

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة - نيابة العمادة لما بعد التدرج

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية
قسم الشريعة
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية
تخصص: فقه وأصوله

إشراف الدكتور

عبد الكريم حامدي

إعداد الباحث

محفوظ بن صغير

الصفة	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية
الرئيس	أ.د. إسماعيل يحي رضوان	أستاذ التعليم العالي	كلية العلوم الإسلامية باتنة
المقرر	د. عبد الكريم حامدي	أستاذ محاضر	كلية العلوم الإسلامية باتنة
الأعضاء	أ.د. بوبكر لشهب	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي الوادي
	أ.د. سلمان نصر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر
	د. عبد القادر بن حرز الله	أستاذ محاضر أ	كلية العلوم الإسلامية باتنة
	د. عز الدين كيجل	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة

السنة الجامعية: 1429-1430هـ الموافق لـ 2008-2009م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى روعي من ربياني صغيرا وفتح لي أبواب العلم والمعرفة

والديّ

وإلى كل أفراد العائلة الكريمة

وإلى من منحني من علمه وتوجيهه الدكتور عبد الكريم حامدي

وإلى طلاب العلم في كل مكان أقدم هذا العمل

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر إلى أسرة البحث العلمي بالكلية

أساتذة وطلبة وإدارة

وأخص بالذكر أساتذتي الأفاضل: الدكتور عبد الكريم حامدي مشرفا

والأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني بالتوجيه

وأخص بالذكر الأستاذين: الأستاذ الدكتور السيد رزق أحمد الحجر

كلية دار العلوم جامعة القاهرة

والدكتور محمود محمد شعبان

كلية الحقوق جامعة القاهرة

مقدمة

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

وبعد؛ فإن البحث في قضايا الأسرة وأحكامها يعدّ من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسائلها الجزئية تبعا لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال. بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات. وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها وانهقدت حولها ندوات وملتقيات وطنية ودولية، وصدرت بشأنها البحوث العديدة التي أصبحت مراجع لمعرفة واقع النظام الأسري في حركيته وتحولاته بمختلف أنحاء العالم. غير أن مثل هذه الدراسات لم تستطع استيعاب كل جوانب الموضوع، ولا يتصور أن توجهات الباحثين قد أدت فعلا إلى معالجات قانونية وعلمية جذرية تشمل كل المسائل المطروحة، من شأنها أن توفر الاستقرار الأسري من خلال التدخلات التنظيمية، ومرجع ذلك هو خضوع نظام الأسرة الحالي للتطورات الاجتماعية الواسعة وطنيا وعالميا مما يجعل بعض أحكامها محل متابعة متواصلة وإصلاح مستمر.

وإذا كانت الدول الإسلامية تتعهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة، فإنها متأثرة مع هذا بواقع التحولات العالمية المختلفة التي تلمس على سبيل المثال في الارتقاء بالمرأة وتفعيل دورها السياسي والاجتماعي والثقافي واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل، انطلاقا مما تفرضه قوانين العالمية لحقوق الإنسان، وليس من قوانين الشريعة الإسلامية التي تحكم نظام العلاقة بين الرجل والمرأة والقائمة أساسا على القوامة المسؤولة للرجل، والتي من شأنها توفير الحماية والاستقرار للمرأة أيا كانت صفتها وموقعها، مما فرض على المشرع ابتكار حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجهات الشريعة الإسلامية وبين العلاج القانوني والعلمي لمثل هذه الأوضاع الجديدة. وتبقى هذه النظرة التي تفصل بين الأصالة والتجديد نظرة عاجزة عن استيعاب الواقع الحركي لنظام الأسرة وتشعباتها، الأمر الذي يدفع إلى تفعيل دور الاجتهاد المقاصدي المعاصر للنفوذ إلى صلب القضايا ومعالجتها.

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد القضائي وإسهاماته قصد تحقيق بعض الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة ما يزال في بلادنا خاضعا لردود الأفعال الناجمة عن الضغوط الإيديولوجية المتطرفة، والتي تحاول التنصل من النصوص الثابتة المتعلقة بأحكام الأسرة، بدعوى قصورها وعجزها عن مواكبة التطورات الوطنية والإقليمية والعالمية. من أجل ذلك وقع الحرص على اختيار هذا الموضوع لإبراز مشاكل الأسرة من وجهين:

الوجه الأول: وهو الوجه المبدئي؛ حيث نصت الشريعة الإسلامية على أهم الأحكام التي تحفظ كيان الأسرة من المسخ والتشويه وتضمن استقرارها ورعايتها، مع الانفتاح على كل مكتسب إنساني يؤكد هذا المقصد ويرعاه.

والوجه الثاني: وهو الذي يمثل المعالجات القانونية من قبل المشرّع بغرض صيانة نظام الأسرة بصفته النظام الأساسي للأنظمة الاجتماعية الأخرى، إذ كثيرا ما يتعرض هذا النظام للتفكك الذي يتطلب سرعة التدخل والعلاج.

وعلى هذا فإن الشريعة الإسلامية تمثل المصدر الأول للتشريع العام والخاص، ومنه قانون الأسرة، غير أن المعالجات الفقهية القديمة أظهرت نوعا من القصور وأصبحت لا تتماشى مع بعض معطيات القضايا المستجدة التي تحتاج إلى فتح باب الاجتهاد الفقهي المقاصدي لتكييفها وفق التطورات الحاصلة. هذا ولما اضطرت مختلف الدول الإسلامية إلى تقنين دساتيرها وقوانينها امتد ذلك إلى قانون الأسرة، وأدى الاختلاف في وجهات النظر فيه إلى بروز تيارين:

- أحدهما محافظ يلح على المحافظة والتمسك بالمرجعية الدينية لأي تغيير أو تعديل.

- والثاني يدعو إلى التحرر من المرجعية الدينية ومن كل ما هو قديم، والبحث عن مصادر خارجية جديدة للتحرر من ضغوط التقليد. ومن ثم راح يدعو إلى إلغاء بعض الأحكام وتعديل بعضها، كتعدد الزوجات، والمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، متأثرا في كل ذلك بالقوانين الأجنبية.

والجزائر واحدة من الدول التي خضع نظام الأسرة فيها قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي وللمعاملات والأعراف المحلية، وبعد الاحتلال عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين إلى التدخل في قانون الأسرة الإسلامي ونظام العائلة الجزائرية، إلا أن محاولاته باءت بالفشل إلا في بعض المسائل التنظيمية. وبعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق القواعد التنظيمية للنظام الفرنسي، وقد ألغى المشرع الجزائري العمل بالقوانين الفرنسية الداخلية بعد إصداره سلسلة من القوانين، ابتداء من 01 جويلية 1975، إلى أن صدر قانون الأسرة الجزائري في 09 جوان 1984 الذي اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية بهدف التخلص من عيون التبعية الفكرية واستكمالاً لمقومات الشخصية الوطنية الإسلامية. هذا ولم يلق هذا القانون المستمدة أحكامه من الفقه الإسلامي الإجماع على قبوله وتباينت حوله الآراء والمواقف بين مؤيد ومعارض إلى أن جاء الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، والذي يبقى هو الآخر محل نظر ودراسة لكونه جاء نتيجة ضغوطات سياسية وظرفية استعجالية فكان قاصرا عن حلّ المشاكل الحقيقية للأسرة.

لذلك يعتبر البحث في أصول وضوابط الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي المرجع في إثراء قانون الأسرة من خلال التطبيقات العملية ذات الأبعاد الروحية والأخلاقية التي تضمن سلامة الأسرة واستقرارها، والتي يعطيها الشرعية والصلاحيات للتطبيق في كل زمان ومكان.

أولاً: موضوع البحث و إشكاليته

1- موضوع البحث

إن موضوع هذا البحث هو محاولة لإبراز دور القضاء الشرعي فيما مجاله الاجتهاد من خلال بيان أصوله وضوابطه في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظام الأسرة وتطبيقاته في قانون الأسرة فيما يخص أحكام عقد الزواج وآثار انحلاله، والذي من خلاله تتحدد العلاقة بين الرجل والمرأة ويتحقق المقصد من تشريع الزواج والطلاق دون تعارض بين أحكام الشريعة ومتطلبات العصر.

ذلك أن موضوع الأسرة وقضاياها يتطلب تنسيقاً معمقاً بين الفقه الإسلامي من حيث أحكامه، والقانون الوضعي من حيث إجراءاته وتنظيماته، قصد معالجة أحوال الأسرة المعاصرة بكل مشاكلها التي تخضع لمسيرة الأوضاع السياسية لكل دولة، فاتصف أحياناً بالمحافظة الفقهية المتشددة، وأحياناً بالانفتاح على مراجع وضعية جديدة، فهل يمكن استدراك هذا النوع من التصرف قصد الخروج بتصور موحد مبني على العناية بمعالجة أزمات النظام الأسري، انطلاقاً من دراسة الواقع، واستلهاماً من مبادئ الشريعة الإسلامية بأبعادها الروحية والخلقية.

وعليه يمكن للباحث الحريص على تأكيد المرجعية في كل إصلاح مستقبلي للفقهيات والقوانين المتعلقة بنظام الأسرة أن ينعم النظر في أصول وضوابط القضاء الشرعي الاجتهادي الواردة في النصوص الشرعية، وأن يفرق بين المعاني العميقة لهذه الأصول والضوابط وبين التطبيقات التي تفرضها الأحوال الاجتماعية المتغيرة بتغير الأجيال، لذلك اخترت أن يكون موضوع بحثي: "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري". على أن المقصود بذلك إنما هو القضاء الشرعي فيما مجاله الاجتهاد الفقهي واختلاف الفقهاء. فتخرج بذلك المسائل الواردة في شأنها نصوص قطعية في ثبوتها ودلالاتها.

كما أنّ تقييد عنوان البحث بالاجتهاد القضائي بدلاً من الاجتهاد الفقهي إنما جاء في مقابل السلطة القضائية التي تضطلع بدور الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية، ويخضع تطبيق أحكام قانون الأسرة لإجراءاتها.

2- إشكالية البحث

جاءت نصوص الشريعة الإسلامية على وفرتها غير مفصلة لجميع الأحكام التي تخص نظام الأسرة، ما جعل المجال مفتوحاً للاجتهاد القضائي الشرعي بغرض استنباط الأحكام الملائمة للحوادث المستجدة، الأمر الذي يجعل القضاء الشرعي يتسم بالمرونة والصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان. وإن استمداد التشريع الأسري من غير أصول الاجتهاد القضائي الشرعي يجعله قاصراً عن إيجاد الحلول المناسبة واستيعاب جميع مشاكل الأسرة، ولا يسلم الأمر من أن يكون محل جدل فقهي عميق.

وعلى هذا فإنّ إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بالاجتهاد القضائي الأسري؟ وما أهدافه وأغراضه؟ وما مدى الحاجة إليه؟ وما مدى فعاليته في علاج قضايا الأسرة؟.

- ما هي أصول ومصادر الاجتهاد القضائي الشرعي الخاص بأحكام الأسرة؟ وهل المتغيرات العرفية والعلمية والبيئية تؤثر في البحث عن مصادر إضافية جديدة؟.

- ما قيمة الإسهامات الفقهية التراثية المذهبية وما مدى فعاليتها في تطوير قانون الأسرة بما يتماشى وطموحات المجتمع؟.

- ما هي الأسس والضوابط التي تخضع لها العملية الاجتهادية في قانون الأسرة، خاصة في ظل بروز مختلف التيارات المطالبة بالتغيير والتعديل؟ و ما مدى مشروعية ومصداقية الدعوات المطالبة بالتعديل والتغيير لقانون الأسرة في العصر الحديث؟.

- هل تخضع كل أحكام الأسرة للمراجعة القضائية والاجتهادية، أم أن ذلك قاصر على بعض القضايا التي تخضع للمتغيرات العرفية والبيئية؟ وهل فصل الإسلام في كل أحكام الأسرة وأغلق باب الاجتهاد فيها، أم ترك مساحات للقاضي والفقيه للبحث والاجتهاد فيها وفق مقتضيات المصلحة؟.

- هل يخضع الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة لنفس شروط الاجتهاد العام في الفقه الإسلامي التي وضعها علماء الأصول، أم أنه يجوز من غير شرط بحيث يتمكن أي باحث من الإسهام فيه كما يجري حالياً؟.

- ما قيمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ الاجتهاد القضائي الوضعي الخاص بالأسرة؟ وهل تعتبر كافية في سدّ العجز التشريعي؟ أم أنه لا بد من هيئة متخصصة في هذا الشأن توكل لها مهمة الإشراف على الاجتهاد القضائي والتعديل بما يتفق وروح الشريعة؟.

- وأخيراً هل وفق المشرع الجزائري في تعديلاته الأخيرة لبعض مواد قانون الأسرة بما يخدم مصلحة الأسرة والمجتمع؟ وهل كان ذلك وفق ضوابط و أحكام الشريعة الإسلامية؟.

على أن الإجابة على هذه التساؤلات تقتصر على أهم المسائل الاجتهادية الخاصة بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما، وذلك من خلال المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27 على الخصوص.

ذلك أن أحكام الزواج والطلاق هي التي تمثل حقيقة الجدل الدائر في قانون الأسرة الذي يمس الفرد والأسرة والمجتمع، أما باقي أبواب القانون من النيابة الشرعية كالولاية والوصاية والتقديم والحجر والكفالة والميراث فليست محلاً للبحث لكونها تدخل غالباً في دائرة الأحوال الشخصية التي لا خلاف فيها إلا في بعض جزئياتها الفقهية المذهبية والتي لا تتعدى نطاق الفرد في مجملها.

3- فرضيات الدراسة

- إن هذه الدراسة فرع من فروع الفقه الإسلامي المعاصر فهي دراسة تحليلية مقارنة.

- إنَّ الاجتهاد في مباحث الأحوال الشخصية نشأ في ظل مجتمعات متأثرة بالمدِّ الثقافي الغربي لكونها لا تحتكم إلى الشرع الإسلامي في العموم.

- إنَّ التجديد في مباحث الأحوال الشخصية موجود علميا في جانب الاجتهاد في المسائل المستجدة وفي الجانب الشكلي، وفي ضرورة الاحتكام إلى المبادئ الشرعية كمصدر مرجعي في ذلك.

- يدخل ضمن إطار الاجتهاد العام والتجديد انتقاء الأحكام من المذاهب الفقهية المختلفة.

ثانيا: أهمية البحث وأسباب اختياره

1- أهمية البحث

تصدر اليوم قضية الأسرة معظم الاهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل معه خطرا على المجتمع، وإن الخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير حقيقي وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واستنادا إلى أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي للمقارنة بينه وبين غيره من الاجتهادات الوضعية التي تصدرها هيئة المحكمة العليا، ومن هنا تبرز أهمية البحث من زوايا ثلاثة وهي:

- **حدائة الموضوع:** وذلك لأن موضوع الأسرة من المواضيع المتجددة في فروعها والتي تتصل بنظام المجتمع المتطور الذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة استنادا إلى ما يمليه الاجتهاد القضائي الشرعي.

- **قيمة الموضوع:** ويرجع ذلك لتأثر قضايا الأسرة بالإيديولوجيات الفكرية المختلفة، فهو بذلك يخدم رجال الشريعة والقانون في محاولاتهم المستمرة لتطوير قانون الأسرة والاستجابة للمستجدات المعاصرة.

- **اتساع الموضوع وتشعبه:** بما أن نظام الأسرة مجال واسع ومتشعب، فخصوصيته تفرض البحث عن اتجاهات جديدة تتلاءم وتستجيب لدواعي حمايتها، حيث لم تعد الاتجاهات التقليدية في القانون قادرة على استيعاب ما تفرضه حماية الأسرة. لذلك لا بد من التأسيس الشرعي لقواعد وضوابط تحفظ الأسرة وجودا وعدما من خلال التقييد بأحكام الشريعة الإسلامية مقارنة لها بما هو منصوص عليه في القانون الحالي.

2- أسباب اختيار الموضوع

لقد اخترت أن يكون موضوع بحثي "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، حتى أجري دراسة تحليلية مقارنة لأهم المسائل المنصوص عليها قانونا أو صدرت بشأنها قرارات من المحكمة العليا تمثل اجتهادات قضائية تفسيرية، وذلك بغرض تأصيلها عن طريق ما يقره الاجتهاد القضائي الشرعي الذي يمثله اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك لإبراز مواطن التوافق والتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري. ويرجع السبب في ذلك إلى عدم توافر أهلية الاجتهاد الفقهي بالنسبة للمشرعين في مجال الأسرة تقنيا وقضاء. الأمر الذي يستوجب النظر في مدى موافقة التقنين والقضاء في مجال الأسرة لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء التي يطبقها القضاة في مجال الأسرة على

تفاوت مراتبهم في الاجتهاد أو على اختلاف مذاهبهم الفقهية بالنسبة للقضاة المقلدين. غير أن الهدف من هذا ليس تأكيد صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل زمان ومكان، فتلك حقيقة ثابتة لا تقبل الجدل من منصف، ولكن للكشف عن أبعاد وفلسفة التشريع الإسلامي في حفظ الأسرة ونظامها من جانبين:

- من جانب الوجود؛ وذلك بإبراز أصولها الكلية وضوابط ترقيتها والوسائل العملية الواقعية التي تؤدي إلى إصلاحها وتنميتها للوصول بها إلى الغاية المرجوة منها.

- ومن جانب العدم؛ وذلك عن طريق البحث فيما يحفظ الأسرة من كل ما يعود عليها بالضرر أو يبنى بدمها وعدم استقرارها، والذي يتنافى ويتناقض حتما مع مقصد الشريعة الإسلامية في عمارة الأرض واستخلاف الإنسان فيها.

كل هذا وغيره ولا سيما مع شدة انبهار البعض من هيئات المجتمع الجزائري بالنظم والبرامج الغربية التي تسيطر بتصوراتها الوضعية على ذهنياتهم. دفع بي إلى اختيار هذا الموضوع من أجل النظر في أحكام قانون الأسرة من خلال تأصيلها بما تقرره أحكام الاجتهادات القضائية الشرعية التي تنظم شؤون الأسرة وتعالج قضاياها بما يحفظها وجودا وعدما، ومنه تظهر ميزة الشريعة في صلاحيتها لمعالجة مختلف المستجدات التي تتطلب حلولاً مناسبة تحقق المصلحة وتتماشى وروح التشريع. فآثرت أن تكون الدراسة جامعة بين الجانبين النظري والتطبيقي، خاصة ما تعلق منها بالتعديلات الأخيرة المقترحة في نظام الأسرة- والتي صودق عليها فيما بعد بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27- وذلك بغرض معرفة مدى قدرتها على استيعاب مستجدات الحياة الأسرية وقضاياها بما يضمن حقوق الإنسان المشروعة ويكفل تطبيق أحكامها تطبيقاً سليماً.

ثالثاً: أهداف البحث

لا شك أن البحث في موضوع بهذه الأهمية له أهداف تتمثل فيما يأتي:

1- محاولة التأصيل الشرعي لحفظ نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية وبيان مقاصدها ووسائلها في حفظها ودفع الأخطار عنها بما يحقق الوصول إلى تنشئة وتكوين أسرة سليمة مستقرة، فحماية الأسرة وإصلاحها والمحافظة عليها ليست أمراً دخيلاً على مقاصد الشريعة الإسلامية وليست من ابتكار الغرب في هذا العصر كما يتوهمه من لم يتعمق في معرفة التراث العلمي والحضاري الإسلاميين، ومنه الدعوة إلى الالتزام بالقواعد الشرعية في تنظيم الأسرة.

2- الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام الشريعة الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة الجزائرية.

3- بيان أهم الأسس والقواعد الشرعية لحفظ الأسرة ورعايتها ومدى عناية الإسلام بها، من خلال استخلاص قواعد التجديد وأسبابه وضوابطه في مباحث الأحوال الشخصية.

- 4- الوقوف على خلفيات أصوات المعارضين والمؤيدين لأحكام قانون الأسرة وإبراز أهم السبل الناجعة لردّ هذه الصيحات بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.
- 5- تأكيد صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر، والوقوف على مزاياه في المرونة ومسايرة الواقع والتكيف مع المستجدات والقدرة على الاستيعاب لكل ما هو نافع وصالح ومفيد للإنسانية، وبيان مدى سبق والاستقلال التشريعي في هذا الموضوع، وإمكانية المساهمة وتقديم الحلول لمشكلات الأسرة.
- 6- النهوض بالاجتهاد القضائي الشرعي فيما يخص قضايا الأسرة، وذلك بالالتزام أصوله وضوابطه.
- 7- تعزيز الوعي بأهمية حفظ الأسرة ودفع الأخطار عنها، وإبراز الجانب الأخلاقي في موضوع الأسرة بما يعزز المشاركة الفردية والعائلية والجماعية في حفظها.
- 8- الخروج بنتائج علمية مؤصلة فقها وتزيلا تبلور من خلالها رؤية معاصرة للمسلمين في حفظ الأسرة.
- 9- المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية الجزائرية في مجال قضاء الأسرة، حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بمثل هذه الأبحاث.

رابعاً: منهج البحث

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة النقدية والمركبة بطبيعتها استخدام عدة مناهج، منها المنهج الاستقرائي لتتبع وتقصي النصوص الفقهية والقانونية والقضائية المتعلقة بالأسرة ونظامها، بغرض الإحاطة بعناصر الموضوع على الجملة، ولعل هذا هو سبب إكثاري-إلى حدّ ما- من النقول عن الأئمة والعلماء وأهل الاختصاص، وذلك لاعتبارها بمثابة القرائن والأدلة على صحة الفكرة وسلامة الاستنتاج. كما استعنت بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية للاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري، وكذا ما تعلق بالأسرة ومكوناتها.

أضف إلى ذلك المنهج المقارن كأساس في الدراسة النقدية المقارنة بين الاجتهاد القضائي الشرعي وبين قرارات المحكمة العليا من جهة، وكذا من خلال التطبيقات الفرعية لمسائل الأسرة بين ما هو منصوص عليه قانوناً وقضاءاً وبين موقف الاجتهاد الشرعي فيها. وذلك بغرض الوصول إلى الراجح من الأقوال والمختار من الآراء والأولى بالتطبيق، إلى جانب استخدام المنهج التحليلي كأساس لمعرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة، وتمحيص النصوص ومناقشتها وبيان الأساس الذي بنيت عليه بغرض الوصول إلى مقصودها؛ غير أنه كما سبقت الإشارة فإن طبيعة هذا الموضوع تستدعي التركيب بين عدة مناهج علمية للاستفادة منها بحسب ما يخدم البحث.

خامساً: الدراسات السابقة

بعد قراءتي لما يتصل بالموضوع من حيث التأصيل الشرعي لنظام الأسرة وبيان أهم الاجتهادات الفقهية وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري، لم أعثر على دراسات وبحوث علمية أكاديمية متميزة، إلا أن الملاحظ

على مجمل الكتابات والإشارات الواردة حول الموضوع جاءت عامة لعدم تطرقها بالبحث والدراسة لتأصيل وتقعيد القواعد الاجتهادية الشرعية المنظمة للأسرة بما يحفظها ويضمن استمرار سلامتها، وإنما جاءت بعض الكتابات ردّ فعل لا غير، لكونها خالية من التأصيل للقواعد والضوابط التي تحكم نظام الأسرة في تقنينه ومرجعيتها. على غرار ما كتبه بعض شراح قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله، ومنها على سبيل المثال "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" للأستاذ عبد العزيز سعد، و"شرح قانون الأسرة الجزائري" للدكتور أحمد نصر الجندي.

وأما البحوث الأكاديمية ذات الصلة إلى حدّ ما ببعض عناصر الموضوع -محل البحث- فقد جاءت مقتصرة على جزئيات تخص الجانب الفقهي في الغالب على نحو "مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي"، رسالة دكتوراه، لصاحبها عبد القادر داودي، نوقشت سنة 2005 بقسم العلوم الإسلامية، بوهران. ورسالة ماجستير بعنوان "أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري" لصاحبها سهام صقر، نوقشت بجامعة الأمير عبد القادر، بقسنطينة، سنة 1999. وهي رسالة غلب عليها الطابع الفقهي، إلا أنها مدعمة بنصوص قانون الأسرة قبل تعديله. وهناك بعض الدراسات والمقالات في موضوع قانون الأسرة منشورة في بعض المجلات، وعلى مواقع الإنترنت إلا أنها عاجلت الموضوع في بعض جزئياته، مما جعلها تفتقر إلى البعد التكاملي في الطرح.

وعلى هذا جاءت هذه الدراسة النقدية المقارنة محاولة للوقوف على مدى احتكام المشرع الجزائري في تقنين أحكام الأسرة إلى المرجعية الشرعية في أصولها وفروعها بما يتماشى ومتطلبات العصر، وهي بذلك تفتح المجال للبحث في تفصيلات أخرى تخص جوانب عديدة في قانون الأسرة الجزائري تحتاج إلى المناقشة والإثراء.

سادسا: مصادر البحث

اعتمدت في بحثي هذا على كتب التفسير وكتب علم أصول الفقه المعتمدة، وأمّهات المصادر الفقهية القديمة والحديثة المختلفة، وكذا المراجع القانونية المتنوعة. كما اطلعت على العديد من الدراسات والبحوث والمقالات المعاصرة التي عنيت ببسط جوانب من هذا الموضوع سواء بشكلها الصحيح، أم بشكل يخدم اتجاهات وأغراض أخرى، ورجعت كذلك إلى بعض المجلات الفقهية والعلمية للاطلاع على عرضها وتكييفها لبعض المسائل المستجدة تمهيدا للحكم عليها وللوصول إلى المعالجة الفعالة التي تخص بعض المسائل الهامة بما يحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

سابعا: منهجية البحث

يغلب على هذه الدراسة الطابع النقدي الذي أساسه التحليل والمقارنة، فعمدت في ذلك إلى:
- اتخاذ فصل تمهيدي يعتبر مضمونه عبأ على صلب الموضوع، وفي الوقت نفسه يعتبر الخلفية التاريخية لمضمون التجديد في مباحث الأسرة، وخلفيات الصراع الإيديولوجي المستمر في مجال تنظيم شؤون الأسرة،

خاصة وأن موضوع البحث قد سُجِّل قبل صدور التعديل الجديد لقانون الأسرة 84-11، مما استدعى الوقوف عنده بنظرة تحليلية نقدية سريعة، ثم التعرّيج إلى مضمون التعديلات الجديدة تمهيدا لما يتناوله الجانب التطبيقي من هذا البحث.

- عرض للجانب النظري الذي يخص المفاهيم والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري، لبيان مفهوم وأصول الاجتهاد القضائي وضوابطه الشرعية للوصول إلى معرفة مدى قدرة استيعاب قرارات المحكمة العليا والتي تمثل مبادئ الاجتهاد القضائي قانونا على حل مشكلات الأسرة وضمان التطبيق السليم للقانون. أما فيما يخص الجانب التطبيقي من البحث فقد عمدت إلى:

- عرض النص القانوني - إن وجد - وتحليله ومناقشته لتحديد الإشكاليات الفقهية والقانونية التي يطرحها، ومن ثم تكون الدراسة وفقا لأهم المسائل التي تمثل حدود المشكلة وفق ما نص عليه القانون.

- النص على الجانب الفقهي بخصوص المسألة - محل المناقشة - للوصول إلى الرأي الراجح فيها، ثم إبراز الجانب القانوني من خلال ما نص عليه قانون الأسرة وما ورد بشأنه من قرارات للمحكمة العليا ومناقشة ذلك عن طريق المقارنة، وذلك بالرجوع إلى فقه المذاهب الأربعة على الخصوص، وبيان الراجح منها ما أمكن، مع الإشارة إلى أقوال بعض المجتهدين في مسائل معينة لهم فيها وجهة نظر.

- ونظرا لعدم اشتمال قانون الأسرة على جميع المسائل الفرعية التي تنظم أحكام الأسرة كما هو الشأن بالنسبة للفقه الإسلامي، فإن المقارن به قد يكون أحيانا ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وأحيانا أخرى تكون المقارنة وفق ما هو منصوص عليه قانونا فيما لم ينص عليه الفقه الإسلامي، أما في حالة عدم ورود النص القانوني في المسألة المطروحة للبحث فإنه يُكتفى بما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية.

- الوقوف على ما استند إليه المشرع الجزائري في بعض مواقفه من خلال قانون الأسرة، وبيان مدى قوة الدليل المستند إليه ووجاهة العمل به، مع إبداء ملاحظات تقويمية واقتراح صياغة جديدة لبعض المواد القانونية من خلال ما يقره الفقه الإسلامي وتتطلبه المصلحة الحقيقية.

- الالتزام بالحيدة والدقة في نقل أقوال العلماء وحشدت من أقوالهم ما يبرز بوضوح قوة آرائهم ومقاصدها مع الإيجاز في ذكر أدلتهم على مذاهبهم وأقوالهم ومناقشتها بالقدر الذي تمثله أهمية المسألة من الوجهة العلمية والعملية، وبما لا يتقل حجم البحث.

- عزو الآيات القرآنية إلى المصحف عن طريق ذكر السورة ورقم الآية.

- الالتزام في تخريج الأحاديث المذكورة في البحث من مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخرجه منهما، وإن كان في أحدهما اكتفيت به دون بقية كتب الحديث الأخرى لقبول الأمة أحاديثهما. أما إذا كان الحديث من غير الصحيحين فقد عمدت إلى تخريجه من الكتب الستة أن وجدت فيها أو من كتب السنن.

- شرح بعض المصطلحات اللغوية، وذلك بالرجوع إلى معاجم اللغة العربية.

- ترجمة للأعلام الواردة أسماؤهم في متن البحث، عدا المشتهرين منهم.
- أما أساس اختيار المسائل -محل الدراسة التطبيقية- فكان بالنظر إلى:
- أهمية المسألة من الوجهة العلمية والعملية، وهو ما يفرض التوسع أحيانا والإيجاز أحيانا أخرى.
- التركيز على المواد المعدلة بالخصوص في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما.

ثامنا: الصعوبات

- لعلّ من أهم الصعوبات التي يمكن حصرها:
- عدم وجود دراسات علمية أكاديمية سابقة تتعلق بالموضوع.
- صعوبة الموضوع في حدّ ذاته لجدّته وإشكالياته المعقدة، وتشعبه بين علم الأصول والمقاصد والفقهاء والقانون والدراسات الحديثة، إضافة إلى أن موضوعات البحث متفرقة في مباحث متعددة من تلك الكتب.
- إمكانية تناول موضوع الدراسة بأكثر من طريقة مما يجعل الباحث يعيد النظر مرة إثر أخرى في جوانب الدراسة كلما ازداد عمقا في القراءة والبحث، وتجمعت لديه مادة جديدة ليختار أسدّ تلك الطرق وأكثرها تحقّقا لغرض الدراسة بما لا يخلّ بخطة البحث المعتمدة.

تاسعا: خطة البحث

لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة مقسمة إلى فصل تمهيدي وباين وخاتمة.

أما الفصل التمهيدي: فتناول تطور التقنين والتطبيق القضائي لأحكام الأسرة، والذي تضمن بيان مكانة الأسرة في الإسلام وفي التشريع الجزائري، وكذا إبراز أهم التطورات التاريخية التي مر بها التقنين والتطبيق القضائي للأحوال الشخصية في الدول العربية عامة والجزائر خاصة، وصولا إلى مرحلة تعديل قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

وأما الباب الأول: فقد تضمن الحديث عن أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري، وذلك في فصلين:

أما الفصل الأول: فتناول الحديث عن أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وذلك ببيان حقيقة الاجتهاد في الفقه الإسلامي متبوعا بالكلام عن نظام القضاء ومبادئه وخصائصه وشروط القاضي وصولا إلى بيان مدى حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

أما الفصل الثاني: فخصص للحديث عن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري من خلال عرض تطور التنظيم القضائي في الجزائر، وذلك بالحديث عن السلطة القضائية وهيكلها وبيان المبادئ الأساسية للقضاء في التشريع الجزائري، مع التعرض إلى مفهوم الاجتهاد القضائي وحجية الأحكام القضائية، واجتهاد القاضي وضرورة التقنين في العصر الحديث، مع بيان دور الاجتهاد القضائي وأهميته من الوجهة العلمية في قانون الأسرة الجزائري.

أما الباب الثاني: فتناول تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في قانون الأسرة الجزائري، وذلك في فصلين:

أما الفصل الأول: فشمّل الحديث عن أهم المسائل الاجتهادية الخاصة بالزواج وآثاره، من خلال المواد المعدلة بالخصوص، والمتعلقة بمسائل الخطبة والعقد وآثارهما.

وأما الفصل الثاني: فتناول أهم المسائل الاجتهادية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وآثارها، من خلال المواد المعدلة على الخصوص والتي تشمل الطلاق والخلع والتطليق، وكذا المسائل المتعلقة بالحضانة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

ووفقا لهذا جاءت الخطة مفصلة على النحو الآتي:

الفصل التمهيدي: تطور النظام القضائي للأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين العربية

المبحث الأول: مكانة الأسرة في التشريع الإسلامي و القانون الجزائري

المبحث الثاني: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القوانين العربية

المبحث الثالث: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القانون الجزائري

المبحث الرابع: تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 بالأمر 02/05

الباب الأول: أحكام لاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري

الفصل الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: نظام القضاء في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: مبادئ القضاء في الفقه الإسلامي وخصائصه

المبحث الرابع: أحكام القاضي في الفقه الإسلامي

المبحث الخامس: سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بمذهب معين

المبحث السادس: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الأسري الجزائري

المبحث الأول: تطور التنظيم القضائي في الجزائر

المبحث الثاني: السلطة القضائية ومبادئ التنظيم القضائي الجزائري

المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الرابع: حجية الأحكام القضائية في القانون الوضعي

المبحث الخامس: اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين

المبحث السادس: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية

الباب الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الزواج وآثاره

المبحث الأول: مقدمات عقد الزواج

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج

المبحث الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها مقارنة بقانون الأسرة

المبحث الرابع: الشروط القانونية لعقد الزواج مقارنة بالفقه الإسلامي

المبحث الخامس: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث السادس: آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل انحلال الزواج وآثاره

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الرابع: آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

خاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي

تطور النظام القضائي للأسرة
في التشريع الإسلامي والقوانين العربية

تمهيد

مما لاشك فيه أن الإسلام دين ونظام دولة ومجتمع، يقوم على العقيدة والشريعة، ويظهر أثر ذلك جليا من خلال الانقياد لأحكامه الباطنة والظاهرة التي تتعلق بهما الجانب الدياني والقضائي؛ لذلك كان طبيعيا أن يعنى بشؤون الدولة والفرد والمجتمع بوصفه دستور حياة، ونظام مجتمع.

ولاشك أن أحد أهم المؤسسات الرئيسية التي عني بها الإسلام في الدولة هو القضاء، لذلك اهتمت به نصوص الشريعة الإسلامية، وبارشه النبي ﷺ بنفسه، كما طلبه من بعض أصحابه، وبارشه من بعده الخلفاء، فأصبح أحد وظائف الخلافة؛ لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع؛ إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة.

وقد كان القضاء الشرعي بوجه عام يشكل المحاكم العادية في تاريخ الخلافة الإسلامية، وفي أوائل الخلافة العثمانية، فكان يختص بالنظر في القضايا سواء في الأحوال الشخصية، أم الأحوال المالية، أم العقوبات، وذلك في سائر البلاد الإسلامية الخاضعة للخلافة العثمانية.

ولكن في بدء عهد الاستعمار والتدخل الأجنبي في البلاد الإسلامية أنشئت المحاكم المختلطة للنظر في جميع القضايا، عدا قضايا الأحوال الشخصية، فقد كانت من اختصاص القضاء الشرعي، المتمثل في المحاكم الشرعية والذي يعتبر البقية الباقية من الأنظمة الشرعية الإسلامية التي ما تزال تحكم علاقات الأسرة والأحوال الشخصية، بعدما نجح الاستعمار في إبعاد الشريعة الإسلامية عن كافة مجالات الحكم والسياسة.

وموضوع القضاء في الإسلام من أهم الموضوعات التي حوتها كتب الفقه والتاريخ الإسلامي، حيث كان محل اهتمام الفقهاء في كل العصور، فكتبوا عنه كثيرا في مؤلفاتهم الفقهية العامة والخاصة.

ولما كان قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر يمثل الجزء المتبقي من نظام القضاء في الإسلام، الذي يعدّ مصدرا أساسيا في تنظيم شؤون الأسرة، إلا أنه يغلب عليه الطابع السياسي والإيديولوجي والقانوني من حيث عدم تخصيص محاكم شرعية تنظر في قضايا الأسرة، وكذا من حيث تغليب دعوى مسaire العصر استجابة لدعوات البعض ممن تأثروا بالحضارة الوافدة، على الراجح المقرر في الفقه الإسلامي في بعض المسائل؛ الأمر الذي جعل المشرع يقتفي أي أثر فقهي يستند إليه حتى ولو كان ضعيفا ومرجوحا.

والقول بأن مصدر قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر هو الشريعة الإسلامية، إنما ذلك في الأصول والقواعد الكلية للشريعة، وأما التفريعات الفقهية فتخضع لاجتهادات المشرعين - وفي الغالب - من غير أهل الاختصاص في الشريعة؛ لذلك فكثيرا ما يكون أساس بعض المواد القانونية إما التلقيق بين

المذاهب أو الأخذ برأي مرجوح، مما يفتح الباب واسعا لتأويل النصوص الشرعية والخروج بها عن مرادها الحقيقي؛ ذلك أن مصدر القضاء الشرعي إنما هو النصوص الظنية والقطعية، وهذه الأخيرة لا تقبل الاجتهاد فيها بأي حال، ولا يد للمشرع فيها، وإنما الكلام حول المصادر الاجتهادية للقضاء التي يكون فيها مجالاً للاجتهاد وإعمال الرأي، وهو ما يسمى بالقضاء الاجتهادي (الاجتهاد القضائي) الذي يكون فيه للمشرع مجال واسع للبحث والنظر باستفراغ الوسع لاستنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة، والذي يتوقف على توافر المؤهلات العلمية وقدر كبير من الكفاءة والخبرة والتخصص في علوم الشريعة بالدرجة الأولى، بالإضافة إلى الاستفادة من العلوم الأخرى. وهذا أمر لا بد منه لاختلاف التقنين في مجال الشريعة - حيث تحكمه قواعد شرعية - عن التقنين في مجال القانون الوضعي لكونه عملاً بشرياً بحتاً. والملاحظ أن واضعي قانون الأسرة الجزائري يعوزهم التخصص الشرعي الذي يقوم على العلم بأصول وفروع الشريعة الإسلامية، الأمر الذي أفقده المرونة والشمول، فكان عرضة للتعديل المستمر تداركاً للنقص وسداً للثغرات لكون معظم مواده جاءت غير جامعة ولا مانعة.

غير أن هذا إنما هو توجه تبناه منظرو السياسة العامة للبلاد بما يخدم تطلعات المناهضين لتطبيق أحكام الشريعة حتى في مجال الأسرة وعلاقتها، وليس عجزاً منهم عن معرفة الراجح والمرجوح من الآراء الفقهية، والأخذ بما استقر عليه الفقه الإسلامي الذي يستوعب جميع متطلبات العصر بما يخدم مصلحة الفرد والأسرة والمجتمع.

ومن هنا تركز البحث في هذا الموضوع على الجانب الاجتهادي للقضاء في الفقه الإسلامي، وتطبيق آراء الفقهاء الاجتهادية على بعض المسائل التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري، والتي تعتبر مثاراً للنقاش والجدل، وذلك بالتأكيد على ما ذهب إليه المشرع الجزائري، أو بالمناقشة والتقويم.

وقبل الخوض في بيان مقومات القضاء وضوابط الاجتهاد فيه في الفقه الإسلامي، وكذا مبادئ النظام القضائي الجزائري؛ لا بد من التعرض بالبيان لأهم المراحل التاريخية التي صاحبت التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في الجزائر - من خلال هذا الفصل التمهيدي - وذلك لارتباطه العميق بالجانب التطبيقي من هذا البحث. ولمعرفة طبيعته ومصادره وخصائصه، لكونه مرّ بعدة محطات حاسمة بداية بالعهد العثماني، ثم مرحلتي الاحتلال والاستقلال، ثم الوقوف عند مرحلة ما بعد الاستقلال وبخاصة قبل صدور القانون 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 ثم التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وذلك لمعرفة فحوى ومضمون هذه التعديلات التي مسته في أغلب المواد المتعلقة بالزواج والطلاق.

وإذا كان هذا التغيير والتعديل الذي عرفه التطبيق القضائي فيما يخص شؤون الأسرة في الجزائر ينظر فيه دائما إلى محاولة تطوير وتحسين وضع المرأة، فلا شك أن مرجع ذلك إنما هو قصور في النظر، ومحاولة يائسة للوصول بالمرأة المسلمة إلى الحضيض الذي وصلت إليه المرأة الغربية؛ ذلك أن المرأة لم تحظ بالمكانة اللاتقة بها مثلما حظيت بها في الشريعة الإسلامية، وفيما يلي بيان عناية الإسلام بالمرأة والأسرة مع التطرق إلى الخلفية التاريخية لتطور التقنين والتطبيق القضائي لأحكام الأسرة في النظامين التشريعي والقضائي في الجزائر، وذلك من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مكانة الأسرة في التشريع الإسلامي وفي القانون الجزائري

بداية؛ هل واجهت المرأة المسلمة عبر التاريخ الإسلامي قضايا ومشكلات مثلما واجهتها المرأة الغربية والتي أدت إلى ثورتها؟ وهل هناك ما يكفي من المبررات لكي تقوم المرأة المسلمة بتقليد النساء الغربيات ومطالبتها بالمساواة والتحرر من قيود الشرع والعرف والتقاليد؟ وهل قصرت أحكام الدين الإسلامي في الرفع من مكانة المرأة وتحريرها وإعطائها حقوقها كاملة؟ هذا ما يتناوله هذا المطلب بإيجاز خدمة للموضوع⁽¹⁾.

المطلب الأول: مكانة الأسرة في الإسلام

تناولت الشريعة الإسلامية مواضيع الأحوال الشخصية (الزواج والخلاله ونتائجهما، والولاية والوصاية، والميراث)، في أحكام عامة مبثوثة أساسا في القرآن الكريم بالدرجة الأولى، الذي يعتبر المصدر الأول والأساسي من مصادر الفقه الإسلامي، وتليه بالدرجة الثانية السنة النبوية. والجدير بالذكر أن الآيات القرآنية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تأتي ضمن نطاق آيات الأحكام تصل إلى نحو سبعين آية⁽²⁾.

فالأحكام والقواعد القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية تكاد تكون في معظمها ثابتة مستقرة لتعلقها بحالة الإنسان في الأسرة، وهي مستقرة في كليتها وجزئياتها المنصوص عليهما في الشريعة الإسلامية باختلاف الزمان والمكان. ولذا فقد اشتمل القرآن الكريم على نظام كامل مفصل وشامل للأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقات وميراث، وما جدّ في مجالها تحكمه القواعد الشرعية

1- راجع الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها بشكل واف: الدكتورة عزيزة علي طه: تأملات حول مكانة المرأة في اليهودية والمسيحية والإسلام، دار القلم، الكويت.

2- لا يتسع المقام لذكر جميع الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي جاءت قصد تنظيم شؤون الأسرة والعناية بها، وما يذكر هنا من آيات قرآنية وأحاديث نبوية إنما هو على سبيل التمثيل فحسب، للتدليل على مكانة الأسرة في الشريعة الإسلامية وتميزها عن وضعها في باقي النظم الوضعية مهما تطورت وابتدعت من القوانين.

الكلية. ولهذا حظيت الأسرة في الشريعة الإسلامية بعناية وافرة تتناسب ودورها في المجتمع، ومن مظاهر تلك العناية ما يلي:

- بيان قدسية العلاقة الزوجية والحكمة من الزواج واعتبارها آية من آيات الله⁽³⁾، حيث يقول تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽⁴⁾. وفي الحث على الإنكاح يقول تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْطِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾. وفي جواز تعدد الزوجات وتحديد عددهن وتقييده بشرط العدل يقول تعالى: ﴿فَإِنْ حَفِظْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾⁽⁶⁾.
- بيان قوامه الرجل الشورية لا الاستبدادية داخل الأسرة⁽⁷⁾، وذلك بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽⁸⁾.

3- من أدق صور المساواة بين الرجل والمرأة التي شرعها الإسلام، هو الحث على تزويج الأيامي للحفاظ على كيان الأسرة و المجتمع من الفساد و التهلكة . يقول د. يوسف حامد العالم في ذلك: "و هذا المبدأ من أهم الوسائل في حماية المجتمع من ظواهر الفواحش ، لأن المجتمع الذي يهتم بتزويج أياماه يظهر نفوس أفراده، وفي ذلك طهارة له بدون ريب، و المجتمع الذي يهمل أمر الأيامي لا يتنجو من مظاهر الفساد الدنس". انظر، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث، القاهرة، 1996، ص 464-465.

4- الروم: الآية 21.

5- النور: الآية 32.

6- النساء: الآية 3.

7 - حاول الكثير من أعداء الإسلام التشنيع على الدين الإسلامي من خلال آية القوامه كدليل على التمييز ضد المرأة ، و لعل أطرف ما قيل:

أن الإسلام قد سلب المرأة حريتها ، و أهليتها و ثققتها بنفسها إذ جعل الرجل قواما عليها . و أن القوامه تمثل بقايا من عهد استعباد المرأة و إذلالها، فليس من العدل أن ينفرد الرجل بالقوامه، و رياسة الأسرة من دون المرأة، و هي قد حطمت أغلال الرق، و الاستعباد، و تساوت مع الرجل في كل الحقوق، و الالتزامات. و يمكن ردّ هذه الشبهة بأن ما حكم به الإسلام من جعل القوامه للرجل إنما كان لسببين: أحدهما: أن الرجل بناء على طبيعته التي خلقه الله تعالى عليها يتمتع بقدرات جسمية ، و عقلية أكبر بكثير -على وجه العموم- من المرأة التي تكون عادة أقل حجما و قوة ، و تتحكم بانفعالاتها و أفعالها العواطف الإيجابية و السلبية أكثر من حكمة العقل و رجحانه . و ثانيهما: أن الإسلام فرض على الزوج الإنفاق على أسرته بالمعروف، و كلفه بدفع المهر، و غيره من الالتزامات، و الواجبات، و ليس من العدالة و الإنصاف في شيء أن يكلف الإنسان بالإنفاق على أسرته دون أن يكون له حق القوامه، و الإشراف و التربية . كما أن القوامه في الشريعة الإسلامية لها مدى تقف عنده، و تنتهي إليه، فهي لا تمتد إلى حرية الدين، و المعتقد ، فليس للزوج أن يكره زوجته على تبديل دينها إذا كانت كناية و لا أن يجبرها على اتباع مذهب معين، أو اجتهاد محدد من الاجتهادات الفقهيّة إذا كانت من أهل القبلة مادام هذا الرأي لا يعتبر بدعة مضلة ، و لا يخالف الحق و أهله. كما لا تمتد القوامه إلى حرية المرأة في أموالها الخاصة، و لا في المساواة بينها و الرجل في الحقوق التي أراد الله فيها المساواة ، و ليس لها طاعته فيما فيه معصية، فإذا كانت قوامه الرجل لا تمتد إلى الحقوق الأساسية للإنسان فما الذي يخيف دعاة ما يسمى بتحرير المرأة في قوامه الرجل؟. انظر، محمد قطب: شبهات حول الإسلام، دار الشروق، بيروت، لبنان، (دت)، ص 121-122. فالإسلام إذ جعل القوامه للرجل على المرأة ، لم يشرع استبداد الرجل بالمرأة ، و لا يارادة الأسرة ، و لم يرد أن تكون تلك القوامه سيف مسلط على المرأة، و إنما شرع القوامه القائمة على الشورى ، و التعاون و التفاهم المستمر بين الزوج و زوجته .

8- النساء: الآية 34.

- تقرير التوازن بين الواجبات والحقوق المشتركة، والتأكيد على حقوق الأولاد، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁹⁾. وقال أيضا: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾⁽¹⁰⁾.

- ومن أهم ما يتميز به نظام الطلاق في القرآن هو محاولة التوفيق بين الزوجين تفاديا لوقوعه، وذلك بتقرير وسائل علاج المشكلات الزوجية قبل وعند وقوعها، حيث يتجلى ذلك في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾⁽¹¹⁾. وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹²⁾.

- تنظيم أمر الطلاق⁽¹³⁾ والتأكيد على حقوق المطلقة عند حصوله، وبيان قواعد العدة ومدتها ومن النصوص الدالة على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِذْهِنَ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽¹⁴⁾.

وقوله أيضا: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽¹⁵⁾.
وقوله أيضا: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽¹⁶⁾ وقال أيضا: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾⁽¹⁷⁾.

9- البقرة: الآية 228.

10- البقرة: الآية 233.

11- النساء: الآية 34.

12- النساء: الآية 35.

13- ساوى الإسلام ما بين المرأة والرجل في رغبة العيش المشترك، أو الافتراق إن لم يستطعا أن يعيشا عيشة سعيدة مقبولة، فأباح للزوج طلاق زوجته بعد أن يدفع لها كافة حقوقها المشروعة من مهر، و نفقة... الخ. كما أباح الإسلام للزوجة أن تفارق زوجها إذا كان ظالما لها، سيما في معاشرتها، فلها أن تفارقه إذا أحفقت جميع محاولات الإصلاح بينهما، وذلك بتشريع الخلع، أو حق طلب التطبيق للضرر ياذن القاضي.

14- البقرة: الآية 228.

15- البقرة: الآية 229.

16- البقرة: الآية 231.

- كما أقرَّ حق النفقة فقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁸⁾، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁹⁾، حيث ضمن الإسلام نفقة المرأة على زوجها إن كانت متزوجة، وإلا فنفتها على أصولها، وفق التفصيل الذي أورده الفقهاء في كتبهم⁽²⁰⁾.

- كما أحكم القرآن قواعد الميراث وحدد أنصبة الورثة تحديدا حساسيا دقيقا في آيات طوال من سورة النساء، وهي قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾⁽²¹⁾. ومن أمثلة عناية السنة النبوية بتنظيم الأسرة في تحديد علاقة الرجل بالمرأة، والترغيب في الزواج قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"⁽²²⁾.

وفي تقييد إيقاع الطلاق ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق زوجته وهي على حيض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال له رسول الله ﷺ: "مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس"⁽²³⁾. وعن

17- الطلاق: الآية 1.

18- البقرة: الآية 241.

19- البقرة: الآية 233.

20- انظر، ابن قدامة: المغني، شرح مختصر الحرقفي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط3، 1997، 347/11 وما بعدها.

21- النساء: الآية 11.

22- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب من استطاع الباءة فليتزوج، حديث رقم 5065. الجامع الصحيح-تصحيح وتحقيق محب الدين الخطيب-المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1979، 354/3-355. ومسلم: كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، حديث رقم 1400. صحيح مسلم- اعتنى به أبو قتيبة محمد الفارياي- دار طيبة، السعودية، ط1، 2006، 630/1.

2- أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، حديث رقم 1471. صحيح مسلم، 674/1. وأبو داود: كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة، حديث رقم 2179. سنن أبي داود-تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد- دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 438/2. ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق السنة، حديث رقم 2019. سنن ابن ماجه-تحقيق خليل مأمون شيحا- دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1996، 501-500/2.

عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"⁽²⁴⁾. وقوله ﷺ: "لا يفرك - أي لا ييغض - مؤمنٌ مؤمنةً إن كره منها خلقا رضي منها آخر"⁽²⁵⁾.

كما جاءت أحاديث كثيرة في باب الزواج ، مبينة أحكامه ومقاصده، وقواعده وحقوق وواجبات الزوجين، والحث على رعاية الأولاد وتربيتهم، والحفاظ على الاستقرار الأسري.

فمن خلال تلك النصوص الشرعية يتبين مدى حرص الإسلام على حماية الأسرة وحفظ كيانها من أجل القيام برسالتها وتحقيق أهدافها، مثل الأهداف الاجتماعية والخلفية الروحية والصحية والاقتصادية والسياسية. وأما النظرة المقاصدية للشريعة الإسلامية في حفظ الأسرة وكيانها وذلك بتنظيم العلاقة بين الجنسين⁽²⁶⁾، فقد شرع لتحقيق مقصد ضبط هذه العلاقة وحصرها في الزواج عدد من الأحكام؛ منها الحض على الزواج، وإباحة التعدد بشروطه والطلاق بشروطه⁽²⁷⁾، واجتناب العلاقات خارج إطار الزواج، وسدّ طرق الإغواء بالعفة والحجاب ومنع الخلوة.

وإذا كانت مطلق العلاقة بين الجنسين تؤدي إلى الإنجاب بما يحقق مقصد حفظ النفس، فإن الشريعة أكدت على تحقيق هذا المقصد بأن رغبت في الإنجاب وحرمت وأد البنات والإجهاض.

كما نبهت الشريعة إلى أن من مقاصد هذه العلاقة أن يسكن كل من الزوجين للآخر، بأن يكون بينهما مودة ورحمة، وطريق ذلك هو المعاشرة بالمعروف، حتى لا تنحصر العلاقة بين الزوجين في صورة جسدية بحتة.

24- أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب الطلاق على غلط، حديث رقم 2193. سنن أبي داود، 2/446. والبيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، حديث رقم 15098. السنن الكبرى-تحقيق محمد عبد القادر عطا- دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، 7/585. ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2046. سنن ابن ماجه، 514/2.

25- أخرجه مسلم: كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، حديث رقم 1469. صحيح مسلم، 1/673. والبيهقي: كتاب القسم والنشوز، باب حق المرأة على الرجل، حديث رقم 14727. السنن الكبرى، 7/482.

26- اهتم الشيخ بن عاشور في سياق بيان مقاصد أحكام العائلة ببيان مقاصد الأحكام الجزئية في إطار علاقات الأسرة التي عبر عنها بالأواصر الثلاث: آصرة النكاح ببيان ما يميز عقد النكاح في الإسلام عما كان سائدا في الجاهلية وهو اتضاح المخالفة والديمومة لا التوقيت، وفي صدد المخالفة أشار إلى تولى ولي المرأة تزويجها، وإلى شرطي المهر والإشهار، وأما أحكام آصرة النسب والقربا فقد أوضح فيه نسبة البنوة والأبوة والحرمية بالنسب والمصاهرة والرضاع، والنفقة على الفروع والأصول، وجعل القربا سببا للميراث، وبين أحكام برّ الوالدين وصلة الأقارب وذوي الأرحام، ثم انتقل إلى بيان أحكام الصهر. ثم بين طرق انحلال هذه الأواصر الثلاث. مقاصد الشريعة-تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي- دار النفائس، الأردن، ط2، 2001، ص 441-449. وهذه الأواصر من شأنها تحقيق التميز في نظام الأسرة في الإسلام عن باقي النظم الوضعية التي أصبحت تتخبط خبط عشواء جراء انحلال الأخلاق وفساد العلاقات الأسرية والاجتماعية، واختلاط الأنساب..

27- إذا كان الزواج من مرتبة الضروريات وسدّ طرق الإغواء من الأحكام المكملة له، فإن تعدد الزوجات بشروطه والطلاق بشروطه من مرتبة الحاجيات لرفع الحرج الحادث في الحالات التي شرعا لأجلها.

إلى جانب ذلك اهتمت الشريعة بالأسرة باعتبارها مؤسسة؛ الأصل فيها الديمومة لا التآققت، وتتنظم العلاقات بين أطرافها في الحقوق والواجبات، ويرأسها رب الأسرة بالتشاور مع الزوجة فيما يخص شؤونها، وفي حالة الخلاف يتبعان الأسلوب الذي رسمته الشريعة في ذلك وهو التحكيم قصد الإصلاح، أو فك الارتباط إذا احتدم النزاع.

كما لم يقتصر الأمر على الجوانب الاجتماعية والعاطفية بل تعداها إلى أدق الجوانب المالية بما تفوقت به الشريعة الإسلامية على كل نظام سابق ولاحق. فشرع كحق للمرأة أنواع من النفقات على نحو المهر ونفقة الزوجة والأولاد، ونفقة المطلقة والحاضنة والمرضع، وجعلت لها ذمة مالية مستقلة، وشرع كحق للأسرة نفقة الأقارب والميراث والوصية والوقف، وتحمل العاقلة للدية وأحكام الولاية على المال وغيرها⁽²⁸⁾.

المطلب الثاني: مكانة الأسرة في التشريع الجزائري

اهتم التشريع الجزائري بالأسرة كخلية أساسية في المجتمع، فهي:

أولاً: في الدستور

نص الدستور الجزائري على إضفاء الحماية للأسرة من قبل الدولة والمجتمع، فجاء في نص المادة 17 من دستور 1963: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع"، ونصت المادة 65 من دستور 1976 على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع"، كما نصت المادة 55 من دستور 1989 على أن: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، وهو ما جاء به نص المادة 58 من دستور 1996.

ثانياً: في القوانين

لقد اهتم قانون الأسرة - إلى جانب بعض القوانين الأخرى⁽²⁹⁾ - بشؤون الأسرة، وقد جاء تعريفها في المادة الثانية: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"⁽³⁰⁾. أما قانون العقوبات فقد نص على الحماية الجنائية للأسرة، حيث ورد النص على ذلك في الفصل الثاني بخصوص الجنايات والجرح ضد الأسرة والآداب العامة. فالمادة 330 من

28- انظر، جمال الدين عطية: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، سورية، 2003، ص 149 وما بعدها.

29- منها قانون الحالة المدنية الذي نص في الفصل الثاني من الباب الثالث على عقود الزواج من المادة 71 إلى المادة 77. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/2/1970 المتعلق بالحالة المدنية. وكذا قانون الإجراءات المدنية الذي نص في المادة 426 على الاختصاص المحلي للهيئات القضائية في مواد الميراث ودعاوى الطلاق أو الرجوع والحضانة والنفقة الغذائية والسكن على التوالي. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/2/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

30- القانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

قانون العقوبات⁽³¹⁾ تعاقب جريمة هجر الأسرة، والمادة 331 من نفس القانون تعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن أداء النفقة. كما أفرد المشرع الجزائري الكتاب الثالث في قانون الإجراءات الجزائية من المادة 442 إلى المادة 494، أي 53 مادة خاصة بالتحقيق مع الأحداث وكيفية معاملتهم ومحاكمتهم⁽³²⁾.

كما أدخل تعديلا على قانون العقوبات⁽³³⁾ حيث أصبح التحرش الجنسي جريمة يعاقب عليها القانون باعتبارها عنفا ضد النساء، بفرض عقوبة السجن من شهرين إلى سنة كاملة و غرامة مالية على الفاعل، وفي حالة العود تضاعف العقوبة⁽³⁴⁾.

أما القانون المدني فهو كغيره من قوانين البلاد العربية ترك تنظيم الأحوال الشخصية للقواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية، ومع ذلك فقد تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية، وبوجه خاص الحالة المدنية والأهلية، فخصها بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽³⁵⁾.

31- قانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/2/1982 .

32- الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

33- قانون العقوبات: قانون رقم 04/15 مؤرخ في 10/11/2004.

34- المادة 341 من القانون رقم 04/15 مؤرخ في 10/11/2004.

35- انظر، حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 85. كما اهتمت التشريعات الصادرة قبل صدور قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 منها: القانون رقم 777-57 الذي ورد فيه إثبات عقود الزواج السابقة المبرمة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا الأمر رقم 272-59 الذي حدد أركان عقد الزواج، وكذا القانون رقم 224-63 الذي حدد أهلية الزواج ونص على وجوب تسجيل عقود الزواج المغفلة.

المبحث الثاني: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القوانين العربية

تقلص دور القضاء الشرعي بعدما كان يحكم سائر التصرفات والحقوق والمعاملات المالية وغيرها في عهد النبوة و زمن الخلافة الراشدة وفي العهد الأموي والعباسي وحتى أوائل الخلافة العثمانية، ثم اقتصر دوره على مجال الأحوال الشخصية في أواخر عهد الخلافة العثمانية إلى الوقت الحالي، فبينما احتفظت بعض الدول بالمحاكم الشرعية في مجال الأحوال الشخصية، أدمجتها بعض الدول - ومنها الجزائر - في النظام القضائي العادي وأبقت على مصدريتها الشرعية لتعلقها بالجانب الديني قبل القضائي. وفيما يلي بيان أهم الأطوار التاريخية التي مرّ بها التقنين والتطبيق القضائي للأحوال الشخصية (أحكام الأسرة) في البلاد العربية على الخصوص.

المطلب الأول: مراحل تقنين الأحوال الشخصية

كانت سلطة التشريع والقضاء والفتيا في عهد النبوة في كل ما كان يواجه المسلمين من قضايا يومية وحياتية تختص بالمنازعات المتعلقة بالحقوق فيما بينهم، بما في ذلك قضايا الأحوال الشخصية، بيد النبي ﷺ لكونه المرجع في ذلك. ولم يترك النبي ﷺ فقها مدونا، وإنما ترك جملة من الأصول والقواعد الكلية، وبعض الأحكام والأقضية الجزئية، يرجع إليها القاضي المجتهد للفصل فيما يعرض عليه من قضايا ومسائل. بما يفهمه من نصوص التشريع إن وجد في موضوعه نصا من كتاب أو سنة، وإلا اجتهد فقياس الشبيه على شبيهه، أو اجتهد برأيه في حدود ما يحقق المصلحة ولا يخرج عن القواعد العامة⁽³⁶⁾.

وبعد عصر الصحابة وجد القضاة مصدرًا ثالثًا بعد الكتاب والسنة يرجعون إليه ويأخذون منه وهو أقوال الصحابة، وما أفتوا به يتخيرون من بينها ما يرونه الأصلح للتطبيق فيما يعرض عليهم⁽³⁷⁾. وبعد أن امتد سلطان المسلمين إلى خارج الجزيرة العربية، وجد المسلمون في تلك المجتمعات الجديدة التي فتحوها ثقافة جديدة ووقائع وعادات جديدة في مختلف مجالات المعاملات، وبشكل لم تستوعبها آيات الأحكام الجزئية الواردة في القرآن؛ ولكون النصوص متناهية وحاجات الناس غير متناهية، كان لزاما على فقهاء المسلمين الرجوع إلى الأحكام العامة وهو ما أطلقوا عليه مقاصد الشريعة الإسلامية لإيجاد أجوبة شافية لتلك المستجدات، وبالتالي فإن المصادر الأخرى للشريعة الإسلامية والتي تناولها أصول الفقه الإسلامي كالإجماع والقياس والمصالح المرسلّة وسد الذرائع لا تشكل سوى مجهود بشري ضمن سياق المنظومة الفكرية السائدة في تلك المجتمعات.

36- انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي السني-تنظيمه واختصاصاته- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008 ص 32-33.

37- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1969، ص 117-118.

وعلى هذا الأساس وعلى إثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعاً بصورة تدريجية دون أن يكون لها حكم شرعي في القرآن أو في السنة، تطور الفقه الإسلامي بما في ذلك نطاق الأحوال الشخصية، ولم يكن هذا التطور في مجال الحالات التي لم يجد الفقهاء حكماً لها في المصدرين الأساسيين فقط، ففي ذروة تطور الفقه الإسلامي وعلى ضوء المستجدات الحياتية الجديدة وجد التنوع الفقهي في فهم نصوص القرآن والسنة، وذلك انطلاقاً من التعامل مع النص كمعطى لغوي، إضافة إلى ظهور الدراسات في مجال الحديث وتقسيمه إلى المصنفات والآثار.

فلقد أوجدت هذه المستجدات تنوعاً في الفتاوى المتعلقة بالحالة أو القضية الواحدة، وتتابع الأمر إلى التنوع في أحكام القضاء وخاصة بعد ظهور المدارس والمذاهب الفقهية.

وفي ظل هذا التنوع الفقهي من جهة واتساع رقعة الدولة الإسلامية وحاجاتها كدولة من جهة أخرى، وجدت الحاجة لتقنين الأحكام الشرعية حتى يتقيد القضاء الإسلامي بأحكام مقننة معينة كي يعلم الناس سلفاً ما تخضع له معاملاتهم وعقودهم من الأحكام، فيكونوا على بصيرة من صحتها وفسادها⁽³⁸⁾.

إلى أن جاء عهد الدولة العثمانية وفي مرحلة ضعفها على الخصوص، وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها، ما أدى إلى ظهور الامتيازات الأجنبية وتعقد مسألة الأقليات الدينية، مما اضطر الدولة العثمانية إلى النقل أو الاقتباس عن القوانين الأجنبية، وذلك بإنشاء محاكم نظامية تطبق قوانين مقتبسة من قوانين الدول الأجنبية التي نجحت في فرض سيطرتها على العالم الإسلامي⁽³⁹⁾.

وبذلك ضاق مجال تطبيق الشريعة الإسلامية ولم يبق لها سلطان إلا في مجال الأحوال الشخصية -الزواج والطلاق.. إلخ- والأمر نفسه بالنسبة للبلاد التي خضعت للاحتلال الأجنبي⁽⁴⁰⁾.

38- انظر، حسن حسب الله: الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي، دار الطباعة للجامعات، القاهرة، 1988، ص 22 وما بعدها.

39- انظر، محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، ط1، 1956، ص 30 وما بعدها. ومحمد عبد الجواد محمد: تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، نشر معهد الدراسات الإضافية، جامعة الخرطوم، 1966، ص 5-6.

40- ظلت أحكام الشريعة الإسلامية سائدة ومطبقة تطبيقاً شاملاً لمعظم أوجه النشاط البشري في المملكة العربية السعودية واليمن وبعض أقطار الجزيرة العربية، أما مصر فقد ترجمت مجموعات القوانين الفرنسية المدنية والجنائية والتجارية ترجمة تكاد تكون حرفية إلى اللغة العربية، وفي تونس والجزائر والجزء الأكبر من المغرب وسوريا ولبنان حيث طبق القانون الفرنسي، وفي ليبيا طبق القانون الإيطالي، أما القوانين الأنجلوسكسونية فقد أثرت في البلاد التي خضعت لحكم إنجلترا مثل العراق والأردن وفلسطين. ولم يخرج من مجال تطبيق القوانين الأجنبية في كل هذه البلاد سوى الأحوال الشخصية. انظر، صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2001، ص 263-264.

المطلب الثاني: تطور مفهوم قانون الأحوال الشخصية

إن اللفظ قبل دخوله إلى اصطلاح العلماء في كل فرع من فروع العلم والمعرفة يكون له المعنى المحدد في اللغة التي يستعملها العالم أو الباحث، ثم يأخذ مراحل تاريخية معينة حتى يصير مستعملا في مجال العلم والعلماء كأمر مصطلح عليه بينهم، وهكذا كان الشأن بالنسبة لمصطلح الأحوال الشخصية على ما سيأتي بيانه.

الفرع الأول: مفهوم الأحوال الشخصية

كثرت وتعددت المحاولات الفقهية والقضائية والتشريعية لوضع تعريف يبين المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية، ولكن هذه المحاولات لم تصل إلى وضع تعريف جامع مانع لهذا المصطلح، نظرا لتشعب المسائل التي تندرج ضمنه؛ لهذا كان الاتجاه الراجح لبيان مدلول مصطلح الأحوال الشخصية هو استعراض وتعداد مسائل الأحوال الشخصية.

والمراد بالأحوال الشخصية عند الفقهاء المعاصرين: "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية ومادية، وهذا اصطلاح حقوقي حديث، أطلق في مقابلة الأحوال المدنية"⁽⁴¹⁾. وقد أصدرت محكمة النقض المصرية سنة 1934 حكما في ذلك بينت فيه ما تراه في مدلول هذا المصطلح ففسرت فيه الأحوال الشخصية بأنها: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ولكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، ولكونه تام الأهلية أو ناقصها، ولكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"⁽⁴²⁾.

ثم توالى تدخل المشرع المصري لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية في كثير من النصوص والقوانين منها القانون رقم 49 لسنة 1937 الصادر بلائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة حيث نصت المادة 28 منه على أنه: "تمثل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة..."⁽⁴³⁾

41- مصطفى السباعي: شرح مدونة الأحوال الشخصية السوري، دار الفكر، دمشق، ط 6، 1963، 8/1.

42- لم يمه هذا الحكم النزاع بين جهات القضاء في تحديد مفهوم الأحوال الشخصية، واستمرت بعض القضايا كقضايا المهر والجهاز والهبة حائرة بين المحاكم الشرعية والمحاكم المدنية تنصدي كل منها لنظرها على أنها صاحبة اختصاص فيها مع أن المهر والجهاز يتصلان بعقد الزواج اتصالا وثيقا، وهو عقد يتعلق بذات الإنسان وشخصه، والهبة كما قالت محكمة النقض يغلب على طابعها فكرة التصديق المنسوب إليه ديانة. انظر: محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 23.

43- انظر، حسن حسن منصور: الخيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 20.

الفرع الثاني: تطور مفهوم الأحوال الشخصية

لم تعرف النظم التشريعية القديمة مصطلح الأحوال الشخصية، فلم يرد ذكر هذا المصطلح في القوانين المصرية القديمة ولا في قانون حمورابي ولا حتى في القانون الروماني الذي يعتبر المصدر التاريخي لكثير من القوانين الوضعية السائدة في البلاد الأوروبية الآن⁽⁴⁴⁾.

ويعتبر هذا التعبير "الأحوال الشخصية" دخيلاً على الفقه الإسلامي، فلم يكن مصطلح الأحوال الشخصية معروفاً من قبل عند فقهاء المسلمين⁽⁴⁵⁾، وإن كانت مباحث هذا العلم موجودة في كل كتب الفقه، بل كانوا يبحثون في أحكام الأسرة ومتعلقاتها موزعة بين أبواب الفقه المختلفة من زواج ومهر ونفقات، وطلاق ونسب، وحجر ووصية وميراث... وعلى هذا يمكن القول بأن مسائل الأحوال الشخصية تشمل:

- ما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم.
 - ما يتعلق بنظام الأسرة من زواج وما يتبعه، ونظام الأموال بين الزوجين والبنوة وثبوت النسب، والعلاقة بين الأصول والفروع والنفقات.
 - الولاية والوصاية والحجر والقوامة والغيبة وأحكام المفقود.
 - الميراث والوصية والوقف وما يتعلق بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت⁽⁴⁶⁾.
- وأول من استعمل هذا الاصطلاح في أواخر القرن التاسع عشر هو الفقيه المصري محمد قنديل باشا الذي وضع عدداً من الكتب الفقهية على النمط القانوني معتمداً في ذلك على المذهب الحنفي، ومن هذه الكتب كتاب "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، وقد اشتمل هذا الكتاب على أحكام الزواج والطلاق وما يتعلق بهما، والميراث والوصية، والهبة والحجر. وكذلك كتاب "مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان" وهو خاص بالمعاملات، وكتاب "العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف"

44- انظر، حسن حسن منصور: الخيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ص 16.

45- فهو ليس من مصطلحات الفقه الإسلامي الأصلية، وإنما هو اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجة وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو لكونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية، وإلى أحوال عينية وتعلق بالعلاقات المالية. انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1983، ص 28. محمد بلناجي: دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، مصر، ط1، 2006، ص 7.

46- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 24-25. والعربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004، ص 13-14.

وغيرها⁽⁴⁷⁾. ورغم أن هذه المؤلفات لم تأخذ الصفة الرسمية في الدولة، فقد كانت المرشد للتزود بالأحكام الفقهية المقننة⁽⁴⁸⁾.

وقد اختلف في تفسير مدلول هذا المصطلح وتحديد موضوعاته، وكان لاختلاف جهات الاختصاص أثر في توسيع دائرة الاختلاف، فكل جهة تريد أن تدخل في اختصاصها ما أمكن أن يتحمله التفسير، فجهات القضاء الشرعي - وكانت أصل القضاء - تتجه إلى التوسع في مدلول كلمة الأحوال الشخصية وما تشمله، بينما قضاة المحاكم الأخرى يحاولون التضييق من مدلول هذه العبارة، وكان لهذا الاختلاف أهمية قصوى وأثر بالغ في التقاضي لتحديد جهة الاختصاص.

وفيما يلي عرض لأهم المراحل التي مرّ بها تطور التطبيق القضائي للأحوال الشخصية في العصر الحديث.

المطلب الثالث: مراحل تطور التطبيق القضائي للأحوال الشخصية في العصر الحديث

لم يكن للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية في الصدر الأول من الإسلام مصدر إلا أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة أنفسهم، إذ كان لا يلي القضاء إلا فقيه مجتهد، وفي عهد الدولة العباسية لم يكن مرجع للقضاة إلا كتب الفقه، وكان أكثر القضاة في هذه العهود على مذهب أبي حنيفة، إذ كان أبو يوسف قاضي القضاة هو من يختار القضاة ويقصرهم على القضاء بمذهب أبي حنيفة آنذاك، ثم أصبح التطبيق القضائي الرسمي للدولة العثمانية يقتصر على المذهب الحنفي، إلا ما كان من القضاء في الأندلس الذي كان يعتمد على المذهب المالكي، إذ كان السلطان لا يعين أحدا في القضاء هناك إلا من يرشحه يحيى بن يحيى الليثي المالكي الذي كان لا يرشح إلا من الفقهاء الآخذين بمذهب مالك المقلدين له، وكان كثير من فقهاء الشام من أتباع الأوزاعي يطبقون مذهبه⁽⁴⁹⁾.

وكان القضاء في مسائل الأحوال الشخصية جزءا من القضاء في سائر الأحكام الشرعية، إذ كان القاضي في ظل الدولة الإسلامية يحكم بالشرعية في مختلف القضايا المالية والجزائية والتجارية وغيرها، يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية فحسب⁽⁵⁰⁾.

ولما دبّ الضعف في جسم الدولة العثمانية في أواخر أيامها، وتطورت الحياة الاجتماعية تطورا كبيرا بعد اتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية، اتجه القضاء إلى الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها، فتم إخراج قانون للمعاملات المدنية مقتبسا من الفقه الإسلامي مع التقيد بالمذهب الحنفي،

47- انظر، مناع القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، (دت)، ص 404.

48- انظر: علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2002، ص233.

49- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 19.

50- انظر، مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، ط6، 1962، 9/1.

ومراعاة مصالح الناس وروح العصر دون التقييد بالرأي الراجح في المذهب، وقد ألفت لجنة لذلك، وتم وضع مجموعة من الأحكام الفقهية التي تعتبر أكثر من غيرها ملائمة لما يجدر من الحوادث، وصدر بها قانون مجلة الأحكام العدلية⁽⁵¹⁾.

الفرع الأول: ظهور مجلة الأحكام العدلية

كانت أحكام الفقه الإسلامي منثورة في كتب متفرقة للمذاهب المختلفة، وكانت آراء الفقهاء تختلف في بعض الأحيان في المسألة الواحدة، ولم يكن الرجوع إلى الرأي القوي والراجح بالأمر اليسير نتيجة لكثرة الآراء الفقهية واختلافها، ومن أجل تيسير رجوع الحكام المدنيين إلى الأحكام الفقهية فقد صدرت الإرادة السلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية بصفة قانون مدني عام، مأخوذة من أحكام المذهب الحنفي ومرتبطة أكثر من غيرها بالحوادث والوقائع المستجدة. فكانت أول تنظيم تشريعي يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي خالصا⁽⁵²⁾.

تطبيق المجلة بصفة قانون مدني عام

لم تبدأ حركة التقنين أولا في مجال الأحوال الشخصية، بل بدأت هذه الحركة في أواخر العهد العثماني في مجال القانون المدني، بصدور مجلة الأحكام العدلية عام 1286 هـ، وأصبحت المجلة قانونا مدنيا عاما تضم مجالات المعاملات المدنية وغيرها منتخبا من الأحكام الفقهية الخاصة بالمعاملات للفقه الحنفي وهو المذهب الرسمي للدولة العثمانية، ولا يعول على ما يخالفه من أحكام فقهية في حالة تواجد الحكم المطلوب في المجلة، وذلك لاقتران صدور المجلة بالأمر السلطاني، ويرجع القضاة إلى نصوص الفقه فيما لا نص فيه، وقد رتبت أحكامها في صورة مواد مختصرة يقتصر الحكم فيها على رأي واحد. كما رتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة حتى يسهل الرجوع إليها، وكان مجموعها 1851 مادة.

بدأ العمل بأحكام المجلة سنة 1293 هـ-1876 م، وأخذت محاكم الدولة تطبق أحكامها باعتبارها قانونا مدنيا عاما ينظم المعاملات المالية، ولم تبحث المجلة في مسائل العبادات، بل اكتفت بالأحكام القانونية من معلومات الفقه، كذلك بقيت مسائل الأحوال الشخصية من اختصاص الشريعة الإسلامية بشكل مباشر⁽⁵³⁾، ويمكن أن تمس بشكل أو بآخر مجالها، حيث تناولت في كتابها التاسع: الحجر، وأهلية الصغار، وسائر فاقد الأهلية⁽⁵⁴⁾. ولم تدون غيرها للأسباب الآتية:

51- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 25. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 9/1.

52- انظر، مناع القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 404.

53- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 10/1.

54- المواد (914-1007) من مجلة الأحكام العدلية. انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي، ص 38.

- المبررات المتعلقة بوجود تعدد الحكم الشرعي في قضية واحدة من قضايا الأحوال الشخصية.
- تعدد الملل والطوائف في الدولة العثمانية.
- سياسة التسامح التي دفعت بالدولة العثمانية إلى أن تترك لغير المسلمين حريتهم في أمورهم المذهبية⁽⁵⁵⁾.

وقد سبق إصدار هذه المجلة تأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية التي كانت تتمتع باختصاص النظر في أنواع من الدعاوى التي كانت ترجع إلى المحاكم الشرعية سابقا. وأتى إصدار مجلة الأحكام العدلية ضمن حركة إصلاح الوضع المتدهور في الدولة العثمانية والمسعى الذي بذل في سبيل تحديث الدولة، وخاصة بعد اتساع الاتصالات والعلاقات الاقتصادية بين الدولة العثمانية والدول الأوروبية التي شهدت تطورات سريعة وكبيرة، وإطلاع كبار موظفي الدولة العثمانية على التجربة الأوروبية، وحاجة الدولة العثمانية إلى ربط التصرفات والعقود العقارية بنظم شكلية وإجراءات منها تنظيم السجل العقاري، لكي تكون تحت مراقبة الحكومة لأغراض مالية وحقوقية وسياسية.

ومن الأسباب الأخرى الداعية لإصدار المجلة ضمن وجهة الإصلاح السياسي والإداري في الدولة هي أن أحكام الفقه الإسلامي منشورة في الكتب الفقهية، وقد تتواجد في غير أماكن بحثها، كما أن الكتب الفقهية متفاوتة في استيعابها للأحكام العملية، ومتفاوتة في لغتها، إضافة إلى وجود آراء فقهية متعارضة في الحكم على القضية الواحدة. كما أن معرفة القوي الراجح من الضعيف المرجوح مسألة نسبية تحتاج إلى قدرة ومرونة فقهية يصعب توفرها عند الكثيرين بنفس الدرجة، وقد يرجح مؤلف ما لا يرجحه آخر مما يؤدي إلى وضع القضاة في بحر من الفتاوى والتخريجات وأقوال مجتهدي المذهب بترجيحات متباينة⁽⁵⁶⁾.

الفرع الثاني: ظهور قانون العائلة 1917

في الوقت الذي بدأ فيه هذا المفهوم في التبلور والوضوح، بادر العثمانيون بإصدار قانون حقوق العائلة سنة 1917م مقتبس من هذا المصطلح المستحدث من الغرب، لكن ما يميز قانون الأسرة العثماني في منهجيته عن مجلة الأحكام العدلية أنه لم يعتمد الفقه الحنفي، بل أخذ بعض الأحكام من المذاهب الثلاثة الأخرى، كاعتبار عقد الزواج صحيحا والشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها. وأخذ هذا القانون بالتفريق الإجباري القضائي بين الزوجين، ومكن المرأة من التخلص من زوج

55- انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي، ص 38.

56- انظر، علي محمد جعفر: نشأة القوانين وتطورها، ص 230 وما بعدها.

السوء بطلبها التفريق، وقد أخذ من مذهب مالك إطلاق حرية الزواج لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها⁽⁵⁷⁾، كما أن المادة الثامنة منه أجازت زواج البالغة العاقلة بغير إذن وليها إذا لم يعترض وليها، أو رئي أن اعتراضه غير وارد، كما منع القانون زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة، فإذا وجدت الضرورة يعقد الولي النكاح بإذن الحاكم. إلى غير ذلك من الأحكام الموضوعية التي اشتمل عليها القانون⁽⁵⁸⁾. كما اشتمل هذا القانون على أحكام شكلية منها: أن المادة 33 منه تقرر أنه: "يجب إعلان عقد الزواج قبل إجرائه"⁽⁵⁹⁾.

هذا، وقد كانت مسألة أخذ الأحكام الفقهية في قانون الأسرة العثماني من المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي مسألة ملحة بسبب الضيق الموجود في كل مذهب فردي من المذاهب الإسلامية إذا ما أخذت أحكامه على حدة، حتى في حالة تثبيت الاجتهاد في علم أصول الفقه للمذهب المعين، إضافة إلى أن خطوة التقنين كانت خطوة ضرورية لمعرفة حقوق المواطن الفرد بعد تثبيت الحدود القومية للدول المعاصرة ونشوء مفهوم الجنسية وسريان أحكام القانون من حيث المكان⁽⁶⁰⁾.

المطلب الرابع: تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية

كانت الغاية من الدراسات الإسلامية هي استنباط الأحكام الفرعية من أدلتها التفصيلية فيما يجدر للناس من حوادث، وما يعرض لهم من مشكلات، والقضاء الإسلامي بمصادره هو الأصل الذي يحكم قضايا الأفراد ومنازعاتهم، لكن الضعف السياسي الذي لحق الأمة الإسلامية في عصورها الأخيرة بعد تأمر أعدائها عليها، وتمزيق شملها، وما تبع ذلك من تخلف فكري وغزو ثقافي، أتاح الفرصة لأعداء الإسلام في إشاعة اتهامه بالقصور، وعجزه عن تلبية حاجات العصر، ولا سيما أن الدراسات الفقهية ظلت جامدة، فبدأ التشريع الإسلامي ينحصر تدريجياً عن الدولة الإسلامية بما فرضته قوى الاستعمار من قوانين داخلية، وأنظمة أجنبية مستأحكام الجنايات والحدود، وأحكام العلاقات المدنية عموماً⁽⁶¹⁾. أما أحكام نظام الأسرة التي تسمى "الأحوال الشخصية" فقد ظلت ولا تزال في أنحاء العالم الإسلامي مأخوذة

57- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سورية، ط2، 2004، 260/1-261.

58- لم يكن قانون العائلة العثماني شاملاً لكل مسائل الأحوال الشخصية، حيث بقي قسم من الأحكام الشرعية ومنها بعض مسائل الأحوال الشخصية نافذاً في الدولة العثمانية من دون تدوين، ومثاله أحكام الموارث والوصايا والأوقاف والنفقات. انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي، ص 38-39.

59- انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي، ص 38-39.

60- انظر، السباعي: قانون الأحوال الشخصية، 10/1.

61- انظر، مناع القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 399. حسن موسى الحاج موسى: المرجع نفسه، ص 36-37.

من الفقه الإسلامي، وظلت لها محاكمها الشرعية الخاصة حتى في البلاد التي سادت فيها القوانين الوضعية ولم يحدث مساس بها، سوى ما كان من إدماجها مع المحاكم العادية مثل ما هو معمول به في الجزائر ومصر حالياً بتخصيص غرفة للأحوال الشخصية⁽⁶²⁾.

هذا، والمتبع لتجربة البلدان العربية يجد أن مصر على -سبيل المثال- في زمن علي باشا 1849م الذي تزامن حكمه مع الفترات الأخيرة لحكم الدولة العثمانية، اقتصر أمر القضاء فيها على المذهب الحنفي بعد أن تغير هذا الأمر طوال تاريخ مصر الإسلامية حسب مذاهب الحكام. وقد أمر محمد علي باشا علماء الأزهر بوضع قانون ولم يفلحوا في ذلك. وفي أوائل عام 1915م شكلت في مصر لجنة من كبار العلماء من المذاهب الأربعة لتقنين قانون الأسرة يستنبط من المذاهب الأربعة ويختار منها، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما يكون صالحاً وفقاً لروح العصر، إلا أن اللجنة لم تفلح في الأمر رغم إعدادها لائحة بهذا الشأن بسبب الانتقادات الموجهة للمشروع بعد عرضه على رجال القضاء والمتعاملين بالمسائل الفقهية⁽⁶³⁾. إلا أن جزءاً قليلاً من اللائحة ظهر في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بهما الأمران المؤرخان في 10 ديسمبر 1920، وهو خاص بأحكام النفقات وبعض أحكام الأحوال الشخصية، وجاء الكثير من مواد هذا القانون وفق المذهب المالكي متأثراً بقانون الأسرة العثماني⁽⁶⁴⁾.

وفي عام 1923 صدر القانون رقم 56 حدد بموجبه سن الزواج حسب المادتين اللتين تكون القانون منهما، ومضمونها أنه لا تسمع دعوى الزوجة إذا كان سنّها يقل عن ست عشرة سنة، وسنّ الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة، وأنه لا تجوز مباشرة عقد الزواج، ولا المصادقة على زواج أسند إلى زمن ماض ما لم يكن سن الزوجين في هذا السن المحدد⁽⁶⁵⁾. وفي عام 1926 وفي ذروة تطور حركة الإصلاح الديني تألفت لجنة من المختصين بالمسائل الفقهية من تلامذة الشيخ محمد عبده، حيث وضعت اللجنة مقترحات تجاوزت المذاهب الأربعة إلى آراء الفقهاء عامة مما هو نافع للأسرة. وارتقى عمل اللجنة إلى الاستنباط من القرآن والسنة حتى ولو ناقض ذلك ما قاله السابقون، وقيدت اللجنة رغبة الرجل في تعدد الزوجات واشترطت لتزوج الرجل من أخرى ألا يعقد الزواج أو يسجله إلا بإذن من

62- انظر، مناع القطان: المرجع نفسه، ص 402. والعربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/16.

63- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص 8-10 وما بعدها.

64- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 20 وما بعدها. و محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، ط1، 1956، ص 30 وما بعدها.

65- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 12. مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 36-37.

القاضي الشرعي، ومنع القاضي من الإذن لغير القادر على القيام بحسن العشرة، والإنفاق على أكثر ممن في عصمته، ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه.

كما أخذت اللائحة المقترحة من هذه اللجنة بمبدأ الالتزام بالشروط التي تفرضها الزوجة على الزوج عند إبرام العقد، كالاشرط بألا يتزوج عليها. وأعطت اللائحة الحق للزوجة في طلب التفريق بسبب إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة، وكذلك طلب الزوجة الطلاق لو غاب زوجها سنة فأكثر، ولو ترك ما لا تستطيع الإنفاق منه.

على الرغم من عدم قبول اللائحة في ذلك العام، فقد صدر القانون رقم 25 لسنة 1929 واقتصر على ما جاء في المذاهب الأربعة وترك ما لم يكن في هذا النطاق، إلا في الطلاق بلفظ الثلاث والإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة.⁽⁶⁶⁾ ثم صدر المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها. وجرى تنظيم الميراث بالقانون رقم 77 لسنة 1943، وأحكام الوصية بالقانون رقم 71 لسنة 1946⁽⁶⁷⁾. ومنذ عام 1929 لم يتم تغيير قانون الأحوال الشخصية، وإن كان قد أدخل عليه الكثير من التعديلات آخرها القانون رقم 100 لسنة 1985.

وجرت تعديلات في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم 1 لسنة 2000، وإن كان القانون لم يلب طموح الراغبين في تعديل القوانين المنظمة للعلاقات الأسرية، حتى تصبح أكثر عدلا وتؤكد قيم المودة والرحمة، التي أكد عليها القرآن الكريم، إلا أنه استحدث بعض النقاط تتعلق بالخلع والطلاق من الزواج العربي، واستحدثات نظام محكمة الأسرة.⁽⁶⁸⁾ ثم جاء القانون رقم 10 لسنة 2004 بشأن إنشاء محاكم الأسرة والمعمول به من أول أكتوبر سنة 2004⁽⁶⁹⁾.

وفي سوريا بقي قانون حقوق العائلة العثماني ساريا إلى أن صدر أول قانون عام للأحوال الشخصية سنة 1953م، ويتضمن القانون المذكور الأبواب التالية: الزواج، الأهلية، الوصية والميراث، وقد استمد هذا القانون أحكامه من الفقه الإسلامي. بمختلف مذاهبه وآرائه، إضافة إلى الأحكام الإصلاحية التي أخذ بها قانون الأسرة العثماني والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا الأحوال الشخصية⁽⁷⁰⁾.

66- انظر، أبو زهرة: المرجع نفسه، ص 15.

67- محمد بلناجي: دراسات في الأحوال الشخصية، ص 7-8.

68- انظر، جابر عبد الهادي الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 20.

69- انظر، جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع نفسه، ص 21.

70- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 11/1.

كما بقي قانون حقوق العائلة ساريا في الأردن إلى سنة 1947 حيث صدر في تلك السنة حقوق العائلة الأردني، وقد أجريت عليه تعديلات كثيرة آخرها في سنة 1976، و أطلق على القانون الأخير "قانون الأحوال الشخصية الأردني"⁽⁷¹⁾. وقد طبق هذا القانون في لبنان بشكل رسمي بموجب نظام المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم رقم 241 لسنة 1942، ولكنه أدخلت عليه تعديلات، وجل ما أدخل عليه من تعديلات تمس القانون الأساسي، وأحيلت المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي بالنسبة للمسلمين السنة، وعلى المذهب الجعفري بالنسبة للشيعة، وكذلك بالنسبة للمسائل التي يتعارض فيها القانون مع مذهبهم⁽⁷²⁾. وأصدرت المغرب قانونها في الأحوال الشخصية سنة 1957 وعنوانته بـ"مدونة الأحوال الشخصية"، وفي تونس صدر قانون الأحوال الشخصية في عام 1956، وصدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي في عام 1984، ووضع قانون للأحوال الشخصية في ماليزيا عام 1984، وسمي بقانون العائلة. وبعض البلاد لم تضع لها قانونا للأحوال الشخصية، ولا تزال المحاكم فيها ترجع إلى الفقه الإسلامي في القضايا التي تعرض عليها، كالمملكة العربية السعودية، التي ترجع المحاكم فيها إلى القول المعتمد في الفقه الحنبلي، وترجع المحاكم في اليمن إلى المذهب الشافعي عند أهل السنة، وإلى الفقه الزيدي عند الزيدية، و المعتمد في السودان هو القول الراجح في الفقه الحنفي.⁽⁷³⁾ وفي العراق كلفت وزارة العدل سنة 1959 لجنة لوضع لائحة الأحوال الشخصية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية والذي عرف بالقانون رقم 188 لسنة 1959. واشتمل القانون على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث.⁽⁷⁴⁾

والملاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية لا تزال في الأعم الأغلب تستمد أحكامها القانونية من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه. فقد ظلت الشريعة الإسلامية تحكم الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية، لذلك اعتبرت معظم الدساتير العربية الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع في مجال الأحوال الشخصية، وتخصيصها بهذا الإطار أعطتها منزلة تفضيلية على ما سواها، إذ أنه ليس من شأن ذلك أن يستبعد المصادر التشريعية الأخرى؛ لأن نصوص القوانين الدستورية لم تجعلها المصدر الوحيد للتشريع، والمشرع يرجع ابتداء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإذا رجع إلى غيرها فعليه أن يشرع من

71- عمر سليمان الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس، عمان، ط1، 1997، ص13.

72- انظر، حسن موسى الحاج موسى: المرجع السابق، ص 39.

73- انظر، عمر سليمان الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص12.

74- لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959.

الأحكام ما لا يتناقض معها⁽⁷⁵⁾. وفي مجال القانون الخاص في البلاد العربية الإسلامية فإن تأثير الشريعة الإسلامية يكمن في اتجاهين⁽⁷⁶⁾: الأول: باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا خاصا ويشتمل مسائل الأوقاف والأسرة والولاية على النفس والمال والأهلية والميراث والوصية. والثاني: باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا في نطاق المعاملات المدنية بعد الإلغاء الصريح أو الضمني لأحكام المجلة. ولذلك فإن دراسة أحكام الشريعة الإسلامية وأصولها ومقاصدها يقابل ما يعرف بفلسفة القانون في التشريعات الوضعية، ولم تعد تشكل أهمية دينية وتاريخية فحسب بل تمثل أهمية قانونية وحضارية كبرى. وهو ما حمل فريقا من الفقهاء على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا في مجال الأحوال الشخصية⁽⁷⁷⁾.

75- انظر، محمد عبد الجواد محمد: تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، ص 15.

76- انظر، علي محمد جعفر: نشأة القوانين وتطورها، ص 235-236. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 81 وما بعدها.

77- تنفرد مسائل الأحوال الشخصية في غالبية الدول الإسلامية بنظام قانوني مستقل عن الأحوال المالية التي ينظمها في الأصل القانون المدني، في حين تخضع مسائل الأحوال الشخصية لأحكام ديانة الشخص لاتصال بعضها وتأثره بأحكام العقيدة، وبالتالي فإن الأحكام التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية تتعدد في بعض الأحيان بحسب تعدد الأديان في الدولة الواحدة. انظر، جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 14.

المبحث الثالث: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القانون الجزائري

صاحب التطبيق القضائي في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر تطورات تاريخية حاسمة، حيث مرّ التنظيم القضائي بشكل عام في الجزائر بثلاثة مراحل هامة، وهي مرحلة ما قبل الاحتلال، ومرحلة الاحتلال، وما بعد الاستقلال، فكان لكل مرحلة طبيعتها وخصوصياتها في مجال تقنين أحكام الأسرة، مما جعل بعض موادها عرضة للتعديل أو الإلغاء أو التجديد بحسب ما تتطلبه كل مرحلة، وفيما يلي بيان ذلك بإيجاز من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: ما قبل صدور القانون 1984

تشمل مرحلة ما قبل صدور القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 عدة محطات تاريخية هامة، تميز فيها التطبيق القضائي في مسائل الأحوال الشخصية بتطورات مرحلية على مستوى التقنين لأحكام الأسرة، وخاصة الانفتاح على المذاهب الفقهية السنية خصوصا مع صدور قانون العائلة العثماني-وما قيل بشأن البلدان العربية التي كانت تحت لواء الدولة العثمانية ينطبق على الجزائر من حيث تخصيص المحاكم الشرعية للقضاء في مسائل الأحوال الشخصية- كما تميز القضاء في مسائل الأحوال الشخصية قبل صدور القانون بمرحلتين الاحتلال ثم الاستقلال، وفيما يلي تفصيل ذلك بإيجاز:

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال

كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي عام 1830 يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية في جميع ميادين الحياة العامة ومنها نظام الأسرة، مثله مثل التنظيم القضائي في مختلف البلاد الإسلامية، وكانت أحكام المذهب المالكي تحديدا هي المطبقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن، وذلك راجع لعوامل تاريخية كما أوضحها ابن خلدون⁽⁷⁸⁾ في مقدمته بقوله: "وأما مالك -رحمه الله- فاختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس، وإن كان يوجد في غيرهم، إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل... ثم قال: وأهل المغرب جميعا مقلدون لمالك -رحمه الله-"⁽⁷⁹⁾، وقد استمر العمل بالمذهب المالكي في بلاد تونس والجزائر وطرابلس الغرب.⁽⁸⁰⁾ باستثناء السكان الأتراك فقد كانوا يخضعون للمذهب الحنفي، وكذلك الإباضيون فقد كانوا يحتكمون للمذهب الإباضي.

78- هو ولي الدين أبو زيد عبد الرحمن الحضرمي الإشبيلي المشهور بابن خلدون، العلامة المؤرخ المالكي، ولد بتونس سنة 732هـ، وتوفي سنة 808 هـ، له مؤلفات كثيرة منها: شرح البردة، تلخيص محصول الرازي. ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، في معرفة أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 76/7-77.

79- ابن خلدون: المقدمة، دار القلم، بيروت، لبنان، ط6، 1986، ص 449.

80- انظر، بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 137.

الفرع الثاني: مرحلة الاحتلال

تبعاً لظروف الاحتلال التي مرت بها الجزائر، فقد عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولات يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام الفرنسي خدمة للأغراض الاستعمارية في مجال تضييق العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وتفكيك وحدة التشريع الجزائري، ولمعرفة ذلك لا بد من التطرق إلى أهم المراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائري أثناء فترة الاحتلال وبعد الاستقلال، وإلى غاية آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري.

فقد عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء فترة الاحتلال تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق وكذا الوصية والميراث، وذلك من خلال المحاكم الشرعية التي كانت موجودة آنذاك⁽⁸¹⁾.

وفي هذه الأثناء كان قضاة المحاكم الشرعية يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق، وفي مجال الوصية والميراث مع الميل إلى المذهب المالكي باعتبار أنه لم يكن لهم أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم، وباعتبار أنه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي باستثناء ما نص عليه مرسوم 1890/12/29 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب الجزائر، وما تضمنه مرسوم 1922/12/8 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية، وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل⁽⁸²⁾.

لكن الوضع لم يبق على حاله، فبعد اندلاع الثورة التحريرية صدر الأمر تحت رقم 274 /59 المؤرخ في 1959/02/04، ويتكون هذا الأمر من اثني عشرة مادة، تضمن في المادة الثانية منه أركان عقد الزواج حيث نصت على أنه: "ينعقد الزواج برضا الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلنيا ومن صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين، وذلك أمام ضابط الأحوال المدنية، وإلا كان العقد باطلا، ويجوز لأحد الزوجين أن يطلب أن يكون الآخر مسلما، وإن كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا، وجب أن يكمله رضا الولي أو القيم"، واشتمل في المادة الثالثة على قواعد تسجيل عقد الزواج وحفل الزواج، كما تضمن في المواد 4-5-6-7-8 قواعد وأحكام تتعلق بالوعد بالزواج وسن أهلية الزواج، وانحلال عقد الزواج، وما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة.

81- منذ احتلال فرنسا للجزائر عام 1830 وهي تعتبرها جزء منها، وطبقت على الفور القوانين الفرنسية بواسطة محاكم أنشئت لهذا الغرض، واحتفظت المحاكم الشرعية باختصاصها في مسائل الأحوال الشخصية. انظر، محمد عبد الجواد محمد: تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، ص 18.

82- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 8.

وعلى سبيل المثال ففي الباب المتعلق بانحلال الزواج الذي خصه بثلاث مواد نصت المادة السادسة على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت، ويجب إصدار قرار انحلال الزواج بناء على طلب يقدم من أي من الزوجين إلى القاضي المختص، كما أن الحكم الذي يصدر بمناسبة انحلال الزواج يجب أن يفصل في حضانة الأولاد بما يتفق ومصالحتهم، وكذا في طلب التعويض أو النفقة التي يديها الزوجان عن نفسيهما وعن أولادهما⁽⁸³⁾. في حين ألزمت المادة الثامنة منه الزوجين الحضور شخصيا إلى القاضي في دعوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفي بعضهما من الحضور.

مما سبق يتبين بأن الأمر 274 /59 قد حمل نقاطا جديدة بالإشارة إليها وهي:

- أن هذا الأمر لم يستعمل عبارة "الطلاق" واستبدل بها عبارة "انحلال الزواج"، والفرق واضح من العبارتين انطلاقا من أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الآثار، فالطلاق له آثار وهو يعد انحلالا للزواج، كما أن الأنكحة الفاسدة والباطلة يعد فسخها انحلالا للزواج كذلك، ولكن لها آثارا أخرى تختلف عن آثار الطلاق.

- لم يعرف هذا الأمر الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية، فقد تجاهلها ولم يعترف بها.

- الحق في فك الرابطة الزوجية أعطي للزوجين على حدّ سواء، إلا أنه يشترط تقديم طلب خطي من أحد الزوجين للقاضي للبت فيه⁽⁸⁴⁾.

ويلي هذا الأمر المرسوم رقم 59-7082 المؤرخ في 17/09/1959 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر، حيث تناول توضيح نصوص الأمر السابق، المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، ثم القرار الصادر بتاريخ 21/11/1959 الذي حدد أنواع الوثائق والمستندات التي يجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية، أو القاضي (الموثق) لطالبي الزواج من أجل إمكانية إبرام عقد الزواج وتسجيله.

أما فيما يتعلق بقواعد الأساس الخاصة بالوصاية والولاية والحجر والغياب والفقدان فقد تضمنها القانون رقم 57-778 الصادر بتاريخ 11/07/1957 وظلت سارية المفعول إلى ما بعد الاستقلال⁽⁸⁵⁾.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد عمد إلى التدخل في قانون الأسرة الجزائري عن طريق سلسلة من القوانين منها على سبيل المثال: قانون 02 ماي 1930، والمتعلق بالخطبة وسن

83- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص8 وما بعدها.

84- انظر: باديس ذياي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 70-71. و عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص8 وما بعدها.

85- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، ص18-19.

الزواج، ومرسوم 19 ماي 1931 والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 والمتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر بصفة عامة. ومن أهم ما تضمنه هذا الأمر هو قواعد الاختصاص، وقواعد الإجراءات، وقواعد القضاء المستعجل، والحجز الاحتياطي وحجز ما للمدين لدى الغير وقواعد قسمة التركات.

وعلى الرغم من كل هذا بقي نظام الأسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي، نتيجة مقاومة الشعب الجزائري عن عقيدته وأصالته وحضارته الإسلامية⁽⁸⁶⁾.

الفرع الثالث: بعد الاستقلال

بعد استرداد الجزائر استقلالها وتحررها من الهيمنة الاستعمارية، أصبح من الضروري عليها وضع منظومة تشريعية تتماشى وسيادتها، ويعد تطبيق القوانين الوطنية في مجال الأحوال الشخصية مظهرا من مظاهر ممارسة السيادة الوطنية، وقد صدرت عدة قوانين تخص تنظيم شؤون الأسرة في الفترة ما بين 1962 إلى سنة 1984 والتي تعتبر مرحلة حاسمة بصدور أول قانون جزائري خاص بتنظيم شؤون الأسرة.

وجدت الجزائر نفسها بعد الاستقلال في فراغ تشريعي، وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع عهد الاستعمار الفرنسي، ومن غير المنطقي أن تبقى حاضنة للنظام القانوني للاحتلال، لذلك عرفت المنظومة التشريعية الجزائرية تدرجا في مراحل تقنينها، في الفترة الممتدة ما بين 1962 إلى 1984، وذلك كما يأتي:

أولاً- مبدأ سريان التشريع الفرنسي وتأثيره على مجال الأحوال الشخصية

بعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي، وذلك سداً للفراغ التشريعي والقانوني، وعليه صدر قانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية، فيما عدا مواد الاستعمارية والعنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

ويعتبر هذا القانون تكريسا واختيارا للقانون الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية خاصة وأن عملية الاستقلال توجت بحركة تهدف إلى جزأة القوانين، كما يعدّ هذا القانون إبقاء للأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، وكذلك المرسوم الصادر في 31 ديسمبر 1859 ومرسوم 17 أبريل 1889 المتضمن تطبيق الشريعة

86- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص9. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص18-19.

الإسلامية في هذا المجال بالنسبة للجزائريين المسلمين، وكذلك القانون 1931 المتضمن إصلاح وضع المرأة في منطقة القبائل، وقانون 1959 المتضمن تنظيم زواج الإناث⁽⁸⁷⁾.

ثانيا: التشريعات التي صدرت بعد قانون 157/62

في السنوات الأولى من الاستقلال بادر المشرع الجزائري بالسعي للتخلص من الازدواجية والتبعية القضائية وإنشاء جهاز قضائي يتلاءم مع الأوضاع الجديدة، محاولا بذلك تغطية بعض الفراغات، فكان أن صدر القانون رقم 218-63 المؤرخ في 18/05/1963 ليلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية، ولينشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى⁽⁸⁸⁾. ثم سنّ القانون رقم 244/63 المؤرخ في 29/06/1963 والذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج بتحديد سن الزواج، حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة وعند المرأة ببلوغ 16 سنة كاملة، وبهذه الشروط المحددة لسن الزواج يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج، ويكون بهذه الوسيلة قد أدخل على عقد الزواج مانعا مؤقتا، وهو بلوغ الزوجين سنا معينة⁽⁸⁹⁾، ثم صدر الأمر رقم 72/69 المؤرخ في 16/09/1969 حيث عدل بموجبه القانون رقم 63/224 فيما يتعلق بإثبات الزواج⁽⁹⁰⁾.

وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 5 جويلية 1973 القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من 1 جويلية 1975، بعد أن قام بحركة تشريعية شاملة بهدف القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية التي تربط المجتمع الجزائري بعجلة القوانين الدخيلة عليه⁽⁹¹⁾. حيث برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، حيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وهو ما كان سائدا قبل صدور هذا القانون⁽⁹²⁾. كما أن المحكمة

87- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 9. لوعيل محمد لين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2006، ص 20 وما بعدها.

88- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 9.

89- انظر: لوعيل محمد لين: المرجع السابق، ص 23.

90- انظر: باديس ذيايي: المرجع السابق، ص 71.

91- انظر: العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 19.

92- انظر، لوعيل محمد لين: نفس المرجع السابق، ص 25.

العليا أقرت في كثير من قراراتها القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بدون منازع، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري الصادر في 1984/6/9⁽⁹³⁾.

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984

عرفت هذه المرحلة صدور أول قانون للأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، وبخاصة التركيز على الفقه المالكي، بموجب القانون 84-11. وفيما يأتي بيان ذلك من خلال التعريف به وبيان مصادره وطبيعته وأهم الملاحظات التي يمكن إبدائها بشأنه، وكذا الانتقادات المثارة بشأنه.

الفرع الأول: صدور قانون الأسرة لسنة 1984

استمر الوضع على حاله إلى غاية بداية الثمانينات، تاريخ صدور أول قانون جزائري للأسرة، والذي حمل رقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984، وذلك بعد محاولات تشريعية عديدة، حيث يعتبر أول وثيقة تجسد العمل بأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁹⁴⁾ في تنظيم شؤون الأسرة، بعدما كان متروكا للاجتهاد القضائي، وتختلف الأحكام الصادرة في هذا الشأن من محكمة إلى أخرى.⁽⁹⁵⁾ وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁹⁶⁾ التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ويشتمل هذا القانون على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب كما يلي:

- الأحكام العامة (م1- م3).

- الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (م4- م80) وبه مسائل الزواج والطلاق، وحقوق وواجبات الزوجين، والنسب، والعدة، والحضانة والنفقة.

- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (م81- م125) وبه مسائل الولاية والوصاية والتقديم، والحجر، والمفقود والغائب والكفالة.

- الكتاب الثالث: الميراث (م126- م183).

الكتاب الرابع: التبرعات (م184- م224) وبه مسائل الوصية والهبة والوقف.

الفرع الثاني: مصادر قانون الأسرة الجزائري وطبيعته

أولا: مصادر قانون الأسرة الجزائري

93- انظر، العربي بلحاج: نفس المرجع السابق، ص 21.

94- عند مقارنة قانون الأسرة الجزائري بالقوانين الجزائرية الأخرى نجد القانون الوحيد الذي جسد الشريعة الإسلامية، بينما القوانين الأخرى استمدها المشرع الجزائري من قوانين دول ديمقراطية غربية.

95- انظر، لوعيل محمد لين: المرجع السابق، ص 28 .

96- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

اعتمد القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/6/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/2/27 أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا في التشريع الأسري⁽⁹⁷⁾، مغلبا بذلك المذهب المالكي على بقية المذاهب التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، كما أخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك، إضافة إلى ذلك فقد اعتمد المشرع على بعض القوانين العربية التي سبقته، مع بعض التعديل أحيانا أو مخالفتها أحيانا أخرى بما يوافق المصلحة المحلية، والأعراف السائدة في المجتمع الجزائري.

ومن الناحية الدستورية فقد استند المشرع في تقنينه لنظام الأسرة إلى المادة 55 من الدستور الجزائري لسنة 1989 والتي تنص على أن "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتحظى بحماية الدولة والمجتمع"، وهو ما أكدته المادة 58 من دستور 1996، كما جاءت المادة الثانية من الدساتير الجزائرية تنص على أن "دين الدولة الرسمي هو الإسلام"، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة⁽⁹⁸⁾ دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق، كما أن المادة 223 تعلن بأنه: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

ومن هنا تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية في عموم مسائلها⁽⁹⁹⁾، وهذا ما تناوله قانون الأسرة الجزائري، بعد سلسلة من المشاريع والمحاولات التشريعية الهادفة.

ثانيا: طبيعة قانون الأسرة الجزائري

لقد استعيض عن الأحكام الشرعية بأحكام وضعية في مختلف القوانين⁽¹⁰⁰⁾، غير أن طبيعة مباحث الأحوال الشخصية حالت دون استبعادها من التطبيق لأسباب منها:

97- البحث في قضايا الأسرة لا يقتصر على مجال العلوم الشرعية فحسب، فقد يحتاج إلى اختصاصات أخرى لاختلاف المفاهيم حول بعض القضايا التي تمس صميم الأسرة، فالطلاق مثلا في علم الاجتماع يعد مرضا خطيرا، وفي علم النفس يعد من أنواع الاضطراب النفسي، وعليه فلا بد أيضا من دراسة قضايا الأسرة من منظور العلوم الأخرى.

98- يقصد بها المصادر الأساسية للتشريع الإسلامي وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاجتهاد.

99- تجدر الإشارة أنه عند الدراسة الدقيقة يجد المتأمل لقانون الأسرة في مدى اعتباره الشريعة الإسلامية مصدرا تشريعا لأحكام الأسرة، إنما ذلك في المسائل القطعية التي يعتبر عدم الأخذ بها خروجا عن أحكام الشريعة ومخالفة لها، أما المسائل التي مجالها الاجتهاد فيأخذ بكل رأي موافق لمقصوده من التشريع، فإن كان راجحا فيها ونعمت، وإن كان مرجوحا يحتاج له بدعوى الحاجة ومتطلبات العصر يقتضيان الأخذ به، والواقع أن العبرة بالدليل، وقوة الدليل لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وإنما قد يتغير تكييف العمل به إذا لم يكن في ذلك مخالفة للقواعد العامة للشريعة.

- 1- الصلة الوثيقة بين نظام الأسرة والعقيدة، من حيث الحل والحرمة، وعلاقته الوطيدة بحياة الإنسان من زواج ونسب وميراث.. مما جعل أمر استبدال شرعة لا دينية به أمرا مستعصيا.
- 2- تكامل نظام الأسرة في الإسلام، وشموله لحياة الفرد وأحواله من قبل الولادة إلى ما بعد الموت، وكذا تناوله لمختلف أحوال الناس، مع مراعاته لمصالح الفرد والمجتمع على السواء.
- 3- شمول مباحث الأسرة بالنصوص الشرعية الثابتة، والتي لم تخل في بعض أصولها من الاجتهاد فيها. بما يتفق وفهم النصوص والالتزام بأحكامها والعمل على تطبيقها لتحقيق المقاصد التي شرعت من أجلها هذه الأحكام.
- 4- وجود مدونات ومشاريع قوانين بصورة عصرية في معظم البلاد العربية والإسلامية على الطريقة القانونية الحديثة، مما سهل الرجوع إلى القواعد والنظم الإسلامية في مجال الأسرة والاستفادة منها⁽¹⁰¹⁾.

ومن هنا جاء قانون الأسرة الجزائري متماشيا مع ما تمليه مقاصد الشريعة الإسلامية من تحقيق للتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية⁽¹⁰²⁾.

حيث تنص المادة الأولى منه على أنه: "تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"، كما تعرف المادة الثانية من نفس القانون الأسرة بأنها: "هي الخلية الأساسية للمجتمع وتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، ومن خلال نصوص هذه المواد يتضح أن قانون الأسرة الجزائري مرتبط أساسا بالمفاهيم الاجتماعية والحضارية وبالقيم الأخلاقية والدينية، وكذا بالأعراف والتقاليد والعادات السائدة في المجتمع، وهذه دلالات هامة تميزه عن باقي فروع القانون المختلفة، وعلى هذا الأساس بقي قانون الأسرة الجزائري أثناء المرحلة الاستعمارية يستمد أصوله من التشريع الإسلامي محافظا بذلك على شخصيته الوطنية العربية والإسلامية⁽¹⁰³⁾.

الفرع الثالث: ملاحظات حول قانون الأسرة رقم 84-11

من أهم ما يلاحظ إيجابا على هذا القانون ما يلي:

- 1- المرجعية الشرعية لقانون الأسرة: وهي أولى إيجابياته، بحيث أن المشرع الجزائري اعتمد أساسا عند تقنينه على الشرعية الإسلامية، وقد ورد في ديباجة المشروع التمهيدي ما يلي: اعتمدت

100- مثل القانون المدني وقانون العقوبات وغيرهما.

101- يضاف إلى ذلك افتقار القوانين الغربية إلى نظام الأسرة، فالجتمعات الغربية تخضع في هذا المجال لتعاليم الكنيسة والتقاليد الدينية.

انظر، محمد عقله: نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط1، 1983، 15/1-16.

102- وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري.

103- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 26.

اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد. وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل.

2- مجاراته لعرف المجتمع الجزائري: فهو لم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام، فاستعمله مثلاً: لكلمة "الفاتحة" في المادة السادسة دليل على ذلك، إذا عرفنا أن المراد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي يتم طبقاً للشريعة الإسلامية، إذ ألف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي، ثم أصبح يُعبر عنه "بالفاتحة".

3- استيعابه لمعظم الأحكام الخاصة بالأسرة: وذلك بصياغة قانونية مقبولة للأحكام الشرعية يسهل تطبيقها من قبل القضاة، والعودة إليها من قبل رجال الشريعة والقانون على السواء.

4- الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم ورود النص:⁽¹⁰⁴⁾ فقد نصت المادة 222 على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فهذا النص يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية - دون تحديد لمذهب فقهي معين - إذا عُرضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

5- يعتبر من القوانين السابقة في الوطن العربي إلى تقنين أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث، وغير ذلك مما يجعله مميزاً بصفته الشمولية التي كانت تفتقدها بعض القوانين العربية السابقة في مجال الأحوال الشخصية مثل قانون حقوق العائلة العثمانية لسنة 1917 وقانون حقوق العائلة الأردني لسنة 1951، وقانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1953 وغيرها.

6- رغم أن قانون الأسرة الجزائري جاء مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية وبمجرد هويته الأسرة الجزائرية، إضافة إلى كونه يمثل انتصاراً على المشككين في أن أحكام الشريعة الإسلامية تصلح أن تكون قانوناً يمكن تطبيقه في الواقع العملي كما هو الشأن مع القوانين الوضعية الأخرى.

الفرع الرابع: الانتقادات المثارة بشأن قانون الأسرة الجزائري 11/84

104- ونجد خلاف ذلك في بعض القوانين العربية، إذ تقيّد القاضي بمذهب معين، ومن أمثلة ذلك ما ورد في الفصل 82 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية: "كل ما لم يشمل هذا القانون يُرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك". ونصت المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي".

يتواجد قانون الأسرة 84-11 بقواعده ومحتواه بين عدة تيارات واتجاهات فكرية متضاربة⁽¹⁰⁵⁾، من هذه الاتجاهات من تطالب بإلغائه باعتباره لم يعد متماشيا مع متطلبات العصر، انطلاقا من التفتح السياسي والديمقراطي الذي عرفته الجزائر ابتداء من سنة 1989، وبالالتجاه المعاكس لهذا الرأي هناك بعض الاتجاهات تعتبر هذا القانون انعكاسا وتطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولا سيما القاعدة الدستورية التي تجعل الإسلام دين الدولة، في حين أن الدستور يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، وانطلاقا من القواعد الدستورية ذهب الاتجاه الرافض لهذا لقانون إلى كونه لم يحترم المبادئ الواردة في الدستور فيما يتعلق بمركز المرأة، بل تضمن أحكاما وقواعد قانونية متناقضة مع الدستور والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، رغم إبدائها بعض التحفظات على بعض المبادئ الواردة فيها⁽¹⁰⁶⁾.

وقد ذهب هذا الاتجاه الرافض لقانون الأسرة إلى أبعد حد في الاختلاف، عندما اعتبره قانون تمييز يمس بمركز المرأة، بحيث لا يعترف بالأهلية الكاملة للمرأة⁽¹⁰⁷⁾، كما أنه القانون الذي يعترف بالزواج العرفي الذي عادة ما تكون له آثار وخيمة على المجتمع، إذ يسهل للرجل هجر الزوجة والأولاد، كما أنه القانون الذي لم يحّم رضا المرأة، إذ اعتبر الرضا مجرد إجراء شكلي في إبرام عقد الزواج، وهذا ما يتنافى مع أحكام المادة 40 من القانون المدني التي لا تميز بين الرجل والمرأة في مجال إبرام التصرفات القانونية⁽¹⁰⁸⁾، كما أن هناك من اعتبره القانون الذي يكرس مبدأ هيمنة الرجل على المرأة، واعترف بتعدد الزوجات،⁽¹⁰⁹⁾ ومبدأ عدم التساوي بين الرجل والمرأة في الميراث⁽¹¹⁰⁾.

105- التضارب في الاتجاهات والاختلاف بشأن قانون الأسرة بين مؤيد ومعارض، ليس وليد الصدفة، بل هو اختلاف إيديولوجي، سياسي بين المحافظين والعلمانيين، والمشكلة فيه ليست في تعدد الزوجات ولا في الولاية في عقد الزواج، بقدر ما هي صراع فكري عقائدي معروف.

106- انظر: لوعيل محمد لبن: المرجع السابق، ص 3 وما بعدها.

107- انظر: لوعيل محمد لبن: نفس المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

108- المشكلة ليست في تشريع التعدد في ذاته، بل تكمن في مدى الالتزام بتطبيق القيود الشرعية والقانونية في ذلك، سيأتي تفصيل هذه المسألة في محله من الباب الثاني.

109- تجدر الإشارة إلى أن هذه البقية الباقية (قانون الأسرة) التي يحكمها جانب من الفقه الإسلامي التطبيقي، يحاول بعض الناس العدوان عليها فيما يتعلق بتعدد الزوجات وأحكام الطلاق والتفاوت بين الذكر والأنثى في الميراث، ولقد أحرزت هذه المحاولات العدوانية شيئا من النجاح في بعض البلاد.

110- وهذه أيضا دعوى مغرضة، لأنه لا اجتهاد مع النص القطعي الدلالة والثبوت، وذلك في قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" النساء، الآية 11. فلا مجال لتأويله أو تحويره بالشهوي والاستحسان كما يحلو للبعض من دعاة التغيير بحجة أن النص لا يساير مقتضيات العصر، بل الحكمة من تشريع هذا الحكم صالحة لكل زمان ومكان، ما دام أن العلة ثابتة غير متغيرة متمثلة في قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم" النساء، الآية 34.

ومهما تعددت الآراء والانتقادات حول قانون الأسرة فإنه يعتبر خطوة إيجابية من المبادرات التشريعية التي قام بها المشرع الجزائري، فليس طبعيا أن يطرح قانون كقانون الأسرة على النقاش بمعزل عن صراعات فكرية وعقائدية في مجتمع يمتاز بالتنوع الفكري والثقافي، خاصة بعد ظهور جيل ما بعد الاستقلال المتشبع بالثقافة العربية الإسلامية⁽¹¹¹⁾.

ومهما يكن فإن أي قانون شرع في مرحلة زمنية يستوجب مراجعته إذا تغيرت ظروف تلك المرحلة التي شرع فيها، كما أن أحكام قانون الأسرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، بما في ذلك الأحكام الاجتهادية التي لا ينكر تغيرها بتغير الظروف والأحوال تبعا لتحقيقها المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة 84-11

ارتبطت أهمية قانون الأسرة بأهمية الأسرة في ذاتها التي ينظم الأحكام المتعلقة بها، إذ تشكل أساس بناء المجتمع، فيقوى بقوتها ويتماسك بتماسكها، ويضعف وينهار بضعفها وانهارها. وقد شهد منذ صدوره⁽¹¹²⁾ اختلافا في الرؤى: فهناك من يرى ضرورة الإبقاء على حاله باعتباره مكسبا من المكاسب التي تدعم المنظومة القانونية الجزائرية، ولكونه مستمدا من الشريعة الإسلامية، وهناك من يرى ضرورة الإسراع بإلغائه باعتباره قانونا تجاوزه الزمن⁽¹¹³⁾، وهناك من يرى ضرورة إثرائه وتعديل بعض مواده.

وإذ أعتقد صحة هذا الرأي الأخير، أتناول بالدراسة أهم السلبيات من حيث الشكل ومن حيث المضمون، والتي احتواها هذا القانون لاقتراح تعديلها ومعالجتها.

الفرع الأول: من حيث الشكل

يحتوي قانون الأسرة على بعض السلبيات (النقائص) الشكلية والتي تحتاج إلى مناقشة وإثراء قصد تعديلها و أهمها ما يلي:

أولا: التسمية

أطلق المشرع الجزائري على هذا القانون والمتعلق بالأحوال الشخصية تسمية "قانون الأسرة" بدلا من التسمية القديمة التقليدية "الأحوال الشخصية".

111- انظر، لوعيل محمد أمين: المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

112- قانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل: 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة.

113- ومن يرى ذلك بعض الجمعيات النسوية مثل: الجمعية من أجل مساواة الرجال والنساء أمام القانون، وجمعية ترقية المرأة.

والحقيقة أن الأحكام الواردة في هذا القانون ليست مقصورة على الأسرة، بل شملت حالة الشخص، وترشيده وأحكام المفقود والغائب والحجر والوصية والهبة والوقف، كلها موضوعات لا علاقة لها بالأسرة⁽¹¹⁴⁾، بل هي مجرد تصرفات مدنية عادية، مثلها مثل البيع والعارية والإيجار والوديعة. كما أن هذه التسمية إلى جانب كونها غير واقعية ولا حقيقية، فإنها مخالفة لقانون الإجراءات المدنية ولقانون التنظيم القضائي الذي جعل في المحكمة قسما للأحوال الشخصية وفي المجالس غرفة للأحوال الشخصية وفي المحكمة العليا غرفة للأحوال الشخصية، مما يجعل تسميته بقانون الأحوال الشخصية أكثر انطباقا مع باقي القوانين.

ثانيا: كونه قانونا أدبيا

على رأي بعض الحقوقيين، ومنهم الدكتور محمد محده -رحمه الله- أن قانون الأسرة الجزائري يعتبر قانونا أدبيا، كون الأوامر والنواهي فيه غير متبوعة بجزاء⁽¹¹⁵⁾، ونادى غيره من رجال القضاء بضرورة تطبيق الجانب الجزائي، والذي من شأنه التحسين من مكانة المرأة اجتماعيا وقانونيا داخل الأسرة لخلق جانب من المساواة بين الزوجين⁽¹¹⁶⁾.

ثالثا: كونه ارتجاليا في صياغته

وعلى رأي الدكتور محمد محده -رحمه الله- فإن صياغة هذا القانون كانت ارتجالية والدليل على ذلك كما قال: أن القانون لا يميز بين الركن والشرط، ولا يعرف القيمة القانونية للركن أو الشرط، وما أثر تخلف الركن على العقد وما أثر تخلف الشرط عليه؟.

كما أتى بأمور لم يعدها الفقهاء من الأركان لكونها غير مدركة ولا ملموسة، واعتبرها القانون من الأركان، ومن ذلك الرضا، والرضا في ذاته ليس ركنا وإنما يعرف عن طريق الصيغة، فالصيغة أصلا

114- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 15.

115- انظر، محمد محدة: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور.

116- والواقع أن هذه دعوى لا تقوم على أسس قوية، ذلك أن الجانب الموضوعي من الأحوال الشخصية تحكمه قواعد شرعية ثابتة تتعلق بالحلال والحرام، وتترتب عليها جزاءات دنيوية كالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن المسؤولية التقصيرية، أو التعسف في استعمال الحق، وكذا جزاءات أخروية تلحق صاحبها إذا كان فيها تعدد على حقوق الله وعباده، ولا عقوبة إلا بنص، أما الجانب الإجرائي فيه فيتعلق أساسا بقواعد التنظيم العامة التي تحكمه. ومنه فإن طبيعة قانون الأسرة لا يوصف بكونه قانونا أدبيا أو غيره لأنه محكوم بقواعد شرعية تتعلق بالحلال والحرام لا سلطة للقاضي أو غيره في تحليل الحرام أو تحريم الحلال، ويبقى لولي الأمر سلطة التنظيم التي قد تتطلب تقييد المباح في بعض الحالات، لكن بشرط أن يكون وفق ما تقتضيه المصلحة العامة وروح التشريع الإسلامي. كما أن تحسين وضعية المرأة -المزعوم بدعاوى مستوردة- لا يتأتى إلا بالاحتكام لنصوص الشريعة التي جاءت برفع الغبن عن المرأة وأعطتها المكانة اللائقة بها في الأسرة والمجتمع، لم تشهدها في القوانين الوضعية على مرّ الزمان.

هي الركن، وليس الرضا؛ لأن هذا الأخير أمر نفسي، يعدّ شرط انعقاد؛ لأن كل ما يطلب توفره في الأركان عند انعقاد العقد يدخل ضمن شروط الانعقاد⁽¹¹⁷⁾.

رابعاً: التناقض الحاصل في بعض المواد

يلحظ المتتبع لفحوى مواد القانون تناقضات عدة؛ وكمثال على ذلك فإن المشرع جعل الولاية ركناً من أركان الزواج في المادة 09، ولكن بالرجوع إلى باقي المواد نجد بأن المشرع لم يعتمد الولاية ولم يجعلها ركناً، ودليل ذلك المادة 04 التي تنص على أن: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة"، وعليه فما دور الولي في عقد الزواج.

وما جاء في المادة 09: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين... " ثم جاء في المادة 10 أن الرضا هو عبارة عن إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، فهل الرضا هو الصيغة؟ وهذا خلط في المفاهيم.

ثم إذا كان الرضا هو الصيغة، فالمعلوم فقها وقانوناً أن الإيجاب والقبول هما مكونات العقد، فما دور الولي إذا كانت الزوجة والزوج هما من توليا الإيجاب والقبول؟.

خامساً: وجود ثغرات في نصوص بعض المواد

وهي التي سنكشف عن بعضها فيما سيأتي عند الكلام على الجانب الذي يخص المضمون.

الفرع الثاني: من حيث المضمون

يحتوي هذا القانون على بعض السلبيات (النقائص) في المواد التي تحتاج إلى تعديل أو إثراء، ومن أهمها على سبيل المثال - لا الحصر - ما يلي⁽¹¹⁸⁾:

1- المادة السادسة: "تخضع الخطبة والفاحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

لا يصح إخضاع الفاتحة لأحكام الخطبة للاختلاف القائم بين الإجراءين، فإذا كانت الخطبة وعدا بالزواج فإن إجراء "الفاحة" يعتبر زواجا من الناحية العرفية ولا ينقصه سوى التسجيل على مستوى الحالة المدنية، وهو ما يقره القانون في المادة 22: "يثبت الزواج بمسخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون..."، وهو ما كانت تقضي به الجهات القضائية قبل صدور قانون الأسرة.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا حاليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 حيث قضى بما يلي: "متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا

117- راجع، محمد محدة: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية (بحث غير منشور).

118- هذه الملاحظات على سبيل التمثيل، وستأتي دراسته أهمها بالتفصيل تحليلا ونقدا ومقارنة وتعديلا في الجانب التطبيقي من هذا البحث.

الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹¹⁹⁾.

2 - المادة السابعة: نصت على أهلية الزواج كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"⁽¹²⁰⁾.
ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولاً: عدم بيان المادة للآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية.

ثانياً: إغفالها للعقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها.

ثالثاً: إغفالها للحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن يتزل دونه عند تقرير الإعفاء للزوجين أو أحدهما⁽¹²¹⁾.

3- المادة 30: "... ويجرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

يمكن إعادة صياغة هذه الفقرة كالاتي: "يجرم الجمع بين محرمين". كما ينبغي أن تضاف إليها الفقرة التالية: "يجرم مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم"⁽¹²²⁾.

119- ملف رقم 58424: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 110.

120- حدد المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجزائري أهلية الزواج: بـ: 21 سنة للرجل و16 سنة للمرأة. - وحددتها مجلة الأحوال الشخصية التونسية: بـ: 20 سنة للرجل و17 سنة للمرأة. - وحددتها مدونة الأحوال الشخصية المغربية: بـ: 18 سنة للرجل و15 سنة للمرأة.

121- وحدد قانون الأحوال الشخصية السوري أهلية الزواج بـ: 18 سنة للرجل و17 سنة للمرأة، ثم قيد القاضي عند تقريره للإعفاء من السن القانونية ببلوغ الفتى 15 سنة وبلوغ الفتاة 13 سنة. وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني عند الحديث عن الأهلية في الزواج وفقا لقانون الأسرة.

122- وهو ما استدركه المشرع عند تعديله للمادة 30 بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، حيث نقل مضمون الفقرة الأولى من المادة 31 وهو المانع المتعلق بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم إلى آخر المادة 30.

4- **التعليق على المواد 9، 32، 33:**⁽¹²³⁾ لقد حدد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 9 وهي: رضا الزوجين، ولي الزوجة وشاهدين وصدّاق، وكان من باب اللزوم المنطقي أن يرتب حكم البطلان عند غياب أحد الأركان لا حكم الفسخ كما جاء في المادتين 32 و 33. ويكون العقد باطلا في حالة تخلف أكثر من ركن واحد طبقا للمادة 33، ويلاحظ عدم ورود ركن الرضا مما قد يُفهم منه أنه الركن الوحيد الذي يؤدي تخلفه بمفرده إلى الحكم بالبطلان على عقد الزواج.

ذلك أن المشرع الجزائري قد أخلط في حالة تخلف الركن، ورتب على تخلف ركن واحد الفسخ وعند تخلف ركنين رتب البطلان، وبالتالي خالف المذهب الحنفي الذي أخذ بتقسيمه لحالات بطلان وفساد عقد الزواج، وكذا يؤخذ على المشرع الجزائري أنه خالف المبادئ العامة للقانون، وهي أنه إذا تخلف ركن من أركان عقد الزواج يترتب عليه بطلان العقد، في حين أن المشرع رتب عليه الفسخ باستثناء في حالة تخلف ركنين فقد رتب عليه البطلان، كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يكن واضحا في نص المادة 33 من قانون الأسرة لما ربط تخلف ركنين في عقد الزواج بترتيب بطلان عقد الزواج، فالسؤال المطروح هل تخلف ركن الرضا يدخل ضمن الركنين المنصوص عليهما في المادة 33 من قانون الأسرة؟.

5- **المادة 31:** تضاف إليها الفقرة الآتية: "لا يجوز زواج المسلم بغير ذات الدين".

6- **تلغى الفقرتان: 2 و 3 من المادة 39:** لورود مضمونها في المادة 36.

7- **التعليق على المادتين 49 و 50:**⁽¹²⁴⁾ نصت المادة 49 على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

يُفهم من هذه المادة حصر وسيلة إثبات الطلاق في الحكم الصادر من الجهة القضائية، مما يُفهم منه تجريد الطلاق الذي قد يلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية، وهذا ما يناقض نص المادة 50 التي تقرّر: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

فورود لفظ "راجع" يفهم منه اعتبار الطلاق الذي تلفظ به الزوج - قبل صدور الحكم - طلاقا رجعيا.

123- المادة 9: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق". - المادة 32: "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه...". - المادة 33: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صدّاق يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

124- يجب إضافة مواد أخرى خاصة ببيان أحكام الطلاق الرجعي و البائن بنوعيه، وغيرها من المسائل المتعلقة بالحلل الرابطة الزوجية.

وينتج عن تطبيق المادتين بروز ظاهرة ازدواجية العدة في حالة تلفظ الزوج بالطلاق وتأجيل رفع الدعوى أمام المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، فيبدأ في حساب العدة الشرعية من تاريخ الطلاق الصادر من قبل الزوج، وتبدأ العدة القانونية من تاريخ صدور حكم الطلاق، وذلك يؤدي إلى عدة إشكالات وتناقضات محتملة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة على عدة مستويات.

فيذا افترضنا وقوع الطلاق من قبل الزوج بتاريخ: 2007/01/01 وتم رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم الطلاق بتاريخ: 2007/04/25 (أي بعد فوات العدة الشرعية) فالقانون يتيح مجالاً للصلح في أجل أقصاه ثلاثة أشهر بعد رفع الدعوى، فإذا عقد القاضي جلسة الصلح بين الزوجين يوم: 2007/05/25 وتم الصلح بينهما فإن الرجعة تتم بدون عقد جديد طبقاً للمادة 50، وهذا ما لا يتفق والشريعة الإسلامية لبينونة الطلاق-بينونة صغرى- بعد انقضاء العدة الشرعية، فيحتاج الزوج في هذه الحالة إلى إبرام عقد شرعي جديد.

كما يمكن تصور تناقضات أخرى حسب الافتراض السابق منها:

أولاً: يجوز خطبة المطلقة - بعد فوات عدتها الشرعية - شرعاً ولا يجوز ذلك قانوناً.

ثانياً: يجوز زواجها بعد ذلك شرعاً، ولا يجوز ذلك قانوناً لقيام العلاقة الزوجية، بل يجوز لزوجها متابعتها جزئياً.

ثالثاً: يحل مؤخر صداقها شرعاً لا قانوناً.

رابعاً: إذا توفي زوجها المطلق - بعد فوات العدة الشرعية - فلا ميراث لمطلقاته شرعاً، ولكنها ترثه قانوناً لعدم انفكك الرابطة الزوجية قضائياً.

ويمكن تفادي تلك التناقضات بأحد أمرين هما:

الأول: إصدار حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى وقت تلفظ الزوج بالطلاق، ويبقى هذا الحل مؤقتاً وجزئياً.

الثاني: ربط جلسة الصلح الواردة في المادتين: 49 و 50 بفترة العدة الشرعية.

ويعاد صياغتها كالاتي:

المادة 49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من قبل القاضي خلال فترة العدة الشرعية".

المادة 50: "من راجع زوجته أثناء فترة العدة الشرعية في الطلاق الرجعي لا يحتاج إلى عقد جديد، ويحتاج إلى عقد ومهر جديدين بعد فوات أو صدور الحكم بالطلاق".

8- تعاد صياغة المادة 54 المتعلقة بالخلع بالشكل الذي لا يدع مجالاً للتأويل بشأن اشتراط موافقة الزوج على مبدأ الخلع من عدمه.

9- تعاد صياغة المادة 57 بشكل يميز بين الحكم الصادر بالطلاق والتطليق، بحيث يُمنع الاستئناف في أحكام الطلاق باعتبارها كاشفة، ويجيزه في أحكام التطليق باعتبارها منشئة، ويبقى الاستئناف جائزا بإطلاق في المسائل المادية.

وهذه النماذج على سبيل التمثيل لا الحصر و الاستقصاء.

ومن خلال ما سبق يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: ضرورة إثراء قانون الأسرة الجزائري.

ثانياً: ضرورة استعانة الهيئة التشريعية بأهل الخبرة الذين يتصلون بمسائل الأحوال الشخصية.

ثالثاً: عدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية، فلا اجتهاد في مورد النص.

رابعاً: ضرورة إعداد قضاة متخصصين في مسائل الأحوال الشخصية.

خامساً: ضرورة وضع قانون إجراءات خاص بالأحوال الشخصية.

سادساً: ضرورة اهتمام مؤسسات الدولة والمجتمع بالأسرة، والسهر على حفظ كيانها؛ لأن القانون وحده لا يصنع الأسرة القدوة مهما اكتمل.

المبحث الرابع: تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 بالأمر 02/05

يتم من خلال هذا المبحث الحديث عن مرحلة حاسمة من مراحل تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري، والتي جاءت استجابة لمطالب فئات معينة في المجتمع الجزائري، تحت شعارات مختلفة لتيارات متعددة، لذا يستوجب المقام الوقوف على خلفيات هذا التعديل ومضمونه، وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول: الدعوة إلى التغيير

بدأت حركات تحرير المرأة في العالم الإسلامي - ومنها في الجزائر - تقليدا للغرب، وثمره للاحتكاك الحضاري به في الظهور في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وقد تبني رجال الدفاع عن المرأة والمطالبة بحقوقها أيضا، وكانت هناك قضايا هامة تبنتها هذه الحركات، والتنظيمات النسائية، والتي أثرت تحسينا في وضع المرأة ورفع الظلم عنها.

ومن أهم المطالب التي نادى بها الحركات والتنظيمات النسائية وتأثرت بها قوانين الأحوال الشخصية من خلال تغييراتها المتتالية في مجال الأحوال الشخصية، ومن أهمها ما يلي:

- إصلاح تطبيق القوانين الخاصة بالزواج⁽¹²⁵⁾.
- وقاية المرأة من الظلم الذي يلحقها من تعدد الزوجات⁽¹²⁶⁾.
- وقاية المرأة من الظلم الذي يلحقها من الطلاق⁽¹²⁷⁾.
- رفع سن الزواج⁽¹²⁸⁾، وكذا رفع سن حضانة الأم للأولاد، وربط نفقة المرأة ومتعتها بعدد السنين التي قضتها في خدمة الرجل⁽¹²⁹⁾.

وهناك مطالب أخرى غاية في السوء⁽¹³⁰⁾، لم تأت لصالح المرأة بل لتدميرها وهدم الأسرة جميعها تحت دعوى المساواة والتطوير باسم إصلاح الأسرة، وذلك تأثرا بالقوانين الغريبة منهجا وتفكيريا

125- السيد أحمد فرج: المؤامرة على المرأة المسلمة-تاريخ ووثائق- دار الوفا، المنصورة، مصر، ط2، 1986، ص 151.

126- وتمثل رفع الظلم الواقع من إباحة التعدد باشتراط إذن الولي وإعلام الزوجة الأولى والثانية، وجواز اشتراط الزوجة على الزوج في العقد ألا يتزوج عليها. انظر: قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل بموجب الأمر 05-02، المادتين 8 و 19.

127- بأن جعلت عقوبة مالية على الطلاق التعسفي، ومنع الزوج من إيقاع الطلاق إلا بإذن من القاضي.

128- جاء أكثر من تعديل يمنع تزويج الصغار ويحدد سنا أعلى من السابق لمن يجوز له الزواج من الجنسين شرعا. انظر: المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة، والتي جاء فيها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة"، بعد أن كانت قبل التعديل 18 سنة بالنسبة للمرأة. قال السباعي منتقدا تحديد سن الزواج: "غير أني لا أرى هذا التحديد متفقا مع مرحلة البلوغ الجنسي لكل من الفتى والفتاة في بلادنا، ولا يتفق مع المصلحة الأخلاقية العامة". مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، 1984، ص59.

129- وقد تم لها ذلك فعلا على اختلاف تطبيقاته في قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية. انظر: السيد أحمد فرج: المرجع نفسه، ص 151.

ومسلكا في الحياة، وهذه ظاهرة تعكس اهتزاز القيم وقلق الحالة الاجتماعية في الأمة، مما كان نتيجة التأثير والاحتكاك بالأأم الغربية، ما أدى إلى الهجوم على بعض الثوابت الإسلامية، والتنكر لبعض الأحكام الشرعية تحت شعار تحرير المرأة وانتزاع حقوقها⁽¹³¹⁾.

وأما في الجزائر على الخصوص، وبعد مرور أزيد من عشرين سنة على تطبيق قانون الأسرة 11-84، وأمام التغيرات والتطورات التي تشهدها الجزائر في ظل النظام العالمي الجديد، فقد ظلت قضية الأحوال الشخصية بالجزائر من أبرز القضايا التي استرعت الاهتمام خلال السنوات الأخيرة، وجيشت الشارع الجزائري سواء السياسي منه أو العام، الذي انقسم إلى تيارات متعددة، ووضعت الجزائر من ثم أمام خيار صعب تمثل في الملف المتعلق بإدخال تعديلات على قانون الأسرة.

فكانت أولى الندوات التي عقدت بالجزائر لمناقشة قانون الأسرة، تلك التي نظمها المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1999، وهي الندوة التي انتهت بإصدار توصيات كان أبرزها:

- أن الإسلام باعتباره دين الدولة لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار الخاصة بترقية المرأة، وأن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة الإسلامية، وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.

- وأنه لا بد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالاقتصاد المنزلي وترقيته مما يمكنها من حماية شخصيتها، وتحديد الإجراءات الاجتماعية لصالح المرأة العاملة، والتذكير بحق المرأة في العمل ضمن قانون الأسرة، ووضع قوانين تقمع التحرش الجنسي في جميع الميادين وعلى جميع المستويات، والحرص على تطابق مبادئ حقوق الإنسان داخل الأسرة مع النصوص الدستورية.

- كما أثار بعض مواد قانون الأسرة والتعديلات المرتبطة به جدلا واسعا بين التيارات الإسلامية والعلمانية، وباقي التيارات الأخرى، خصوصا ما تعلق بالمواد: 8-11-48-52. والمتعلقة أساسا بتعدد الزوجات والولي والطلاق ومسكن الحاضنة بعد الطلاق، وما مدى مطابقة هذه التعديلات للنصوص الشرعية والاجتهاد الفقهي الإسلامي، أو مجاراتها للتشريعات الدولية والتوصيات العالمية. وقد انتهى هذا الجدل بالمصادقة على قانون الأسرة الجديد، وهو القانون الذي أثار جدلا في صيغته الأولى التي تلغي شرط الولي في عقد الزواج.

وأدى ذلك إلى رفض النسخة الأولى من مشروع القانون، ثم عدل هذا المشروع بتثبيت شرط الولي في عقد الزواج.

130- منها: المطالبة بمساواة المرأة بالرجل في الميراث، وتقرير الإباحية الجنسية بعد سن السادسة عشر من عمر البنت، والمطالبة بتعدد الأزواج ونسبة المولود إلى الأم بدلا من الأب. انظر: السيد أحمد فرج: المرجع نفسه، ص 106.

131- كما حصل في موضوع منع تعدد الزوجات.

ويعطي قانون الأسرة الجديد الزوجة المطلقة الحاضنة حق المسكن، كما يعزز حقها في طلب التطلاق لحمايتها من تعسف الزوج، ويضع شروطا قوية أمام تعدد الزوجات. ورغم هذا التقدم الحاصل في مجال التشريع الأسري بالجزائر وغيرها من الدول العربية فإن ذلك كله يستلزم إرادة قوية لتطبيقه بشكل يكفل للمرأة حقوقها انسجاما مع الهوية الإسلامية المحضة.

المطلب الثاني: تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 بالأمر 02/05

الفرع الأول: المواد الجديدة

قانون الأسرة الجديد الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 منقح بالتعديل الذي أدخل عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 08 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005⁽¹³²⁾ والموافق بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005⁽¹³³⁾.

القانون الجديد تم وعدل قانون 11/84 بحيث تم بموجب الأمر رقم 02/05 إلغاء المواد 12-20-38-39-67، وتم 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 مواد جديدة وهي المادة 3 مكرر و8 مكرر و8 مكرر 1، و9 مكرر و45 مكرر و53 مكرر و57 مكرر، بمعنى أن القانون الجديد قد مس 41 مادة بين الإلغاء والتعديل والإضافة⁽¹³⁴⁾.

الفرع الثاني: ملاحظات حول مضمون التعديل الجديد بموجب الأمر 02-05

لقد اختلفت مواقف القانونيين والسياسيين من هذه التعديلات، فكل كان ينتظر أن تجسد مقترحاته ووجهات نظره في مواد القانون السابق.

إن التعديل الجديد أزال الغموض على عدة نقاط كانت محل نقاش، ومثال ذلك التنصيص صراحة على أن الأحكام الناطقة بفك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بواسطة الخلع غير قابلة للطعن فيها عن طريق الاستئناف إلا في جوانبها المادية، كما أقر بوجود تقديم الزوجين عند إبرام عقد الزواج وثيقة طبية تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع مقاصد الزواج.

132- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، بتاريخ 27-02-2005.

133- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، بتاريخ 22-07-2005.

134- تجدر الإشارة إلى أن مبادئ واجتهادات المحكمة العليا كان لها دور في إعطاء بعض الحلول التي لم يرد النص عليها صراحة في قانون 84-11 كواقعة الخلع وحق الأب في الحضانة بعد الأم وحق الزوجة في المطالبة بالتطليق عند استحكام الخلاف بينهما، وهي المبادئ التي كرسها وجسدها التعديلات الجديدة.

كما أن القانون الجديد حل إشكال البت في مسائل ذات طابع استعجالي كالنفقة الغذائية والحضانة المؤقتة وحق الزيارة والمسكن، وهذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 02-05. بالإضافة إلى تنقيح القانون 84-11 بالتعديلات الجديدة بموجب الأمر 02-05، فقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 56-154 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدد شروط وكميات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون 84-11⁽¹³⁵⁾.

ويمكن حصر ما جاء به قانون الأسرة من تعديل في مجال عقد الزواج فيما يأتي:

- حدد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة وفقا للمادة السابعة.
- حفاظا على صحة الزوجين و الأبناء لا يتم الزواج إلا بتقديم شهادات طبية وفقا للمادة 7 مكرر.
- يعد الرضا من العناصر الأساسية لعقد الزواج طبقا للمادة التاسعة.
- إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة 20 من القانون 84-11.
- حق المرأة في إبرام عقد زواجها، ما يعني به أن المشرع أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في كل الجوانب المتعلقة بإبرام عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية.
- إلغاء الصلاحيات التقليدية للولي طبقا للمادة 11.
- الاعتراف للقاصر بأهلية التقاضي في مجال الحقوق و الالتزامات الناجمة عن عقد الزواج بموجب المادة السابعة.

- دعم الإجراءات التي تسمح بالتسجيل الفعلي للزواج في الحالة المدنية بالمادتين 18 و 22.
- إخضاع مسألة تعدد الزوجات لشروط محددة و لمراقبة القاضي الذي يتمتع بالسلطة التقديرية بموجب المادة الثامنة.

وأما فيما يخص العلاقة بين الزوجين فقد سعى لتحقيق التوازن داخل الأسرة (في الأدوار الأسرية)، بإيجاد توازن بين الزوجين في مجال الحقوق و الالتزامات الزوجية و العائلية و المالية وفقا للمادة 36⁽¹³⁶⁾.

وأما في الطلاق و آثاره فيمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

- توسيع الأسباب التي تسمح للمرأة طلب الطلاق وإمكانية الحصول على تعويضات من جراء الضرر بالمادة 53.

- أصبح من حق الأب حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم بالمادة 64.
- بقاء الأم و الأبناء في بيت الزوجية في انتظار القرار الفاصل فيما يخص السكن بالمادة 72.
- إلزام الزوج بضمان بيت محترم لأبنائه و أمهم الحاضنة أو تأجير سكن لهم بالمادة 72.
- لا يشكل عمل المرأة سببا في إسقاط حقها للحضانة بالمادة 67.

135- بخصوص الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

136- ونصها: "يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة....". الأمر 02-05 المؤرخ في 27/2/2005.

وأما بالنسبة للوصاية على الأبناء فتقرر:

- حق المرأة استخلاف الأب في الحالات الطارئة كغياب الأب أو عدم أهليته بالمادة 87.

- ترجع الوصاية للحاضن (الأب أو الأم) في حالة الطلاق بالمادة 87.

وحماية للأسرة أصبحت النيابة العامة طرفاً في القضايا المتعلقة بتطبيق قانون الأسرة لأنها تمس بالأمن العام بالمادة 3 مكرر.

هذا وقد سجل العديد من القضاة بعض النقائص والثغرات التي جاءت في التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة في قضايا متعلقة بإثبات النسب وفق الطرق العلمية، وكذا تعدد الزوجات، حيث لاحظ بعض القضاة أنه في الوقت الذي اشترط فيه القانون الجديد موافقة الزوجة الأولى وحصول المعني على رخصة من القاضي؛ فإن كثيراً من الأزواج يلجؤون إلى الاحتيال على القانون عن طريق الزواج العرفي، وهنا يكون القاضي غير ملزم بطلب رخصة الزوجة الأولى خاصة إن أثمر الزواج العرفي ذرية.

كذلك لاحظ بعض القضاة أن المادة 72 من القانون ذاته تحمل نقائص هامة، فهي تنص على بقاء الزوجة في المسكن الزوجي إلى غاية تنفيذ الحكم وتوفير الزوج مسكناً لها أو يدفع لها بدل الإيجار، وهنا لا يمكن التأكد من النية الحقيقية للزوج إن كان سيوفر للحاضنة مسكناً، حيث يلجأ بعض الأزواج للتحايل بدفعهم مقدم ستة أشهر أو سنة من الإيجار، ثم يمتنعون، وتجد المطلقة نفسها من دون مسكن.

وأشار القضاة إلى عدم وضوح القانون في مسألة إثبات النسب، حيث أنه في حالة اعتراف طرفين بعلاقة غير شرعية، نجم عنها ولادة، فإن القاضي ملزم بتثبيت النسب، ويسجل الابن في السجلات المدنية بشهادة ميلاد تحمل اسم والديه الحقيقيين، لكن في حالة مطالبة هذا الابن عندما يكبر بقسطه من الميراث، فإنه لا يتحصل عليه بصفته ابن زنا حسب ما تنص عليه الشريعة الإسلامية⁽¹³⁷⁾.

كما أن المتأمل لفحوى التعديلات الجديدة يجده يحصر المشكلة في قانون الأسرة في جوانب يمكن التحكم فيها، من ذلك مسألة تعدد الزوجات التي تعد حلاً لكثير من المشاكل الأسرية والاجتماعية في واقع الأمر، إذا التزمت فيها القيود الشرعية والقانونية، كما لا تعد الولاية في الزواج مشكلة حقيقية بقدر ما هي مدعاة لحفظ كرامة المرأة وصون شرفها.

وبرغم التعديلات التي جاء بها الأمر 02/05 في هذا الصدد، فإن المتأمل في نصوص هذه المواد يلاحظ وجود ثغرات قانونية تتطلب إعادة نظر ومزيد إثراء.

ومن ثم يبقى هذا التعديل قاصراً لكونه تضمن العديد من الثغرات القانونية التي تخلف آثاراً اجتماعية سلبية، كما أعرب عن ذلك مجموعة من رجال الشريعة والقانون.

137- جريدة الخبر: العدد 4956، بتاريخ 08-03-2007. انظر، عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط1، 2007، ص 18.

ويمكن معالجة هذه الثغرات الفقهية والقانونية من خلال اعتماد مرجعية شرعية تقوم على الأخذ بالراجح مما تناوله الفقه الإسلامي من قضايا ومسائل تخص شؤون الأسرة مما يتماشى و متطلبات العصر⁽¹³⁸⁾. ذلك أن ما تضمنته إسهامات الاجتهاد القضائي لم ترق لمستوى إيجاد الحلول الكافية لمشكلات الأسرة في المجتمع الجزائري المعاصر.

الفرع الثالث: مقارنة بين المواد المعدلة والمواد السابقة من قانون الأسرة

تتميز للفائدة يستحسن إجراء مقارنة بسيطة بين المواد السابقة و المعدلة وذلك للوقوف على فحوى التعديل الذي تم بموجب الأمر 05-02، وذلك من خلال المواد المعدلة والمضافة على النحو الآتي ذكره.

المادة 4: أضاف المشرع كلمة رضائي "الزواج هو عقد رضائي". وكما هو معلوم بأن عنصر الرضا هو أحد أهم أركان أي عقد، وبهذا يكون المشرع قد أصاب في هذا التعديل إلى حدّ ما؛ لأن الرضا مهم جدا في عقد الزواج من الناحية الشرعية، بغض النظر عن نية المشرع ووجهته القانونية.

المادة 5: في فترة الخطبة قد يكون تبادل الهدايا بين المخطوبين، وإن كان في الغالب يكون الإهداء من الخاطب إلى مخطوبته، إلا أنه لا يمنع من وجود حالات يكون فيها التبادل من المخطوبة إلى خاطبها، مما جعل المشرع يستدرك ما أغفله في النص القديم عن مصير الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة لخاطبها في حال عدول أحد الطرفين عن الخطبة.

المادة 7: المادة الجديدة عدلت سنّ أهلية الزواج وحددته بـ 19 سنة لكل من الرجل والمرأة، بعد أن كان محددا بـ 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، وأضافت المادة الجديدة اكتساب أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

المادة 7 مكرر: وهي مادة متممة للمادة السابقة، وقد اشترطت على كل من الخاطب والمخطوبة تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وهذا عند تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية، وأحالت هذه المادة شروط تطبيقها للتنظيم.

المادة 8: قيدت هذه المادة الجديدة أكثر من حرية الزواج بأكثر من زوجة واحدة، بحيث أوكلت لرئيس المحكمة مهمة الترخيص للزواج الجديد، وذلك بعد تأكده من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة مع إثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل.

المادة 9: الملاحظ أن هذه المادة أفردت عنصر الرضا لصحة عقد الزواج.

المادة 9 مكرر: أضافت باقي شروط صحة عقد الزواج، بما فيها من شرط الولي وصدّق وشاهدين وأهلية وانعدام الموانع الشرعية.

138- ذلك أن المتبع لفحوى هذه التعديلات يجد أن المشرع قد اعتمد التوفيق بين المذاهب الفقهية، وأخذ في كثير من الأحيان بالأقوال المرجوحة في الفقه الإسلامي طالما أن هذه الآراء من الفقه الإسلامي، وأن المسألة اجتهادية فلا بأس من التعلق برأي أي فقيه إذا كان موافقا لمراد المشرع، وستأتي الإشارة إلى ذلك في محلها.

المادة 11: المادة الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج المرأة القاصرة، أما المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فإنه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بمن فيهم أبوها أو غيره.

المادة 13: أصبحت هذه المادة خاصة بحالة إجبار الفتاة القاصرة على الزواج، بعد أن كانت عامة قبل تعديلها تخص الفتاة القاصرة أو الراشدة.

المادة 15: هذه المادة المعدلة نزعَت صفة الإلزام على تحديد مقدار المهر في العقد، إلا أنها ذكرت أنه في حال النزاع بين الطرفين، ولم يكن مقدار المهر محددًا في العقد فإن للمرأة صداق المثل.

المادة 22: ألزمت إثبات الزواج بحكم قضائي في حال عدم تسجيله من قبل، حيث جاء النص عاما، أما المادة القديمة فإنها اشترطت حدوث ذلك في حال توافر الأركان، ثم أضافت المادة الجديدة أنه في حال الإثبات بحكم قضائي يسجل حكم التثبيت في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

المادتين 30 و31: حيث حذفت من أصناف المحرمات من النساء مؤقتًا تلك التي تزيد على العدد المرخص به شرعا، و بالمقابل فإنها أضافت فقرة مقتطعة من المادة 31 القديمة و هي متعلقة بزواج المسلمة من غير المسلم.

المادة 32: محتوى هذه المادة جاء مطلقا و عمد فيها المشرع إلى استبدال عبارة البطلان بعبارة الفسخ وهذا بالنسبة للزواج الذي احتل أحد أركانه.

المادة 33: هذه المادة يمكن اعتبارها استثناءات للمادة 32؛ لأن المشرع قرر البطلان المطلق للزواج الذي احتل فيه ركن الرضا و صحح النكاح الفاسد الذي احتل أحد أركانه- دون الرضا- بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فإنه يفسخ.

المادة 36: أضافت هذه المادة أربع فقرات جديدة للفقرات الثلاث الواردة في المادة القديمة ليصبح مجموعها سبع فقرات خاصة بالواجبات لكل من الزوجين.

المادة 37: المادة القديمة كانت مخصصة لواجبات الزوج تجاه زوجته، إلا أن المادة الجديدة جاءت بمحتوى آخر خاص باستقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين و أحدثت ما يشبه عقد الشراكة بينهما فيما يخص الأموال المشتركة لهما.

المادة 45 مكرر: جاءت هذه المادة متممة للمادة 45 القديمة، حيث اختصت بشروط التلقيح الاصطناعي.

المادة 49: الجديد في هذه المادة أنها حولت للقاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق بعد أن كان النص القديم يشير لمحاولة صلح واحدة يجريها القاضي.

المادة 52: أعاد المشرع صياغتها بنفس المحتوى؛ لأن هذه المادة من المواد التي جعلها المشرع مرجعا للإحالة في هذا التنظيم حتى لا يحدث التباس بين التنظيم القديم و الجديد.

المادة 53: جاءت هذه المادة لتضيف فقرات أخرى جديدة من فقرات أسباب التطليق لتصبح في المجموع عشر فقرات بعد أن كانت سبعا في المادة السابقة مع التعديل في بعضها.

المادة 54: بموجب هذه المادة أصبح للمرأة الحق في الخلع ولا تشترط موافقة الزوج.

المادة 57: بموجب هذه المادة أصبحت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق تشمل الصور الأربع الوارد ذكرها في المادة 48.

المادة 57 مكرر: أجازت للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن.

المادة 64: أصبح بموجبها الأب أولى بالحضانة بعد الأم، بدل انتقالها من الأم إلى الجدة لأم في المادة القديمة.

المادة 67: لا يعتبر عمل المرأة سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة، وهذا ما لم تنص عليه المادة القديمة.

المادة 72: أصبح مسكن الحاضنة على المطلق، وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة؛ لأنها جاءت بصيغة: "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية"، وذلك عند مقابلتها بالفقرة الثانية من المادة 52 القديمة، التي جاء فيها "يضمن حقها في السكن مع محضونها".

المطلب الثالث: الاختصاص القضائي وصلاحيات قسم شؤون الأسرة

يمكن تقسيم الاختصاص بوضع التشريع الجزائري إلى ثلاثة أنواع، وتحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع بعد المرور عبر مراحل ثلاثة⁽¹³⁹⁾:

أولها: بيان اندراج النزاع ضمن ولاية القضاء الجزائري (الاختصاص الوظيفي).

ثانيها: تحديد درجة المحكمة المختصة (محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا) وطبيعة الجهة القضائية المختصة (عادية أو استثنائية "محكمة عسكرية، مجلس قضائي خاص") وبيان القسم الذي ينظر في النزاع (الاختصاص النوعي).

ثالثها: يأتي دور قواعد الاختصاص المحلي لتبين أية محكمة من بين محاكم الدرجة الواحدة تختص بالفصل في النزاع⁽¹⁴⁰⁾. ويتضمن الاختصاص المحلي -شؤون الأسرة- وهو المقصود من البحث.

الفرع الأول: المقصود بالاختصاص القضائي

139- انظر تفصيل القول حول قواعد الاختصاص القضائي في النظام القضائي الجزائري. بوبشير محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003، ص 268 وما بعدها.

140- راجع النتائج المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط.دت)، ص 415 وما بعدها.

يتحدد اختصاص محكمة معينة بتمييز القضايا التي لها سلطة نظرها وفقا للقواعد المقررة قانونا. وتلاحظ التفرقة بين فكرة الاختصاص وفكرة ولاية القضاء، فجميع المحاكم في الدولة لها ولاية القضاء، وتوزع هذه الولاية على جهتي القضاء، إلى جانب ما للمحاكم الاستثنائية من ولاية محدودة، وإنما يتعلق الاختصاص بتحديد القضايا التي تباشر المحكمة وظيفة القضاء بشأنها من بين القضايا التي تدخل في ولاية جهة القضاء التي تتبعها، فالاختصاص هو حدّ من ولاية المحكمة بسبب وجود محاكم أخرى تتبع نفس الجهة.

ومن ناحية أخرى يجب التفرقة بين فكرة الاختصاص وفكرة التوزيع الداخلي للعمل داخل المحكمة الواحدة، فإذا وجدت في المحكمة عدد من الدوائر، فإن توزيع العمل على هذه الدوائر لا يعتبر توزيعا للاختصاص⁽¹⁴¹⁾. وعليه فإن الاختصاص القضائي يقوم على أساس توزيع القضايا المنازعات والدعاوى على عدد من المحاكم، بحيث تختص كل محكمة بأنواع معينة من المنازعات والقضايا.

ويعني الاختصاص القضائي: سلطة المحكمة للحكم في قضية معينة، وقد عين القانون اختصاص المحاكم آخذا بعين الاعتبار توزيع هذه المحاكم وطبيعة النزاع⁽¹⁴²⁾.

أو هو: سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، ويقابله عدم الاختصاص وهو فقدان هذه الصفة، واختصاص محكمة ما معناه: نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها⁽¹⁴³⁾.

وقوانين الاختصاص هي القوانين التي تحدد ولاية المحاكم المختلفة، ويستلزم تيسير التقاضي وحسن سير العدالة أن تتنوع المحاكم وتنتشر في أنحاء الدولة، إذ لا يتصور أن تقوم في الدولة محكمة واحدة تطرح أمامها جميع المنازعات⁽¹⁴⁴⁾.

الفرع الثاني: الاختصاص المحلي لشؤون الأسرة

طبقا للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية تكون المحكمة مختصة إقليميا في⁽¹⁴⁵⁾:

- 1- موضوع العدول عن الخطبة. بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 2- موضوع إثبات الزواج. بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- 3- موضوع الطلاق أو الرجوع. بمكان وجود المسكن الزوجي. وفي الطلاق بالتراضي. بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
- 4- موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون. بمكان ممارسة الحضانة.

141- انظر، فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 266.

142- رزق الله الأنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة دمشق، ط3، 1961، ص 245.

143- أحمد أبو الوفا: المرجع نفسه، ص 276.

144- أحمد أبو الوفا: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

145- الجريدة الرسمية: العدد 21، المؤرخة في 2008/4/23، ص 36. أما ما يتعلق بالتركة فيؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2008/4/23، ص 41.

5- موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.

6- موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.

7- موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.

8- موضوع المنازعة حول الصداق بمكان المدعى عليه.

9- موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية.

الفرع الثالث: صلاحيات قسم شؤون الأسرة

طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية، ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية⁽¹⁴⁶⁾:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.

4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

وما يمكن قوله في ختام هذا الفصل التمهيدي أن دائرة المراجعة تبقى قائمة في مجال أحكام الشريعة الإسلامية التي تقبل التغيير بما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة ويقره العرف الصحيح فيما يخص تنظيم شؤون الأسرة وفق هذا النطاق.

إلا أن اتهام قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية بالقصور، وأنه لم يعد يتماشى مع متطلبات العصر والتغيرات السياسية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع الجزائري انطلاقا من التفتح الديمقراطي، فالأصل أن تحقيق التوازن الحقيقي الذي يكفل استقرار الأسر وتماسكها إنما يرجع إلى التطبيق الصحيح للمنهج الرباني الذي تنقاد له المرأة والرجل على حدّ سواء على أساس تبادلٍ في الحقوق والواجبات، وعلى هذا يكون العيب في قصور التوجيه والتربية الصحيحة والنضج الفكري وليس في قصور الأحكام المنظمة لشؤونهما. هذا هو القدر الذي لا بد أن يكون مشتركا بين جميع أفراد الأمة.

ولا يكون ذلك إلا بتفعيل دور القضاء الشرعي الذي من مبادئه العدالة المطلقة، والذي يسنّ من القوانين والأحكام ما يحقق التوازن ويكفل الاستقرار الأسري بما يتماشى و متطلبات العصر لاستيعابه جميع القضايا والحوادث الطارئة لكونه يقوم على أساس من المرونة تجعله صالحا لإيجاد الحلول المناسبة وتطبيقها زمانا

146- الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 36.

ومكانا، فتنعدم بذلك النظرة الضيقة القائمة على أساس التمييز بين الجنسين، وعدم التفرقة بين القوامة التي من شأنها توفير الحماية للغير، وبين الهيمنة القائمة على الظلم والقهر والتي لا تقرها الشريعة الإسلامية بأي حال. وما دام الأمر كذلك فلا تعتبر هذه المسائل المعروضة اليوم إشكالات أمام القضاء الشرعي، إذا ما روعي في ذلك التطبيق الصحيح لأحكامه.

وإذا أشرنا سلفا إلى أن قانون الأسرة الجزائري جاء موافقا للنصوص الشرعية القطعية في دلالتها وثبوتها، فإن الأمر في مجال القضاء الشرعي الاجتهادي يحتاج إلى دراسة وتحليل ومناقشة للوصول إلى الحكم على ذلك.

ولمعرفة ذلك لا بد من التطرق إلى معرفة أصول وضوابط القضاء الشرعي الاجتهادي مع الأخذ بعين الاعتبار عليه الحال الذي عليه التشريع الجزائري، وهذا ما يتناوله الباب الأول بالتحديد، ويكون التأكيد على الحكم المتوصل إليه من خلال تطبيقات القضاء الشرعي (الاجتهادي) على ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة، وهو ما يتناوله الباب الثاني من هذا البحث.

الباب الأول

أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه
الإسلامي والتشريع الجزائري

الفصل الأول

أحكام الاجتهاد القضائي

في الفقه الإسلامي

تمهيد

للاجتهاد أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي منذ زمن الرسول ﷺ وصحابته الكرام والتابعين، وتابعيهم إلى عصرنا الحاضر، فهو الميدان الرحب للمستنبطين للأحكام، وذوي الفكر الاجتهادي. وهو مناط للأحكام وأصل للفقهاء وعمدة للإجماع والنبع الثري للفقهاء والمتفقه، وبه تعرف أدلة التشريع وتدرج أسرار الشريعة ودقائقها.

وكلما تطورت العصور وتغيرت الأحوال زادت الحاجة للاجتهاد والنظر، حتى تتأكد الصلاحية المطلقة للشريعة في كل زمان ومكان فقها وقضاء، وإلى هذا المعنى أشار الشافعي -رحمه الله- بقوله: "كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم باتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد"⁽¹⁴⁷⁾.

وينوه وهبة الزحيلي بضرورة الاجتهاد بقوله: "وتضاعفت الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحاضر بسبب تعقد المعاملات، وانعزال الدين عن المجتمع، وطوء أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، وحدوث انقلاب تام في الأوضاع أصبحت معها المسائل الفقهية المدونة قليلة الشبه في الحياة الواقعية، وتغيرت التصورات الاجتماعية للنظام القانوني والجنائي وغيرهما"⁽¹⁴⁸⁾.

ولما كان منصب القضاء يختص بالنظر في أقضية الناس التي لا تنتهي لا سيما في الأمور المستجدة والحوادث النازلة وجب على القاضي أن يكون مؤهلاً لاستنباط الأحكام الشرعية لها، ووجب أن يكون ذا قدرة على النظر والاجتهاد، كما ذكر الماوردي⁽¹⁴⁹⁾ أن من شروط ولاية القضاء "العلم بالأحكام الشرعية"⁽¹⁵⁰⁾.

وهو ما يتناوله هذا الباب النظري الذي يبحث في مفهوم وقواعد الاجتهاد القضائي كنظرية داخلية ضمن المدلول العام للاجتهاد في الفقه الإسلامي، وذلك بالتطرق إلى أهم العناصر التي تخدم البحث، ذلك أن موضوع الاجتهاد وموضوع القضاء من المواضيع المتشعبة، ولا يسع هذا البحث الإمام بجميع متعلقاتهما، ويكون ذلك من خلال هذا الفصل.

147- الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، بيروت، لبنان، ط2، 1979، ص 477 بتصرف.

148- وهبة الزحيلي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، (ضمن مجموعة بحوث باسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية)، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط4، 1984، ص 175-176.

149- هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، ولد سنة 364هـ وتوفي سنة 450هـ، كان أفضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، ولد في البصرة وانتقل إلى بغداد، من مؤلفاته: أدب الدنيا والدين، النكت والعيون. الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، (د، ط)، 327/4.

150- الماوردي: الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989، ص 89.

وما دام الحديث في هذا البحث يشمل الجانب القانوني والقضائي - كما سيأتي في الباب الثاني - المتعلقان بالجانب التطبيقي في قانون الأسرة الجزائري، فإنه ينبغي التطرق والتنويه ولو بصفة موجزة - بحسب ما يخدم طبيعة البحث - لأهم ما يتعلق بالنظام القضائي الجزائري وتنظيمه ومبادئه، والتعليق عليه حيثما دعت الحاجة لذلك، مع بيان مضمون الاجتهاد القضائي وموقعه ضمن مصادر القانون، ومجمله في التشريع الجزائري، وبخاصة في قانون الأسرة، وذلك من خلال الفصل الثاني من هذا الباب.

وفيما يلي التعرض لأهم المسائل الأصولية المتعلقة بمباحث الاجتهاد القضائي التي تدخل ضمن الإطار العام للاجتهاد الفقهي في الشريعة الإسلامية من خلال هذا الفصل، والذي يشمل أيضا التطرق لأصول وقواعد التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي من خلال بيان حقيقته و مبادئه الأساسية وشروط القاضي فيه وعلاقته بالعملية الاجتهادية حتى تكتمل النظرة التأصيلية للنظرية العامة للاجتهاد القضائي، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: النظام القضائي في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أحكام القاضي في الفقه الإسلامي

المبحث الرابع: سلطة الحاكم في تقييد القاضي بمذهب معين

المبحث الخامس: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

إن الاجتهاد مصدر حيوي كبير للشرعة الإسلامية، يجعل أحكامها تتماشى مع متطلبات كل عصر، ولا يكون إلا بتحقق شروطه وضوابطه، ضمن المجال الذي سمحت به الشريعة الإسلامية، وإذا كان الاجتهاد واجبا فإن ذلك يقتضي ألا يخلو منه عصر⁽¹⁵¹⁾، وبالتالي يشترط فيمن انتصب لمجلسي القضاء والفتيا أن يكون مجتهدا⁽¹⁵²⁾.

لذلك لا بد من معرفة أحكام الاجتهاد المتضمنة شروطه ومراتبه ومجاليه وضوابطه. وقبل هذا وذاك لا بد أولا من التعرض بالبيان لمفهوم الاجتهاد ومشروعيته وحكمه وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

يُعنى هذا المبحث ببيان مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، ولتحديد معناه لا بد من تعريفه باعتبار التلازم الوصفي بين الاجتهاد والقضاء، فالاجتهاد منوعات، ومصطلح القضاء نعت حقيقي، وكل منهما له تعريف خاص يحيط بمعناه الحقيقي، وصولا إلى تعريفه باعتباره لقباً مركباً.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً

أولاً: في اللغة

قال صاحب تاج العروس: "الجهد بالفتح الطاقة والوسع، ويضم.. والتجاهد: بذل الوسع، والمجهود كالأجتهاد افتعال من الجهد والطاقة"⁽¹⁵³⁾. وقد تكرر لفظ الجهد والجهد في الحديث وهو بالفتح المشقة، وقيل: المبالغة والغاية، وبالضم الوسع والطاقة، وقيل: هما لغتان في الوسع والطاقة، فأما المشقة والغاية فالفتح لا غير⁽¹⁵⁴⁾. فالاجتهاد في اللغة: بذل الجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد للوصول إلى أمر من الأمور.

151- مسألة خلو العصر من مجتهد مسألة خلافية قديمة بين القائلين بانقطاع الاجتهاد، والقائلين باستمراره، ولكل فريق أدلته. إلا أن أصل الخلاف في هذا الموضوع لا يرجع إلى مطلق الاجتهاد، وإنما يرجع إلى نوعية هذا الاجتهاد، وأقسام المجتهدين، فالمجتهدون أقسام. وقد ذهب جمع إلى أنه لا يجوز خلو الزمان من مجتهد قائم بحجج الله يبين للناس ما نزل إليهم، وبه قالت الحنابلة. انظر، أبو الطيب القنوجي: تحصيل المأمول من علم الأصول- مختصر إرشاد الفحول- تحقيق أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003، ص 349. السيوطي: شرح الكوكب الساطع- نظم جمع الجوامع- للسبكي، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان للطبع والنشر، المنصورة، مصر، 2000، 426/2.

152- تفصيل الخلاف في اشتراط الاجتهاد لتولية القضاء سيأتي لاحقاً.

153- السيد مرتضى الزبيدي: تاج العروس، دار صادر، بيروت، لبنان، (دط،دت)، 329/2-330.

154- ابن الأثير: غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، بيروت، لبنان، (دط،دت) 320/1. القاضي زكريا بن محمد الأنصاري: الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، تحقيق د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1991، ص 72.

ثانياً: في الاصطلاح

ذكر العلماء تعريفات كثيرة للاجتهاد لا طائل من استقصائها؛ لأنها في جملتها لا تختلف إلا في العبارة، وإنما المراد من ذلك الوقوف على حقيقة الاجتهاد في الاصطلاح.

ويمكن تقسيم هذه التعاريف إلى مجموعات:

الأولى: تشمل الاجتهاد الفقهي وغيره، كما تشمل القطعي والظني من الأحكام.

قال الرازي⁽¹⁵⁵⁾: "هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه"⁽¹⁵⁶⁾، وكتعريف البيضاوي⁽¹⁵⁷⁾ بأنه: "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية"⁽¹⁵⁸⁾.

الثانية: وهي التي أخذ فيها قيد العلم في التعريف، والمراد به مطلق الإدراك الشامل للقطع والظن. قال الغزالي⁽¹⁵⁹⁾: "صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصاً ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة. ثم قال: والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد طلب"⁽¹⁶⁰⁾.

الثالثة: وهي التي جعلت الظن قيداً، كتعريف الآمدي⁽¹⁶¹⁾ بأنه: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه"⁽¹⁶²⁾.

وهذا التعريف يخرج الأحكام القطعية، ويدخل ما كان مستفاداً من دليل ظني الثبوت أو ظني الدلالة أو هما معاً. وقيل هو في الاصطلاح: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"⁽¹⁶³⁾.

155- هو محمد بن عمر بن الحسين التيمي فخر الدين الرازي الشافعي، أصولي، متكلم، ولد سنة 544هـ، وتوفي سنة 606هـ، من مؤلفاته: مفاتيح الغيب. الذهبي: العبر في خبر من غير، تحقيق أبو هاجر محمد السعيد بن بسويو زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، دت)، 142/3.

156- الرازي: الحصول في علم أصول الفقه، تحقيق د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996، 6/6.

157- هو عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي الشافعي ناصر الدين أبو الخير، توفي سنة 685هـ، من مؤلفاته: المنهاج في أصول الفقه، الطوالع في علم الكلام. ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، 392/3-393.

158- البيضاوي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، 246/3.

159- هو محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد، فقيه شافعي أصولي متصوف، توفي سنة 505هـ، من مؤلفاته: المنحول، شفاء الغليل. ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1977، 97/1-98.

160- أبو حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة، (دط، دت)، 4/4.

161- هو علي بن أبي محمد بن سالم التغلبي الملقب بسيف الدين الآمدي، نشأ حنبلياً ثم تمذهب بمذهب الشافعي، (551هـ - ت 631هـ). ابن كثير: البداية والنهاية، دار الفكر، بيروت، (دط، دت)، 140/13-141.

162- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 197/4، 2003.

قال الشوكاني⁽¹⁶⁴⁾: "وقد زاد بعض الأصوليين في هذا لفظ الفقيه، فقالوا: بذل الفقيه الوسع، ولا بد من ذلك، فإن بذل غير الفقيه وسعه لا يسمى اجتهاد اصطلاحاً، ومنهم من قال لتحصيل ظن بحكم شرعي، فزاد قيد الظن؛ لأنه لا اجتهاد في القطعيات"⁽¹⁶⁵⁾.

ونورد فيما يلي تعريفاً مختاراً للاجتهاد:

الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين: "هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط"⁽¹⁶⁶⁾.

شرح التعريف: يتبين من هذا التعريف الاصطلاحي للاجتهاد ما يأتي:

أولاً: أن يبذل المجتهد وسعه، أي يستفرغ غاية جهده، بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عنه، فهو بذلك أعم من القياس، إذ القياس هو إلحاق الفرع بالأصل، أما الاجتهاد فإنه يشمل القياس وغيره.

ثانياً: أن يكون الباذل جهده مجتهداً عالماً بالأدلة وكيفية الاستنباط منها، أما غيره فلا عبرة لما يبذله من جهد.

ثالثاً: أن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها.

رابعاً: أن يكون التعرف على الأحكام الشرعية بطريق الاستنباط من الأدلة الظنية بالنظر والبحث فيها⁽¹⁶⁷⁾.

خامساً: تضمن قيد الاستنباط بيان أن الاجتهاد إنما هو رأي المجتهد واجتهاده، وذلك محاولة منه للكشف عن الحكم الشرعي، ولا يسمى ذلك تشريعاً؛ لأن التشريع هو أحكام الكتاب والسنة، أما الاجتهاد فهو رأي الفقيه أو حكم القاضي.

الفرع الثاني: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

أولاً: في اللغة

163- الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفضيحة، الرياض، السعودية، ط1، 2000، ص 1025-1026.

164- هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني الصنعائي اليمني الفقيه احدث الأصولي، ولد سنة 1172هـ، وتوفي سنة 1250هـ، من مؤلفاته: نيل الأوطار. الزركلي: الأعلام، 6/298.

165- الشوكاني: إرشاد الفحول، 2/1026.

166- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994، ص 401-402.

167- طريق الاستنباط إما معنوي؛ أي من غير النصوص كالاستدلال بالقياس والاستحسان والمصالح المرسله، وسد الذرائع وغير ذلك، أو بأن يكون طريقه لفظياً، فيتعرف وهو الاستنباط من النصوص، بأن يتعرف المجتهد على دلالات الألفاظ ومعانيها. انظر، أحمد محمد الحصري: استنباط الأحكام من النصوص، منشورات جامعة قاريونس، ليبيا، ط1، 1981، ص 9.

مادة (قضى) أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه، وإنفاذه لجهته، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام، وينفذها، وسميت المنية قضاء؛ لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق. وكل كلمة في الباب تجري على هذا القياس.⁽¹⁶⁸⁾ وأصل كلمة: قضاى؛ لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، وأصل معناه: القطع والفصل.⁽¹⁶⁹⁾

والقضاء في اللغة: يأتي على وجوه عدة مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم، أو ختم وأدى أداءً، أو أوجب، أو أعلم، أو أنفذ، أو أمضى فقد قضى⁽¹⁷⁰⁾.

ومن أبرز معاني القضاء في لغة العرب التي نزل بها القرآن الكريم ما يلي:

- **الحكم والإلزام والفصل:** وذلك في القضاء قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾⁽¹⁷¹⁾ وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽¹⁷²⁾.

- **الخلق والتقدير:** وذلك في قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا﴾⁽¹⁷³⁾.

- **الأمر:** وذلك في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾⁽¹⁷⁴⁾.

- **البيان:** في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾⁽¹⁷⁵⁾.

- **الفراغ والانتهاء:** في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾⁽¹⁷⁶⁾.

- **الأداء:** في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتُمْ مَنَاسِكَكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾⁽¹⁷⁷⁾.

- **المضي:** في قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُنْ أَمْرُكُمْ عَلَيْكُمْ غُمَّةً ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ﴾⁽¹⁷⁸⁾.

168- أبو الحسين أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (دط، دت)، 99/5.

169- ابن منظور: لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت)، مادة (قضى)، ج 15، ص 186، 187.

170- أبو منصور الأزهري: تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط1، (دت)، 211/9.

171- الشورى: الآية 14.

172- النساء: الآية 65.

173- فصلت: الآية 12.

174- الإسراء: 23.

175- طه: الآية 114.

176- الجمعة: الآية 10.

177- البقرة: الآية 200.

– التقدير والإرادة: في قوله تعالى: ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾⁽¹⁷⁹⁾.

وقد أفاض أهل اللغة القول في معنى القضاء، ومؤدى أقوالهم جميعها إلى أنه إتمام الشيء قولاً وفعلاً، والمراد هنا أن القضاء هو الحكم لغة.

ثانياً: في الاصطلاح

تعددت آراء فقهاء المذاهب في تعريف القضاء، وترجع كلها إلى معنى واحد، ومن هذه التعريفات:

أ– تعريف الحنفية: حيث عرفوه بتعاريف متعددة منها:

– أن القضاء هو: "إلزام على الغير ببينة أو إقرار"⁽¹⁸⁰⁾، وهذا التعريف غير جامع ولا مانع، إذ يدخل فيه التحكيم والصلح، ولا يشمل كذلك القضاء بغير الشهادة والإقرار مما يكشف الحق ويظهره؛ لأن البينة يُراد بها الشهادة والإقرار فقط دون بقية وسائل الإثبات الشرعية⁽¹⁸¹⁾.

– كما عرفه ابن عابدين بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص"⁽¹⁸²⁾، ويعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع لاقتصاره على قضايا التنازع والمخاصمة، والقضاء غير ذلك فقد يبت في غير قضايا الخصومة كالحكم بالحجر والوصاية. وغير مانع، إذ يدخله إمكانية الصلح بين الخصمين.

وعرفه العيني بأنه: "الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم"⁽¹⁸³⁾.

ب– تعريف المالكية: وقد عرفه ابن رشد الحفيد⁽¹⁸⁴⁾ بأنه "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"⁽¹⁸⁵⁾، ونقل هذا التعريف ابن فرحون⁽¹⁸⁶⁾ وأقره عليه⁽¹⁸⁷⁾. ويعترض على هذا التعريف

178– يونس: الآية 71.

179– آل عمران: الآية 47.

180– قاسم القونوي: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط1، 1985، ص228.

181– الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 613/4.

182– ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، 296/4.

183– العيني: البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990، 4/8.

184– هو محمد بن أحمد ابن رشد المالكي أبو الوليد الشهير بالحفيد، ولد سنة 520هـ، وتوفي سنة 595هـ، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ابن فرحون: الديات المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ص378–379.

185– الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992، 86/6.

بأنه يدخل فيه حكم الحكّمين في شقاق الزوجين، وحكم الوالي والمحتسب وغيرهما. كما أن لفظ الإخبار يوحي بأنه خير محتمل للصدق والكذب، والمقصود على خلاف ذلك، لأن حقيقة القضاء إصدار حكم شرعي على سبيل الإلزام.

وعرفه ابن عرفة بقوله: "القضاء صفة حكّمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي"⁽¹⁸⁸⁾. فخرج بذلك التحكيم وولاية الشرطة والإمامة⁽¹⁸⁹⁾.

وعرفه الدردير في الشرح الصغير بأنه: "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين وحبس وقتل وجرح وضرب وسب، وترك صلاة ونحوها.. ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى"⁽¹⁹⁰⁾. فقد جمع عناصر القضاء المتمثلة في الهيئة القضائية، وعنصر المنازعة، وصفة الإلزام.

ج- تعريف الشافعية: عرفه ابن عبد السلام بقوله: "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه"⁽¹⁹¹⁾، وهذا التعريف غير مانع إذ يدخل فيه الصلح والإفتاء لخلوهما عن قيد الإلزام.

د- تعريف الحنابلة: عرفوه بقولهم: "هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات"⁽¹⁹²⁾، وهذا التعريف قريب مما عرفه به الشافعية. وعرفه البهوتي بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات"⁽¹⁹³⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الاختلاف في هذه التعريفات اختلاف لفظي لا حقيقي، فهي تتفق في جملتها على أن القضاء المعتد به هو الذي يظهر حكم الشرع في الخصومة المطروحة أمامه مطبقاً عليها الأحكام الشرعية المستقاة من مصادرها الأصلية، ومن ثم فإن أي قضاء

186- هو إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمري، عالم من أعيان المذهب المالكي، ولد ونشأ ومات بالمدينة، وبها تولى القضاء، توفي سنة 799 هـ، من مؤلفاته: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام. ابن العماد: شذرات الذهب، 6/357.

187- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، دت)، 1/8.

188- الخطاب: مواهب الجليل، 6/86.

189- قال الخطاب تعقيبا على تعريف ابن عرفة: "وقول ابن عرفة أن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه، فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها، وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكّمين". مواهب الجليل، 6/87.

190- أحمد الدردير: الشرح الصغير - ومعه حاشية الصاوي - مطبعة الحلبي، مصر، 1952، 2/329.

191- الشربيني: معني المحتاج، 4/497.

192- ابن مفلح الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، (دط)، 1978، 10/3. القضاء إنما يكون في حادثة؛ أي من خصم على خصم بدعوى صحيحة، فيخرج عن القضاء ما ليس بحادثة وما كان من العبادات. محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 18.

193- البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع (للحجاوي)، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (دط، دت)، ص 704.

يصدر أحكاما لا تستمد من هذه المصادر لا يعتد به شرعا. كما تتفق على أن الفصل في الخصومة الذي يعدّ قضاء هو الذي يكون على وجه الإلزام تمييزا للقضاء عن الإفتاء⁽¹⁹⁴⁾.

ومنه فإن هذه التعريفات في مجملتها تدور حول ما يأتي:

- أن هدف القضاء هو فصل الخصومات والمنازعات.
- هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.
- هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله.
- أن القضاء لا يكون إلا بعد الدعوى⁽¹⁹⁵⁾ والترافع.

التعريف المختار

الملاحظ على تعريفات الفقهاء للقضاء اختلافهم في وضع معيار لتعريفه، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي الذي يقصد به تحديد العمل القضائي على أساس الجهة التي تصدره، أو على أساس النظر إلى القوة الإلزامية التي تترتب على العمل القضائي، ومن هذه التعريفات ما ذكره ابن رشد. ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على أساس أن وظيفة القضاء وعمله هو حسم المنازعات وقطع الخصومات، وهو بذلك عكس المعيار الشكلي، منها ما ذكره ابن عابدين.

والتأمل في هذه التعريفات المتعددة للقضاء عند الفقهاء وإن لم تخل من ملاحظات على القيود والمحترزات إلا أنه يجمعها جامع واحد: هو أن القضاء يعني الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية المعروضة أمام القاضي، وإلزام الخصوم به، ولكنها لا تعبر عن معنى القضاء تعبيرا دقيقا يحدد المراد منه. ولذا فإن التعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعناه الاصطلاحي هو تعريف ابن خلدون الذي جمع بين معياري الشكل والموضوع فعرفه بأنه: "منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع، بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"⁽¹⁹⁶⁾.

فهذا التعريف ينص على الغاية التي شرع القضاء من أجلها، وهو فصل الخصومات حسما للتداعي، على وجه مخصوص يتمتع بالإلزام، ولا يكون ذلك إلا بالرجوع إلى الأحكام الشرعية بما في ذلك الاجتهاد، فنعت "الشرعية" هو قيد يحتز به عن قضاء يحكم بالأعراف الفاسدة أو القوانين الوضعية في الأحكام المدنية والجنائية وما جرى مجراها. وهو أيضا يشمل سائر أنواع القضاء: العادي

194- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1982، ص 13-14.

195- الدعوى في اصطلاح فقهاء الشريعة هي: قول مقبول عند القاضي ومن في حكمه، يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة أو رفعه عن حق نفسه. أنور العمروسي: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1983، ص125.

196- ابن خلدون: المقدمة، ص 220.

وقضاء المظالم، وقضاء الحسبة، ويتمثل ذلك في قوله "منصب الفصل" فهو عام يشمل كل وظيفة قضائية يتم الفصل فيها على الوجه الشرعي⁽¹⁹⁷⁾.

وعلى هذا سار بعض الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للقضاء، فعرفه الدكتور محمد مصطفى الزحيلي بأنه: "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية"⁽¹⁹⁸⁾.
بعد هذا العرض المفاهيمي لمصطلحي الاجتهاد والقضاء في اللغة والاصطلاح يمكن تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي باعتبار اللقبة على النحو الآتي:

الاجتهاد القضائي هو: "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتزليلها على الواقع تزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"⁽¹⁹⁹⁾.
أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودالتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء.

ذلك أن القضاء الشرعي يشمل الحكم في القطعيات، والتي لا مجال للاجتهاد فيها مجال، كما يشمل الحكم في المسائل التي قامت عليها أدلة ظنية، وهذا الأخير هو المقصود بالبحث فيه، من خلال الباب الثاني الذي يخص الجانب التطبيقي. ولتأكيد هذا المفهوم لا بد من بيان الفرق بين الاجتهاد الفقهي العام والاجتهاد القضائي وهو ما يتناوله المطلب الآتي.

المطلب الثاني: الفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي

يمكن التمييز بين نوعي الاجتهاد بشكل ظاهري مبسط، فعندما يقوم به فقيه من الفقهاء يكون اجتهادا فقهيًا، أو يقوم به القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه فيكون اجتهادا قضائياً⁽²⁰⁰⁾، وهذا التمييز لا يعدو أن يكون تمييزا اصطلاحيا وظيفيا، وحتى تتعين أهم الفروق الجوهرية إن وجدت بين الاجتهاد الفقهي والقضائي، لا بد من التطرق إلى بيان معنى المصطلحات التي يتألف منها كل نوع باعتباره لقباً مركباً والمتصلة بنوعي الاجتهاد، وكذا العلاقة بينها، كما يتضح في ما يأتي:

197- انظر: عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 2000، ص 12-13. محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 2002، ص 61-62. و د. ناصر بن مشري الغامدي: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000، ص 39-40.

198- محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 63.

199- قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر - ضرورته ووسائل النهوض به - دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص 11.

200- وفي مجال القانون الوضعي يمكن القول قياساً على تعريف الفقهاء للاجتهاد، أن الاجتهاد القضائي "هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية".

الفرع الأول: الفرق بين الفتوى والاجتهاد، وبين المفتي والمجتهد

أولاً: الفرق بين الفتوى والاجتهاد

الإفتاء هو إخبار بثمره الاجتهاد⁽²⁰¹⁾، فيكون أخص من الاجتهاد؛ لأن الاجتهاد هو استنباط الأحكام سواء كان سؤالاً في الموضوع أم لم يكن، كما أن الإفتاء لا يكون إلا إذا وجدت واقعة فيتعرف الفقيه على حكمها، ومن وجه آخر يكون الإفتاء أعم من الاجتهاد؛ لأن مجاله القطعيات والظنيات، والإفتاء السليم الذي يكون من مفت يقتضي مع شروط الإفتاء معرفة واقعة الاستفتاء ودراسة نفسية المستفتي والجماعة التي يعيش فيها ليعرف مدى أثر الفتوى سلبيًا وإيجابيًا حتى لا يتخذ دين الله هزواً ولعباً.⁽²⁰²⁾

ثانياً: الفرق بين المفتي والمجتهد

أما لمعرفة الفرق بينهما فلا بد أولاً من تعريف المجتهد والمفتي.

المجتهد: هو من قامت فيه ملكة الاجتهاد، أي القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو الفقيه عند الأصوليين.⁽²⁰³⁾

وأما المفتي: فهو من اتصف بصفة الاجتهاد إما مطلقاً، أو في مذهب إمامه، بأن يكون عارفاً بمدارك إمامه، قادراً على تقرير قواعده، أهلاً للفرق والجمع ونحوه⁽²⁰⁴⁾.

وقد ذهب كثير من الأصوليين إلى أنه لا فرق بين المجتهد والمفتي، وأن المجتهد هو المفتي، قال الشوكاني: "وأما المفتي فهو المجتهد، وقول من قال: أن المفتي هو الفقيه؛ لأن المراد به المجتهد في مصطلح أهل الأصول"⁽²⁰⁵⁾، وقال في موضع آخر: "المجتهد هو الفقيه المستفرغ لوسعه"⁽²⁰⁶⁾. فالمفتي لا يكون إلا مجتهداً والمجتهد لا يكون إلا فقيهاً⁽²⁰⁷⁾. قال الآمدي: "وأما المفتي فلا بد أن يكون من أهل الاجتهاد"⁽²⁰⁸⁾، وقال في موضع آخر: "وأما المجتهد: فكل من اتصف بصفة الاجتهاد"⁽²⁰⁹⁾. وهذا هو

201- الفرق بين علم الفتيا و فقه الفتيا فرق بين الأخص و الأعم. فقه الفتيا هو العلم بالأحكام الكلية، و علمها هو العلم بتلك الأحكام مع تنزيلها على النوازل. الونشريسي: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، 1981، 78/10.

202- انظر، أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط،دت)، ص 376.

203- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص 402.

204- الآمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، تحقيق أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1، 2003، ص 256.

205- الشوكاني: إرشاد الفحول، 1082/2.

206- الشوكاني: المصدر نفسه، 1027/2.

207- السيوطي: شرح الكوكب الساطع، 392/2.

208- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 270/4.

رأي الحافظ ابن الصلاح⁽²¹⁰⁾ عندما تحدث عن المجتهد وصفاته وأحكامه وآدابه، عبر عنه بقوله: "القول في شروط المفتي وصفاته وأحكامه وآدابه"⁽²¹¹⁾، وقوله: "المفتي المستقل وشروطه"⁽²¹²⁾ وقوله: "فمن جمع هذه الفضائل فهو المفتي المطلق المستقل"⁽²¹³⁾.

ومن هذه النقول يتضح أنه لا فرق بين المفتي والمجتهد، وأن المفتي هو المجتهد⁽²¹⁴⁾ وهو رأي الجويني⁽²¹⁵⁾ عندما قال: "الرتبة الأولى: في اشتغال الزمان على المفتين المجتهدين، وفي قوله: من هو المفتي؟ قال: حملة الشريعة والمستقلون بما هم المفتون المستجمعون لشرائط الاجتهاد من العلوم."⁽²¹⁶⁾.

وهذا يعرف علماء الأصول الذين لم يفرقوا بين المفتي والمجتهد⁽²¹⁷⁾ غير أنه يوجد فرق جوهري بينهما فكل مجتهد مفت، وليس كل مفت مجتهد مطلقاً، إذ المفتي يكشف عن الحكم أما المجتهد فيستنبط الحكم ويؤسسه.

الفرع الثاني: الفرق بين الفتوى (الاجتهاد) والقضاء

قد يشبه إفتاء المفتي بقضاء القاضي، ولكن هناك فروقا بين الفتوى والقضاء؛ فمنها ما يرجع إلى فروق حقيقية بينهما، ومنها ما يعدّ توابع لكل منهما، ومنها ما يقع في مجالتهما. فهناك جملة فروق بين الفتوى التي تصدر عن المفتي، وبين الحكم الذي يصدره القاضي، فقد عني كثير من الأئمة الأعلام بالتفريق بينهما. وهذه إجمالاً أهم هذه الفروق التي ذكرها العلماء. فأما الفروق التي في حقيقتهما فهي⁽²¹⁸⁾:

-
- 209- الآمدي: المصدر نفسه، 198/4.
- 210- هو تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن موسى بن أبي نصر الكردي الشهرزوري الموصل الشافعي، إمام حافظ، ولد سنة 577هـ، وتوفي سنة 643هـ. تفقه على والده، من مؤلفاته: الأحاديث الكلية. ابن العماد: شذرات الذهب، 221/5.
- 211- ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، ص 87.
- 212- ابن الصلاح: المصدر نفسه، ص 88.
- 213- ابن الصلاح: المصدر نفسه، ص 89.
- 214- غير أن عمل المفتي أحص من عمل المجتهد لتعلقه بالواقعة وما يحيط بها من ملابسات.
- 215- هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني الشافعي (إمام الحرمين)، ولد سنة 419هـ، وتوفي سنة 478هـ، من مؤلفاته: النهاية في الفقه. ابن العماد: شذرات الذهب، 357/3-359.
- 216- الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، ط1، 1979، ص 285.
- 217- انظر، جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1986، ص 54-55.
- 218- انظر: د. عامر سعيد الزبياري، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم، (دط، دت)، ص 33-34. ومحمد سليمان الأشقر، الفتيا ومناهج الإفتاء، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص 15-18.

- أن قضاء القاضي إنشاء لا إخبار؛ فالقضاء هو: إنشاء إباحة أو إلزام لشخص معين بما يعلم أن شرع الله يأمره به، أما الفتوى فهي محض إخبار عن الله تعالى لما هو مطلوب شرعاً من المستفتي أو بما هو مباح له.

- كما أن القضاء لا يكون إلا عن منطوق، أما الفتوى فتكون بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة، ومثل لذلك القرافي⁽²¹⁹⁾ بقوله: "مثل الحاكم والمفتي مع الله تعالى - والله المثل الأعلى - مثال قاضي القضاة يولي شخصين، أحدهما نائبه في الحكم والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم، قال: فالترجمان عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحاكم فيخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص، فهذا هو المفتي، يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقراءها ويخبر الخلق بما ظهر له منها. ونائب الحاكم في الحكم ينشئ من إلزام الناس وإبطال الإلزام عنهم ما لم يقرره مستنبه الذي هو القاضي الأصل بل فوض ذلك لنائبه فامتثل، فهذا مثال الحاكم مع الله فليس له أن ينشئ حكماً بالهوى واتباع الشهوات⁽²²⁰⁾."

وأما الفروق التي في توابعهما فهي:

- في القضاء يُلزم المحكوم عليه قبول الحكم والعمل به سواء كان خطأ أم صواباً، أما الفتوى فهي خلاف ذلك، حيث لا يلزم المستفتي قبولها أو العمل بها ما لم يتيقن صحتها وشرعيتها.

- كما أن الحكم في مُجتهد فيه يرفع الخلاف، فمتى حكم القاضي ولو بغير مذهب الخصوم وجبت الطاعة ولزم الخصوم في القضية محل النظر المحكوم به، بخلاف الفتوى فإنها لا ترفع خلافاً وللمستفتي أن يتركها إلى ما يوافق مذهبه الذي يميل إليه ما لم يكن في الترك مناقضة لأدلة الشرع⁽²²¹⁾.

وأما الفروق التي في مجالتهما فهي:

- أن القضاء يختص بالمعاملات دون العبادات والأخلاق والآداب ويكون في الأمور الواجبة أو المباحة أو المحرمة دون الأمور المكروهة والمستحبة، بخلاف الفتوى حيث تكون في تلك الأمور وغيرها. وهناك فروق أخرى لا بأس من ذكرها:

219- هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، توفي سنة 684هـ، من مؤلفاته: الذخيرة والفروق. الزركلي: الأعلام، 1/94-95.

220- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق محمود عرنوس، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 2005، ص19.

2- قال ابن القيم في ذلك: "وأما الحاكم فحكمه جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله، فالمفتي يفتي حكماً عاماً كلياً، أن من فعل كذا ترتب عليه كذا، ومن قال كذا ألزمه كذا، والقاضي يقضي قضاء معيناً على شخص معين، فقضاؤه خاص ملزم، وفتوى العالم عامة غير ملزمة، فكلاهما أجره عظيم وخطره كبير". إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط.د.ت)، 22/4. فالقاضي ملزم والمفتي مُظهر. محمود بن محمد بن عرنوس: تاريخ القضاء في الإسلام، مطبعة الحلبي، مصر، (د.ط.د.ت)، 70.

221- انظر، أحمد محمد نجيت: بحث من فقه القاضي في الإسلام، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2006، ص79.

- كاشتراط الحرية والذكورة والسمع في القاضي دون المفتي.⁽²²²⁾ كما أن فتوى المفتي أعظم خطراً من حكم القاضي؛ لأنّ الفتوى تعتبر شريعة عامة تتعلق بالمستفتي وغيره، أما حكم القاضي فهو خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه.

وهناك فرق اصطلاحى: حيث أن الفتوى هي حكم الشرع الذي يجبر عنه المفتي بإفتائه، أما القضاء فهو الفصل بين الناس بالحكم الشرعي. فالفتوى أوسع من القضاء فتجوز فتوى العبد والحرة والمرأة، والرجل، والأعمى بخلاف القضاء.

ومن هنا يظهر الفرق بين القاضي والمفتي، فهذا الأخير يبين الحكم الشرعي للمتنازعين لكن من دون إجراءات، ويكون الحكم الشرعي الذي يبينه غير ملزم، وللمتنازعين تنفيذه باختيارهما، وإلا اضطررا للرجوع إلى القضاء - بخلاف القاضي - وعليه يكون دور المفتي بارزاً في بيان الأحكام الشرعية وإنهاء الخلافات بين الأفراد مما يخفف العبء عن القاضي؛ لأنّ الوازع الديني عند المسلم يدفعه بمجرد معرفة الحكم الشرعي إلى الالتزام ذاتياً به طوعاً واختياراً.

قال ابن القيم⁽²²³⁾: "القاضي والمفتي مشتركان في أن كلا منهما يجب عليه إظهار حكم الشرع في الواقعة، ويتميز الحاكم بالإلزام به وإمضائه، فشروط الحاكم ترجع إلى شروط الشاهد والمفتي والوالي، فهو مخبر عن حكم الشارع بعلمه، مقبول بعدالته، منفذ بقدرته"⁽²²⁴⁾.

وارتباطاً بفكرة التمييز بين الجانب المدني والجانب الديني، نجد السلطة الإسلامية وفي العصور المتأخرة ميزت بين وظيفة القاضي الذي يعتمد على الاعتبار القضائي للأعمال والأحكام، وبين وظيفة المفتي الذي يعتمد الاعتبار الديني⁽²²⁵⁾.

الفرع الثالث: الفرق بين علم القضاء وفقه القضاء

إن الفرق بين علم القضاء وفقه القضاء هو فرق بين الأخص والأعم، ففقه القضاء أعم؛ لأنه العلم بالأحكام الكلية، وعلم القضاء هو إعمال النظر في الحوادث الجزئية، وكيفية الفصل في الخصومات، باستعمال الأحكام الكلية وتطبيقها على تلك الجزئيات⁽²²⁶⁾.

222- وسيأتي ذكر شروط القاضي في محله.

223- هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، فقيه حنبلي، ولد سنة 691هـ، وتوفي سنة 751هـ، من مؤلفاته: إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطرق الحكمية، وغيرها كثير. ابن العماد: شذرات الذهب، 6/168-169.

224- ابن القيم: جامع الفقه، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، 2000، 7/140.

225- القضاء إلزام بالحكم الشرعي وفصل للخصومات، فالقاضي له ثلاث صفات، فهو من جهة الإثبات شاهد، ومن جهة تبيين الحكم مفت، وهو من جهة الإلزام بذلك ذو سلطان. ابن القيم: جامع الفقه، 7/136. وعبد الله بن عبد الرحمن البسام: توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 2003، 7/158. وعلى هذا فإن وظيفة القاضي تشمل وظيفة المفتي.

وعلم القضاء يحتاج إلى فطنة وذكاء ومراس، فالقاضي هو الخبير وهو العارف الكيفية التي تطبق فيها الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية التي تعرض عليه، والدليل على ذلك قوله ﷺ: "أفضاكم علي وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل" (227). فلقد بين ﷺ أن عليا-كرم الله وجهه-متميز عن الصحابة في علم القضاء وأعرفهم بفصل الخصومات، وأخبرهم بمناورات الخصوم، وأقدرهم على استنباط الأحكام للحوادث الجزئية التي تعرض عليه، وأما معاذ-رضي الله عنه- فهو أفقه الصحابة لمعرفته بالحلال والحرام (228).

يقول ابن العربي (229) في شرح هذا الحديث: "قد يكون الرجل بصيرا بأحكام الأفعال عارفا بالحلال والحرام، ولا يقوم بفصل الخطاب فيها، وقد يكون الرجل يأتي القضاء من وجهه باختصار من لفظه وإيجاز في طريقه بحذف التطويل، وإصابة المقصود" (230). فعلم القضاء وإن كان من أحد أنواع علم الفقه ولكنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفا بفصل الخصام وإن لم يكن له باع غير ذلك من أبواب الفقه (231). وقال الإمام مالك: وليس علم القضاء كغيره من العلم (232).

ويقول ابن العربي: "فأما علم القضاء فلعمر أبيك أنه لنوع من العلم مجرد، وفصل منه مؤكد غير معرفة الأحكام والبصر بالحلال والحرام" (233).

ويقول ابن فرحون: "لا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب؛ لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ولا أحاط بها الفقيه خبرا، وعليها مدار الأحكام والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام" (234).

الخلاصة

226- الونشريسي: المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، 1981، 78/10.

227- ابن ماجه: كتاب السنة، فضائل خباب، حديث رقم 154. سنن ابن ماجه، 102/1.

228- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، مصر، ط1، 1988، ص 111.

229- هو محمد بن عبد الله بن أحمد، المعروف بابن العربي الأندلسي، القاضي الحافظ المشهور، ولد سنة 486هـ، وتوفي سنة 543هـ. الداودي: طبقات المفسرين، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، دت)، 167/2.

230- ابن العربي: أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البجاوي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 1627/4.

231- الونشريسي: المعيار العرب، 79/10.

232- الونشريسي: المصدر نفسه، 79/10.

233- ابن العربي: أحكام القرآن، 1627/4.

234- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 3/1.

يصعب الفصل في الشريعة الإسلامية بين الاجتهاد الفقهي بمدلوله العام وبين الاجتهاد القضائي⁽²³⁵⁾، فالفقيه كان قاضيا والقاضي كان فقيها⁽²³⁶⁾، حيث يستعين القاضي بفتوى الفقيه في قضائه كما كان يسترشد بقضاء أسلافه، وكان الفقيه يستعين في إصدار فتاواه بما يطرح أمام القضاء من مشاكل وما ينتهون إليه من آراء وأحكام، وبالنظر لقلة النصوص والأحكام الواردة في الأدلة النقلية (الكتاب والسنة والإجماع) ازداد الاعتماد على الاجتهاد في استنباط الحكم المناسب سواء كان المجتهد فقيها أم قاضيا⁽²³⁷⁾، طالما كان الاجتهاد مندرجا تحت دليل من الأدلة الشرعية المعروفة، كما أصبح الاجتهاد مصدرا رسميا بشروط معينة سواء في ذلك اجتهاد الفقيه أم اجتهاد القاضي، وسواء في عصر حرية الاجتهاد أم بعد غلق باب الاجتهاد الذي أصبح الفقه فيه مصدرا رسميا وملزما للفقيه والقاضي على السواء.

فقبل غلق باب الاجتهاد حيث سادت حرية الاجتهاد كان من المسلم به أن ما توصل إليه الفقيه من حكم للحالة محل بحثه لا يصبح قطعيا، ومن ثم لا يكون بذاته ملزما؛ لأنه يحتمل الخطأ، كما يحتمل الصواب وله أجره في الحالتين عملا بالحديث الشريف "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد"⁽²³⁸⁾.

ومن المسلم به أيضا أن الرأي الذي انتهى إليه المجتهد سواء كان فقيها أم قاضيا لا يلزم غيره، وتطبيقا لمبدأ حرية الاجتهاد يستطيع المجتهد أن يغير رأيه إذا تبين له فيما بعد خطأ رأيه الأول⁽²³⁹⁾.

235- يجب الاحتراز في مقارنة دور الاجتهاد في الفقه الإسلامي ودوره في القوانين الوضعية الحديثة، ففي القوانين الحديثة ذات الأصل اللاتيني حيث يغلب التشريع (مثل فرنسا وإيطاليا والبلاد العربية) يقوم الاجتهاد بدور تفسيري للقانون سواء في ذلك اجتهاد القضاء (الحاكم) أو الفقه، ولا يرقى أبدا إلى درجة الإلزام، بينما القوانين الأنجلوسكسونية (الجنرال والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب إفريقيا) - حيث يغلب العرف والقضاء - تجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا، إذ تلزم المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما لها. انظر، صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص 140.

236- قال ابن القيم: "لا فرق بين القاضي وغيره في جواز الإفتاء بما يجوز الإفتاء به، ووجوبها - يعني على القاضي - إذا تعينت، ولم يزل الخلف والسلف على هذا، فإن منصب الفتيا داخل في ضمن منصب القضاء عند الجمهور، والذين لا يجوزون قضاء الجاهل، فالقاضي مفت ومثبت ومنفذ لما أفتى به". إعلام الموقعين، 6/139-140. وذهب بعض الفقهاء من الحنابلة والشافعية إلى أنه يكره للقاضي أن يفتي في مسائل الأحكام المتعلقة به دون مسائل العبادات، لأنه قد يعرض عليه الموضوع في خصومة قضائية فيكون هذا إبداء رأي منه في المسألة، وقيل يصح أن يفتي فيما يستفتى فيه، إذ لا فرق بينه وبين غيره في جواز الإفتاء. انظر، ابن عابدين: رد المحتار، 4/302. الخطاب: مواهب الجليل، 6/118-119. ومحمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 60-61.

237- يقول القرافي في ذلك: "المجتهد إذا كان حاكما فهو يفتي باجتهاده، ويحكم باجتهاده، فالخبران صادران عن اجتهاده... والفرق بين الحالتين أنه في الفتيا يخبر عن مقتضى الدليل عنده، فهو كالمترجم عن الله تعالى، وهو في الحكم منشئ إلزاما أو إطلاقا للمحكوم عليه". الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 44.

238- النووي: شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1930، 11/91.

239- انظر، صوفي حسن أبو طالب: المرجع السابق، ص 140-141.

وبناء على هذا يمكن استخلاص الفرق الذي لا يخص الاجتهاد في ذاته بين الفقيه والقاضي وإنما يتعلق بنتيجة تغير الرأي والاجتهاد تبعاً لما إذا كان المجتهد فقيهاً أو قاضياً، فإن كان فقيهاً وجب عليه أن يعمل باجتهاده الجديد، أما إن كان قاضياً فإنه يبقى لحكمه الأول حجتيه وآثاره، ولا يطبق اجتهاده الجديد إلا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول.

وعلى ذلك فالحكم القضائي المبني على الاجتهاد يلزم طرفي الخصومة ويرقى اجتهاد القاضي فيه إلى مرتبة المصدر الرسمي في الخصومة التي نظرها⁽²⁴⁰⁾.

المطلب الثالث: مشروعية الاجتهاد وحكمه

الفرع الأول: مشروعيته

الاجتهاد مشروع في الإسلام وهو أصل من أصوله التي تثبت حيويته، وقدرته على إيجاد الحلول المناسبة فيما استجد في الحياة من وقائع⁽²⁴¹⁾، دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

- فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾⁽²⁴²⁾، فإنه يتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس⁽²⁴³⁾.

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽²⁴⁴⁾.

فالمراد بطاعة الله ورسوله اتباع ما علم من نصوص الكتاب والسنة، أما الرد إلى الله ورسوله عند التنازع فالمراد منه التحذير من اتباع الهوى، ووجوب الرجوع إلى ما شرع الله ورسوله بالبحث عما قد يكون خافياً أو غائباً عن البال من النصوص أو بتطبيق القواعد العامة بالحاق الشبيه بشبيهه أو التوجه إلى تحقيق المقاصد التي اعتبرها الشارع، فكل هذا ردد إلى الله ورسوله⁽²⁴⁵⁾.

240- وسيأتي الكلام عن نقض الاجتهاد في محله.

241- لا خلاف بين العلماء في حجية الاجتهاد إذا كان متعلقاً بالنصوص الشرعية من جهة ثبوتها أو دلالتها وعمومها وخصوصها، أو الجزئيات من جهة دخولها في النص أو عدم دخولها فيه، أما إذا كان الاجتهاد لمعرفة حكم شرعي في حادثة لم ينص على حكمها فقد اختلف فيه، فذهب الشيعة والنظام وجماعة من المعتزلة والظاهرية إلى أنه ليس بحجة، واستدلوا بمثل قوله تعالى: "مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ" الأنعام: الآية 38. وذهب جمهور المسلمين إلى أنه جائز عقلاً وشرعاً، وعندما تدعو إليه الحاجة يكون واجباً. علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 1982، ص 88.

242- النساء: الآية 105.

243- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 2004، 1067/2.

244- النساء: الآية 59.

245- انظر، علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط7، 1997، ص 71.

وقوله تعالى: ﴿وَأْمُرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾⁽²⁴⁶⁾، الشورى تعني البحث عن الصواب فيما يعرض من أمور وفق أدلة الشرع منصوصة أو غير منصوصة، وهذا لا يكون إلا من خلال الاجتهاد من أهل الرأي على اختلاف تخصصاتهم، وتنوع خبراتهم⁽²⁴⁷⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁽²⁴⁸⁾، والاستنباط المقصود في الآية هو الاجتهاد.

- ومن السنة: ما ورد في حديث معاذ-رضي الله عنه- لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قاضياً، وفيه: "بم تحكم يا معاذ؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو". فضرب النبي ﷺ صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله⁽²⁴⁹⁾.

فالحديث يبين وجوب الاجتهاد إن لم يوجد في الكتاب والسنة، وذلك بردّ القضية إلى القياس، فهو صريح الدلالة على مشروعية الاجتهاد.

وكذلك ما روي عن عمرو بن العاص أنه سمع النبي ﷺ يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد"⁽²⁵⁰⁾. ووجه الدلالة في الحديث أن النبي ﷺ أثبت له الأجر وإن أخطأ ما دام اجتهد، أما إذا أصاب فله أجران⁽²⁵¹⁾، ففيه دلالة صريحة على

246- الشورى: الآية 38.

247- انظر، محمد الدسوقي: الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط1، 1987، ص 37-38.

248- النساء: الآية 83.

249- أبو داود: كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592. سنن أبي داود-تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد- دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 15/4. الترمذي: باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم: 1342. الجامع الصحيح-تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي- مطبعة الحلبي، مصر، ط2، 1968، 607/3.

250- البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم 7352. الجامع الصحيح- تصحيح وتحقيق، محب الدين الخطيب- المكتبة السلفية، القاهرة، ط1، 1979، 372/4. أبو داود: كتاب الأفضية، باب في القاضي بخطئ، حديث رقم 3574. سنن أبي داود، 8/4. ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، حديث رقم 2314. سنن ابن ماجه- تحقيق خليل مأمون شبحا- دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1996، 92/3.

251- وقد اختلف العلماء هل كل مجتهد مصيب أم أن المصيب واحد، وهو من وافق الحق الذي عند الله تعالى، وأن الآخر مخطئ؟ فذهب بعضهم إلى أنه كلا مصيب لأن الله جعل للمخطئ أجراً، فلولا إصابته الحق لم يجعل له أجراً، وذهب جمهور العلماء إلى أن المصيب واحد فقط، وهو من وافق الحق الذي هو مراد الله تعالى، وأما الأجر الذي للمخطئ فهو لحرصه على الحق واجتهاده فيه. فعند الشافعي أن المصيب منهم واحد وإن لم يتعين، وأن جميعهم مخطئ إلا ذلك الواحد، وبه قال مالك وغيره، وقال أبو يوسف وغيره كل مجتهد مصيب، وإن كان الحق في واحد، فمن أصابه فقد أصاب الحق، ومن أخطأ فقد أخطأه. الزركشي: البحر المحيط، في أصول الفقه، قام بتحريره، عبد الستار أبو غدة، دار الصفا للطباعة والنشر، مصر، ط2، 1992، 241/6. والراجح هو أن المصيب واحد. انظر، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 2003، 169/7.

مشروعية الاجتهاد⁽²⁵²⁾. وأن القاضي الذي يحكم بين الناس، ويمضي حكمه هو الذي لديه الاجتهاد⁽²⁵³⁾، فإن أفتى وهو غير مجتهد ووافق الحق فهو آثم⁽²⁵⁴⁾.

- أما الإجماع: فقد أجمع الصحابة وعموم الأمة بكل مذاهبها على مشروعية الاجتهاد، يقول الغزالي: "يستدل بإجماع الصحابة على الحكم بالرأي، الاجتهاد في كل واقعة وقعت لهم ولم يجدوا فيها نصا، وهذا ما تواتر إلينا تواترا لا شك فيه"⁽²⁵⁵⁾.

- وأما المعقول: فإن نصوص الشريعة وقواعدها جاء معظمها كليا من غير تفصيل، مع أنها متناهية والوقائع غير متناهية، ولا سبيل إلى التعرف على أحكام الحوادث والمستجدات إلا بالاجتهاد⁽²⁵⁶⁾، وذلك بإعمال القياس في نظيراتها، أو توجيهها إلى تحقيق المصالح التي ترمي إليها الشريعة، ومن المقطوع به أن الشريعة محيطة بأفعال المكلفين، ولا يكون ذلك إلا باجتهاد.

الفرع الثاني: حكمه

المراد بحكم الاجتهاد: هو الصفة الشرعية له، والمراد بهذه الصفة الأحكام التي تعتريه من وجوب وحرمة وإباحة وندب. فلا خلاف بأن الاجتهاد حكم شرعي، ولكن الذي يرد فيه السؤال هو ما حكم الاجتهاد؟.

لقد تشعبت آراء العلماء في ذلك واختلفت، ولكنهم أجمعوا على أن ذا الأهلية إذا اجتهد، وغلب على ظنه حكم، فلا بد له أن يلتزم ذلك، ولا يقلد غيره؛ لأنّ ظنه أقوى من ظن غيره، وأن تقليده لغيره إنما هو اتباع لظن ذلك الغير.⁽²⁵⁷⁾ هذا بالنسبة لحكم الاجتهاد في حق المكلف ذي الأهلية للاجتهاد.

أما حكم الاجتهاد في نفسه فهو دليل شرعي من الأدلة يأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع، إذ ما القياس إلا الاجتهاد، ولا يخفى أن الله تعالى لما قال: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي

252- ابن القيم: جامع الفقه، 144/7. وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 1067/2.

253- مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، (المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي)، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط4، 1989، ص 261.

254- السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (دط، دت)، 219/3. و أبو إسلام مصطفى ابن سلامة: التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الحرمين للعلوم النافعة، السعودية، ص 490.

255- الغزالي: المستصفى، 507-506/3.

256- وهذا ما يسمى بالاجتهاد الإبداعي، وهو بذل المؤهل للاجتهاد وسعه في استنباط حكم جديد، في مسألة من المسائل التي لم يقل بها أحد من السابقين، سواء أكانت المسألة قديمة أم جديدة. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص 28.

257- انظر، الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 247/4.

وَرَضِيَتْ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا»⁽²⁵⁸⁾ إنما قصد إكمال الدين من حيث القواعد الأساسية والأصول العامة التي يحتاج إليها الناس في كل زمان ومكان، أما الجزئيات فيجب تزييلها على تلك الكليات، وإلا فالحوادث الجزئية غير محدودة تتجدد كل يوم، أما ما أنزله الله تعالى فهو محدود بالقرآن والحديث، يقول في ذلك الشاطبي⁽²⁵⁹⁾: "ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر"⁽²⁶⁰⁾.

ونقل الشوكاني عن بعض الفقهاء أنه قال: "لا بد أن يكون في كل قطر من يقوم بالاجتهاد على الكفاية؛ لأن الاجتهاد من فروض الكفايات"⁽²⁶¹⁾.

ونقل الزركشي قول الشهرستاني في حكم الاجتهاد: "الاجتهاد فرض كفاية، حتى لو استقل بتحصيله واحد سقط الفرض عن الجميع، وإن قصر فيه أهل عصر عصوا بتركه، وأشرفوا على خطر عظيم، فإن الأحكام الاجتهادية إذا كانت مترتبة على الاجتهاد ترتب المسبب على السبب، وإذا لم يوجد السبب كانت الأحكام عاطلة، والآراء كلها متماثلة فلا بد من مجتهد"⁽²⁶²⁾. وعلى هذا فجميع الفقهاء متفقون على أن الاجتهاد فرض من فروض الكفايات في كل عصر، واجب على كل أهل زمان، يقوم به بعضهم، وأنه متى قصر فيه أهل عصر أمثوا كلهم.⁽²⁶³⁾

وملخص ما ذكره علماء الأصول أن الاجتهاد تعتره الأحكام الثلاثة الآتية⁽²⁶⁴⁾:

أولاً: فرض عين، وذلك في حالتين:

أ- اجتهاد المجتهد في حق نفسه فيما نزل به، إذ لا يسوغ للمجتهد تقليد غيره.

ب- اجتهاده في حق غيره، وذلك إذا لم يوجد معه غيره وضاق الوقت، إذ يتعين عليه في هذه

الحالة الاجتهاد على الفور.

ثانياً: فرض كفاية، وذلك فيما إذا عرضت حادثة على عدد من المجتهدين ففي هذه الحالة إذا

امتنعوا أمثوا جميعاً، وإذا تصدى للإجابة أحدهم سقط الفرض عن باقيهم.

258- المائدة: الآية 3.

259- هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، الخقق النظار الأصولي المالكي، توفي سنة 790هـ، من مؤلفاته: الموافقات والاعتصام. انظر، الزركلي: الأعلام، 1/75.

260- الشاطبي: الموافقات-تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد- دار ابن عفاان للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1997، 14/5.

261- الشوكاني: إرشاد الفحول، 2/1035.

262- الزركشي: البحر المحيط، 6/198.

263- ويلزم من هذا: القول بعدم خلو العصر من مجتهد، وهو مذهب الحنابلة كما سبقت الإشارة إليه. وقد أثنى عليه الشيخ أبو زهرة في كتابه "الإمام أحمد بن حنبل"، دار الفكر، القاهرة، (دط، دت)، ص 227.

264- انظر، محمد الحضري بك: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط6، 1969، ص 367.

ثالثا: ويكون مندوبا فيما إذا تصدى للنظر في حادثة لم تحصل سواء سئل عنها المجتهد أم لم يسأل (265).

رابعا: وقد يكون الاجتهاد حراما، وذلك إذا كان في مقابلة نص قاطع من كتاب أو سنة أو في مقابلة إجماع، حينئذ يكون الاجتهاد محرما (266).

المطلب الرابع: شروط الاجتهاد

لا شك أن منصب الاجتهاد من أسمى المناصب، والمجتهد قائم في الأمة مقام النبي ﷺ كما قال الشاطبي (267)، لذلك لا بد من شروط تتحقق فيه ليكون أهلا لهذا المنصب، وقد نص العلماء على تلك الشروط (268)، وتباينت فيما بينها بين عصر وآخر، ثم إن طبيعة الاجتهاد هي التي تحدد شروط المجتهد، فقد فرقوا بين المجتهد العام الذي يفتي في كل أبواب الفقه، والمجتهد الخاص الذي يجتهد في باب معين. (269).

وقد جاءت شروط الاجتهاد لتؤكد سلامة المقاييس في المجتهد في الفقه الإسلامي الذي يحق له أن يستفرغ الجهد في فهم أصول التشريع، فلا بد لبلوغ درجة الاجتهاد من شروط يتعذر توفرها في آحاد العلماء، فضلا على آحاد الناس، ومهما اختلفت عبارات العلماء في شروط المجتهد، إلا أنها ترجع كلها إلى مضمون واحد ومتماثل.

ومما تجدر الإشارة إليه أن شروط الاجتهاد لا بد أن تختلف باختلاف المجتهد فيه، إذ يحتاج المجتهد في تعرفه على معاني النصوص إلى اللغة العربية، لكنه في تعرفه على المرامي والمقاصد من النصوص يحتاج إلى العلم بمقاصد الشارع، أما في اجتهاده في ما يجرد من المسائل، فهو يحتاج إلى معرفة العلل ومسالكها، وإلى التعرف على مناط العلة، وتحقيقه في الصور والجزئيات المختلفة، مما يحتاج فيه إلى علم أصول الفقه. لذا فإنه من طبيعة الاجتهاد أنه يتطلب لكل حكم الإمكانيات التي تؤدي إلى استنباطه، فمرة يعتمد الحكم على اللغة، ومرة على القياس، ومرة على غيره، وإلى مثل هذا أشار الشاطبي (270).

265- انظر، الوافي المهدي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية-نشأته وتطوره- دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1984، ص337-338.

266- أبو المكارم إسماعيل: الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1978، ص 87.

267- الشاطبي: الموافقات، 253/5.

268- انظر تفصيلا أكثر في ذلك: جلال عبد الرحمن، الاجتهاد ضوابطه وأحكامه، دار الطباعة الحديثة، مصر، ط1، 1986، ص 42-52.

269- سيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على مراتب الاجتهاد.

270- الشاطبي: الموافقات، 124/5.

وبناء عليه فإن أهم الشروط التي يتحقق منها الغرض، والتي ينبغي توافرها في المجتهد لتحقيق له رتبة الاجتهاد ويصح منه النظر في الأدلة هي بإيجاز كالآتي:

تنقسم هذه الشروط إلى قسمين: شروط غير مكتسبة وهي شروط التكليف العامة، وشروط مكتسبة (تأهيلية) وبيان ذلك يكون وفق الآتي:

الفرع الأول: الشروط العامة

ويقصد بها الشروط المنوطة بالتكليف، وهي الإسلام، والبلوغ والعقل.

أولاً: الإسلام

وإنما اشترط الإسلام؛ لأن الاجتهاد إنما هو: "بذل الوسع في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية"، ولا يتحقق ذلك إلا بالنسبة لمن عرف الله وصفاته وعرف رسوله ﷺ وآمن بأنه مبلغ أحكام الله مصدقا بكل ما جاء به. ولا يشترط أن يكون متبحرا في هذه المعارف والعلوم، بل يكفيها منها ما تصح معه عقيدته⁽²⁷¹⁾. وحيث فلا يجوز للكافر أن يكون مجتهدا في الشريعة الإسلامية، لما يلزم عليه من التضليل في فتواه حتى ولو كانت له القدرة على ذلك، فإنه لا ثمرة له في ذلك؛ ولأنه لا يجوز للمسلم تقليد الكافر لعدم الثقة فيه، وعدم إيمانه بما يستنبطه، لذا لا يكون الكافر مجتهدا في الشريعة الإسلامية⁽²⁷²⁾.

ثانياً: البلوغ والعقل

أما البلوغ فلا بد منه؛ لأن غيره لا تمييز له يهتدي به، ولذلك وضع التكليف عن المحنون وعن الصغير حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ؛ لأن مقتضى التكليف الطاعة والامتثال، ولا يحصل هذا إلا بقصد الامتثال، وشرط القصد العلم بالمقصود والفهم للتكليف⁽²⁷³⁾.

ولا يكفي مجرد البلوغ الطبيعي والعقل⁽²⁷⁴⁾ الذي يتعلق به التكليف بالأحكام الشرعية⁽²⁷⁵⁾، بل يشترط النضج العقلي والقدرة على النظر في الأمور⁽²⁷⁶⁾. فلا بد من العقل حتى يكون الاجتهاد سليما،

271- انظر، الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 4/198.

272- انظر، عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: المرجع السابق، ص 64.

273- انظر، نادية شريف العمري: الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1985، ص 61-62.

274- وفي حدّ العقل ثلاثة أقوال كما قال السيوطي: "أحدها: أنه ملكة أي هيئة راسخة في النفس، يدرك بها العلوم، الثاني: أنه نفس الإدراك، سواء كان ضروريا أو نظريا، والثالث: أنه الإدراك الضروري فقط". شرح الكوكب الساطع، 2/292-393.

275- وقد اختلف العلماء في شرطي الذكورة والحرية، فالراجح في الذكورة عدم اشتراطها، وفي الحرية اشتراطها. انظر، عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: نفس المرجع السابق، ص 61-63.

ومعتبراً عند العلماء؛ لأنه الملكة التي يستطيع صاحبها إدراك ما من شأنه أن يدرك به من المعارف والمدارك العقلية⁽²⁷⁷⁾.

الفرع الثاني: الشروط التأهيلية

أولاً: معرفة آيات الأحكام المذكورة في القرآن الكريم: إن من أهم الشروط الواجب توافرها في المجتهد معرفة كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فهو عمدة الأحكام والمصدر الرئيسي للاجتهاد، ولذلك لا بد من معرفة آيات أحكامه ومعانيها اللغوية والشرعية، والعلل التي نيّطت بها هذه الأحكام، والغايات التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها من جلب المصالح ودرء المفاسد، ولم يعرف خلاف بين العلماء في ذلك، ولا يشترط له حفظها⁽²⁷⁸⁾ بل يكفي أن يكون عالماً بما يستطيع الرجوع إليها متى شاء⁽²⁷⁹⁾. وهناك من العلماء من كان له قدم سبق في جمع آيات الأحكام وتفسيرها وأهم هذه الكتب التي ظهرت للناس، أحكام القرآن للشافعي، وأحكام القرآن للجصاص الحنفي وأحكام القرآن لابن العربي القرطبي المالكي وغيرهم. كما ينبغي للمجتهد أن يكون ملماً بالعلوم المتعلقة بالقرآن الكريم كمعرفة أسباب النزول⁽²⁸⁰⁾.

ثانياً: معرفة الأحاديث المتعلقة بالأحكام: وذلك بمعرفة مظاهرها متناً وسنداً، ولا يشترط حفظها، بل لا بد من معرفة حال الرواة والجرح والتعديل، وتمييز الصحيح عن الفاسد والمقبول عن المردود⁽²⁸¹⁾. قال الشوكاني في ذلك بعد أن ذكر أن كلام أهل العلم في هذا الباب إما من قبيل التفريط أو الإفراط: "والحق الذي لا شك فيه ولا شبهة أن المجتهد لا بد أن يكون عالماً بما اشتملت عليه مجاميع السنة التي صنفها أهل الفن كالأهيات الست.. ولا يشترط في هذا أن تكون محفوظة له مستحضرة في ذهنه، بل يكون ممن يتمكن من استخراجها من مواضعها بالبحث عنها عند الحاجة إلى ذلك، وأن يكون ممن

276- انظر، يحي محمد: الاجتهاد والتقليد، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص 218. وعلى ذلك يشترط فيه أن يكون صحيح الذهن قادراً على الاستدلال، لأن صحة الذهن والقدرة على الاستدلال أمران لازمان له، كي يستطيع المقارنة والاستنباط واستخراج المناط، ما إلى ذلك من الأمور التي يتطلبها الاجتهاد. انظر، عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: نفس المرجع السابق، ص 63.

277- كما اختلف العلماء في شرط معرفة المنطق، والراجح عدم اشتراط ذلك، لأن اشتراط صحة الذهن والقدرة على الاستدلال على الحكم يعني عن ذلك. انظر، عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي، ص 68-69.

278- قال الزركشي: "وإذا كان عالماً بأحكام القرآن، فهل يشترط أن يكون حافظاً لتلاوته؟ ذهب كثير من أهل العلم إلى أنه يلزم أن يكون حافظاً للقرآن لأن الحافظ أضبط لمعانيه من الناظر فيه، وقال آخرون لا يلزم أن يحفظ ما فيه من الأمثال والزواجر". البحر المحيط، 200/6.

279- القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة مصطفى الباز، مكة المكرمة، (د.ط.دت)، 3804/9.

280- الشربيني: معني المحتاج، 503/4.

281- الزركشي: البحر المحيط، 203/6.

له تمييز بين الصحيح منها والحسن والضعيف بحيث يعرف حال رجال الإسناد معرفة يتمكن بها من الحكم على الحديث بأحد الأوصاف المذكورة".⁽²⁸²⁾

وقال الزركشي: "والمختار أنه لا يشترط الإحاطة بجميع السنن؛ وإلا لانسدَّ باب الاجتهاد، وقد اجتهد عمر-رضي الله عنه- وغيره من الصحابة في مسائل كثيرة لم يستحضروا فيها النصوص حتى رويت لهم، فرجعوا إليها"⁽²⁸³⁾، وقال أبو بكر الرازي: "ولا يشترط استحضاره جميع ما ورد في ذلك الباب، إذ لا تمكن به الإحاطة به، ولو تصور لما حضر ذهنه عند الاجتهاد جميع ما روي فيه"⁽²⁸⁴⁾، وذهب الغزالي⁽²⁸⁵⁾ إلى أنه يكفي أن يكون عنده أصل يجمع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود ومعرفة السنن والآثار للبيهقي، أو أصل وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام، ويكتفي فيه بمواقع كل باب فيراجع وقت الحاجة⁽²⁸⁶⁾.

والحاصل من ظاهر كلام الأصوليين كما قال الزركشي أنه لا يشترط حفظ السنن بلا خلاف لعسره⁽²⁸⁷⁾.

ثالثاً: معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة: أي أن يعرف أن هذا ناسخ فيقدمه وهذا منسوخ فيهمله، مخافة أن يقع في الحكم بالمنسوخ المتروك⁽²⁸⁸⁾، وليس المراد أن يعرف تقدم الناسخ على المنسوخ، لأن معرفة هذا يعني عنه اشتراط العلم بأصول الفقه، ويكتفي من ذلك بالرجوع إلى السابقين الذين دونوا في هذا الموضوع. والتخفيف فيه أنه لا يشترط أن يكون جميعه على حفظه، بل كل واقعة يفتي فيها بآية أو حديث فينبغي أن يعلم أن ذلك الحديث وتلك الآية ليست من جملة المنسوخ، وهذا يعم الكتاب والسنة⁽²⁸⁹⁾.

282- الشوكاني: إرشاد الفحول، 1030/2. القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، 3804/9.

283- الزركشي: المصدر نفسه، 201-200/6.

284- الرازي: المحصول، 23/6.

285- الغزالي: المستصفى، 8-7/4.

286- ونازعه النووي وقال: لا يصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام، ولا معظمها، فكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث حكيم ليس في سنن أبي داود. الزركشي: المصدر نفسه، 201/6.

287- الزركشي: المصدر نفسه، 201/6.

288- الزركشي: المصدر السابق، 203/6.

289- الغزالي: المستصفى، 13/4.

رابعاً: معرفة مسائل الإجماع: أي المسائل المجمع عليها والمختلف فيها حتى لا يفتي بخلاف ما أجمعت عليه الأمة فيكون قد خرق الإجماع باجتهاده، وليس المراد حفظ جميع المسائل التي وقع عليها الإجماع⁽²⁹⁰⁾.

خامساً: معرفة اللسان العربي: من لغة ونحو وصرف ومعان وبيان؛ لأن القرآن نزل بلسان عربي مبين، فكان لزاماً على المجتهد معرفة علوم العربية، ليستطيع استنباط الأحكام من الكتاب والسنة. قال الغزالي: "أعني القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حدّ يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه..."⁽²⁹¹⁾، ولا يشترط حفظ قواعدها عن ظهر قلب، بل يكفي أن يكون متمكناً من استخراجها من مظاهرها⁽²⁹²⁾.

ومنه فإنه يتعذر على المجتهد فهم القواعد الأصولية الاجتهادية ما لم يكن ملماً ومتقناً لعلوم اللغة العربية كمباحث المفهوم والمنطوق والأمر والنهي والحقيقة والمجاز والتقيد والإطلاق، والعموم والخصوص وغيرها؛ لأن جل القواعد الأصولية مشتقة من قواعد اللغة العربية، ما يجعله قادراً على فهم نصوص الوحي واستنباط الأحكام منها؛ لأنه لا إتقان صحيحاً للأصول ما لم يسبقه إتقان محكم لمبادئ اللغة العربية⁽²⁹³⁾.

والحاصل أنه لا بد للمجتهد أن يكون محيطاً بأدلة الشرع في غالب الأمر متمكناً من اقتباس الأحكام منها، عارفاً بحقائقها ورتبها، عالماً بتقدم ما يتقدم منها، وتأخير ما يتأخر، وليس من شرط المجتهد أن يكون عالماً بكل مسألة ترد عليه⁽²⁹⁴⁾.

290- ابن نجيم: فتح الغفار بشرح المنار، مطبعة الحلبي، مصر، 1936، 39/3. الغزالي: المستصفى، 8/4.

291- الغزالي: المصدر نفسه، 12/4.

292- انظر، الشوكاني: إرشاد الفحول، 1031/2.

293- انظر، مصطفى قطب سانو: أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص 113.

294- الزركشي: نفس المصدر السابق، 205/6. الغزالي: المصدر نفسه، 12/4.

الفرع الثالث: الشروط التكميلية

أولاً: معرفة علم أصول الفقه

وذلك بأن يكون عالماً بأصول الفقه وقواعده العامة وأدلتها الإجمالية وكيفية الاستفادة من هذه الأدلة وحال الاستفادة ليزن نفسه بهذه المقاييس، فيقدم على الاجتهاد إذا ما تحققت فيه شروطه، ويحجم إذا احتل شرط محاولاً الوصول إلى صفات المجتهدين، وأن يعرف الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها، وكذلك معرفة دلالات الألفاظ ووجوه النص في الخصوص والعموم، والمفسر والمجمل والمبين والمقيد والمطلق،⁽²⁹⁵⁾ وغير ذلك من مباحث علم أصول الفقه⁽²⁹⁶⁾، الذي تدور مباحثه كلها حول فهم الحكم من الأدلة الشرعية، وكيفية دلالتها على الأحكام. وكذا الاطلاع على مسالك العلماء في الفروع الفقهية، وذلك عن طريق كيفية الاستفادة من الأدلة التفصيلية، ولا يشترط فيه أن يستوعب كل هذه المسالك، بل يطلع على ما يُكسبه الدربة والخبرة⁽²⁹⁷⁾.

ثانياً: فهم مقاصد الشريعة

والمراد بذلك أن يكون مدركاً لأسرارها ومراجعتها، خبيراً بمصالح الناس وأعرافهم حتى يكون اجتهاده ملائماً لمقاصد الشرع بجلب المصالح ودرء المفسدات. فالمعرفة المقاصدية تتمثل في تمكن المتصدي للنظر الاجتهادي في هذا العصر من حسن إدراك لجملة المعاني والغايات والحكم والأهداف الثابتة العامة والخاصة، والتي لاحظها الشارع الحكيم في جميع أحوال تشريعاته المتعلقة بالفرد والمجتمع سواء كانت تلك التشريعات عقدية أم خلقية أم عملية⁽²⁹⁸⁾.

فالغاية من النظر الاجتهادي المنشود - خصوصاً في ضوء الواقع المعاصر - يتوقف على العلم بهذه المعرفة المقاصدية وذلك لاشتمالها على مبادئ وكمالات من شأنها تسديد الفهم، وضمان حسن تنزيل الأحكام على الوقائع، والالتفات إلى مآلات الأفعال، يقول الشاطبي: "فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن

295- الزركشي: نفس المصدر السابق، 6/203.

296- قال ابن رشد: "وقد اشتهر مع هذا أن يكون عالماً بعلم الكلام، وذلك أن يكون عنده الأدلة المعرفية بالله وبصفاته، والموصلة إلى العلم بمحدث العالم، وغير ذلك مما يتضمن علم الكلام، وهذا إنما يلزم على رأي من يرى أن أول الواجبات النظر والاستدلال، وأما من لا يرى ذلك فيكفيه الإيمان بمجرد الشرع دون نظر العقل". ابن رشد: الضروري في أصول الفقه، تحقيق جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 138. وقال الرازي بهذا الخصوص: "أما علم الكلام فغير معتبر لأننا لو فرضنا إنساناً جازماً بالإسلام - تقليداً - لأمكنه الاستدلال بالدلائل الشرعية على الأحكام، وأما تفاريع الفقه فلا حاجة إليها لأن هذه التفاريع ولدها المجتهدون بعد أن فازوا بمنصب الاجتهاد فكيف تكون شرطاً فيه. الرازي: المحصول، 6/25.

297- انظر، الغزالي: نفس المصدر السابق، 4/11.

298- انظر، مصطفى قطب سانو: أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ص 115.

الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة وفي كل باب من أبوابها، فقد حصل له وصف هو السبب في تزيله منزلة الخليفة للنبي ﷺ في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله.. " (299).

لذا فقد بنى الشاطبي الاجتهاد على أصلين هما⁽³⁰⁰⁾: فهم مقاصد الشريعة الإسلامية، والتمكن من الاستنباط، بمعرفة اللغة العربية ومعرفة القرآن والسنة والإجماع، وخلاف الفقهاء وأوجه القياس. وقد اعتبر الشاطبي هذا الأصل خادما للأصل الأول⁽³⁰¹⁾. فكان من اللازم معرفة مقاصد الشريعة للمجتهد حتى يتمكن من استنباط الحكم من الدليل في ظل المقاصد التشريعية للشريعة الإسلامية.

وقد عني كثير من العلماء بعد الشاطبي بالتنصيص على هذه الأهمية وإبراز ضرورة هذا العلم ودوره في فهم نصوص الوحي كتابا وسنة وذلك لأن مقاصد الشريعة هي المرجع الأبدي لاستقاء ما يتوقف عليه التشريع والقضاء في الفقه الإسلامي، وأما ليست مصدرا خارجا عن الشرع الإسلامي ولكنها من صميمه⁽³⁰²⁾.

وعليه يمكن تلخيص أهمية المعرفة المقاصدية في اشتغالها على قواعد ومباحث قادرة على حسن ضبط كثير من قضايا العصر ومستجداته، وتوجيهها وفق إرادة الشريعة الإسلامية، إذ غدت الحاجة في هذا العصر ملحة إلى إبراز الأهداف والأسرار التي تحتويها الشريعة الإسلامية، والتي تدل على صلاحيتها لكل زمان ومكان وتبرهن على مرونتها وقدرتها على تسيير وتنظيم حياة البشر في كل عصر ومصر. ذلك أن المقاصد ليست أداة لإنضاج الاجتهاد وتقويمه، ولكنها أيضا أداة لتوسيعه وتمكينه من استيعاب الحياة بكل تقلباتها وتشعباتها كما يقول الريسوني⁽³⁰³⁾.

ثالثا: معرفة البراءة الأصلية

من الأصوليين من اشترط معرفة البراءة الأصلية⁽³⁰⁴⁾، أي أن يعرف العالم أن لا حكم إلا بالشرع وأن ليس على الإنسان الإتيان بعمل ما، أو الامتناع عن عمل ما امتثالا لحكم الشرع من غير أن يرد دليل من قبله به⁽³⁰⁵⁾، وقد عبر عنه البعض بدليل العقل⁽³⁰⁶⁾ كالغزالي، حيث قال: "فإن العقل قد دل

299- الشاطبي: الموافقات، 43/5.

300- انظر، الشاطبي: المصدر نفسه، 5/41-42.

301- انظر، الشاطبي: المصدر نفسه، 43/5.

302- انظر، مصطفى قطب سانو: أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ص 119.

303- انظر، أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، 2، 1992، ص 332.

304- انظر، القراني: نفائس الأصول في شرح الحصول، 3805/9.

305- انظر، نادية شريف العمري: الاجتهاد في الإسلام، ص 99.

306- انظر، السيوطي: شرح الكوكب الساطع، 393/2.

على نفي الحرج في الأقوال والأفعال وعلى نفي الأحكام⁽³⁰⁷⁾. وعبر عنه البعض باستصحاب العدم الأصلي مثل الشوكاني⁽³⁰⁸⁾.

ولعل من لم يذكر هذا الشرط اكتفى بوضوحه؛ لأن الكلام في مجتهد توفرت لديه كافة الشروط لا يتصرف إلا فيما ورد في الشرع من أدلة، ولا يستنبط إلا من النصوص أو مما دلت النصوص على كونه دليلاً، من جانب آخر فإن نتيجة تصرف من اشترط هذا الشرط ومن لم يشترطه من المجتهدين لا تختلف، فإن كل واحد منهم لا يحكم إلا بما حكم به الدليل السمعي، وبذلك فإن اشتراط معرفة الكتاب والسنة يعني عنه⁽³⁰⁹⁾.

رابعاً: العدالة

تشرط صفة العدالة في قبول ما يخبر به المجتهد، أما الاجتهاد فلا يشترط فيه أن يكون المجتهد عدلاً⁽³¹⁰⁾. وإنما اشترط هذا الشرط لقبول فتياه كما ذكر ذلك الغزالي بقوله: "لجواز الاعتماد على فتواه، فمن ليس عدلاً فلا تقبل فتواه، أما هو في نفسه فلا"⁽³¹¹⁾؛ لأن الاستفتاء ثقة بين المستفتي والمفتي فما لم يغلب على الظن على أنه أهل لهذه الثقة، ولم تطمئن إليه النفس لا يؤخذ بقوله في أمور الدين⁽³¹²⁾.

خامساً: معرفة شؤون العصر

إن الاجتهاد مرادف للإفتاء، والإفتاء الصادر من المجتهد يتطلب شرطا آخر عدا الشروط السابقة الذكر، وهو معرفة واقعة الاستفتاء، ودراسة نفسية المستفتي والمجتمع الذي يعيش فيه لتكون الفتوى جديّة تعالج الواقع القائم، ولا يتوفر ذلك بغير فهم لظروف الحياة، وممارسة للتجربة الحية المتفاعلة مع أوضاع العصر والحققة لمصلحة الناس⁽³¹³⁾.

307- انظر، الغزالي: المستصفي، 9/4.

308- انظر، الشوكاني: إرشاد الفحول، 2/977.

309- انظر، سيد محمد موسى: الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، (أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر)، دار الكتب الحديثة، مصر، (دط، دت)، ص 178.

310- والعدل هو الذي لم يرتكب كبيرة، ولم يصّر على صغيرة، ويتحاشى ما يخل بالمرودة.

311- الغزالي: نفس المصدر السابق، 5/4.

312- انظر، الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 4/282. كما اشترطوا إضافة إلى العدالة، لكونه صحيح النية سليم الاعتقاد، مشهورا بالورع والتقوى، قبل أن يكون مشهورا بالفقه والاجتهاد. انظر، أبو زهرة: أصول الفقه، ص 364. عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: المرجع السابق، ص 73. غير أن هذا الشرط أمر باطني يطلبه المجتهد في نفسه، لأننا أمرنا أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، وإنما المقصود به ما يكون عليه حاله في الظاهر.

313- انظر، وهبة الزحيلي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 184-185.

سادسا: معرفة مبادئ العلوم الإنسانية المعاصرة

وهي تلك المعارف التي تُعنى بالبحث في العلوم الإنسانية، من مختلف الجوانب الاجتماعية والنفسية والتربوية والسياسية والاقتصادية والرياضية⁽³¹⁴⁾ والقانونية والتاريخية، محاولةً تقديم تفسير معقول ومقبول لسائر الظواهر المؤثرة في توجهات الإنسان، وفي تطلعاته ورغباته ومشاكله⁽³¹⁵⁾.

وبناء على هذا، فإن أهمية إمام المجتهد -وبخاصة في هذا العصر- بمبادئ هذه العلوم أنها تمكنه في تيسير التوصل إلى الإدراك الشمولي المؤسس والمؤصل لمرامي النصوص ومقاصدها وغاياتها، ومن ثم فإنه من المتعذر ممارسة العملية الاجتهادية في ضوء التحديات والنوازل التي تعرفها الحياة المعاصرة، ما لم يتم التمكن من هذه المعرفة تمكننا موازيا للتمكن من المعرفة الشرعية، وفي هذا يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "وكيف يستطيع الفقيه المسلم أن يفتي في قضايا الإجهاض أو شتل الجنين⁽³¹⁶⁾ أو التحكم في جنسه وغير ذلك من القضايا الجديدة إذا لم يكن لديه قدر من المعرفة بما كشفه العلم الحديث عن الحيوانات المنوية الذكرية والبويضة الأنثوية .."⁽³¹⁷⁾.

ويؤصل أهمية هذه المعارف وضرورتها للنظر الاجتهادي المعاصر الأستاذ عمر عبيد حسنة بقوله: "إن هذه المعرفة بما تقدمه من معرفة تصبح ضرورة شرعية، وأعتقد أنها تقع ضمن إطار الفروض العينية للذي يتصدى لعملية الاجتهاد وبيان المراد الإلهي وبسطه على واقع الناس والحكم على مسالكهم لتتم عملية الموافقة والتكيف بين الحكم ومحلّه بدقة.."⁽³¹⁸⁾.

وخلاصة القول أن هذه الشروط خاصة بالاجتهاد الفقهي العام⁽³¹⁹⁾. أما الاجتهاد الخاص أو الجزئي الذي تبرز الحاجة إليه في هذا العصر فلا يتطلب هذه الشروط إلا بمقدار ما يخص الجزئية المستفتى فيها، ويتعلق بالحكم الخاص الذي يراد التوصل إليه⁽³²⁰⁾.

314- والمقصود بها معرفة علوم الحساب، لأن منها ما لا يمكن استخراج الجواب منه إلا بالحساب، كمعرفة أصول الفرائض. الزركشي: البحر المحيط، 6/205.

315- انظر، مصطفى قطب سانو: أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ص 130 وما بعدها.

316- وحقيقته: أن يجامع رجل امرأته التي هي غير صالحة للحمل ثم ينقل الماء منها إلى رحم امرأة ذات زوج بطريقة طبية، فتحمله إلى نهاية وضعه، وطريقة النقل هذه هي الشتل. بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ص 1/256.

317- انظر، القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1985، ص 48-49.

318- انظر، عمر عبيد حسنة: تأملات في الواقع الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1990، ص 20.

319- قال ابن نجيم: "هذه الشرائط إنما هي في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الأحكام، وأما المجتهد في حكم دون حكم، فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم". ابن نجيم: فتح الغفار بشرح المنار، 3/39. وهو نفس ما قاله ابن رشد في كتابه الضروري في أصول الفقه، ص 138.

320- انظر، وهبة الزحيلي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 185. عبد الحميد ميهوب: أحكام الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1978، ص 30.

ومما ينبغي ملاحظته أن تلك الشروط والضوابط إنما ظهرت في العصور المتأخرة⁽³²¹⁾ أما في صدر الإسلام فلم يكن ثمة حاجة إليها، حيث كان الصحابة والتابعون يفهمون نصوص الشريعة قرآنا وسنة بالسليقة، وكانوا يدركون مقاصد الشرع ومراميه بحكم معاشتهم للرسول ﷺ فلم يكونوا بحاجة لوضع قواعد وشروط للاجتهد، كما أنهم كانوا لا يجتهدون إلا عند الحاجة⁽³²²⁾، ولم يخل عصر من عصور الإسلام من المجتهدين؛ لأن الاجتهاد هو الذي يحفظ دوام الشريعة وتفاعلها مع الحياة وتجاوبها مع التطورات فيما لا يصادم نصوصا قطعية أو يعارض مبدءا ثابتا من مبادئ الشريعة كالأخلاق والعبادات وأصول المعاملات الأساسية، وإنه بدون استمرار الاجتهاد تفقد الشريعة في مجال التطبيق مرونتها وشمولها وخلودها.

المطلب الخامس: مراتب الاجتهاد

إن منصب الاجتهاد عال، ويحتاج لإمكانات علمية كبيرة، وبناء على توافر الشروط اللازمة للعملية الاجتهادية قسم أهل العلم المجتهدين إلى أقسام، وجعلوا للاجتهد مراتب فقالوا: قد يكون المجتهد مطلقا، وقد يكون مجتهد في مذهب معين، أو مجتهد في نوع من العلم، أو مجتهد في مسألة أو مسائل معينة⁽³²³⁾.

لذلك لابد من التعريف بهؤلاء وبيان من يصلح منهم للاجتهد ومن لا يصلح.

321- وقد أصبحت الآن الشهادات والدرجات العلمية المعاصرة في الغالب الأعم دليلا على الإتقان والتجويد الذي يتوقع من حامل هذه الشهادة في تخصص معين، كما أنها أصبحت حجة معولا عليها وأداة من أدوات الضبط والتمييز بين المؤهل العلمي للقيام بعمل معين. وعليه فتكون الشهادات العلمية في العلوم الشرعية ودرجات الاختصاص في ذلك من الشروط والمؤهلات التي يولج بها باب البحث في علوم الدين وأصول التشريع، واستنباط الأحكام، ومن ثم يكون التفاوت بالتحصيل الجاد والإنتاج المثمر. ونظير هذه الشهادات العلمية المعاصرة عند القدامى هي الإجازة التي كانت دليلا مقنعا لعامة الناس وسوادهم لأخذ العلم وطلب الفتوى عند هؤلاء العلماء المجازين المشهود لهم بذلك من أشياخهم المعترين. انظر، الخواص الشيخ العقاد: الاجتهاد والتجديد في الشريعة الإسلامية، دار الجيل، بيروت، ط1، 1998، ص 77 وما بعدها. غير أنه يوجد من يقول بعدم ضرورة التعويل على مثل هذه الشهادات والتخصصات، كون الحصول على الشهادة ولو كان الطالب لها خائبا في تحصيله العلمي أمر غير متعذر، ومن ثم فالحصول على الشهادة لا يعبر عن المستوى العلمي الحقيقي كمؤهل.

322- يفرق الفقهاء بين اجتهاد الصحابة في عهد الرسول ﷺ واجتهادهم بعد وفاته. وقد ذهب بعضهم إلى منع الصحابة من الاجتهاد في عهد الرسول ﷺ لأنهم قادرين على الرجوع إليه فلا مجال للاجتهد في موضع النص. على أن الاجتهاد جائز في رأي البعض لمن هو غائب عن الرسول ﷺ وكان عليه أن يقضي في أمر قبل الوصول إلى الرسول ﷺ. ومع ذلك يذهب الكثيرون إلى القول بجواز اجتهاد الصحابة في قضائهم، سواء في حضور الرسول أو في غيبته، وقد أقر ذلك الرسول ﷺ ورضي عنه، كما جاء في الحديث عن معاذ بن جبل، الذي يعتبر أساسا في الإذن بالاجتهاد. انظر، جلال الدين عبد الرحمن: الاجتهاد ضوابطه وأحكامه، دار الطباعة الحديثة، مصر، ط1، 1986، ص 96 وما بعدها.

323- انظر تفصيل ذلك: عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل: الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي، ص 78 وما بعدها.

الفرع الأول: المجتهد المستقل

وهو المجتهد الذي يستطيع استخراج الأحكام من الكتاب أو السنة، مع علمه بالشريعة الإسلامية، وقواعدها وأصولها ومقاصدها⁽³²⁴⁾. وقد عرفه ابن الصلاح بقوله: "وهو الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد ولا تقييد بمذهب أحد"، وقال في موضع آخر: "ومنذ دهر طويل طوي بساط المفتي (المجتهد) المستقل المطلق والمجتهد المستقل⁽³²⁵⁾، وأفضى أمر الفتوى إلى الفقهاء المنتسبين إلى أئمة المذاهب المتبوعة"⁽³²⁶⁾.

فالاجتهاد المطلق هو: استقلال المجتهد بقواعده الخاصة التي استنبطها وأقامها لنفسه وخرّج عليها الفروع، بغض النظر عن قواعد غيره وأحكامه. وهذا الصنف من المجتهدين اتصفوا بصفيتين هما: الاستقلال بالقواعد التي استنبطوها، وعدم تقليدهم أحدا لا في الفروع ولا في الأصول، كما لا ينافي في اجتهادهم تقليدهم لغيرهم أحيانا كما قال ابن القيم⁽³²⁷⁾.

وهؤلاء لا خلاف بين العلماء في أهليتهم للإفتاء والقضاء، ويسوغ استفتاءهم وقضاؤهم ويتأدى بهم فرض الاجتهاد⁽³²⁸⁾، ومن هؤلاء فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين، والفقهاء المجتهدون جعفر

324- انظر، ابن القيم: إعلام الموقعين، 6/125.

325- قال الزركشي: "والحق أن العصر خلا عن المجتهد المطلق، لا عن مجتهد في مذهب أحد الأئمة الأربعة، وقد وقع الاتفاق بين المسلمين على أن الحق منحصر في هذه المذاهب وحينئذ فلا يجوز العمل بغيرها، فلا يجوز أن يقع الاجتهاد إلا فيها". البحر المحيط، 6/209. وقد ذهب الشيخ مصطفى المراغي إلى إمكان تحقق شروط الاجتهاد المطلق في بعض العلماء المعاصرين، وفيهم من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي ومرتبة الترجيح أو مرتبة الاختيار. انظر، زكريا البري: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية. (ضمن مجموعة بحوث)، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، ط4، 1984، ص 252. والحق أن الشروط التي قيد بها اجتهاد المطلق أحاطته بمالة من الجلال، ولكنها لم تكن في ذاتها كافية للحكم بفقده أو استحالته، بل تدل عند العلماء على أن العصر لا يجوز أن يخلو من أهل الاجتهاد. انظر، صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1975، ص 37.

326- انظر: ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي، ص 89 إلى 93. وقد عقب السيوطي على هذا بقوله: "لهج كثير من الناس اليوم بأن اجتهاد المطلق فقد من قديم، وأنه لم يوجد من دهر إلا اجتهاد المقيّد، وهذا غلط منهم، ما وقفوا على كلام العلماء ولا عرفوا الفرق بين اجتهاد المطلق و اجتهاد المستقل ولا بين اجتهاد المقيّد ولا اجتهاد المنتسب، وبين كل مما ذكر فرق، ولهذا ترى أن من وقع في عبارته اجتهاد المستقل مفقود من دهر، ينص في موضع آخر على وجود اجتهاد المطلق، وللتحقيق في ذلك أن اجتهاد المطلق أعم من اجتهاد المستقل وغير اجتهاد المقيّد، فإن المستقل هو الذي استقل بقواعد لنفسه بنى عليها الفقه خارجا عن قواعد المذاهب المقررة، وهذا شيء فقد من دهر لو أرادته الإنسان اليوم لامتنع عليه ولم يجز له". انظر: الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ص 38، 39.

327- قال ابن القيم: "ولا ينافي في اجتهاده تقليدا لغيره أحيانا، فلا تجد من الأئمة إلا وهو مقلد من هو أعلم منه في بعض الأحكام، وقد قال الشافعي -رحمه الله- في موضع من الحج، قلته تقليدا لعطاء". إعلام الموقعين عن رب العالمين، 4/212. وقال الآمدي: "قال ابن سريج: يجوز للعالم أن يقلد لمن هو أعلم منه إذا تعذر عليه وجه الاجتهاد. غير أنه إذا اجتهد في مسألة وأداه اجتهاده إلى حكم لا يجوز له تقليد غيره في مقابل ذلك الحكم بالاتفاق". منتهى السؤل في علم الأصول، ص 253.

328- انظر، عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1993، ص 154-155.

الصادق وأبوه محمد الباقر وأبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والأوزاعي والليث... وإن لم تصلنا مذاهبهم مجمعة مدونة مبوبة، ولكن في ثنايا كتب اختلاف الفقهاء تجد آراءهم منقولة برواية لا دليل على كذبها والراجح صدقها⁽³²⁹⁾.

الفرع الثاني: المجتهد المنتسب (المجتهد في مذهب معين).

وهو المجتهد الذي وافق إمامه في الأصول، وخالفه في الفروع، دون أن يؤسس لنفسه مذهباً معيناً، وقد قال عنه ابن القيم: "إنه المجتهد المقيد بمذهب من أئمة به"⁽³³⁰⁾. وقال ابن الصلاح: وللمفتي (المجتهد) المنتسب أحوال أربع⁽³³¹⁾:

الحالة الأولى: أن لا يكون مقلداً لإمامه في المذهب ولا في دليله لكونه قد جمع الأوصاف والعلوم المشتركة في المستقل، وإنما ينتسب إليه لكونه سلك طريقه في الاجتهاد ودعا إلى سبيله، ومثل هذا المجتهد الحق في أن يكون مفتياً أو قاضياً، ومن هذا النوع الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحبا أبا حنيفة والقاضي أبو يعلى الحنبلي وابن سريج في المذهب الشافعي.

الحالة الثانية: أن يكون في مذهب إمامه مجتهداً مقيداً، فيستقل بتقرير مذهبه بالدليل غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده مع قدرته على التخريج والاستنباط وإلحاق الفروع بالأصول التي قررها إمامه، ولصاحب هذه الحالة الأهلية في الإفتاء والقضاء.

قال ابن الصلاح وأقول: "أنه يظهر أنه يتأدى به فرض الكفاية في إحياء العلوم التي منها استمداد الفتوى؛ لأنه قد قام في فتواه مقام إمام مطلق"⁽³³²⁾.

الحالة الثالثة: أن لا يبلغ رتبة أئمة المذهب أصحاب الوجوه والطرق، غير أنه فقيه النفس⁽³³³⁾، حافظ لمذهب إمامه عارف بأدلته قائم بتقريرها والاستدلال لها، كما أنه قادر على الترجيح بين أقوال إمامه المذكورة في المذهب، ولصاحب هذه الحالة الحق في الإفتاء والقضاء، وتكون فتواه مقبولة وإن لم تبلغ فتوى أصحاب الحالة الثانية.

329 - أبو زهرة: أصول الفقه، ص 366.

330 - ابن القيم: إعلام الموقعين، 6/125-126.

331 - ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، تحقيق د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار الوفاء للنشر والتوزيع، الجزائر، (دط، دت)، ص 93 وما بعدها.

332 - ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، ص 97.

333 - قال الجويني في كتابه البرهان: "ثم يشترط وراء ذلك كله فقه النفس، فهو رأس مال المجتهد ولا يتأتى كسبه، فإن جبل على ذلك فهو المراد، وإلا فلا يتأتى تحصيله بحفظ الكتب" البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الديب، كلية الشريعة، جامعة قطر، (دط، دت)، فقرة 1490، ص 1332. ثم قال في موضع آخر: "فقه النفس هو الدستور". المصدر نفسه، 871/2. والمقصود به الاستعداد الفطري الذي يؤهل العالم للاجتهاد.

الحالة الرابعة: أن يقوم بحفظه ونقله وفهمه في واضحات المسائل ومشكلاتها غير أن عنده ضعفا في تقرير أدلته وتحرير أقيسته، ويفهم ضوابطه وتخريجات أصحابه، ويستطيع الرجوع إلى مصادر المذهب. فصاحب هذه الحالة له الحق في الإفتاء والقضاء، ولكن في المسائل التي بين أحكامها أصحاب المذهب المجتهدون فيه، وله الإفتاء فيما يندرج تحت ضابط مفهوم وواضح من ضوابط المذهب⁽³³⁴⁾.

الفرع الثالث: المجتهدون في نوع من العلم أو في مسألة أو مسائل معينة

وليبيان حكم هذا النوع من الاجتهاد لا بد من الحديث عن مسألة تجزؤ الاجتهاد وآراء العلماء في هذه المسألة، فهل يجب أن يكون الاجتهاد عاما غير مقيد، فلا يجتهد المجتهد في جزء منها إلا إذا أحاط بكلها؟.

وتصوير المسألة أن المجتهد قد يحصل له في بعض المسائل ما هو مناط الاجتهاد من الأدلة دون غيرها، فإذا حصل له ذلك، فهل له أن يجتهد فيها أو لا؟⁽³³⁵⁾. ومعنى ذلك أنه يجوز أن يكون العالم مجتهدا في بعض أحكام الدين دون بعضها الآخر، بشرط أن تكون له قدرة على إعمال آلات الاجتهاد في الأحكام التي يجتهد فيها.

وقد اختلف العلماء في ذلك على أقوال نوردتها فيما يأتي:

ذهب فريق إلى أن الاجتهاد يتجزأ، فمن كان مجتهدا في مسألة معينة أو مسائل معينة من الفقه فلا بد أن يفتي فيها دون غيرها. قال الغزالي في المستصفي بعد أن فرغ من ذكر الشروط التي لا بد منها للمجتهد ما نصه: "اجتماع هذه العلوم الثمانية إنما يشترط في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الشرع، وليس الاجتهاد عندي منصبا لا يتجزأ، بل يجوز أن ينال العالم منصب الاجتهاد وفي بعض الأحكام دون بعض، فمن عرف طرق النظر القياسي⁽³³⁶⁾ فله أن يفتي في مسألة قياسية، وإن لم يكن ماهرا في علم الحديث، فمن ينظر في المسألة المشتركة يكفيه أن يكون فقيه النفس، عارفا بأصول الفرائض ومعانيها، وإن لم يكن قد حصل الأخبار التي وردت في مسألة تحريم المسكرات، أو في مسألة النكاح بلا ولي، فلا استمداد لنظر هذه المسألة منها، ولا تعلق لتلك الأحاديث بها، فمن أين تصير

334- انظر تفصيلا أكثر عن هذه التقسيمات عند ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، ص 101 وما بعدها. وعبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ص 156. ويوسف القرضاوي: الاجتهاد، (شروطه، حكمه، مجالاته، حاجتنا إليه اليوم)، ملتقى الاجتهاد، (محاضرات الفكر الإسلامي السابع عشر، قسنطينة)، مؤسسة العصر، الجزائر، 91/1-92.

335- عضد الدين الإيجي: شرح مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، 582/3.

336- يقصد به الاجتهاد القياسي، وهو بذل الوسع من أجل التوصل إلى إثبات حكم أو نفيه لواقعة لم يرد فيها نص قطعي ولا نص ظني مباشر، ولم يظهره إجماع صحيح سابق، ويسمى هذا الاجتهاد عند بعض الأصوليين الاجتهاد بالرأي لأن مبناه على الرأي المخمود غالبا. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص 33.

الغفلة عنها أو القصور عن معرفتها نقصاً، ومن عرف أحاديث قتل المسلم بالذمي وطرق التصرف فيه فما يضره قصوره عن علم النحو الذي يعرف قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ (337) وقس عليه ما في معناه" (338).

ثم قال في سياق الاحتجاج لما ذهب إليه: "وليس من شرط المفتي أن يجيب عن كل مسألة، فقد سئل مالك -رحمه الله- عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها: لا أدري، وكم توقف الشافعي -رحمه الله- بل وحتى الصحابة في مسائل، فإذا لا يشترط أن يكون على بصيرة فيما يفتي، فيفتي بما يدري ويدري أنه يدري، ويميز بين ما يدري وبين ما لا يدري، فيتوقف فيما لا يدري ويفتي فيما يدري" (339).

وما قاله الغزالي ذهب إليه جماعة من الفقهاء⁽³⁴⁰⁾، كما نقل ذلك الشوكاني، حيث قال: "فذهب جماعة إلى أنه يتجزأ.. قال ابن دقيق العيد⁽³⁴¹⁾: وهو المختار؛ لأنها قد تمكن العناية بباب من الأبواب الفقهية حتى تحصل المعرفة بمأخذ أحكامه، وإذا حصلت المعرفة بالمأخذ أمكن الاجتهاد. واحتج المجيزون بأنه لو لم يتجزأ الاجتهاد لزم أن يكون المجتهد عالماً بجميع المسائل واللازم منتف" (342). كما جاء في معني المحتاج: "يجوز أن يتبع الاجتهاد بأن يكون العالم مجتهداً في باب دون آخر فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي اجتهد فيه" (343).

أما ابن القيم فيرى: "أن الاجتهاد حالة تقبل التجزؤ والانقسام فيكون الرجل مجتهداً في نوع من العلم مقلداً في غيره أو في باب من أبوابه، كمن استفرغ وسعه في نوع العلم بالفرائض وأدلتها واستنباطها من الكتاب والسنة دون غيرها من العلوم، أو في باب الجهاد أو الحج أو غير ذلك، فهذا ليس

337- سورة المائدة: الآية 6. أشار بهذه الآية إلى اختلاف القراء في قراءة (وأرجلكم بالفتح أو الكسر) وما ترتب عنه من اختلاف فقهي معروف في كتب الفروع.

338- الغزالي: المستصفى 15/4-16.

339- الغزالي: المستصفى، 16/4-17. وأيد ذلك من الخدثين د. وهبة الزحيلي حيث قال: والمهم في الأمر كما قال الغزالي: أن يكون العالم على بصيرة فيما يفتي، ثم قال: والقول بتجزؤ الاجتهاد في تقديري كان هو النافذة التي استطاع بها العلماء تخفيف غلواء سد باب الاجتهاد نزولاً تحت عامل الضرورة أو الحاجة التي تصادف العلماء في كل زمن للإفتاء في حكم الحوادث المتجددة. أصول الفقه الإسلامي، 1077/2.

340- قال السيوطي: الأصح جواز تجزؤ الاجتهاد، بأن يحصل لإنسان قوة الاجتهاد في بعض الأبواب أو المسائل، بأن يعلم أدلته باستقراء منه أو من مجتهد كامل. شرح الكوكب الساطع، 2/401.

341- هو تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد، توفي سنة 702 هـ، من مؤلفاته: عمدة الأحكام. ابن العماد: شذرات الذهب، 5/6.

342- الشوكاني: إرشاد الفحول، 2/1042.

343- الشربيني: معني المحتاج، 4/504.

له الفتوى فيما لم يجتهد فيه، ولا تكون معرفته بما اجتهد فيه مسوغة له الإفتاء بما لا يعلم في غيره، وهل له أن يفتي في النوع الذي اجتهد فيه؟ فيه ثلاث أوجه:

- أصحابها الجواز، بل هو الصواب المقطوع به.

- والثاني المنع.

- والثالث الجواز في الفرائض دون غيرها.

فحجة الجواز: أنه قد عرف الحق بدليله، وقد بذل جهده في معرفة الصواب فحكمه في ذلك حكم المجتهد المطلق في سائر الأنواع. وحجة المنع: تعلق أبواب الشرع وأحكامها ببعضها ببعض، فالجهل ببعضها مظنة للتقصير في الباب والنوع الذي قد عرفه، ولا يخفى الارتباط بين كتاب النكاح والطلاق والعدة وكتاب الفرائض، وكذلك الارتباط بين كتاب الجهاد وما يتعلق به وكتاب الحدود والأقضية والأحكام، وكذلك عامة أبواب الفقه. ومن فرق بين الفرائض وغيرها، رأى انقطاع أحكام قسمة الموارث ومعرفة الفروض ومعرفة مستحقيها من كتاب البيوع والإيجارات والرهون وغيرها، وعدم تعلقها، وأيضا فإن عامة أحكام الموارث قطعية وهي منصوص عليها في الكتاب والسنة. فإن قيل فما تقولون فيمن بذل جهده في معرفة مسألة أو مسألتين هل له أن يفتي بما؟

قلنا: يجوز في أصح القولين، وهما وجهان لأصحاب الإمام أحمد، وهل هذا إلا من التبليغ عن الله ورسوله. وجزى الله من أعان الإسلام ولو بشرط كلمة خيرا، ومنع هذا من الإفتاء بما علم خطأ محض". (344)

وذهب جماعة من الفقهاء إلى القول بالمنع؛ لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها في نوع آخر منه، ومال إلى ذلك الشوكاني؛ لأن من لا يقتدر على الاجتهاد في بعض المسائل لا يقتدر عليه في البعض الآخر، وأكثر علوم الاجتهاد يتعلق بعضها ببعض، ولا سيما ما كان من علومه مرجعه إلى ثبوته بالملكة، فإنها إذا تمت كان مقتدرا على الاجتهاد في جميع المسائل، وإن احتاج بعضها إلى مزيد بحث وإن نقصت لم يقتدر على شيء من ذلك ولا يثق من نفسه لتقصيره ولا يثق به الغير لذلك.

وذكر الشوكاني أيضا: أنهم اتفقوا على أن المجتهد لا يجوز له الحكم بالدليل حتى يحصل له غلبة الظن بحصول مقتضي وعدم المنع، وإنما يحصل ذلك للمجتهد المطلق، وأما من ادعى الإحاطة بما يحتاج

344- ابن القيم: إعلام الموقعين، 216/4، 217. ونحوه من المحدثين د. يوسف القرضاوي حيث قال: "وتجزؤ الاجتهاد يشبه ما عرفه عصرنا من أنواع التخصص الدقيق، فمثلا في القانون لا يوجد أستاذ في كل فروع القانون، بل في المدني أو الجنائي، أو الإداري، أو الدولي مثلا. انظر، محاضرة (الاجتهاد) التي ألقاها الدكتور القرضاوي في ملتقى الاجتهاد (قسنطينة)، 84/1.

إليه دون باب أو في مسألة فلا يحصل له شيء من غلبة الظن بذلك... فإن قال قد غلب ظنه بذلك فهو مجازف وتنضح مجازفته بالبحث معه⁽³⁴⁵⁾.

وأيد ذلك من المحدثين الشيخ عبد الوهاب خلاف⁽³⁴⁶⁾ حيث يرى أن الاجتهاد لا يتجزأ؛ لأن الاجتهاد هو أهلية تتطلب فهم المبادئ العامة وروح التشريع التي بثها الشارع في مختلف أحكامه وبني عليها تشريعه، وهذه الروح التشريعية والمبادئ العامة لا تخص باباً دون باب من أبواب الأحكام، فلا يتصور أن يكون العالم مجتهداً في أحكام المعاملات دون العبادات، فالجهل ببعضها مظنة التقصير في غيرها⁽³⁴⁷⁾.

الترجيح

بعد التطرق لمسألة تجزؤ الاجتهاد التي تدور بين الجواز والمنع للوصول إلى الحكم على الحالة الثالثة -الآنفة الذكر- وهي الاجتهاد في نوع من العلم أو في مسألة أو في مسائل معينة. وعليه فمن قال بجواز تجزؤ الاجتهاد فإنه لا يمنع من الاجتهاد في مثل هذه الحالة، ومن قال بعدم جواز تجزؤ الاجتهاد فإنه يمنع من الاجتهاد في مسألة دون الأخرى.

والمعول عليه في هذه المسألة: أن مدار الأهلية في الاجتهاد هو العلم المقبول والذي يحصله المجتهد، وهو مبني على البحث ومعرفة الدليل والاجتهاد فيه، فمن حصل على مثل هذا العلم في مسألة من المسائل كان له أن يفتي فيها، وهذا متوجه على القول بتجزؤ الاجتهاد وهو الأقرب إلى الصواب والقبول، ومن جهل حكم مسألة فليس له أن يفتي فيها، وإن كانت عنده أهلية الإفتاء من جهة صلاحية التعيين لمنصب الإفتاء، فهذا المنصب يحتاج إلى أهلية الاجتهاد على النحو الذي ذكره العلماء⁽³⁴⁸⁾. فإذا حصل للمفتي العلم بمسألة أو بمسائل جاز له الإفتاء فيها. قال الزركشي: "والصحيح جواز تجزؤ الاجتهاد، بمعنى أن يكون مجتهداً في باب دون غيره"⁽³⁴⁹⁾. وقال الرازي: "الحق أنه يجوز أن تحصل صفة

345- انظر الشوكاني: إرشاد الفحول، 1044/2.

346- فقيه مصري، كان أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، ومفتشاً في المحاكم الشرعية، وأحد أعضاء مجمع اللغة العربية، توفي عام

1375هـ. الزركلي: الأعلام، 174/4.

347- انظر: عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مطبعة الزهراء، الجزائر، ص220.

348- وهذا هو رأي د. عبد الكرم زيدان في كتابه: أصول الدعوة، ص156، 157.

349- الزركشي: البحر المحيط، 209/6.

الاجتهاد في فن دون فن، بل في مسألة دون مسألة خلافا لبعضهم⁽³⁵⁰⁾. وهذا ما ذهب إليه الرافعي في الشرح الكبير⁽³⁵¹⁾.

المطلب السادس: مجال الاجتهاد وضوابطه

إن العملية الاجتهادية لا ينبغي أن تخرج عن نطاقها ومجالها في الحادثة التي يستفرغ المجتهد فيها جهده، لينتج الحكم الشرعي لتلك الحادثة، ووفقا لذلك لا بد أن ينضبط العمل الاجتهادي وفقا لما يتطلبه موافقة الدليل الشرعي بما يتماشى وروح التشريع.

الفرع الأول: مجال الاجتهاد

قال الزركشي في المجتهد فيه: "هو كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي. فخرج بالشرعي العقلي فالحق فيها واحد، والمراد بالعمل ما هو كسب للمكلف إقداما وإحجاما، وبالعلمي ما تضمنه علم الأصول من المظنونات التي يستند إليها، وخرج بما ليس فيه دليل قاطع، عما وجد فيه ذلك من الأحكام، فإذا ظفر بالدليل حرم الرجوع إلى الظن"⁽³⁵²⁾.

ويقول بهذا الشأن الشيخ عبد الوهاب خلاف: "مما يعرف بين جمهور المسلمين هو أن الله تعالى لم يترك الناس سدى، وأنه تعالى له حكم في كل ما يحدث للمسلمين من الوقائع، غير أنه تعالى لحكمة لم ينص على كل أحكامه، بل نص على أحكام بعض الوقائع بنصوص في القرآن، أو على لسان رسول الله ﷺ، والواقعة التي دلّ على حكمها نص قطعي في اللفظ والدلالة مثل هذا لا يكون للعقل اجتهاد فيها، والواقعة التي دلّ على حكمها نص ظني الدلالة بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على حكمها أو أكثر للعقل فيها مجال لأن يدرك منه أي حكمة. والواقعة التي ما دلّ على حكمها نص أصلا واتفق المجتهدون على حكم فيها في عصر من العصور لا مجال للاجتهاد فيها، والواقعة التي ما دلّ على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هي مجال للاجتهاد بالرأي"⁽³⁵³⁾.

كما يحدد أبو زهرة النطاق الذي يكون الاجتهاد ضمنه، بثلاثة أمور وهي:

- 1- التعرف على معاني النصوص من ألفاظها واستخراج الأحكام منها.
- 2- التعرف على مرامي ومقاصد النصوص الشرعية في جملتها، ومعرفة الحكمة التي جاء بها الحكم في كل نص شرعي.

350- الرازي: المحصول، 25/6.

351- الرافعي: الشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 417/12.

352- الزركشي: البحر المحيط، 227/6. الغزالي: المستصفى، 18/4. الرازي: المحصول، 27/6.

353- عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما نص فيه، دار القلم، الكويت، ط6، 1993، ص 8-9.

3- الاستنباط مما وراء النصوص فيما لم يوجد فيه نص؛ لأن الحوادث غير متناهية والنصوص متناهية. (354)

فالاتجاه المعبر شرعا، هو المقيد بكونه واقعا في مجاله المسموح به لا غير، فالنصوص الآمرة والناهية لا مجال للاتجاه فيها؛ لأنها ثوابت، ولا سيما في العقائد والعبادات في أصولها وكيفياتها، أما في فروعها وجزئياتها وتطبيقاتها المعتمدة فقها ففيها مجال للاتجاه (355).

ومن المتفق عليه عند علماء الأصول عدم جواز الاجتهاد فيما فيه نص قاطع (356)، وعباراتهم في بيان المجتهد فيه تؤكد هذا، حيث قال الرازي: "المجتهد فيه كل حكم شرعي ليس فيه دليل قاطع" (357)، وقال الآمدي: "وأما ما فيه الاجتهاد، فما كان من الأحكام الشرعية دليله ظنيا" (358)، وقال السبكي: "هو كل حكم ظني شرعي عليه دليل" (359).

فما لا يجوز فيه الاجتهاد هو الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، والتي ثبتت بدليل قطعي الثبوت، قطعي الدلالة (360). وهو المراد من قولهم لا اجتهاد مع النص. وكذلك بالنسبة للواقعة التي لم يدل على حكمها نص أصلا، لكن المجتهدين اتفقوا على حكم فيها في عصر من العصور، فلا مجال للاتجاه فيها عند القائلين بحجية الإجماع (361).

فملخص القول: أن مجال الاجتهاد أمران، ما لا نص فيه أصلا، أو ما فيه نص غير قطعي، ولا يجري الاجتهاد في القطعيات، وفيما يجب فيه الاعتقاد الجازم من أصول الدين، إذ لا مسأغ للاتجاه في مورد النص.

– أما الاجتهاد فيما لا نص فيه فيكون بأحد أمرين (362):

-
- 354- انظر، أبو زهرة: تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، (دط، دت)، ص 237.
- 355- انظر، عبد الله محمد الجبوري: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، دار النفائس، الأردن، ط1، 2005، ص 118 وما بعدها.
- 356- انظر، الخطيب البغدادي: الفقيه والمتفقه، تحقيق عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1996، 504/1.
- 357- الرازي: المحصول، 27/6.
- 358- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 200/4.
- 359- عبد الوهاب السبكي: رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب، تحقيق علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب، بيروت، ط1، 1999، 529/4.
- 360- مثل وجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج، وتحريم الجرائم وعقوباتها المقدرة لها شرعا، ونحو ذلك مما لا يجوز الاجتهاد فيها.
- 361- انظر، محمد هشام الأيوبي: الاجتهاد ومقتضيات العصر، دار الفكر، الأردن، (دط، دت)، ص 46 وما بعدها.
- 362- انظر، محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، دار البحوث للدراسات الإسلامية، الإمارات العربية، ط1، 2003، ص 78 وما بعدها.

يطلق البعض على الاجتهاد فيما لا نص فيه "منطقة الفراغ التشريعي"⁽³⁶³⁾ أو "العفو"، وهي تلك المنطقة التي تركتها النصوص-قصدًا-لاجتهاد أولي الأمر والرأي، وأهل الحل والعقد في الأمة بما يحقق المصلحة العامة، ويرعى المقاصد الشرعية⁽³⁶⁴⁾. ويكون ذلك على النحو التالي:

أولهما: بالقياس على ما هو منصوص عليه إن وجدت العلة الجامعة بينهما. فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم هو الأمارات وطرق الاستنباط، وهذا يختلف باختلاف عقول المجتهدين، وما يحيط بهم من ملايسات وأحوال، وليس أدل على هذا من أن القياس وهو أول طرق هذا الاستنباط الذي أساسه تعليل حكم النص، ومدار تعليله هو إدراك المصلحة التي شرع الحكم لأجلها، والوصف الذي بني عليه باعتباره مظنة هذه المصلحة، وتقدير ذلك مما تتفاوت فيه فهوم المجتهدين.

ثانيهما: بالاستدلال للحكم بأحد الأدلة الاجتهادية المقررة عند أئمة الاجتهاد، كالاستحسان والاستصحاب وسدّ الذرائع والعرف وشرع من قبلنا... إلخ⁽³⁶⁵⁾.

وأما الاجتهاد في النص فيكون في ثلاثة أمور:

أولاً: في ثبوته إن كان ظني الثبوت، فيبحث المجتهد في سند الحديث، وطريق وصوله، ودرجة روايته من حيث العدالة والصدق والضبط والثقة، وفي هذا يختلف تقدير المجتهدين للدليل، فمنهم من يطمئن إلى روايته ويأخذ به، ومنهم من لا يطمئن إلى روايته ولا يأخذ به. وهذا باب من الأبواب التي اختلف فيها المجتهدون في كثير من الأحكام العملية، فإذا أداه اجتهاده في سند الحديث إلى الاطمئنان لروايته وصدق روايته، اجتهد في معرفة ما يدل عليه الدليل من الأحكام.

ثانياً: في دلالته إن كان ظني الدلالة⁽³⁶⁶⁾، فيبحث المجتهد في المعنى المراد من الدليل⁽³⁶⁷⁾، ووجه دلالته على معناه، فقد يكون عاماً، وقد يكون مطلقاً، وقد يكون على صيغة الأمر أو النهي، فالجتهد يصل باجتهاده إلى معرفة أن الظاهر على ظاهره، أو هو مؤوّل، وأن العام باق على عمومته، أو هو

363- لا يجوز للقاضي أن يتوقف عن الفصل في النزاع، وعليه حينئذ أن يجتهد رأيه على مستوى الفراغ الأصلي-أي في غياب نص- من كتاب أو سنة يحكم في المسألة كما في قصة معاذ بن جبل-رضي الله عنه-. انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة المدينة المنورة، ط1، 1988، ص 209.

364- انظر، القرضاوي: الخصائص العامة للإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1993، ص241.

365- انظر، محمد هشام الأيوبي: الاجتهاد ومقتضيات العصر، ص 47 وما بعدها.

366- ويطلق عليها "منطقة النصوص المحتملة" التي تتسع لأكثر من رأي وأكثر من فهم، ما بين موسع ومضيق، وما بين قياسي وظاهري، وما بين متشدد ومرخص، وما بين واقعي ومفترض. انظر، الخصائص العامة للإسلام، ص243.

367- وذلك على نحو الاختلاف الواقع في آية العدة من سورة البقرة، الآية 228 ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، فقد اختلفوا في مدلول لفظ القراء، هل المراد به الطهر أم الحيض على ما هو مبين في كتب الفقه والأصول.

مخصص، وكذلك المطلق على إطلاقه، أو هو مقيد، والأمر للإيجاب أو لغيره، والنهي للتحريم أو لغيره، إلى غير ذلك من الدلالات المفصلة في مباحث دلالات الألفاظ من كتب أصول الفقه⁽³⁶⁸⁾.

ثالثاً: في تحقيق مناط النص

تحقيق المناط: هو النظر في وجود علة الحكم المعلومة بطريق من طرقها في غير محل الحكم المنصوص عليه أو المجمع عليه، مثل قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾⁽³⁶⁹⁾. فقد دلّ هذا النص على أن علة اجتناب النساء في المحيض هو الأذى وهو موجود في النفاس فيتعدى الحكم، وهو وجوب اعتزال النساء فيه⁽³⁷⁰⁾. وفي هذا يقول الشاطبي: "الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط هو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله-أي تطبيقه على الجزئيات الخارجية- وذلك أن الشارع إذ قال: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽³⁷¹⁾، وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً، افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على حدّ سواء، بل يختلف ذلك اختلافاً متبايناً. فلا بد من بلوغ حدّ الوسع والاجتهاد"⁽³⁷²⁾.

وفي تحقيق المناط تظهر فعالية الاجتهاد بشكل أوسع؛ لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع على ما هو عليه، وإنما يفتقر فيه إلى العلم بما لا يعرف ذلك الموضوع إلا به من حيث قصدت المعرفة به، فلا بد أن يكون المجتهد عارفاً ومجتهداً من تلك الجهة التي ينظر فيها، ليتزل الحكم الشرعي على وفق ذلك المقتضى⁽³⁷³⁾.

كل هذا وما أشبهه مما يعرف به مناط الحكم الشرعي غير مضطر إلى العلم بالعربية، ولا العلم بمقاصد الشريعة⁽³⁷⁴⁾، وإن كان اجتماع ذلك كما لا في المجتهد⁽³⁷⁵⁾.

368- انظر، محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، ص 79 وما بعدها. محمد هشام

الأيوبي: الاجتهاد ومقتضيات العصر، ص 46 وما بعدها.

369- البقرة: الآية 222.

370- انظر، مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، ط 4، 1983، ص 261.

371- الطلاق: الآية 2.

372- الشاطبي: الموافقات، 12/5-13.

373- انظر، الشاطبي: المصدر نفسه، 5/128.

374- فتحقيق المناط مثلاً في التدخين لا يقوم به الفقيه، وإنما يقوم به العالم البيولوجي في المختبر، فيبني الفقيه حكمه على ما توصل إليه العالم البيولوجي.

375- الشاطبي: المصدر نفسه، 5/129.

والاجتهاد في تحقيق المناط يمتد بامتداد زمن التكليف؛ لأن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر⁽³⁷⁶⁾. فكان تحقيق المناط ضروريا تتوقف عليه حياة الشريعة، وإلا لم تنزل أحكامها على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها أحكام عامة مطلقة منزلة على أفعال عامة مطلقة. والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة، بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلا، وقد لا يكون ذلك سهلا، وقد يكون وكله اجتهاد⁽³⁷⁷⁾.

وحتى لو كان معينا، فإن لكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين⁽³⁷⁸⁾. ومعنى ذلك كما يقول الشاطبي أنه لا يبقى صورة من الصور الوجودية المعينة إلا وللعالم فيها نظر سهل أو صعب حتى يحقق تحت أي دليل تدخل⁽³⁷⁹⁾. ذلك أن كل صورة من صور النازلة، نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر، فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها، فلا بد من النظر في كونها مثلها أولا، وهو نظر اجتهادي أيضا⁽³⁸⁰⁾. فالخمر مثلا لكي يحكم فيها بالحرمة لا بد من النظر فيها وفي صفتها، والماء لكي يحكم فيه بصلاحيته للوضوء لا بد من التأكد من عدم تغير لونه أو طعمه أو ريحه، وعلى هذا فتحقيق المناط لا تخرج عنه أية نازلة في الوجود⁽³⁸¹⁾.

وبيان ذلك أن النص إذا كان عاما عموما شموليا، فإنه يحتاج إلى تحقيق مناط الحكم فيه ليتزل عليه إما بالنفي أو بالإثبات، كتتحقيق صفة العدالة في الشهود كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُويَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽³⁸²⁾. والأمر نفسه بالنسبة للاجتهاد الاستصلاحي⁽³⁸³⁾، بناء على أن المصلحة هي العلة التي بني عليها الحكم، ويكون ذلك باستقراء المجتهد الجزئيات وتصفحها ليشكل منها كليا عاما كالمحافظة على النفس، التي تقتضي قتل الجماعة بالواحد⁽³⁸⁴⁾، وجواز تناول مقدار الحاجة من الحرام⁽³⁸⁵⁾. إلى آخر ما

376- انظر، الشاطبي: المصدر نفسه، 14/5.

377- انظر، الشاطبي: المصدر نفسه، 17/5.

378- الشاطبي: المصدر نفسه، 14/5.

379- الشاطبي: المصدر نفسه، 15/5.

380- الشاطبي: المصدر نفسه، 14/5.

381- انظر، إدريس حمادي: الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 1994، ص 396 وما بعدها.

382- الطلاق: الآية 2.

383- وهو بذل المؤهل للاجتهاد وسعه، من أجل التوصل إلى المراد الإلهي من نصوص الوحي، وذلك بتطبيق القواعد الكلية العامة والمستنبطة من الكتاب والسنة في جلب كل منفعة ودرء كل مفسدة. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص28.

384- الشاطبي: الاعتصام، تعليق، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار التوحيد، السعودية، (دط، دت)، 40/3.

385- الشاطبي: الاعتصام، 37/3.

هنالك من المسائل. وهذا النوع من الاجتهاد لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف وذلك عند قيام الساعة⁽³⁸⁶⁾.

ومما سبق بيانه، يمكن القول بأن ما لا مجال للاجتهاد فيه ينحصر إجمالاً في الأمور التالية:

- **أصول العقيدة:** كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، ونحو ذلك من أمور العقيدة الثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة.

- **المعلوم من الدين بالضرورة:** كوجوب الصلاة، والزكاة والصوم والحج ونحوها، فهذه ثابتة بالأدلة القطعية الثبوت والدلالة أيضاً.

- **المقدرات الشرعية:** التي نص الشارع على تحديدها، كالحُدود الشرعية، والكفارات، ومقادير الزكاة، وأنصباة الورثة، ونحو ذلك من المقدرات الشرعية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ولا مجال للاجتهاد فيها.

وهذا النوع من الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة يختص بأمرين⁽³⁸⁷⁾:

الأول: أن من أنكر أو جحد من المسلمين حكماً من هذه الأحكام، يكفر ويرتد عن دين الإسلام.

الثاني: أن هذا النوع لا مجال للاجتهاد فيه لمعلومية أحكامه.

- **أحكام شرعية مجمع عليها:** كما أنه لا مجال للاجتهاد في الأحكام الشرعية المجمع عليها، واختص بالعلم بها الخاصة دون العامة، ومن أمثلتها استحقاق بنت الابن السدس مع البنت، فلا يجوز لجهتهد أن يأتي بما يعد حرقاً للإجماع، إلا أن العلماء لم يتفقوا على تكفير المنكر لحكم من هذا النوع.

الفرع الثاني: ضوابطه

هناك أسس وضوابط لا بد من مراعاتها في عملية الاجتهاد، حتى يتحقق الغرض المنشود من الاجتهاد الفقهي الذي يضع الحلول المناسبة للوقائع والمستجدات، ويثبت للشريعة مرونتها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، وأهم هذه الضوابط ما يلي:

386- الشاطبي: الموافقات، 11/5. على أن الإمام الشاطبي لا يقف بتحقيق المناط عند هذا الحد، أي تحقيق محل الحكم بالنظر العقلي عند اجتهاد بعد أن يثبت لديه الحكم بمدركه الشرعي، بل يتجاوز ذلك إلى ثلاثة أنواع من الاجتهاد في تحقيق المناط الذي يمكن أن ينقطع، وهي تنقيح المناط وتخريجه. ونوع ثالث متعلق بتحقيق المناط وهو على ضربين، لا يسع البحث التفصيل في ذلك. انظر، الموافقات، 19/5-23.

387- انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 2000، ص 194.

الضابط الأول: أن يصدر الاجتهاد عن أهله

وهم الفقهاء من أهل النظر والكفاءة العلمية والصلاح ممن تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاجتهاد؛ لأن الاجتهاد إنما هو استفراغ للوسع في تتبع الأدلة وإدراكها والبحث عنها في مظاهرها، وبيان منزلتها والموازنة بينها إذا تعارضت بالاستفادة مما وضعه أهل الأصول من قواعد التعارض والترجيح. ولا يتأتى هذا إلا لمن توافرت لديه مؤهلات الاجتهاد. فلا يكون من الاجتهاد المعترف شرعاً ما يفتي به من لم يبلغ مرتبته، ولم تتحقق فيه شرائطه⁽³⁸⁸⁾.

الضابط الثاني: أن يقع الاجتهاد في مجاله

وذلك بأن يكون مجال الاجتهاد ومحلّه فيما لا نص فيه، أو في النص نفسه إذا كان ظني الثبوت أو الدلالة، أما ما كان دليلاً قطعياً فلا سبيل للاجتهاد فيه، فلا يجوز إذن فتح باب الاجتهاد في حكم ثبت بدلالة القرآن القاطعة مثل فرضية الصيام على الأمة، أو تحريم الخمر، أو أكل الربا، ونحو ذلك من أحكام القرآن والسنة اليقينية التي أجمعت عليها الأمة، وأصبحت معلومة من الدين بالضرورة، فلا مجال للاجتهاد في المقدرات الشرعية والمسائل المعلومة من الدين بالضرورة⁽³⁸⁹⁾.

يقول في ذلك الشيخ القرضاوي: "ومقتضى هذا ألا ننساق وراء المتلاعبين الذين يريدون تحويل محكمات النصوص إلى متشابهات، وقطعيات الأحكام إلى ظنيات قابلة للأخذ والرد والإرخاء والشدّ، فإن الأصل في هذه المحكمات أن تُردّ إليها المتشابهات، وفي القطعيات أن ترجع إليها المحتملات، فتكون هذه هي الحكم عند التنازع والمقياس عند الاختلاف، فإذا أصبحت هي الأخرى موضع خلاف ومحل تنازع لم يعد ثمة مرجع يعول عليه، ولا معيار يحتكم إليه"⁽³⁹⁰⁾.

الضابط الثالث: احترام فقه الأمة المتوارث

شكلت الثروة الفقهية بقواعدها العامة والجزئية وفروعها الواقعية والافتراضية مصدراً أساسياً تلجأ إليه الأمة على مرّ العصور لاستجلاء حكم كل ما هو طارئ أو نازل، ورغم ما أفرزته الثورة التقنية الحديثة التي بلغت ذروتها في التقدم العلمي بمختلف توجهاته، ومع ذلك فإن بعض الفقهاء قد بلغوا في افتراضاتهم الفقهية أموراً لم يصل إليها التطور العلمي الحديث إلا في وقت متأخر.

388- انظر، القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1989، ص 178. و محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، دار البحوث للدراسات، الإمارات، ط1، 2003، ص 65.

389- قد سبق الحديث عن مجال الاجتهاد في المطلب السابق. انظر، الوافي المهدي: المرجع السابق، ص 418-419.

390- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 179.

واحترام فقه الأمة المتوارث إنما يكمن في الرجوع إلى التراث الفقهي بالبحث فيه والاعتناء به عن طريق تبسيطه وتنقيحه وتحقيقه وتخريجه في ثوبه الجديد وفق ملاءمته لتحقيق الغرض من إيجاد أحكام لكثير من القضايا المعاصرة، غير أن الاجتهاد يكون قاصراً على الأمور التي لم يتناولها الأقدمون، أو تناولوها على حال معين.

وليس عدم إغفال روح العصر تميع الاجتهاد حتى يطال الأمور المقررة لدى الأمة والتي اجتهد فيها الأئمة الأعلام ولم يتغير حالها، فإن ذلك أمر خطير من شأنه أن يغير المفاهيم الثابتة لدى الأمة، ويزعزع الثقة باجتهاد الأئمة الذين هم القادة الموثقون للأمة⁽³⁹¹⁾.

ومنه فلا ينبغي كما يقول الشيخ القرضاوي: "أن نجعل كل همنا مقاومة كل جديد وإن كان نافعاً، ولا مطاردة كل غريب وإن كان صالحاً، وإنما يجب أن نفرق بين ما يحسن اقتباسه وما لا يحسن، وما يجب مقاومته وما لا يجب، وأن نميز بين ما يلزم فيه الثبات والتشدد وما تقبل فيه المرونة والتطور"⁽³⁹²⁾.

الضابط الرابع: عدم الغلو في اعتبار المصلحة

يقول ابن القيم -رحمه الله- في ذلك: "إن الشريعة مبنها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالحها وحكم كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بتأويل، فالشريعة عدل الله بين خلقه، ورحمته بين عباده، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها"⁽³⁹³⁾.

وقد نص العلماء على أن من شروط العمل بالمصلحة ألا تعارض نصاً محكماً أو قاعدة قطعية، وأن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة، وأن يكون في الأخذ بها رفع للحرج.

وقد ظهر عبر تاريخ التشريع الإسلامي اتجاه غالى في استعمال المصلحة حتى قدمها على النصوص والقواعد القطعية، وظل هذا الاتجاه قليلاً ونادراً حتى نما واستفحل في هذا العصر بدعوى التطور وما تتطلبه مقتضيات العصر فقدموا ما يظنونه مصلحة على محكمات النصوص، وهذا من أشنع مزالقات الاجتهاد المعاصر⁽³⁹⁴⁾.

391- انظر، محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ: المرجع السابق، ص 83-84.

392- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 181.

393- ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 4/337.

394- انظر، محمد الأمين بن الشيخ: الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، ص 94.

الضابط الخامس: عدم الإفراط في التيسير

الحق أن دين الله يسر، وقد بعث النبي ﷺ بالحنيفية السمحاء، إلا أن هذا لا يعني أن تكاليف الشريعة ليست فيها مشقة وتعب، وإلا لما سميت بتكاليف ولما سمي المطالب بها بالمكلف؛ لأن التكليف إنما يكون بما فيه مشقة ملازمة له ولكن المراد بيسر الشريعة أن تكاليفها دائما مناطة بقدرة المكلف وطاقته، فلا تكليف إلا بمقدور، وعليه فالنظر إلى نصوص اليسر في الشريعة لا ينبغي أن تكون مجتزئة، وإنما تكون في إطار النصوص الأخرى الناطقة بوجود المشقة وابتلاء في كثير من التكاليف الشرعية، فالنظر الشمولية لكل النصوص الشرعية هي التي تعطي للمكلف تصورا متوازنا عن تكاليف الشريعة، فلا يبالغ في وصفها باليسر الذي يلغي كل ما فيه مشقة أو مزيد تحمل، ولا يصفها بالعسر الذي يتحمل فيه المكلف ما لا يطيق⁽³⁹⁵⁾.

الضابط السادس: الانتقال إلى الاجتهاد الجماعي

يقول الشيخ القرضاوي في ذلك: "ينبغي في القضايا الجديدة أن تنتقل من الاجتهاد الفردي⁽³⁹⁶⁾ إلى الاجتهاد الجماعي⁽³⁹⁷⁾ الذي يتشاور فيه أهل العلم في القضايا المطروحة، وخصوصا فيما يكون له طابع العموم ويهم جمهور الناس"⁽³⁹⁸⁾. كما يصور الاجتهاد الجماعي المنشود في هذا العصر بأنه "يتمثل في صورة مجمع علمي إسلامي عالمي يضم الكفاءات العليا من فقهاء المسلمين في العالم دون نظر إلى إقليمية أو مذهبية أو جنسية، وإنما يرشح الشخص لعضوية هذا المجمع فقهه وورعه، لا ولاؤه لهذه الحكومة أو ذاك النظام أو قرابته أو قربه من الحاكم"⁽³⁹⁹⁾.

395- انظر، محمد الأمين بن الشيخ: المرجع نفسه، ص 98-99.

396- يقصد بالاجتهاد الفردي: بذل الفرد المؤهل للاجتهاد وسعه، من أجل التوصل إلى حسن فهم لنصوص الوحي كتابا وسنة، من أجل تنزيل المراد الإلهي في الواقع المعيش، وذلك دونما استعانة بغيره من أهل الاجتهاد. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص 33.

397- يقصد بالاجتهاد الجماعي: كل اجتهاد اتفق المجتهدون فيه على رأي في مسألة. ومنه اتفاق الصحابة على إمامة أبي بكر وموافقتهم على عهده بالخلافة إلى عمر بن الخطاب، واتفاقهم على ما ذهب إليه أبو بكر من قتال مانعي الزكاة بعد تبادل الرأي فيه، وموافقهم على ما ذهب إليه عمر من كتابة المصاحف بعد أن عارضه أبو بكر الصديق-رضي الله عنهم-. انظر، ابن القيم: جامع الفقه، 7/151. أو هو استفراغ الوسع من مجموع المؤهلين للاجتهاد وذوي الاختصاصات العلمية الدقيقة أهل المعرفة بالقضية المبحوثة من أجل تحصيل الظن بحكم شرعي في مسألة قديمة أو حديثة لها ارتباط بحياة عموم الجماعة الإسلامية أو بعض أفرادها في قطر ما أو في إقليم. فإذا صدر من مجتهد قطري من الأقطار سمي اجتهادا جماعيا محليا، وإذا صدر من مجتهدي إقليم من الأقاليم الإسلامية سمي اجتهادا جماعيا إقليميا، وإذا صدر من مجتهدي الأمة من أرجاء العالم الإسلامي فإنه يسمى الاجتهاد الجماعي الأممي. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص 30.

398- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 182.

399- القرضاوي: المرجع نفسه، ص 183.

وقد ناقش هذا الموضوع مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ودعا إلى ضرورة الاجتهاد الجماعي بناء على:

- أن حاجة العصر إلى الاجتهاد حاجة أكيدة لما يعرض من قضايا لم تعرض لمن تقدم عصرنا، وكذلك ما سيحدث من قضايا جديدة في المستقبل.
- أن يكون الاجتهاد جماعيا بصدوره عن مجمع فقهي يمثل فيه علماء العالم الإسلامي، وأن الاجتهاد الجماعي هو ما كان عليه الأمر في عصور الخلفاء الراشدين.
- توافر شروط الاجتهاد المطلوبة في المجتهدين؛ لأنه لا يتأتى اجتهاد بدون وسائله.
- الاسترشاد بما للسلف حتى يقع الاجتهاد على الوجه الصحيح، والاستعانة بما قدمه الأئمة المقتدى بهم.
- أن تراعى قاعدة أنه "لا اجتهاد في مورد النص" وذلك حين يكون النص قطعي الثبوت والدلالة، وإلا أهدمت أسس الشريعة⁽⁴⁰⁰⁾.

وتنظيم الاجتهاد في العصر الحاضر يحتاج فيما يراه الدكتور زكريا البري إلى ما يأتي⁽⁴⁰¹⁾:

أولاً: أن يكون أمر تحديد الشروط التي يجب تحققها في المجتهدين واختيارهم من أهل العلم والصلاح، موكولا لولي الأمر المسلم الذي يتولى بمقتضى رئاسته حراسة الدين وسياسة الدنيا.

ثانياً: أن يكون بجانب هؤلاء مستشارون وخبراء في كل علوم الحياة وفنونها للرجوع إليهم في حدود اختصاصهم إذا اقتضى الأمر ذلك.

ثالثاً: أن يؤخذ عند اختلاف آراء المجتهدين برأي الأكثرية، فإنه أقرب إلى الصواب.

رابعاً: أن يأمر ولي الأمر بتنفيذ هذا الرأي في المسائل الاجتهادية عامة، حتى تكون له الصفة الملزمة، وإن مما قرره الإسلام أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بين العلماء.

وخلاصة القول في الضوابط التي ينبغي مراعاتها في العملية الاجتهادية ما يلي⁽⁴⁰²⁾:

- إذا كان في الواقعة نص فلا مجال للاجتهاد، فإن مسائل الاجتهاد في الشريعة الإسلامية هي المسائل التي ليس فيها نص قطعي الثبوت، قطعي الدلالة وليس فيها إجماع من الصحابة.
- يجب ردّ ما اختلف فيه من الحق إلى الله ورسوله.

400- رابطة العالم الإسلامي: قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الثامنة، 1985، ط5، 1992، ص158.

401- انظر، زكريا البري: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، (ضمن مجموعة بحوث)، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، ط4، 1984 ص 253 وما بعدها.

402- انظر، رمضان الحسين: الاجتهاد في تحقيق المناط وأنواعه وضوابطه، نشر مجلة المسلم المعاصر، العدد 90، السنة 1999، ص 128 إلى 140.

- ليس كل ما يعرف مما هو حق يذاع، فإن السائل قد يسأل عن مسألة لا يحتمل عقله الإجابة عنها، فيكون الجواب له فتنة، وخير للمفتي في هذه المسألة أن يوجه السائل بلطف إلى ما ينفعه.

المطلب السابع: ضرورة الاجتهاد وأسبابه في العصر الحديث

إن باب الاجتهاد مفتوح لمن تأهل له، ولا يخلو عصر من المجتهدين، وكان إغلاق باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع عشر لظروف وقتية، وأوضاع معينة، خشية أن يلج هذا الباب من ليس أهلا له، وظهور بعض القرائن الدالة على إرادة نقض الإسلام من الداخل، وتضييع الثروة الفقهية التي أبدعها أئمة الاجتهاد العظام، ولا دليل أصلا على سد باب الاجتهاد، وإنما الدليل على العكس هو القائم، وهو بقاء مشروعية الاجتهاد، حتى تظل هذه الشريعة قائمة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان⁽⁴⁰³⁾.

الفرع الأول: ضرورة الاجتهاد

تتمثل ضرورة الاجتهاد في ناحيتين أساسيتين تتعلق إحداهما بثمرته التي تتطلبها المسائل المستحقة بإيجاد الحلول المناسبة لها. وأما الثانية فتتعلق ببعض الوظائف التي تستوجب بلوغ درجة الاجتهاد للمنتصب لها.

أولا: ضرورة العملية الاجتهادية

تتعلق ضرورة الاجتهاد أساسا بمنطلقاته ودواعيه المختلفة التي توجهه، بالنظر إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية متناهية والوقائع غير متناهية بسبب تغير الأحوال والأعراف والعادات، وما تتطلبه المصلحة والضرورة ومستجدات كل عصر، ومن ثم تظهر أهمية الاجتهاد وضرورته لتزيل الأحكام المناسبة على الوقائع، وفق المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية. ولا يمكن لأي تشريع سماوي أو وضعي أن يبقى معمولا به، صالحا للتطبيق في كل زمان ومكان، إلا بالاجتهاد الذي تمليه ضرورات الواقع وتطورات الحياة، وما يستجد من قضايا تتطلب حولا مناسبة تتجاوز مع المقتضيات، وتواكب تطور الحياة. لذا كان الاجتهاد ضرورة تشريعية وفرضا كفاثيا، وقد يصبح عينيا إذا خيف فوات الحادثة على غير الوجه الشرعي.

وتتمثل ضرورة الاجتهاد إما في الترجيح بين الأدلة المتعارضة، وإما لمعرفة حكم القضايا المستحقة التي لا يوجد لها نص أو اجتهادا سابقا، وإما فيما يسمى بالاجتهاد الانتقائي⁽⁴⁰⁴⁾ من بين آراء

403- انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، ص 195-196.

404- يقصد بالاجتهاد الانتقائي: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراننا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به ترجيحا له على غيره من الآراء، أو الأقوال الأخرى. انظر، يوسف القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2، 1989، ص 115. أو هو اختيار المؤهل للاجتهاد أحد الآراء المنقولة في التراث الفقهي المدون للفتوى والقضاء به، ترجيحا له على غيره من الآراء والأقوال، واعتبارا بملاءمة

المذاهب الإسلامية، لاختيار ما هو أنسب لظروف العصر، والمحقق لمصالح الناس، سواء في مجال الإفتاء أو القضاء أو التقنين، ويسترشد المجتهد في ذلك بمقاصد الشريعة ومباني الحكام الشرعية من علل وحكم تشريعية لاستنباط الحكم المناسب. وقد كان الاجتهاد دائما ضرورة، حيث اجتهد النبي ﷺ⁽⁴⁰⁵⁾ واجتهد الصحابة⁽⁴⁰⁶⁾، واجتهد من جاء بعدهم من التابعين، ثم برز أئمة الاجتهاد من أصحاب المدارس الفقهية الذين وضعوا مناهج الاستنباط والاستدلال⁽⁴⁰⁷⁾. واستمر ركب المجتهدين الذي لم ينقطع وإن قلّ عددهم، ولم يثبت في التاريخ العلمي لهذه الأمة أن الزمان خلا من مجتهد. بل الثابت هو الوجود المستمر للاجتهاد رغم الضعف العام الذي أصاب الأمة، وضعف الحركة الفقهية وقلة عدد المجتهدين، وميل الفقهاء إلى تقليد الأئمة السابقين، وعدم الجرأة على الاستقلال الفكري⁽⁴⁰⁸⁾.

فالحاجة إلى الاجتهاد دائمة ومستمرة، ما دامت وقائع الحياة تتجدد وأحوال المجتمع تتغير وتتطور، وما دامت شريعة الإسلام صالحة بمرونتها لكل زمان ومكان، وحاكمة في كل أمر من أمور الإنسان، فكان هذا العصر أحوج إلى الاجتهاد من غيره، نظرا للتغير الهائل الذي دخل الحياة الاجتماعية بعد الانقلاب الصناعي، والتطور التكنولوجي، والتواصل المادي العالمي، وكذا ظهور أشكال وأعمالا ومؤسسات جديدة في ميدان الاقتصاد والمال، كالشركات الحديثة بمختلف صورها المتعددة، والبنوك بأنواعها المختلفة. وفي المجال العلمي البحث بما قدمه من اكتشافات هائلة وتكنولوجيا متقدمة، وخصوصا في المجال الطبي الذي أثار مشكلات كثيرة تبحث عن حلول شرعية، تقتضي من المجتهد

ذلك الرأي روح العصر ومتغيراته ومقتضياته الفكرية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وانسجامها معها، وهذا النوع من الاجتهاد أقرب أن يكون تليقا مؤسسا على نظرة اجتهادية متعمقة. انظر، قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص 29.

405- ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن اجتهاد النبي ﷺ كان بالوحي، وبالتالي فلم يكن له أن يجتهد، إذ لا مجال لذلك طالما كانت له القدرة على معرفة الحكم اليقين، ومما يدل على ذلك أن ص كان يتوقف عن الجواب فيما يسأل عنه انتظارا للوحي، غير أن جمهور العلماء من الأصوليين والحدثين متفقون في جواز اجتهاد النبي ﷺ خاصة في أمور الحرب وسائر أمور الحياة، وفي تحقيق مناط الحكم، والأفضية وفصل الخصومات. انظر، الغزالي: المستصفى 4/22 وما بعدها. وانظر، عبد الله محمد الصويغي: اجتهاد الرسول، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ليبيا، ط1، 1986، ص 125 وما بعدها.

406- انظر، ابن القيم: جامع الفقه، 7/144-145.

407- اكتملت أصول الشريعة قبل وفاة النبي ﷺ، وبذلك انتقل الفقه الإسلامي من دور التأسيس إلى دور البناء والكمال، الذي كان مطبوعا بطابع الاجتهاد في عصر الأئمة الأعلام، وإن اقتصرت هذا الاجتهاد فيما لم يرد فيه النص، أما فيما عدا ذلك فقد توسع الفقهاء والقضاة في الاجتهاد سواء كان جماعيا أم فرديا، وقد أدى هذا التوسع في الاجتهاد في هذه الفترة إلى اتخاذ الاجتهاد بالرأي أشكالا عديدة كالتقياس والاستحسان والمصالح المرسلّة وسد الذرائع، وغيرها مما اعتبرت فيما بعد من المصادر التبعية للفقه الإسلامي. راجع، عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي، منشورات جامعة قاربنوس، بنغازي، ليبيا، ط4، 1993، ص 143 وما بعدها. وانظر، صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1975، ص 12-15.

408- تعرض الأصوليون من المذاهب المختلفة في هذا الموضوع إلى قضية جواز خلو العصر من المجتهدين من عدمه. انظر، يوسف القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 85 وما بعدها.

المعاصر أن يبذل جهده ويستفرغ وسعه في استنباط الحكم المناسب لها، مثل مسألة زرع الأعضاء، وبنوك اللبن، والتلقيح الاصطناعي وغيرها⁽⁴⁰⁹⁾.

ثانيا: الوظائف التي تتطلب درجة الاجتهاد

اشترط الفقهاء بلوغ درجة الاجتهاد لمن ينتصب لأمر عظمة ومناصب خطيرة، يعود نفعها على المسلمين، كما يعود ضررها عليهم، فدرجة الاجتهاد هي المؤهل الطبيعي لهذه المناصب، حتى لا تضيع حقوق المسلمين بين أصحاب هذه المناصب، فاشترطوا فيمن يتولاها أن يكون مجتهدا، ومنعوا غير المجتهدين من توليتها، من ذلك:

أ- الإمامة العظمى: فقد اتفق الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على أن الإمام الأعظم يشترط فيه رتبة الاجتهاد، فلا يصح لها إلا مجتهد. فذكر الماوردي أن من شروط الإمام الأعظم العلم المؤدي إلى الاجتهاد في النوازل والأحكام⁽⁴¹⁰⁾، وذكره النووي⁽⁴¹¹⁾ في روضة الطالبين⁽⁴¹²⁾، وقال الشريبي تعليقا على اشتراط النووي أن يكون مجتهدا ما يلي: "ليعرف الأحكام ويعلم الناس ولا يحتاج إلى استفتاء غيره في الحوادث؛ لأنه بالمراجعة والسؤال يخرج عن رتبة الاستقلال، وإذا تعذر هذا قدم الأفضل"⁽⁴¹³⁾. وقد ذكر الشاطبي أن العلماء نقلوا الاتفاق على أن الإمامة الكبرى لا تتعقد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع⁽⁴¹⁴⁾. ثم قال: "فلو فرض خلو الزمان عن مجتهد يظهر بين الناس، وافترقوا إلى إمام يقدمونه لجريان الأحكام وتسكين ثورة الثائرين والحيطة على دماء المسلمين وأموالهم، فلا بد من إمامة الأمثل عمن ليس بمجتهد؛ لأننا بين أمرين: إما أن نترك الناس فوضى وهو عين الفساد والمهرج، وإما أن يقدموه فيزول الفساد بته، ولا يبقى إلا فوت الاجتهاد، والتقليد كاف بحسبه"⁽⁴¹⁵⁾.

409- انظر، القرضاوي: المرجع نفسه، ص 102 وما بعدها.

410- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 5.

411- هو يحيى بن شرف الدين بن حزام الفقيه الشافعي، كنيته أبو زكريا الشافعي، ولقبه محي الدين النووي، ولد سنة 632هـ، وتوفي سنة 676هـ، من أشهر مؤلفاته: شرح صحيح مسلم، رياض الصالحين، المجموع شرح المذهب. السيوطي: طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1994، ص 513.

412- النووي: روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003، (دط)، 262/7.

413- الشريبي: معني المحتاج، 168/4.

414- الشاطبي: الاعتصام، 42/3.

415- الشاطبي: المصدر نفسه، 43/3.

ب- **وزارة التفويض:** وهي أن يستوزر الإمام من يفوض إليه تدبير الأمور برأيه وإمضائها على اجتهاده. وقد ذكر الماوردي أنه يشترط فيها من شروط الإمامة ما عدا النسب وحده؛ "لأنه ممضي الآراء ومنفذ الاجتهاد، فاقضى أن يكون على صفات المجتهدين"⁽⁴¹⁶⁾.

ج- **القضاء:** فقد نص المالكية والشافعية والحنابلة على أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا، وخالف في ذلك الحنفية⁽⁴¹⁷⁾. وقد ذكر الماوردي أن من شروط ولاية القضاء العلم بالأحكام الشرعية⁽⁴¹⁸⁾. كما أشار إلى ذلك الشاطبي أيضا بقوله: "كما أنهم اتفقوا أيضا-أو كادوا يتفقون-⁽⁴¹⁹⁾ على أن القضاء بين الناس لا يحصل إلا لمن رقى رتبة الاجتهاد، وهذا صحيح على الجملة"⁽⁴²⁰⁾.

د- **المفتي:** وكذلك اشترطوا في المفتي أهلية الاجتهاد، ليأخذ غيره بقوله، جاء في المدونة: "لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي، حتى يراه الناس أهلا للفتوى"⁽⁴²¹⁾. وزاد ابن رشد: "فمن اعتقد في نفسه أنه ممن تصح له الفتوى مما آتاه الله -عز وجل- جاز له إن استفتي أن يفتي"⁽⁴²²⁾، وقال النووي: "ويشترط فيه أهلية الاجتهاد، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها ولا لغيره أن يقلده ويأخذ بقوله فيها، وقيل يجوز، وقيل إن كان نقليا جاز، وإن كان قياسيا فلا، والصحيح الأول، والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح"⁽⁴²³⁾. وعدّ الزركشي⁽⁴²⁴⁾ وكذا الرافي⁽⁴²⁵⁾ أهلية الاجتهاد من شرائط المفتي.

هـ- من يشاوره القاضي

قال الشافعي: "أحب للقاضي أن يشاور، ولا يشاور في أمره إلا عالما بكتاب وسنة وآثار وأقوال الناس، وعاقلا يعرف القياس، ولا يحرف الكلام ووجوهه، ولا يكون هذا في رجل حتى يكون

416- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 30.

417- وقد سبق تفصيل ذلك في مبحث اشتراط الاجتهاد في تولية القضاء.

418- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 89.

419- إشارة إلى مذهب الحنفية في عدم اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء، وقد سبق بيان ذلك.

420- الشاطبي: الاعتصام، 42/3-43.

421- الإمام مالك: المدونة الكبرى برواية سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 4، 1994، 17/4.

422- الوئشريسسي: المعيار المعرب، 34/10. و يُعقَّب على قول ابن رشد بأنه لا يكفي في استحباب القضاء أن يرى نفسه أهلا لذلك، بل أن يراه الناس أهلا له. الشوكاني: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 2006، 431/15.

423- النووي: روضة الطالبين، 87/8.

424- الزركشي: البحر المحيط، 305/6.

425- الرافي: الشرح الكبير، 420/12.

عالما باللسان العربي"⁽⁴²⁶⁾. وقال الرافعي: "المشاورة مستحبة؛ لأنها أبعد من التهمة وأطيب إلى نفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء الأئمة"⁽⁴²⁷⁾.

و- الحسبة

"وهي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله"⁽⁴²⁸⁾.

وهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له⁽⁴²⁹⁾.

قال الماوردي: "واختلف الفقهاء من أصحاب الشافعي: هل يجوز له أن يحمل الناس فيما ينكره من الأمور التي اختلف الفقهاء فيها على رأيه واجتهاده أم لا؟ على وجهين. أحدهما: أن له أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده. فعلى هذا يجب على المحتسب أن يكون عالما من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، ليجتهد رأيه فيما اختلف فيه. والوجه الثاني: ليس له أن يحمل الناس على رأيه، واجتهاده يقودهم إلى مذهبه لتسوية الاجتهاد للكافة فيما اختلف فيه، فعلى هذا يجوز أن يكون المحتسب من غير أهل الاجتهاد إذا كان عارفا بالمنكرات المتفق عليها"⁽⁴³⁰⁾. وقال الفراء: "وهل يفتقر إلى أن يكون عالما من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، ليجتهد رأيه؟ يحتمل أن يكون من أهله، ويحتمل ألا يكون ذلك شرطا إذا كان عارفا بالمنكرات المتفق عليها"⁽⁴³¹⁾.

الفرع الثاني: منطلقات (أسباب) الاجتهاد

تتجلى منطلقات الاجتهاد أو أسبابه فيما يأتي⁽⁴³²⁾:

1- تأكيد خلود الشريعة الإسلامية ومرونتها

إن من أهم خصائص الشريعة الإسلامية وأبرز عوامل مرونتها سعة دائرة الاجتهاد فيها، فقد ترك الشارع الحكيم كثيرا من الأمور التفصيلية التي تعرض للناس في معاشهم وتعاملهم من غير نصوص تحكمها، وذلك ليقوم مجتهدو كل عصر بوضع أحكام لها بما يحقق مصلحة أهل هذا العصر ويلاءم

426- الشافعي: الأم، تحقيق، رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2001، 504/7.

427- الرافعي: الشرح الكبير، 465/12.

428- انظر، الفراء: الأحكام السلطانية، تعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص 284.

429- انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 315.

430- الماوردي: المصدر نفسه، ص 316.

431- الفراء: الأحكام السلطانية، ص 285.

432- تطرق د. وهبة الزحيلي لبعض منطلقات الاجتهاد وأسبابه في مقال له بعنوان "الاجتهاد الفقهي منطلقاته واتجاهاته"، منشورات كلية الآداب، جامعة محمد الخامس، المغرب، (الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد)، تنسيق: محمد الروكي، سلسلة رقم 53، 1996.

أوضاعهم، مراعين في ذلك المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ومستهددين بالمبادئ المستمدة من الكتاب والسنة وهذه حكمة بالغة.

هذا إضافة إلى أن كثيرا من الأمور قد اقتضت النصوص على تقرير أصولها ومبادئها العامة، وتركت تفاصيلها وجزئياتها لأهل الاجتهاد لصياغتها بالشكل الذي يلائم حال كل عصر وظروف كل مجتمع، من ذلك مثلا مبدأ الشورى، ومبدأ الأمر بالمعروف، ومبدأ القضاء بالعدل، فهذه أمور جاءت بتقريرها نصوص عامة، وتركت تحديد الكيفية التي تنفذ بها لتصاغ بالأسلوب الذي يناسب كل عصر، وتطبق بالصورة التي تلائم أوضاع كل مجتمع. كما أن بعض النصوص التي تناولت أمورا تطبيقية قد صاغها الشارع الحكيم صياغة تتسع لأكثر من تفسير، وهذا ما ساعد على تعدد المدارس الفقهية والمذاهب والآراء في الفقه الإسلامي، وفي هذا رحمة بالعباد وتيسير عليهم.

2- مراعاة تغير الأحكام بتغير الأحوال

لا خلاف في أن التطور سنة الحياة، كما أن الإنسان ينتقل من حال إلى حال، وعليه فإنه من الطبيعي أن القواعد الشرعية التي تحكمه وإن تضمنت مبادئ عامة ثابتة ومستقرة، إلا أنها تحتوي العديد من الأحكام القابلة للتغير تبعا لتبدل الأزمان والأحوال. وهذا التغير في الأحكام لا يعني تغير النصوص، فالنصوص ثابتة ومستقرة، إنما المقصود هو تغيير التفسير الاجتهادي لهذه النصوص، وفق ما تدعو إليه الحاجة والضرورة، أو بناء على تغير العلل التي بنيت عليها الأحكام، أو بسبب انتفاء الشروط الواجبة لتطبيقها⁽⁴³³⁾. ويبدو أن تغير الاجتهاد⁽⁴³⁴⁾ بتغير الزمان رعاية لمصالح العبادات من البديهيات المسلم بها حتى سلكه ابن عابدين -الفقيه الحنفي- في مجموعة رسائله بهذه العبارة الدقيقة المحكمة بقوله: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم عنه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قوانين الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد"⁽⁴³⁵⁾. وبناء على هذا فإن سلامة الاجتهاد وصواب الفتوى يتوقفان على مدى ملاءمتها لروح العصر، وتقدير ظروف البيئة والأعراف السائدة⁽⁴³⁶⁾.

433- انظر، عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 339-340.

434- لقد نبه العلماء على إمكان تغير الاجتهاد، لأن مناط هذا العمل الفكري الدقيق هو الدليل والبرهان، وقد يجد الاجتهاد من الأدلة ما لم يجده من قبل، فلا ضير في تراجع عن موقفه السابق، لأن مراجعة الحق خير من التماذي في الباطل. انظر، صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1975، ص 36.

435- ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين، (دط، دت)، 125/2.

436- قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئا عن فساد الأخلاق وفقدان الورع وضعف الوازع، مما يسمى بفساد الزمان، وقد يكون ناشئا عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة من أوامر قانونية مصلحة، وترتيبات إدارية، وأساليب

وهذا ما يؤكّد القول بصلاحيّة الشريعة الإسلامية لكلّ زمان ومكان، لكونها تستند في تشريعاتها لمرونتها، واعتبار قواعدها إنّما وضعت لجلب المصالح للعباد ودفع المفساد عنهم، وبالتالي إذا تغيرت المصالح أو المفساد من حيث مفهومها وحسب الظروف والأحوال، فمن البديهي أن يتغير الحكم. وفي الفقه الإسلاميّ العديد من الأمثلة- لا يتسع المقام لذكرها- لتغير الأحكام بتغير الأحوال والعلل والضرورات⁽⁴³⁷⁾، مع وجوب المحافظة على روح التشريع وحكمته⁽⁴³⁸⁾.

3- تفويت الفرصة على الأخذ بالقوانين الوضعية

لقد احتلت القوانين الوضعية المستوردة من الغرب محلّ الشريعة الإسلامية في كثير من نواحي الحياة التشريعية في البلاد العربية والإسلامية⁽⁴³⁹⁾، سواء في الإجراءات كقوانين المرافعات والإجراءات المدنية والجنائية، أو في الموضوعات كالقوانين المدنية والتجارية والجنائية، وذلك لتقدمها مادة جاهزة مفصلة ومبسطة، وللمؤثرات الخارجية، حيث اعتبر العمل بهذه القوانين مظهرًا من مظاهر الرقي والتمدن. ومنه فإنّ تحريك آليات الاجتهاد الفقهي في العصر الحديث من شأنه أن ينمّي الحركة الفقهية ويغطي كل المتطلبات والأوضاع الناشئة والظروف المعاصرة، ومن ثمّ الاستغناء عن الأخذ بالقوانين المستوردة⁽⁴⁴⁰⁾.

4- التوفيق بين النص والمصلحة

تعتبر المصلحة في الفقه الإسلاميّ وأصوله أحد أدلة الأحكام الشرعية في مجال الاجتهاد في المسائل الفقهية العملية الظنية، أما المسائل المجمع عليها فليست مجالًا للاجتهاد المصلي، إذ لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص، وإذا وجد شيء من التعارض بين النصوص الظنية والمصلحة الحقيقية، فيخصّص النصّ الظني في دلالة أو في ثبوته بالمصلحة القطعية التي تقرها الشريعة، فيؤدّي ذلك إلى

اقتصادية ونحو ذلك. وهذا النوع الثاني هو أيضا كالأول موجب لتغيير الأحكام الفقهية الاجتهادية المقررة إذا أصبحت لا تتلاءم معه، لأنها تصبح عندئذ عبثًا أو ضررًا، والشريعة متهمة عن ذلك. انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 942/2-943.

437- راجع تفصيلًا أكثر حول الضرورة وأثرها في تغير الأحكام. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي. جمال نادر الفراء: أثر الاضطراب في إباحة المحرمات الشرعية، دار الجليل، بيروت، ط1، 1993.

438- انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، ص 179 وما بعدها.

439- ما عدا مجال الأسرة فلم يطله التقنين الغربي في أصوله المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه تأثر في بعض جزئياته، تبعًا لتأثر بعض المنتسبين للإسلام بالحضارة الغربية الوافدة على المجتمع الإسلامي بسبب تقاعس علماء الشريعة عن إعادة النظر في الأحكام الشرعية في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي صاحبت الثورة الصناعية وإحجامهم عن التصدي للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة، وكان من آثار مزاحمة القوانين الأوروبية للشريعة الإسلامية حلول القوانين الأوروبية محلّ الشريعة، وتعدد الشرائع وجهات التقاضي في البلاد العربية بسبب تعمد الدولة العثمانية اقتباس التقنيات عن القوانين الأوروبية. انظر، صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2001، ص 260 وما بعدها.

440- انظر، وهبة الزحيلي: الاجتهاد الفقهي الحديث، منطلقاته واتجاهاته، ص 26 وما بعدها.

تخصيص عام القرآن الظني بالمصلحة، وإلى ترك الأخذ بخبر الآحاد إذا عارض المصلحة القطعية؛ لأنه تعارض ظني وقطعي، فيقدم القطعي، وهذا على رأي فقهاء المالكية والحنفية⁽⁴⁴¹⁾.

وهذا الاتجاه في الواقع ليس تجاوزاً للنص وتخطياً له، وإنما هو تقديم لما دلت عليه النصوص الكثيرة التي تشهد لجنس هذه المصلحة بالاعتبار، والتقديم بالكثرة النصية على ما دل عليه نص واحد هو الأمر المعقول⁽⁴⁴²⁾.

كما يمكن أن يسمى هذا الاتجاه بالتفسير المقاصدي المصلحي للنصوص، وذلك بالنظر والبحث في مقاصد النصوص والمصالح المتوخاة من أحكامها، ثم تفسيرها واستخراج معانيها ومقتضياتها وفق ما لاح من مقاصد ومصالح دون تكلف ولا تعسف. وهذا التفسير ليس سوى إعمال للأصل المقرر، وهو أن الشريعة مصالح كلها ورحمة كلها.

وأما التطبيق المصلحي للنصوص فهو فرع وامتداد للتفسير المصلحي للنصوص، ويقصد به مراعاة مقاصد النصوص والمصالح المتوخاة منها عند التطبيق، وهو ما يقتضي تكييفاً معيناً لتزليل النصوص، وتكييفاً للحالات التي تنطبق عليها النصوص والتي لا تنطبق، والحالات التي يتعين استثنائها بصفة دائمة أو بصفة عارضة⁽⁴⁴³⁾.

المطلب الثامن: مصادر الأحكام الاجتهادية

انطلاقاً من مبدأ حجية الحكم القضائي واستقلالته والذي يمنح فيه القاضي من المصادر التي يستقي منها حكمه ما يجعله مستقلاً بالرأي بعيداً عن تأثير الجهة التي عينته غير خاضع في أداء مهامه لغير النص، فقد أجملت نصوص القرآن القواعد العامة للفصل في المنازعات، وجاءت السنة النبوية لتفصل في بعضها وتوضح البعض الآخر، ومع هذا التفصيل ترك للقاضي مجالاً للاجتهاد فيما لم يرد به نص. وعلى ذلك فإن المصادر التي يرجع إليها القاضي في إصدار أحكامه تتنوع إلى مصادر نقلية، وأخرى اجتهادية، وفيما يلي عرض موجز لهذه المصادر بغرض البيان فحسب.

الفرع الأول: مصادر الأحكام الاجتهادية النقلية

إنه مما ينبغي للمجتهد أن يعلمه في اجتهاده ويعتمد عليه عند استنباطه الحكم، فعليه أولاً أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة، فإن وجد فيهما قدمه على غيره، فإذا لم يجده أخذ بالظاهر منهما وما

441- انظر، حسن حامد: مقاصد الشريعة، ص 69.

442- وتطبيقات هذا المبدأ كثيرة منها: وجوب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كضمين الصناع ما يتلف بأيديهم، ووجوب دفع أشد الضررين، كتوظيف ضرائب الخراج على الأغنياء إذا خلا بيت المال عما يفي بمحاجات الجند، ووجوب المحافظة على النفس كقتل الجماعة بالواحد، وقبول شهادة الصبيان في الجراح. انظر، وهبة الزحيلي: الاجتهاد الفقهي الحديث، منطلقاته واتجاهاته، ص 27 وما بعدها.

443- انظر، أحمد الريسوني: الاجتهاد-النص-الواقع-المصلحة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2000، ص 53-55.

يستفاد بمنطوقهما ومفهومهما، فإن لم يجد نظر في أفعال النبي ﷺ ثم تقريراته لبعض أمته، ثم الإجماع إذا كان يقول بحجيتها، ثم في القياس على ما يقتضيه اجتهاده من العمل بمسالك العلة كلا أو بعضا، ويلاحظ القواعد الكلية ويقدمها على الجزئيات⁽⁴⁴⁴⁾، وإذا أعوزه ذلك كله تمسك بالبراءة الأصلية، وعليه عند التعارض بين الأدلة أن يقدم طريق الجمع على وجه مقبول، فإن أعوزه ذلك رجع إلى الترجيح⁽⁴⁴⁵⁾ بالمرجح⁽⁴⁴⁶⁾.

والمصادر النقلية الأصلية هي الأدلة الشرعية المتفق عليها عند جمهور الفقهاء: وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس⁽⁴⁴⁷⁾.

أولا: القرآن الكريم

أ- تعريفه: إذا كان الكتاب هو القرآن فهو معلوم لا يحتاج إلى تعريف المراد منه، ولكن الأصوليين عنوا بتعريفه لبيان خصائصه الثابتة والمميزة له عن غيره، وتدور كل تعاريفهم حول الغرض الذي يبحث عنه الأصولي وهو استنباط الأحكام من الألفاظ الدالة على الأحكام⁽⁴⁴⁸⁾.
ومن هذه التعاريف أن القرآن هو: "كلام الله المتزل على خاتم الأنبياء باللفظ العربي المتعبد بتلاوته والمكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلا متواترا"⁽⁴⁴⁹⁾.

ب- دلالة على الأحكام: بالنظر إلى القرآن الكريم فهو الأصل التشريعي الأول، ولم يختلف فيه اثنان فهو المصدر الأول، وهو عماد الشريعة إلى قيام الساعة. فقد بُيّنت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلا وفي العبادات والحقوق إجمالا، وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الأمم، وهو القدوة للنبي ﷺ نفسه ولمن بعده، ولذا كان هو المصدر التشريعي الأصلي.

غير أن الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الإجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلا.

444- الزركشي: البحر المحيط، 6/229.

445- راجع ترجيحات الأدلة الشرعية. الآمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، ص 261 وما بعدها.

446- أبو الطيب القنوجي: تحصيل المأمول من علم الأصول، ص 350.

447- غير أن القياس لا يدخل في الأدلة النقلية، وإنما يدخل ضمن المصادر الاجتهادية العقلية.

448- تفصيل الكلام حول القرآن الكريم كمصدر للتشريع ودلالته على الأحكام مبسوط في كتب أصول الفقه، ولم أر التوسع في ذلك هنا بغية الإيجاز في بحث مصادر الفقه. ينظر في ذلك: مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 107 وما بعدها. كما تناولته كتب تاريخ تشريع الفقه الإسلامي.

449- انظر، مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 84 وما بعدها.

ولهذا الإجمال في نصوص القرآن مزية هامة بالنسبة إلى أحكام المعاملات المدنية والنظم السياسية والاجتماعية، فإنه يساعد على فهم تلك النصوص المجملة وتطبيقها بصورة مختلفة يحتملها النص، فيكون باتساعه قابلا لمجارات المصالح الزمنية وتزليل حكمه على مقتضياتها بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها⁽⁴⁵⁰⁾.

وعلى هذا فما يوجد من اختلاف بين العلماء إنما يرجع إلى مدى وكيفية استنباط الأحكام في ما يعتبر ظنيا في دلالاته، كالمجمل والعام والخاص والمجاز، والاختلاف من جهة علاقة الكتاب بالسنة من حيث تخصيص العام وتقييد المطلق، وهذا هو مجال الاجتهاد⁽⁴⁵¹⁾.

ثانيا: السنة النبوية

أ- **تعريف السنة:** هي عند الأصوليين: ما صدر من النبي ﷺ من قول أو فعل -ليس جبليا- أو تقرير⁽⁴⁵²⁾. فهي بهذا المعنى المصدر الثاني من المصادر التشريعية التي تستنبط منها الأحكام كما تستنبط من المصدر الأول القرآن الكريم، ويرجع إليها في فهم المراد منه.

ونظرا لما لها من هذه المكانة فقد أفردها العلماء ببحوث خاصة ومسائل متنوعة تتعلق بحجيتها وأقسامها من جهة القبول والرد، ومن جهة الصحة والضعف، ومن جهة ما يثبت بها من الأحكام وما لا يثبت، ومن جهة مرتبتها من الكتاب وما إلى ذلك⁽⁴⁵³⁾.

ب- **الاحتجاج بالسنة:** أجمع المسلمون على أن ما صدر عنه ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، وكان مقصودا به التشريع والافتداء، ونقل بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين، ومصدرا تشريعا يستنبط منه الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين⁽⁴⁵⁴⁾.

لذا لم يختلف المسلمون في شأن السنة ولكونها أصلا تشريعا، وأن منكرها لا يعتبر من المسلمين ولا من ملتهم. وإنما ما يوجد من اختلاف فهو في كيفية اعتمادها، وكيفية الاستدلال بها، كاختلاف العلماء فيما كان منها ظني الدلالة أو ظني الثبوت، وهذا هو مجال الاجتهاد فيها⁽⁴⁵⁵⁾.

450- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/73-74.

451- انظر، كامل موسى: المدخل إلى التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1989، 196-198.

452- وأما السنة عند الفقهاء فقد أخذت معنى آخر فإنما تطلق عندهم على ما كان من العبادة نافلة منقولة عن النبي ﷺ. الأمدى: الإحكام في أصول الأحكام، 1/227. فعلى هذا الإطلاق تكون بمعنى الصفة الشرعية للفعل المطلوب طلبا غير جازم، بحيث يناب المرء على فعله، ولا يعاقب على تركه. انظر تفصيلا أكثر في ذلك: أحمد عبد الحليم أحمد حماد: مباحث الاجتهاد عند الأصوليين وأثرها في اختلاف الأحكام، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، 1987.

453- يراجع في ذلك كتب علم أصول الفقه وعلوم الحديث.

454- انظر، مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 124 وما بعدها.

455- انظر، كامل موسى: المدخل إلى التشريع الإسلامي، ص 199-200.

ثالثا: الإجماع

أ- تعريف الإجماع: عرف الإجماع في اصطلاح الأصوليين بتعاريف متعددة، منها ما ذكره الشوكاني: "هو اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور" (456)، غير أن هذا التعريف يدخل فيه ما كان من اللغويات والعقليات.

وأقرب ما عرف به الإجماع هو: "اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي" (457).

ب- حججته: ذهب الجمهور إلى أن الإجماع إذا استوفى شروطه يكون حجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع، وقد وصف الآمدي الجمهور القائلين أن الإجماع حجة بأنهم أهل الحق (458).

وإذا انعقد على حكم لا بد أن يكون مستندا إلى دليل فيه، وإن لم ينقل الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهيا بلا دليل شرعي. وهو نوعان قولي وسكوتي (459).

الفرع الثاني: مصادر الأحكام الاجتهادية العقلية

سواء كان الاجتهاد فرديا أم جماعيا فإن مرجعه واحد من أمرين:

أولهما: قياس الأشباه على أشباهها، فإذا عرضت للقاضي المجتهد مسألة لم ينص على حكمها ولكن ورد في الكتاب أو في السنة حكم في حادثة تشبهها فإن عليه أن يقيس ما عرض له على ما نص على حكمه.

ثانيا: رعاية مصالح الخلق، وتقرير ما يجلب لهم النفع والخير، ويدفع عنهم الأذى والشر، وذلك حين لا يكون للحادثة الطارئة نظير ورد في الكتاب أو السنة، وهذا أوسع مجالا من القياس المشهور عند الأصوليين ويسمى "قياس المصلحة" (460).

456- الشوكاني: إرشاد الفحول، 1/348.

457- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 1/262.

458- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 1/267. وشذ عن الجمهور في حجية الإجماع النظام والشيعة الإمامية وبعض الخوارج، فإنهم ذهبوا إلى أن الإجماع ليس بحجة، وإنما الحجة في مستنده إذا ظهر لنا. انظر، الآمدي: المصدر نفسه، 1/266.

459- الإجماع السكوتي: هو أن يتفق بعض المجتهدين على قول أو فعل، وينتشر ذلك في عصره، ويسكت الباقي منهم ولا يردوا عليهم بعد مضي مدة التأمل. وهو مختلف في حججته، والذي عليه الجمهور أنه ليس بحجة وأنه لا يخرج عن كونه رأي بعض الأفراد من المجتهدين. انظر، كامل موسى: المدخل إلى التشريع الإسلامي، ص 201-202.

460- انظر، علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 1982، ص 131.

أولاً: القياس

أ- تعريفه: هو إلحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي المسألتين في علة الحكم⁽⁴⁶¹⁾.

و يأتي القياس في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجماع، من حيث حجته في إثبات الأحكام الفقهية، ويعتبر المصدر الاجتهادي الأول للأحكام، فهو أعظم أثراً من الإجماع في كثرة ما يرجع إليه من أحكام الفقه؛ لأن مسائل الإجماع محصورة. وهو أغزر المصادر الفقهية في إثبات الأحكام الفرعية للحوادث، إذ نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية والحوادث الواقعة والمتوقعة غير متناهية، فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات الجديدة أحكاماً في فقه الشريعة إلا عن طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس.

كما أن أسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة تنص غالباً على علل الأحكام الواردة فيها والغايات الشرعية العامة المقصودة منها، ليتمكن تطبيق أمثالها وأشباهاها عليها في كل زمان⁽⁴⁶²⁾.

ب- حجته: ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والإجماع وعمل السلف بالقياس عند وجود النص المقاس عليه، وهذا ما قرره الجمهور في الأخذ بالرأي وإن اختلفوا في منهج الأخذ به وكيفية استخدامه، وخالف في ذلك الظاهرية والشيعة الإمامية الذين نفوا القياس ولم يعتبروه أصلاً من أصول التشريع⁽⁴⁶³⁾.

ونظراً لمدى ما للقياس بالرأي من أهمية في كيان التشريع ذهب الكثيرون من الفقهاء إلى عدم الاعتداد بقول من ينفي الأخذ بالقياس⁽⁴⁶⁴⁾. وتتعلق بالقياس ضروب من العمل الاجتهادي العقلي كالاستصلاح والاستحسان وسدّ الذرائع التي أخذ بها بعض الفقهاء، وشدد فيها آخرون⁽⁴⁶⁵⁾.

ثانياً: المصلحة المرسله

المقصود بتشريع الأحكام تحقيق المصالح للناس وجلب المنافع لهم ودرأ المفاسد عنهم، ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها⁽⁴⁶⁶⁾.

461- انظر، عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، (دت)، ص 198.

462- انظر، مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 203 وما بعدها.

463- انظر، عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 199.

464- انظر، كامل موسى: المدخل إلى التشريع الإسلامي، ص 203.

465- انظر، صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، ص 31.

466- النوع الأول: المصالح المعتبرة وهي ما قامت الأدلة الشرعية المعينة على رعايتها واعتبارها، بأن أمرت بتحصيل أسبابها الموصلة إليها، وهذه يجوز التعليل بها بالاتفاق وتعدية أحكامها إلى غير مجال النصوص. وأما النوع الثاني: فهي المصالح الملغاة، وهي التي قامت الأدلة الشرعية

والمراد بها في اصطلاح الأصوليين: تشريع الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسله⁽⁴⁶⁷⁾.

والاستصلاح هو: استنباط للحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها⁽⁴⁶⁸⁾. كاشتراط سن معينة للزوجين توثيقا لعقد الزواج بينهما. فكل واقعة ليس فيها نص ولا إجماع ولا قياس ولا استحسان وفيها مصلحة للناس، يجوز للمجتهد إيجاد الحكم المناسب لتحقيق هذه المصلحة للناس ما لم تخالف القواعد الكلية للشريعة الإسلامية⁽⁴⁶⁹⁾.

ووجه المصلحة فيها أن بناء الحكم عليها مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وأما وجه الإرسال فيها، فلأنه لا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها.

والمذاهب الأصولية في اعتمادها كدليل في الأحكام الشرعية، فقد اتفقوا على أنه لا مجال لها في دائرة العبادات والمقادير الشرعية والحدود، وكل ما شرع محمدا مقدرا، واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد فيه. وأما فيما عدا هذه فقد اختلف العلماء في مدى الأخذ بها كدليل ومصدر تشريعي، فاعتمدها المالكية والحنابلة، ومنعها الشافعي والحنفية في المشهور من بعض كتبهم⁽⁴⁷⁰⁾.

وقد اشترط القائلون بحجية المصلحة المرسله شروطا ثلاثة حتى يؤخذ بها وإلا فلا، وهي:

أ- أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية، وذلك بالتأكد أن تشريع الحكم يحقق مصلحة لا ظاهرية وهمية، أو يدفع ضررا حقيقيا لا وهميا.

ب- أن تكون مصلحة عامة، وذلك بأن تحقق منفعة لأكثر عدد من الناس، أو تدفع ضررا عنهم لا لمصلحة فرد أو أفراد محدودين.

ج- أن لا تعارض حكما أو أصلا ثابتا بنص أو إجماع⁽⁴⁷¹⁾.

المعينة على عدم اعتبارها والاتفات إليها في التشريع، وهذه لا يصح التعليل بها وبناء الأحكام عليها. انظر، مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، ص 298-299.

467- مصطفى أحمد الزرقا: الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1988، ص 39. راجع تفصيلا أكثر حول المصلحة في التشريع الإسلامي: محمود عبد الكريم حسن: المصالح المرسله، دار النهضة الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.

468- انظر، محمود محمد عوض سلامة: المصالح المرسله وأثرها في الفقه الإسلامي، نشر كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 66 وما بعدها.

469- انظر، عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 202-203.

470- هذه النسبة مخالفة للواقع في المذاهب الفقهية، إذ ما من مذهب من هذه المذاهب إلا وفيه القول بما، غير أنهم لم يتوسعوا فيها توسع الإمام مالك كما صرح بذلك كثير من العلماء. انظر، مصطفى شلي: أصول الفقه الإسلامي، ص 302.

471- انظر، كامل موسى: المدخل إلى التشريع الإسلامي، ص 211.

وهناك أدلة تبعية أخرى مختلف فيها مبنية على رعاية المصلحة تعتبر من المصادر الاجتهادية التي يستقي منها المجتهد والقاضي والمفتي الأحكام الشرعية فيما يعرض عليهم من قضايا ومشكلات تتطلب حلوًا مناسبًا، منها:

الاستحسان: وهو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه. أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه⁽⁴⁷²⁾.

سد الذرائع: الذرائع جمع ذريعة، وهي لغة الوسيلة التي يتوصل بها إلى شيء آخر مطلقًا. وفي الاصطلاح الشرعي: هي ما تكون وسيلة وطريقًا إلى الشيء الممنوع شرعًا، وهذا هو الغالب المشهور في استعمالها، ومعنى سدّها منعها بالنهي⁽⁴⁷³⁾.

العرف: وهو ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطوائع بالقبول، وهو حجة⁽⁴⁷⁴⁾.

أو هو ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك، ويسمى أيضًا العادة على رأي كثير من الفقهاء⁽⁴⁷⁵⁾.

الاستصحاب: هو استبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي حتى يقوم الدليل على تغييره. أو هو اعتبار الحكم الذي ثبت في الماضي بدليل مصاحبًا لواقعته وملازمًا لها حتى يوجد دليل يدل على قطع هذه المصاحبة⁽⁴⁷⁶⁾.

شرع من قبلنا: وهي الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم⁽⁴⁷⁷⁾.

مذهب الصحابي: وهو قول الصحابي المجتهد سواء كان إمامًا أم قاضيًا أم فقيهًا، ليس بحجة على صحابي آخر مطلقًا، ولا خلاف في هذا، وإنما الخلاف فيه لكونه حجة على التابعين ومن بعدهم. إلا أنه لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالعقل والرأي، ولم يعرف له مخالف من الصحابة يكون حجة على المسلمين؛ لأنه عن سماع⁽⁴⁷⁸⁾.

472- انظر، عبد اللطيف صالح الفرفور: نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسله، دار دمشق، ط1، 1987، ص 61.

473- انظر، مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 312.

474- زكريا بن محمد الأنصاري: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، ص 72.

475- انظر، عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 205-206. رقية طه جابر العلواني: أثر العرف في فهم النصوص، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 2003، ص 28.

476- انظر، شلبي: أصول الفقه الإسلامي، ص 349.

477- انظر، شلبي: المرجع نفسه، ص 359.

وخالصة القول في مصادر الأحكام الاجتهادية: أن الوقائع التي وردت في أحكامها نصوصاً من القرآن والسنة تطبق فيها أحكام هذه النصوص، وأن الوقائع التي لم ترد نصوصاً بشأنها واتفق أهل العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها، وإلا فطريق معرفة حكمها هو الاستنباط بالقياس أو بتطبيق قواعد الشريعة ومبادئها الكلية بما يجلب المصالح ويدرك المفسد دون مخالفة نص شرعي أو مبدأ عام شرعي. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تميز التشريع الإسلامي بالمرونة في احتواء الحكم والواقعة، حيث لا توجد قضية إلا ولها حكم في شرع الله تعالى.

المبحث الثاني: النظام القضائي في الفقه الإسلامي

لما كان محور الحديث في هذا البحث هو القضاء الشرعي فيما مجاله الاجتهاد كان لزاما معرفة حقيقة الاجتهاد وأصوله وشروطه وضوابطه- كما سبق بيان ذلك- لأن ما يتطلبه الاجتهاد الفقهي من كل ذلك، ينطبق تماما على ما يتطلبه الاجتهاد في القضاء. وللوقوف أكثر على حقيقة الاجتهاد القضائي الشرعي لا بد من التعرض لأصول ومبادئ التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، حتى تكتمل نظرية الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مشروعية القضاء وحكمه والحكمة من تشريعه

لقد عرف القضاء منذ زمن بعيد⁽⁴⁷⁹⁾، ولا يمكن لأمة من الأمم أياً كان نوعها الاستغناء عنه إذ به يتم الفصل في النزاع الذي لا يخلو منه المجتمع البشري وجميع الأمم رغم اختلافها رقياً وانحطاطاً؛ لأن فيه كما يقول ابن قدامة: "أمرنا بالمعروف، ونصرة للمظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، وردّ للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم عن بعض، فإن الناس لا يستقيم أمرهم بدونهم"⁽⁴⁸⁰⁾.

وكما يقول ابن فرحون: "فيه الدماء تُعصم وتُسْفَح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويجرم ويكره ويندب"⁽⁴⁸¹⁾. ومنه فإن القضاء ضرورة من ضرورات البشر وأن أي مجتمع من المجتمعات لا يستغني عنه.

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية قد أولت القضاء وكل ما يتعلق به من أحكام وآداب عناية فائقة؛ لأن القضاء جزءاً منها، وهو من أفضل الولايات التي يتمثل فيها العدل الذي هو أساس الملك ومن أقوى الدعائم لاستتباب الأمن واستقرار النظام، والقضاء دعامة من دعائم الدولة الإسلامية، ومن أهم الأسس التي تبنى عليها حياة الأمة، فعلى القضاء الإسلامي تقع مسؤولية حماية النفوس والأعراض والأموال وسائر الحقوق والممتلكات، ولا ريب أن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة ومتكاملة، ولم تغفل ما يترتب عليه سعادة الناس وأمنهم، فاهتمت بالقضاء ونظمته ليكون فيصلاً حاسماً فيما يحدث بين الناس من قضايا.

يقول ابن القيم في هذا الشأن: "ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالها، وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها،

479- سبق تعريف القضاء لغة واصطلاحاً في سياق تعريف الاجتهاد القضائي باعتبار التلازم الوصفي بين الاجتهاد والقضاء، ومنه فلا داعي لإعادة ذكره في هذا الموضوع.

480- ابن قدامة: المغني 5/14.

481- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 2/1.

ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها، وحسن فهمه فيها لم يحتاج معها إلى سياسة غيرها⁽⁴⁸²⁾. ولما كان القضاء من أعظم الولايات أولته الشريعة الإسلامية العناية الفائقة فدلّت نصوصها على مشروعيتها وبيّنت أحكامه وحكمه، وفيما يأتي بيان ذلك.

الفرع الأول: مشروعية القضاء

ثبتت مشروعية القضاء بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: من الكتاب

1- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁸³⁾. فهذه الآية أمرت بإقامة العدل بين الناس حال الحكم بينهم.

2- وقوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾⁽⁴⁸⁴⁾.

فقد نصت هذه الآية صراحة على إنزال الكتاب والميزان على الرسل، ثم نصت على الغاية والهدف من إنزال الميزان "ليقوم الناس بالقسط" وهو العدل.

3- وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽⁴⁸⁵⁾.

فقد ربط الإيمان بقبول التحاكم إلى الله والرسول، كما وصف القرآن المؤمنين بذلك، فقال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁽⁴⁸⁶⁾.

وقد وردت آيات كثيرة تنص على الحكم والقضاء، وتوجب على الأنبياء والرسل أن يحكموا بين الناس، ويفصلوا في الخلافات، وهذا شرط من وظائفهم.

وما ذكر من آيات بصدد الاستدلال لمشروعية القضاء إنما هو على سبيل التمثيل لا الحصر.

482- ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1953، ص 4-5.

483- النساء: الآية، 58.

484- الحديد: الآية، 25.

485- النساء: الآية، 65.

486- النور: الآية، 51.

ثانيا: من السنة

إن الاستدلال بالسنة على مشروعية القضاء يقوم على الأحاديث الفعلية بتولي النبي ﷺ القضاء بنفسه، ثم بتعيين القضاة، وإقرار أحكام القضاة، كما يقوم على أحاديث قولية، من ذلك:

- قوله ﷺ: "إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا حكم فأخطأ فله أجر" (487).

- ومن السنة الفعلية: أن النبي ﷺ قضى فيما يتعلق بالنفقة على فاطمة بنت قيس عندما خاصمت زوجها بعد أن طلقها ثلاثا إلى رسول الله ﷺ في السكنى والنفقة (قضى بأن لا نفقة لها ولا سكنى) (488). كما قضى ﷺ في الحضانة، عندما جاءته امرأة طلقها زوجها وأراد أن ينتزع منها ولدها فقالت: يا رسول الله كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، طلقني أبوه وأراد أن ينتزعه مني، فقال ﷺ: "أنت أحق به ما لم تتزوجي" (489).

- ومن السنة التقريرية ما روي عن معاذ بن جبل -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى اليمن قال: "كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟" قال: أقضي بكتاب الله. قال: "فإن لم يكن في كتاب الله؟" قال: فبسنة رسول الله، قال: "فإن لم يكن في سنة رسول الله؟" قال: أجتهد رأيي ولا آلو (أي لا أقصر)، فضرب رسول الله ﷺ على صدري وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله ورسوله" (490).

ثالثا: الإجماع

أجمع المسلمون على مشروعية القضاء، ولم يخالف أحد في ذلك، وقد تقلده كثير من الصحابة -رضي الله عنهم- واهتموا به، وطلبوه من غيرهم، وعين الخلفاء ومن بعدهم القضاة في حاضرة الدولة الإسلامية وفي جميع الأمصار والأقطار التي شِعَّ فيها نور الإسلام. واستمر الأمر كذلك في الخلافة الراشدة، ثم العهد الأموي والعباسي إلى نهاية الخلافة الإسلامية. وبرز من التابعين القاضي الشعبي والقاضي إياس بن معاوية، كما ظهر قضاة عادلون كثيرون في مختلف الأزمان والبلدان، وسجل التاريخ مآثرهم (491).

487- سبق تخريجه، ص 66.

488- مسلم: كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، حديث رقم 1480. صحيح مسلم-اعتنى به أو فتيية محمد الفارياي- دار طيبة، السعودية، ط1، 2006، 686/1. أبو داود: كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة، حديث رقم 2284. سنن أبي داود، 493/2-494.

489- الدارقطني: كتاب النكاح، باب الحضانة، حديث رقم 3808. سنن الدارقطني-تحقيق شعيب الأرنؤوط- مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2004، 468/4. البيهقي: كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، حديث رقم

15763. السنن الكبرى-تحقيق محمد عبد القادر عطا- دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، 7/8.

490- سبق تخريجه، ص 66.

491- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 70.

رابعاً: المعقول

إن العقل السليم يقضي بمشروعية القضاء ولا يأباه؛ لأن الظلم في الطباع، والنفس البشرية جبلت على حب الغلبة، فمن المعقول تنصيب قضاة ينصفون المظلومين من الظالمين، ويقطعون المنازعات التي هي مادة الفساد، وكل ما يؤدي إلى إقامة العدل ومنع الفساد كان معقولا وضرورياً⁽⁴⁹²⁾.

الفرع الثاني: حكم القضاء

المراد بحكم القضاء: هو الوصف الشرعي التكليفي للقضاء من حيث الوجوب والندب والكرهية والإباحة والتحریم. وهذا يحتاج إلى تفصيل لبيان الحكم التكليفي بشكل عام، وحكمه بالنسبة للإمام، وحكمه بالنسبة إلى أفراد المسلمين.

أولاً: الحكم التكليفي العام

القضاء فرض وواجب على الأمة؛ لأن الله تعالى طلبه طلباً جازماً، وعلى سبيل الحتم والإلزام، وبين الثواب الجزيل في القيام به، وتوعد بالعقاب جزاء تركه، وأن الإسلام لا يقوم ولا تتحقق الشريعة ولا تقام العدالة إلا بوجود القضاء. ولكن هذا الفرض والواجب هو فرض كفاية على مجموع المسلمين⁽⁴⁹³⁾؛ لأن المقصود منه وجود هذا المرفق من مجموع الأمة، فإذا قام به بعض المسلمين سقط الإثم عن الباقين، وإن تركوه وقعوا جميعاً في الإثم⁽⁴⁹⁴⁾.

ثانياً: حكم القضاء بالنسبة للإمام

اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض عين على الإمام، لأنه المسؤول الأول عن إقامة الدين ورعاية مصالح الناس؛ لأن الخلافة هي حفظ وسياسة الدنيا، ولذلك يعين الخليفة أو نائبه القضاة في المدن والأمصار للحكم بين الناس؛ لأن القضاء جزء من الولاية العامة، والإمام يجب عليه - وجوباً عينياً - أن يقوم بجميع شؤون الولاية، إما بنفسه وإما بالإنبابة عنه. ومنه فلا يجوز إخلاء قطر من الأقطار من قضاة ومحاكم، كما لا يجوز أن يتوانى الحاكم في تنفيذ الحكم القضائي، وأن يتولى شؤون التنفيذ⁽⁴⁹⁵⁾.

492- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1986، 2/7. الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي - وهو شرح مختصر المزني - تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، 7/16. أبو الحسين العمراي الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، دار المهج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 9/13.

493- الشربيني: معني المحتاج، 498/4.

494- الماوردي: الحاوي الكبير 9/16. وانظر، محمد الأمين بن محمد محمود أحمد ناجم: القضاء وشروط القاضي في الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 2001، ص 36.

495- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 83-84-85.

ثالثاً: حكم القضاء بالنسبة للأفراد

جاء في المجموع: "الناس في القضاء على ثلاثة أضرب: منهم من يجب عليه، وهو الذي يكون من أهل الاجتهاد والأمانة، وليس هناك من يصلح للقضاء غيره، فيجب على الإمام توليته، وإذا ولاه لزمه القبول، فإن امتنع أجبر⁽⁴⁹⁶⁾، وأما من لا يجوز له القضاء فهو أن لا يكون من أهل الاجتهاد، أو كان من أهل الاجتهاد، إلا أنه فاسق، فهذا لا يجوز له القضاء -خلافاً لأبي حنيفة- وأما الذي لا يجب عليه القضاء ويجوز له، فإنه يكون عند وجود غيره، فإذا قام به أحدهم سقط الفرض عن الباقي"⁽⁴⁹⁷⁾.

وعلى هذا فالقضاء بالنسبة للأفراد تعثره الأحكام الشرعية الخمسة، وهي⁽⁴⁹⁸⁾:

أ- الإيجاب: يجب على الشخص أن يتولى القضاء إذا توافرت فيه شروط القضاء، وكان صالحاً له، ولا يصلح له غيره، فإن كان الصالح للقضاء واحداً فيكون الوجوب عينياً، وإن كانوا أكثر من واحد فالوجوب على الكفاية؛ لأنهم متساوون فيه.

ب- الندب: يكون القضاء مستحباً للشخص إذا وجد من يصلح للقضاء، ولكنه هو أصلح من غيره وأقوم له.

ج- الكراهية: ويكون القضاء مكروهاً إذا كان الشخص صالحاً له، ولكن يوجد من هو أصلح منه.

د- التحريم: ويصبح القضاء محرماً إذا لم تتوفر فيه شروط القاضي، أو توافرت فيه الشروط، ولكنه يعلم من نفسه العجز عن القيام بشأنه أو يعلم من نفسه الظلم والميل لاتباع الهوى، والتأثر بذوي النفوذ ظلماً وجوراً.

هـ- الإباحة: يكون القضاء مباحاً إذا استوى الشخص هو وغيره فيه، فيخير بين قبوله ورفضه.

الفرع الثالث: حكمة تشريع القضاء في الإسلام

إن القضاء من أعظم حكم الله في خلقه، فهو دستور الإنسانية الذي ينظم شؤونها اليومية ويحمي حرمان الفرد منها والجماعة، ومع ذلك فهو من أعظم القربات وفضله غير منكور، كما صرح الفقهاء إذ قالوا: إن للقضاء فضلاً عظيماً معللين ذلك بأن القضاء وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر،

496- قال الرافعي: "وهل يجبره الإمام عليه؟ قيل لا، والأكثر حكماً بالإيجاب لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره، فأجبر على البذل

كما يجبر المالك على بذل الطعام للمضطر، وكما يجبر على القيام بسائر فروض الكفايات عند التعيين". الشرح الكبير، 411/12-412.

497- النووي: المجموع شرح المهذب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، السعودية، (دط، دت)، 315/22-316.

498- انظر، ابن فرحون: تبصرة الحكام، 11/1-12. ابن قدامة: المغني، 7/14.

ونصرة المظلوم وردع الظالم عن ظلمه⁽⁴⁹⁹⁾. ولا شك أن ولاية القضاء من أهم الولايات شأننا وأعظمها أثرا وأعلاها مرتبة في المجتمع الإسلامي؛ ذلك لأن ولاية القضاء في المجتمع المعاصر لها دور هام في استقرار مبادئ العدل بين أفرادها؛ لأن القاضي بعمله النبيل يهيئ للمجتمع سبل الأمن ليطمئن كل مسلم وغير مسلم في دار الإسلام على نفسه وماله وعرضه، فعن طريق القضاء تستقر الحقوق وتحفظ المبادئ ويعم الأمن والطمأنينة ويسارع الناس إلى عمارة الأرض، ولذا لا يمكن لدولة ما أن تخلو من هذه السلطة، وأضحى من الثابت أن السلطة القضائية لا تعدو أن تكون سلطة دستورية في النظم الحديثة التي تحرص على تضمين المبادئ العامة التي تحكمها بالدستور، فالقضاء ركن من أركان الدولة، وجزء مهم من مقومات المجتمع، فعند انعدام القضاء المهاب تفسد العباد وتخرب البلاد وينتشر الظلم والفساد⁽⁵⁰⁰⁾.

وتتحقق حكمة مشروعية القضاء بتحقيق الآتي:

- 1- القاضي الصالح لمنصب القضاء، القادر على القيام بمسؤولياته.
- 2- الحكم بالعدل، وهذا يستلزم حرص القاضي على الحكم بالعدل، وقصده له، وإرادته إياه، وعزمه عليه وإصداره له بالفعل بنظره في الدعوى من حين رفعها إليه إلى حين صدور الحكم وفقا لقواعد المرافعات ووسائل الإثبات الشرعية.
- 3- استقلال القاضي بأن يكون بعيدا عن تدخل أصحاب النفوذ والسلطان في شؤون عمله حتى يتمكن من إصدار حكمه العادل وفقا لاجتهاده وبناء على البيانات المقدمة إليه.
- 4- إظهار المساندة للقاضي قولاً وفعلاً من قبل رئيس الدولة والحكومة والإعلان عن معاقبة كل من يحاول التأثير عليه بأي شكل كان، ومن قبل أي شخص كان، ومهما كان مركزه في الدولة، فيمضي القاضي قدماً في عمله الشريف متوخياً الحق والعدل حسب اجتهاده دون التفات إلى أحد أو خوف منه، وإنما يراقب الله وحده، فيطمئن الناس إلى حكمه، ولا يطمع ظالم في حيفه، ولا يخشى صاحب حق من ضياع حقه⁽⁵⁰¹⁾.

المطلب الثاني: التنظيم القضائي في الإسلام - تطوره واختصاصاته-

يعتبر التنظيم القضائي في الإسلام من أهم المواضيع التي أولاها الفقهاء المسلمون اهتماما كبيرا، وعناية فائقة بالبحث والدراسة، ومنه لا بد من التطرق لأهم معالمه الرئيسية والخصائص التي انفرد بها

499- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/7.

500- انظر، رشدي شحاتة أبو زيد: انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، (دت)، ص 22-23.

501- انظر، محمد الأمين أحمد ناجم: القضاء وشروط القاضي في الشريعة الإسلامية، ص 41-42.

عن غيره، والنتائج التي حققها تطبيقا وتنفيذا، وبيان ذلك يكون من خلال العناصر الآتية، بحسب ما يخدم هذا البحث.

الفرع الأول: مفهوم التنظيم القضائي وتطوره

أولاً: مفهومه

هو عبارة عن "مجموعة من القواعد والأحكام التي تُوصل إلى حماية الحقوق، وفصل الخصومات، وقطع المنازعات"⁽⁵⁰²⁾.

ثانياً: تطوره

إن النظام القضائي في الإسلام لم ينشأ دفعة واحدة، وإنما سار بالتدرج في طريق التكامل لتشكيل البنيان القضائي الشرعي المركب من ثلاث مؤسسات رئيسية وهي: القضاء العادي وقضاء الحسبة وقضاء المظالم، إلى جانب أنواع أخرى مثل قضاء العسكر، وهذه نبذة وجيزة عن تطور النظام القضائي في ظل العصور الأولى للدولة الإسلامية⁽⁵⁰³⁾.

فأول من قام بوظيفة القضاء في الإسلام هو النبي ﷺ عندما تولى رئاسة الدولة الإسلامية الفتيحة التي شيد بناءها في المدينة المنورة عقب الهجرة مباشرة، حيث تولى شؤون القضاء فيها، وبتوسع رقعة الدولة الإسلامية، عين النبي ﷺ القضاة في الأمصار، وتم وضع أسسه ومنطلقاته من الكتاب والسنة، ثم سار التقدم فيه والرقى حسب ما تقتضيه المصلحة، وكان القضاء العادي في هذه المرحلة هو الأصل والأساس في جميع الأنظمة القضائية⁽⁵⁰⁴⁾.

وفي عصر الخلفاء الراشدين ازدادت مسؤولية الولاية بتوسع الدولة الإسلامية، وفصل القضاء عن الولاية، وتعيين أشخاص للقضاء غير الولاية، واستند القضاة في قضائهم على ما ورد من أحكام في الكتاب والسنة، فإن لم يجدوا نصاً اجتهدوا اجتهاداً جماعياً إذا كان الأمر له علاقة بالمبادئ الأساسية للجماعة، أو اجتهاداً فردياً في المسائل الجزئية الخاصة بالأفراد⁽⁵⁰⁵⁾.

502- محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 26.

503- لم يعرف النظام القضائي في صدر الإسلام إجراءات معينة لرفع المنازعة، بل كانت تعرض بطريقة مبسطة بعيدة عن التعقيدات الإدارية التي تطيل أمد التقاضي، وإذا كانت الشريعة لا تفرض طريقة معينة في عرض المنازعة والفصل فيها، إلا أنها تفرض نظاماً صارماً لأداء العدل بالمساواة بين الخصوم في مجلس القضاء وإتاحة فرصة الدفاع لمن ادّعى عليه. انظر، عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي: بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، ص 127-128.

504- محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 41-42. ومحمود محمد بن عرنوس: تاريخ القضاء في الإسلام، ص 10.

505- انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 28.

كما استمر القضاء في نهجه في الاعتماد على النص أو الإجماع أو الاجتهاد، بعيداً عن السياسة في عصر الدولة الأموية وظل القضاة مستقلين في أداء وظائفهم إلى حدّ بعيد غير متأثرين بميول الدولة الحاكمة وسلطانها، وقد عرف في هذا العهد تسجيل الأحكام في سجلات خاصة⁽⁵⁰⁶⁾.

وفي عهد الدولة العباسية اتسع النشاط العلمي والاقتصادي والاجتماعي والفقهية، ونشأت المذاهب الكبرى في الإسلام، وتشعبت الآراء الفقهية، وتنوعت الأحكام عند القضاة بحسب المذهب الذي ينتمون إليه، فكانوا يقضون في العراق وفق المذهب الحنفي، وفي الشام والمغرب وفق المذهب المالكي، وفي مصر وفق المذهب الشافعي، وإذا تقدم الخصوم على غير المذهب السائد في البلد أناب القاضي عنه قاضياً آخر يحكم وفق مذهب المتخصصين⁽⁵⁰⁷⁾.

وقد أنشئت في هذا العهد وظيفة قضائية جديدة، هي وظيفة قاضي القضاة⁽⁵⁰⁸⁾، ومن مهماته الإشراف على تعيين القضاة ومراجعة أحكامهم وعزلهم.

كما ظهرت أيضاً وظيفة قاضي العسكر الذي كان يفصل في الخصومات التي تنشأ بين الجنود، ويرافق تحركاتهم وتنقلاتهم من مكان إلى آخر، ويتابع قضاياهم داخل البلاد⁽⁵⁰⁹⁾.

الفرع الثاني: صلة القضاء بالدولة

القضاء في الإسلام جزء من كيان الدولة الإسلامية ويمثل أحد أركانها، ولكنه في الوقت ذاته يتمتع بالاستقلالية والفصل عن بقية السلطات، ويشرف على تطبيق جميع الأحكام الشرعية، فلا وجود لتنظيم قضائي من دون دولة، كما لا قيام لدولة من دون القضاء والعدل، ولم يعرف التاريخ وجود تنظيم قضائي من دون دولة تحميه، فهو أحد سلطات الدولة، وعن طريقه تضمن التنفيذ العملي

506- لم تكن أحكام القضاة تدون في صدر الإسلام لعدم الحاجة إلى ذلك، فقد تعاليم الإسلام ثابتة في النفوس بدرجة لم تتح للذم أن تفسد، لكن لما صارت الأحكام محلاً للنكران بانتشار الحضارات وكثرة المشاكل والقضايا، أصبحت الحاجة ملحة لتدوينها، فقال الفقهاء: أنه على القاضي أن يتخذ له كتاباً، وذلك في عهد الأمويين. انظر، عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي: بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، دار الفكر العربي، مصر، (دط، دت)، ص 129. وسلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 49.

507- انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 29-30.

508- يعتبر منصب القاضي هو الأساس الذي خرج منه منصب قاضي القضاة، حيث يجتار الخليفة عادة بين القضاة، وكان الخليفة هارون الرشيد أول من استحدث منصب قاضي القضاة، والذي يعتبر من مستحدثات الدولة العباسية، والتي حاولت منذ عصر الخليفة المنصور تأكيد الحاجة إلى فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، وذلك بتدعيم الاستقلال القضائي والديني في الدولة. ويعتبر أبو يوسف صاحب أبي حنيفة أول من تقلد منصب قاضي القضاة في الإسلام، وذلك في عهد هارون الرشيد. انظر، عصام محمد شبارو: قاضي القضاة في الإسلام، دار مصباح الفكر، بيروت، 1988، ص 18-20.

509- أنور العمروسي: المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، 1963، ص 51 وما بعدها.

لأنظمتها وقوانينها وأحكامها، كما يساعدها- مع السلطة التنفيذية- على حفظ الأمن وتحقيق الاستقرار على جميع المستويات⁽⁵¹⁰⁾.

وفي ذلك يقول ابن خلدون: "وأما القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة؛ لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة، فكان ذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها، وكان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلونه لغيرهم"⁽⁵¹¹⁾.

فقد كان النبي ﷺ هو القاضي الأول في الدولة الإسلامية، وهو الذي يعين القضاة ويعثمهم إلى الأمصار كما فعل مع علي- كرم الله وجهه- ومعاذ- رضي الله عنه- حين بعثهما إلى اليمن.

وجاء الخلفاء الراشدون فساروا على الهدى النبوي من جعل القضاء جزءاً من الدولة، فكان تعيين القضاة بيد الخليفة أو من يفوضه ممن له الولاية العامة والتي من اختصاصها تعيين القضاة⁽⁵¹²⁾.

وقد تعرض الفقهاء لاعتبار الدولة مصدراً للقضاء عندما بحثوا من يملك تعيين القضاة⁽⁵¹³⁾، فقال الأحناف⁽⁵¹⁴⁾ والمالكية⁽⁵¹⁵⁾ والشافعية⁽⁵¹⁶⁾ والحنابلة⁽⁵¹⁷⁾ لا تجوز ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو تولية من فوض إليه الإمام؛ لأنه من المصالح العظمى⁽⁵¹⁸⁾. كما قال بعض الفقهاء بأن الاستخلاف في القضاء لا يصح بدون إذن الإمام⁽⁵¹⁹⁾. جاء في بداية المجتهد: "وتولية الإمام الأعظم للقاضي شرط في صحة قضاؤه لا خلاف أعرف فيه"⁽⁵²⁰⁾.

510- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 33. محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 125.

511- ابن خلدون: المقدمة، ص 220.

512- محمود بن محمد بن عرنوس: تاريخ القضاء في الإسلام، ص 16.

513- انظر، عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة، السعودية، 1981، ص 93. وتعيين القضاة للفصل بين الناس فرض قضت به الشريعة الإسلامية، فالإمام عليه أن يتولى أمر السلطة القضائية في التشريع الإسلامي، لأن ولاية القضاء من الولايات الهامة التي تتفرع عن الولاية العامة، لكن لما تعذر على الإمام القيام بهذه المهمة بنفسه أناب عنه غيره، وقد أجمع فقهاء هذه الأمة على أن تعيين القضاة أمر منوط بالإمام أو رئيس الدولة كما يطلق عليه في التشريعات الحديثة. انظر، رشدي شحاتة أبو زيد: انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، ص 102.

514- ابن عابدين: رد المحتار، 4/307.

515- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982، 2/461.

516- الشربيني: معني المحتاج، 4/499.

517- ابن قدامة: المعني، 11/14.

518- أبو الحسين العمراني الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 13/22.

519- انظر، ابن قدامة: المعني، 14/89. أبو الحسين العمراني الشافعي: المصدر نفسه، 13/27.

520- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/461.

ومن حرصهم على اعتبار القضاء جزءاً من الدولة أجازوا توليته من الحاكم الجائر للضرورة حتى لا تتعطل مصالح الناس⁽⁵²¹⁾. وتنعقد التولية بألفاظ صريحة وبالكناية المقترنة بقريظة تدل على إسناد أمر القضاء إلى شخص بعينه⁽⁵²²⁾.

الفرع الثالث: تنظيم المحاكم واختصاصاتها

جاء الإسلام بنظم قضائية فريدة لم يعرفها العالم من قبل، ومن أهمها: القضاء، والشرطة والحسبة ونظام النظر في المظالم، كما عرف التنظيم القضائي نظام الاختصاص بأنواعه -المعروفة حالياً- وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أولاً: تنظيم المحاكم

لم يعرف النظام القضائي في الإسلام عند نشأته مبدأ تخصيص القاضي في مسائل معينة، فكان يحكم في القضايا المدنية والجزائية والإدارية، أو غير ذلك من المسائل (القضاء العادي)، وعندما توسعت الدولة الإسلامية، وتشعبت العلاقات والقضايا في المجتمع كان لابد من أن يشق التخصص طريقه في ميدان القضاء، وبذلك عرف الإسلام الأحكام المدنية والأحكام الجزائية وقضاء الحسبة⁽⁵²³⁾ التي تتضمن اختصاصات لها طبيعة إدارية كأعمال الشرطة في ضبط الأسعار والموازن، واختصاصات قضائية، كنظر المحتسب في بعض الدعاوى العائدة للأفراد، كدعاوى الغش في البيع والشراء، وهذا يدخل في نطاق قضاء المخالفات التي تضر بحق الفرد والجماعة، فيفصل فيها القاضي دون أن يلتزم بالإجراءات والوسائل التي يتقيد بها القاضي العادي، كاشتراط مجلس القضاء، ورفع الدعوى وما إلى ذلك⁽⁵²⁴⁾.

كما عرف النظام القضائي في الإسلام اختصاص قضاء المظالم (القضاء الإداري) الذي كان ينظر في مظالم الأفراد والجماعات من ظلم ذوي النفوذ من الحكام والولاة والقادة وأصحاب السلطة، وأبناء الأمراء، ويتمتع من يتولى هذا القضاء بسلطة أكبر من سلطات القاضي العادي، حيث بإمكان قاضي المظالم التصدي للمظلومة من تلقاء نفسه، وإحالة الخصوم على لجنة وساطة في بعض الأحيان لحل النزاع

521- انظر، ابن قدامة: المغني، 14/121.

522- انظر، ابن قدامة: الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1997، 6/88.

523- يرى البعض أن جهات القضاء ثلاثة وهي القضاء العادي وقضاء المظالم وقضاء الحسبة،-كما ذهب إلى ذلك الدكتور محمد الزحيلي في كتابه التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 42. غير أن الحسبة لا تعتبر من قبيل القضاء، فهي لا تعدو أن تكون وظيفة إدارية من وظائف الدولة، ومتوليها لا يعتبر قاضياً.

524- انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 317 وما بعدها. ومحمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 43.

عن طريق الصلح، وله أن يستدعي ما يشاء من الشهود، ويحكم بعلمه الشخصي بروح العدل والإنصاف⁽⁵²⁵⁾.

وعرف الإسلام أيضا نظام الإثبات⁽⁵²⁶⁾ بالشهادة والإقرار⁽⁵²⁷⁾ واليمين والقرائن والإثبات بعلم القاضي وبالكتابة والمعينة والخبرة. ففي الحدود لا يجوز التنازل عنها أو تشديدها أو تخفيفها لتعلقها بالمصلحة العامة، بينما يجوز التنازل عنها في جرائم القصاص؛ لأنها تتعلق بمصلحة الأفراد، ويقابل هذا التشديد وجوب الإثبات بوسائل معينة، وتوفر الشروط الخاصة بذلك، مما يضيق تطبيقها بشكل كبير، فكل شبهة تكون في مصلحة المتهم، ويتعين درأ الحدود بالشبهات، لقوله ﷺ: "ادرعوا الحدود بالشبهات"⁽⁵²⁸⁾، وهو مماثل ما يعرف في الأنظمة الجزائية أن الشك يفسر لصالح المتهم⁽⁵²⁹⁾.

فمن أهم التدابير والأحكام التي عرفها النظام القضائي الإسلامي والمؤسسة على قاعدة الاستصلاح، والتي تمثل إجراءات تنظيمية في المجال القضائي ما يلي⁽⁵³⁰⁾:

أ- إنشاء قضاء المظالم في الماضي لتحقيق الغاية التي أسس لأجلها القضاء الإداري في عصرنا الحاضر، وهي التظلم من أعمال السلطات الحاكمة والولاية، والانتصاف للأفراد منها إذا جارت عليهم بسلطاتها.

ب- تنظيم سجلات ومحاضر للقضاة تدون فيها وقائع المحاكمات والشهادات والأحكام للتوثيق وصيانة الحقوق ومنع التلاعب في الإثبات مما لم يكن موجودا في العصر الأول.

ج- تخصيص القضاة اليوم من حيث الموضوع، بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه، وذلك كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين، والمحاكم الحقوقية

525- انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 112 وما بعدها.

526- انظر تفصيل طرق الإثبات عند محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 335 وما بعدها.

527- تختلف الشهادة عن الإقرار، فالشهادة إخبار بحق للغير على الغير، والإقرار إخبار للغير على المقر. أنور العمروسي: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ص 134.

528- البيهقي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم 1757، ولفظه "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم". السنن الكبرى، 413/8. هذه القاعدة نبوية، ولا بد في الشبهة التي تدرأ الحد أن تكون قوية، فإن كانت ضعيفة يصعب على العقل تصديقها أو دلت القرائن على توهينها فإنها لا تكون معتبرة في درأ الحد. انظر، محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، مصر، ط1، 1997، ص 68.

529- المتهم إن كان بريئا لم تجز عقوبته اتفاقا، واختلفوا في عقوبة المتهم له على قولين، أحدهما يعاقب صيانة لتسلط أهل الشر، والعدوان على أعراض الأبرياء. انظر، ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 101.

530- انظر، مصطفى الزرقا: الاستصلاح والمصالح المرسله، ص 52.

للنظر في دعاوى الحقوق المالية، إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية، وكثرة الدعاوى والأنظمة وحاجتها إلى الأخصاء في العلم والاختصاص في توزيع العمل.

د- جعل القضاء والمحاكم اليوم على درجات، بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جوراً أو خطأً، فتكون مهمة الهيئة الأعلى التأكد من سلامة أحكام الهيئة الأدنى⁽⁵³¹⁾.

هـ- منع القضاة بأمر السلطان وفتاوى الفقهاء من سماع الدعاوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً بلا عذر، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق، وفي إثباته بعد التقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها⁽⁵³²⁾. وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية التقادم، أو مسألة مرور الزمان التي أقرها متأخرو الفقهاء وصدرت بها الأوامر السلطانية وفتوى الفقهاء في العهد العثماني.

ثانياً: الاختصاص القضائي

كان النظر القضائي في الصدر الأول من تاريخ الإسلام في الحدود والقصاص والجروح محصوراً بالخليفة أو الوالي لأهميتها، وكان قرار التعيين يبين للقاضي مجال اختصاصه، ففي بعض الأحيان يقتصر عمل القاضي على الفصل في قضايا الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما، وأحياناً أخرى يتحدد عمله في البت في مسائل العقود والمعاملات، ثم يفوض النظر في الحدود والقصاص والجروح إلى قاضٍ آخر. وقد يعين الإمام أو الوالي عدداً من القضاة في بلد واحد، مع تخصيص كل منهم في نوع معين من الخصومات، أو في زمن معين، أو مكان معين من البلد، كما يجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة، أو قضية خاصة بين شخصين، أو واقعة محددة⁽⁵³³⁾.

ومن هنا ظهر الاختصاص القضائي⁽⁵³⁴⁾ بوجود عدد من المحاكم في زمن واحد، وفي مكان واحد، وتختلف أعمالها باختلاف أنواع التخصص زماناً ومكاناً وموضوعاً، وعموماً وخصوصاً، قال النووي: "ولو نصب (الإمام) قاضيين في بلد واحد، وخص كلاهما مكاناً أو زماناً أو نوعاً، جاز"⁽⁵³⁵⁾.

531- كما يمكن وجود محكمة عليا لمراقبة احترام مؤسسة الاجتهاد الجماعي، وتنظيمات الإدارة وأحكام المحاكم بما يكفل سيادة الشريعة على كافة القواعد والسلطات. جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 244-245.

532- الجدير بالتنبيه عليه هو أن الإسلام لا يمانع من أي تطور يحقق المصلحة ولا يتعارض مع نص من كتاب أو سنة وقد أوجد زمن عمر ديوان الجند لخصرهم وترتيب أعطياتهم وجمع القرآن في الصحف وكتب المصحف... الخ. كما اتخذ السجن ونحوه لما فيه مصلحة الأمة.

533- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 98.

534- يطلق فقهاء المسلمين على الاختصاص إطلاق اصطلاح التخصص. ويعني إسناد عمل من أعمال الدولة مما يترتب عليه فض المنازعات ودفع الخصومات إلى شخص من الأشخاص الذين لهم خبرة بالأحكام الشرعية، وجعل هذا العمل قاصراً على هذا الشخص

ثالثاً: أنواع الاختصاص القضائي

ظهر في التاريخ الإسلامي ثلاثة أنواع من الاختصاصات القضائية وهي:

أ- **الاختصاص المكاني:** وهو تقييد عمل القاضي في بلدة معينة أو ناحية منها، ولا تكون له الولاية على البلد الآخر أو الناحية الأخرى⁽⁵³⁶⁾.

ويتم هذا التخصيص بتعيين عدد من المحاكم في بلد واحد أو في بلدين مختلفين، وتحدد ولاية كل محكمة بأن تشمل بلدا كاملا، أو مدينة وملحقاتها أو جزءاً من بلد معين، ويكون اختصاصها شاملاً لجميع الحقوق ولكن في إطار ومكان معينين⁽⁵³⁷⁾.

قال الماوردي: "ويجوز أن يكون القاضي عام النظر، خاص العمل (أي المكان)، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد، أو في محلة منه، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده والحلة التي عينت له، وينظر بين ساكنيه والطارئين إليه"⁽⁵³⁸⁾. وقال ابن أبي الدم في جواز تولية قاضيين في بلد واحد⁽⁵³⁹⁾: "وهو جائز إن عين لكل واحد منهما عملاً مستقلاً من البلد، منفرداً به"⁽⁵⁴⁰⁾.

وقال ابن قدامة: "ويجوز (أي للإمام) أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل (المكان)، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه، ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل"⁽⁵⁴¹⁾.

ويترتب على تخصيص ولاية القاضي بالمكان أنه لا تكون للقاضي ولاية قضائية إلا في ذلك المكان، فله أن ينظر الخصومات فيه دون غيره من الأماكن؛ لأنه يعتبر معزولاً عن غير المكان الذي خصت به ولايته، ولو قضى في غير ما خصص لها من الأماكن كان قضاؤه باطلاً لا ينفذ؛ لأن القضاء

يتصرف فيه سواء كان حق التصرف مقيداً كما في الحدود (المقدرة شرعاً) أم غير مقيد كما في التعزيرات (تقديرها إلى الحاكم). انظر، عبد الحميد الشواري: قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 11.

535- الشريبي: مغني المحتاج، 4/507.

536- انظر، عبد العزيز خليل بديوي: القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص 34.

537- في حالة تنازع الاختصاص المكاني بأن تكون الدعوى بين مقيم في منطقة القاضي وبين آخر مقيم في منطقة أخرى، فالعبرة لمكان المدعى عليه عند الحنفية وبعض المالكية، والعبرة لمكان المدعي عند الجمهور من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية وأبو يوسف من الحنفية. انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 53.

538- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 97.

539- ابن أبي الدم: أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987، ص 57.

540- وعلة القائلين بالمنع بأن القاضيين يتعذر اتفاقهما في الرأي مما يؤدي إلى تعطل الفصل في الخصومات، بل تعذره، لكن لو أجاز ولي الأمر عند الاختلاف بين أكثر من ثلاثة قضاة الأخذ برأي الأغلبية لكان الجواز بالاتفاق. انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 56.

541- ابن قدامة: المغني، 14/89.

استنابة والقاضي نائب عن المولّي، والنائب لا يتعدى ما لا يستناب فيه، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء كما قال الماوردي⁽⁵⁴²⁾.

وأساس جواز تخصيص ولاية القاضي بمكان معين هو المصلحة، لذلك فإن الفقهاء لم يحددوا مساحة ذلك المكان الذي يجوز تخصيص ولاية القضاء، وهذا يعني أن الأمر متروك للمولّي فيخصص ولاية القضاء مكانيا بحسب الحاجة والمصلحة، وبحسب الظروف والأحوال.

والمصلحة والحاجة في الوقت الحاضر تستدعي تخصيص ولاية القضاء بالمكان، بحيث يكون القضاة موزعين على كل ولايات الدولة ونواحيها، ومن خلال ما قرره الفقهاء من جواز تخصيص ولاية القضاء بالمكان يتضح أن الفقهاء وإن لم يطلقوا على مكان القضاء لفظ "محكمة" كما هو في الوقت الحاضر، إلا أنهم قد عرفوا أساس ذلك من خلال تقييد القاضي في مكان معين⁽⁵⁴³⁾.

أما تعيين عدد من القضاة في مكان واحد من دون التحديد لاختصاص كل منهم، ففيه قولان للفقهاء⁽⁵⁴⁴⁾، قال الجويني: "واختلف الفقهاء في جواز نصب قاضيين في بلدة واحدة، على تقدير عموم ولاية كل واحد منهما في جميع التبعة، والأصح منع ذلك في القاضيين"⁽⁵⁴⁵⁾.

وقال ابن أبي الدم: "أما إن قلّد اثنين القضاء في بلد واحد كل منهما يقضي في جميع البلدين جميع أهلها، ومن يرد إليه، هل يجوز له ذلك؟ فيه خلاف مشهور وأصحهما الجواز والعمل عليه في الأمصار"⁽⁵⁴⁶⁾، ورجح النووي-رحمه الله-الجواز في الأصح⁽⁵⁴⁷⁾.

ب- الاختصاص الزماني: ويكون ذلك بوجود عدد من المحاكم تعمل كلها معا في مكان واحد، ولكن مع توزيع العمل بينها بالتناوب، فيعين قاض للنظر في أول النهار، ويعين آخر للنظر في آخر النهار، أو يعين قاض للقضاء في أيام معينة من الأسبوع وآخر في أيام أخرى⁽⁵⁴⁸⁾.

قال الماوردي: "ولو قال (الإمام): قلدتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز، وكان مقصور النظر فيه، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته قائمة لبقائها على أمثالها من الأيام، وإن كان

542- انظر، الماوردي: الحاوي الكبير، 14/16-15.

543- انظر، حمود محمد العزاني: تولية القاضي وحدود ولايته القضائية وانتهاؤها في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004، ص 169-170.

544- أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 25/13.

545- الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص 131.

546- ابن أبي الدم: أدب القضاء، ص 57.

547- الشربيني: معني المحتاج، 507/4.

548- انظر، عبد العزيز خليل بديوي: القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، ص 34.

ممنوع النظر فيما عداه من الأيام"⁽⁵⁴⁹⁾. ويترتب على التخصيص الزمني أن السلطان إذا قيد القاضي بزمان معين عليه أن يتقيد بذلك، فلا يجوز له أن يقضي قبل هذا الزمن أو بعده، فإذا فعل وقضى خارج الزمان المحدد له فإن قضاءه لا يعتد به؛ لأنه لا ولاية له⁽⁵⁵⁰⁾.

والفقه الإسلامي في نظره للاختصاص الزمني قد راعى جانب العدالة، حيث قيد القاضي في القضاء بمدة معينة يقضي فيها، ثم ترك له مجالاً من الوقت للبحث والنظر وطلب العلم حتى يكون في قضاؤه على بينة عندما يرجع للقضاء مرة أخرى⁽⁵⁵¹⁾.

ج- الاختصاص النوعي (الموضوعي): إن القاضي إما أن يكون عام النظر في جميع الحقوق وأنواع الخصومات في المعاملات والمناكحات والجنايات، وإما أن يكون خاص النظر في نوع معين منها، أو فئة خاصة دون غيرها، وذلك بتخصيص محكمة للحدود والقصاص والجروح مثلاً، ومحكمة للنظر في المعاملات والعقود والأموال، ومحكمة للزواج والطلاق والميراث وما يتعلق بها من أحكام الأسرة، ومحكمة للنظر في قضايا العقارات مثلاً، وجميع هذه الاختصاصات كانت موجودة في الدولة الإسلامية، طالما لا يوجد نص شرعي أو إجماع يمنع المولى من ذلك⁽⁵⁵²⁾.

كما يجوز إنشاء المحاكم في قضية معينة، وينتهي اختصاصها بانتهاء النظر فيها، كما يجري اليوم، وهو ثابت في سيرة الرسول ﷺ⁽⁵⁵³⁾.

وهناك اختصاص بنصاب أو مقدار من المال ومعناه؛ أن يخصص القضاء في الأموال بنصاب معين بالنسبة لقاض، والآخر بنصاب أكبر أو أقل، فيقضي في الخصومة وفي المنازعات التي لا تزيد قيمتها عن قدر محدد من المال، والآخر ما يزيد أو يقل عن تلك القيمة⁽⁵⁵⁴⁾.

و الاختصاص بالأشخاص ومعناه؛ تخصيص ولاية القاضي بالقضاء بين خصوم بعينهم، أو طائفة من الناس، بحيث يتقيد القاضي بالقضاء بينهم دون غيرهم، ولا ينفذ حكمه إلا على من تخصصت بهم

549- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 98. وقد ذهب بعض الباحثين وبعض الفقهاء القدامى إلى أن التخصيص بالزمان يعني أن يقيد السلطان القاضي في قضاؤه بأيام معينة في الأسبوع أو الشهر، كأن يقول له: قلدتك القضاء في أيام معلومة من كل أسبوع، فهذا لا يعد اختصاصاً بالمعنى المقصود، وإنما هو تنظيم لممارسة القضاء لتعدد القضاة، فيعهد لأحدهم بالقضاء في أيام معينة وللآخر أياماً غيرها.

550- الماوردي: الحاوي الكبير، 18/16. وانظر، علاء الدين علي إبراهيم أحمد: قواعد الاختصاص القضائي-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- رسالة ماجستير- كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1996، ص 356.

551- انظر، علاء الدين علي إبراهيم أحمد: قواعد الاختصاص القضائي-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 360.

552- انظر، محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، 54. وعبد العزيز خليل بديوي: القضاء في الإسلام وحمية الحقوق، ص 34-35. وحمود محمد العزاني: تولية القاضي وحدود ولايته القضائية وانتهائها في الشريعة الإسلامية، ص 173.

553- انظر، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 98. ومحمد الزحيلي: التنظيم القضائي، ص 142.

554- الماوردي: الحاوي الكبير، 20/16. وانظر، رشدي شحاتة أبو زيد: انزعال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، ص 115.

ولايته⁽⁵⁵⁵⁾، ويمثل الفقهاء لذلك التخصيص بأن يجعل المولّي ولاية القضاء خاصة بالمقيمين من أهل البلدة فقط، أو بالأجانب فقط، أو بالنساء دون الرجال أو العكس⁽⁵⁵⁶⁾.

وكذا الاختصاص بالاستثناء ومعناه؛ أن تكون ولاية القاضي مقيدة تمنعه من سماع بعض الخصومات أو خصومة بعينها⁽⁵⁵⁷⁾.

وخلاصة ذلك أنه يمكن أن يتخصص القضاء بالمكان فتكون ولاية القاضي قاصرة على مكان محدد، كما يمكن أن يتخصص بالموضوع، بحيث تكون مهمة القاضي قاصرة على أنواع معينة من الأفضية كالمعاملات المالية أو الأفضية الجزائية، أو مسائل الأسرة.

كما يمكن أن يختص نوع من المحاكم بالنظر في النزاع بين الأفراد والسلطة، وهو ما يعرف بالمحاكم الإدارية⁽⁵⁵⁸⁾.

المطلب الثالث: مبادئ القضاء وخصائصه في الفقه الإسلامي

يختص القضاء في الإسلام بمبادئ فريدة، ويمتاز في التنظيم والتطبيق العملي في ظل الدولة الإسلامية بخصائص كثيرة تميزه عن غيره من الأنظمة القضائية الوضعية، مما يؤكد سموه، ويؤكد سيره في إقامة الحق والعدل بين الناس، ويضمن استقامته، ويكفل تنفيذه، وفيما يلي عرض لأهم مبادئه الأساسية التي يقوم عليها أولاً، ثم التعرّيج بالذكر لأهم خصائصه المميزة له، وذلك من خلال المطالب الآتية:

الفرع الأول: المبادئ الأساسية للقضاء في الفقه الإسلامي

مما لا شك فيه أن ولاية القضاء من أهم الولايات شأنها وأعظمها أثراً وأعلىها مرتبة في المجتمع الإسلامي لما لها من دور هام في استقرار مبادئ العدل بين أفرادها مما يحقق لهم الأمن والاطمئنان في حياتهم. ومما لا ريب فيه أن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القضاء في الإسلام تكفل كل هذا للفرد والمجتمع، وتقع مسؤولية تجسيدها على عاتق الدولة التي يتأكد في حقها الفصل بين السلطات وعلى القاضي في نزاهته وكفاءته وحياده. وهذه المبادئ هي كالآتي:

555- الماوردي: الحاوي الكبير، 15/16.

556- انظر، حمود محمد العزاني: تولية القاضي وحدود ولايته القضائية وانتهاؤها في الشريعة الإسلامية، ص 175.

557- انظر، حمود محمد العزاني: تولية القاضي وحدود ولايته القضائية وانتهاؤها في الشريعة الإسلامية، ص 176.

558- جدير بالذكر أن نشأة المحاكم الإدارية في فرنسا كان بقصد حماية الإدارة من الخضوع للقضاء العادي، بينما قضاء المظالم نشأ في التاريخ الإسلامي لحماية الأفراد من طغيان الإدارة، والخشية من عدم تمكن القضاء العادي من إجبار الإدارة على احترام الشرعية. جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 245.

أولاً: استقلال القضاء

يقصد باستقلال القضاء: هو أن يكون القضاة أحراراً في البحث عن الحق والعدل دون أن يكون هناك تأثير من سلطة أو ضغط من حاكم أو تدخل من ذوي النفوذ وألا يخافوا في الله لومة لائم. واستقلال القضاة يحتم ويستوجب ألا يتدخل في اختصاصات القاضي أية سلطة بحيث يكون القاضي حراً في قضاؤه دون توجيه أو تعديل أو توقيف، وهذا ما يسمى بالاستقلال الوظيفي، كما يتطلب عدم مخالفة الشروط والصفات المطلوبة في اختيار القضاة، والالتزام بها، وعدم العمل على عزل القضاة، وهذا يسمى باستقلال القضاة من الناحية العضوية⁽⁵⁵⁹⁾.

وكذلك يقصد باستقلال القضاء هو أن يكون القضاة آمنين على أنفسهم وعلى مقومات حياتهم يعيشون في مأمن من كيد رجال الإدارة أو الأفراد لهم⁽⁵⁶⁰⁾.

وقد تولى رسول الله ﷺ القضاء بنفسه ولم يخصص رجالاً لذلك، ولما اتسعت الدولة الإسلامية نسبياً أسند القضاء لبعض ولاته، كما أذن لبعض أصحابه بالنظر في بعض القضايا مع حضرته أو في مكان آخر⁽⁵⁶¹⁾. وأظهر ما يمتاز به القضاء في عهده ﷺ هو حرية القاضي في قضاؤه؛ لأنه ﷺ عندما ولى غيره القضاء لم يقيد بشيء معين، وظل الأمر كذلك في عهد الخليفة أبي بكر الصديق وفي عهد الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- تم فصل القضاء عن الولاية، وذلك لاتساع الدولة الإسلامية وتشابك العلاقات بين الناس، حيث أصبحت وظيفة الفصل في الخصومات بين الناس من اختصاص القضاة.

وظل القضاة في الإسلام مستقلين عن أي مؤثر سواء من قبل رجال السلطة التنفيذية أو غيرهم من ذوي النفوذ أو الأقارب، وقد أورد المؤرخون الكثير من الشواهد الدالة على ذلك⁽⁵⁶²⁾.

ولتحقيق استقلال القضاء لا بد أن يتوفر فيه أمران:

أولاً: يجب أن يكون القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث، وليس مجرد وظيفة يتولاها الحاكم.

ثانياً: تحرر أفراد القضاء أثناء قيامهم بمهامهم من أي تدخل بوعده أو وعيد أو إشراف أو رقابة، ويمارسون واجبه دون تدخل أي جهة أخرى⁽⁵⁶³⁾، بل ويجب أن تكون السلطة القضائية هي أعلى السلطات في الدولة؛ لأنها حاکمة على جميع الأفراد دون استثناء بما فيهم رئيس الدولة نفسه⁽⁵⁶⁴⁾.

559- انظر، محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 581 وما بعدها.

560- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ط1، 1982، ص 45.

561- انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 22.

562- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ط1، 1982، ص 46.

ثانياً: مبدأ الحياد

يقصد بالحياد أن يكون القاضي بعيداً عن التحيز والمحاباة لفريق دون فريق، أو خصم دون آخر مطبقاً القوانين على جميع الناس على حدّ سواء، بعيداً عن الانتماء والميول السياسية⁽⁵⁶⁵⁾.

وقد أوجب الإسلام على القاضي الالتزام بالحيادة والحكم بالحق، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾⁽⁵⁶⁶⁾، ففي هذه الآية: يوصي الله تعالى الحكام أن يحكموا بين الناس بالحق المتزل من عنده ولا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله.

وقوله تعالى ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾⁽⁵⁶⁷⁾، وفي هذه الآية أمر من الله - عز وجل - بالحكم بالعدل بين الناس، وهي خطاب لمن بيده الحكم في أمور الناس.

ومن السنة النبوية: ما روته أم سلمة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: "من بلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ولا يرفع صوته إلى أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر"⁽⁵⁶⁸⁾.

ففي الحديث دلالة على أنه ينبغي للقاضي أن يعدل في حكمه وأن يساوي بين الخصمين، ولا يحكم على أحدهما حتى يسمع من الآخر بحياد تام دون ميل أو تأثر بالعاطفة، وأن يعدل بينهما في لفظه ولفظه ومجلسه ودخولهما عليه⁽⁵⁶⁹⁾. ومن أهم العناصر المؤثرة في الحياد والمحققة لاستقلال القضاء:

1- ألا يصدر القاضي حكمه متأثراً بعواطفه، ولا متأثراً باعتبارات وضغوط خارجية. وألا يخضع للتيارات الفكرية والعقدية الموجودة في المجتمع.

2- ألا تؤثر تجربته الخاصة في محاباة خصم دون خصم. وأن يجيد بأفكاره ومعتقداته الشخصية حتى لا يؤيد خصماً على آخر، وأن لا يخضع لقوة الرأي العام وخاصة وسائل الإعلام المختلفة.

563- يعد استقلال القضاء ضرورة لا بد منها لحماية سيادة القانون والحرص على تأكيده وحمائه، وهو أداة لتحقيق العدل في المجتمع وضبط مساره، واستقلال القضاء لا يستمد وجوده من النصوص التشريعية فحسب، وإنما يستمد وجوده من هدف القضاء الذي ينبع من العدالة المطلقة منذ بدء الخليقة في النفس البشرية والتي ترفض بطبيعتها الظلم والقهر والظيم وتترقب إلى العدل. انظر، فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، دار المنظمة العربية، القاهرة، ط1، 1977، ص 8.

564- انظر، فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ص 16 وما بعدها.

565- انظر، فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ص 16 وما بعدها.

566- سورة ص: الآية 26.

567- النساء: الآية 58.

568- الدارقطني: كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، حديث رقم 4466. سنن الدارقطني، 366/5.

569- البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 707.

3- ألا ينحاز لمذهب سياسي، وألا يأتى بما تصدره الدولة من أوامر لتنفيذها إذا خالفت مبدأ استقلاله وحياده⁽⁵⁷⁰⁾. وبناء على هذه المؤثرات يترتب على حياد القاضي نتيجتان:

الأولى: أن يكون القضاء محايداً فلا يستطيع بطابع سياسي أو عقائدي أو مذهبي، فلا يجوز للقاضي أن ينحاز للأحزاب السياسية؛ لأن ذلك يتنافى مع حياده، ويجعله ينتصر لرأيه السياسي ويلزمه، مما يؤدي إلى فقدانه الحياد والاستقلال.

الثانية: أنه لا يجوز للقضاة أو المحاكم إبداء الآراء والميول السياسية في الحكم؛ لأن طبيعة القضاء تقتضي ارتفاعه فوق الخصوم، وفصله في المنازعات بجرية⁽⁵⁷¹⁾.

ثالثاً: علانية الجلسات

الواقع أن هذا المبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، فالأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية؛ وهو ما يتفق عليه جميع الفقهاء المعاصرين⁽⁵⁷²⁾، وهو مقرر أيضاً في أقوال كبار المجتهدين الأولين.

فقد اتجه الفكر الإسلامي منذ وقت مبكر إلى ضرورة المحاكمة العلنية، حيث صرح الشافعي بأن الحكم لا يكون إلا علانية⁽⁵⁷³⁾، كما صرح بذلك ابن فرحون بقوله عن القاضي ومسلكه مع الخصوم: "ولا يساررهما جميعاً ولا أحدهما فإن ذلك يجرتها عليه، ويطمعها فيه، وما جرّ إلى التهاون بحدود الله فممنوع"⁽⁵⁷⁴⁾.

ويعلل ذلك بقوله: "لأن الحكم لا يكون إلا بالإعلان"⁽⁵⁷⁵⁾. ولهذا الأصل تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي⁽⁵⁷⁶⁾.

570- انظر، محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1976، 27/1.

571- انظر، فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، 20-23.

572- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 252.

573- الشافعي: الأم، 487/7. وقال الشافعي في موضع آخر من كتابه الأم، وفيه ما يدل على العلانية: "أحب أن يقضي القاضي في موضع بارز للناس لا يكون دونه حجاب، وأن يكون متوسطاً للمصر، وأن يكون في غير المسجد، ليكثر من يغشاه لغير ما بنيت له المساجد". الأم، 490/7.

574- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 32/1.

575- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 32/1.

576- من تطبيقات مبدأ علنية القضاء في الفقه الإسلامي، اتخاذ المسجد والأماكن العامة مجلساً للقضاء، والنهي عن القضاء في الدار، والنطق بالحكم في الجلسة وبصورة علنية. انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 253 وما بعدها. وقد حكي القول بالكراهة في اتخاذ المسجد مكاناً للحكم، ومن قال بذلك ابن المسيب، وعن أبي حنيفة أنه لا يكره إلا في المسجد الأعظم، وقال الشعبي ومالك وأحمد وإسحاق لا يكره. أبي الحسين العمري: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 38/13. جاء في المدونة للإمام مالك: "القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم". 13/4.

ويعني مبدأ علانية الجلسات أن يتم نظر الدعوى والمرافعة فيها في جلسات مفتوحة للجميع يكون لكل شخص الحق في حضورها، وأن يصدر الحكم في جلسة علنية وأن يسمح بنشر ما يحدث في الجلسات من مناقشة، وأن يسمح بنشر الأحكام التي تصدر.

وهذه العلانية تضمن حق الجمهور في الاطلاع على ما يدور داخل المحاكم، وتبعث في نفوس الناس الطمأنينة إلى عدالة القضاء، وتحث القضاة على الاهتمام والعناية بأعمالهم⁽⁵⁷⁷⁾.

رابعاً: المساواة أمام القضاء

يقصد بمبدأ المساواة أمام القضاء: المساواة بين جميع الناس في حماية حقوقهم المشروعة وإعطاء كل إنسان الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه، ودفع ما يقع عليه من اعتداء، ويكون هذا الحق مقرراً لجميع المواطنين على السواء لا فرق في ذلك بين أبيض وأسود ولا بين عربي أو أعجمي، فلا تمييز بين الناس في حق اللجوء إلى القضاء بسبب الجنس أو الدين أو اللون أو اللغة، فالكل أمام القضاء سواء⁽⁵⁷⁸⁾.

ولقد اهتم الإسلام بمبدأ المساواة في القضاء اهتماماً عظيماً، واعتبره أساساً من الأسس المتينة التي تبنى عليها قواعد العدالة وأصول الحق، ذلك أن مبدأ المساواة يبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين. كما اهتم الفقه الإسلامي بمبدأ المساواة بين الخصوم اهتماماً كبيراً أيضاً، وأولوه عناية فائقة من البحث والدراسة والشرح، ووضعوا لذلك قيوداً وضوابط يلتزم بها القاضي في قضاؤه بين الخصوم⁽⁵⁷⁹⁾.

خامساً: مجانية القضاء

يقصد بمبدأ مجانية القضاء أن القضاة لا يتناولون أجراً من الخصوم مقابل الفصل في منازعاتهم، وإنما يؤدون مهامهم لقاء مرتبات تدفعها لهم الدولة شأنهم في ذلك شأن سائر العاملين في الدولة⁽⁵⁸⁰⁾. وإن الهدف والحكمة من المجانية هو حيادة القضاء، وكفالة نزاهته حتى لا يحمل القضاة على المساومة أمام الخصوم هذا من جهة، ومن جهة أخرى للإعلام بأن القضاء ولاية من ولايات الدولة لا يجب المساس بسلطاته من قبل الأفراد، فيمتنع على الأفراد أن ينصبوا من أنفسهم قضاة للفصل بين الناس، ولقد أدرك الإسلام هذا المبدأ فقررّه وصانه وحماه⁽⁵⁸¹⁾.

577- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 251 وما بعدها.

578- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 51.

579- الرافعي: الشرح الكبير، 493/12. و انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 301 وما بعدها.

580- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 161 وما بعدها.

581- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 53.

وقد نص بعض الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على مبدأ المجانية فذهبوا إلى أن من تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز له أن يأخذ عليه رزقا؛ لأنه فرض تعين عليه، فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة⁽⁵⁸²⁾، وقالوا أيضا: فإن لم يتعين عليه، فإن كانت له كفاية كره أن يأخذ عليه الرزق؛ لأنه قرينة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة⁽⁵⁸³⁾. فجاءت نصوص الفقهاء صريحة في أن القضاء لا بد أن يكون بالمجان لمن تعين عليه وعنده الكفاية، قال ابن فرحون: "لأن ذلك أبلغ في المهابة وأدعى للنفوس إلى اعتقاد التعظيم والجلال"⁽⁵⁸⁴⁾.

وتعتبر هذه الصورة ناطقة ومعبرة أجمل تعبير على تقرير مبدأ مجانية القضاء عند المسلمين منذ الصدر الأول للإسلام، كما تقرر بوضوح أسبقية الإسلام على غيره من النظم في إرساء هذا المبدأ، حتى الذين قالوا بجواز أخذ الأجرة على القضاء، قالوا لا بد أن يكون بالمجان، بمعنى أن تكون أجرة القضاة من بيت مال المسلمين؛ لأنه من المصالح العامة⁽⁵⁸⁵⁾، وأنه لا يجوز أن يأخذ أجرته من الخصوم ولا من المال الخاص للإمام، ولا من مال الموسرين الأغنياء ولا من مال الأوقاف واليتامى. أما الرسوم القضائية التي يدفعها الخصوم عند رفع الدعوى فليست من قبيل أجرة القاضي، بل تؤخذ لتغطية بعض ما تتحمله الدولة من أعباء جانبية في القضاء نفسه⁽⁵⁸⁶⁾.

582- الرافي: الشرح الكبير، 12/458.

583- انظر، ابن أبي الدم: أدب القضاء، ص 57-58. ابن قدامة: المغني، 14/9-10.

584- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 1/23.

585- كان أبو حنيفة لا يرى بأسا أن يأخذ القاضي رزقا على القضاء، وكانت لمن كره أخذ الأجر على القضاء من الحجة أن قال: القضاء إنما هو أمر معروف ونهي عن منكر، فكما لا يجوز لمن أمر بمعروف ونهي عن منكر أن يأخذ على فعله أجرا، فكذلك القاضي لا يأخذ على فعله أجرا. وكما لا يجوز لمفتي أن يأخذ على فتيا له أجرا لأنه يأمر بحق وينهى عن باطل، فكذلك القضاء. وكانت الحجة لمن أجاز ذلك أنه قال: أن العامل على الصدقة قد أوجب الله له رزقا وجعل له سهما، وقد قام بفرض من فروض الله وكذلك القاضي، وهو فعل الخلفاء الراشدين ومن بعدهم الصحابة. انظر، أبو المهلب هيثم بن سليمان القيسي: أدب القاضي والقضاة، تحقيق، د. فرحات الدشراوي، الشركة التونسية للتوزيع، (دط، دت)، ص 19-20.

586- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 172-173 وما بعدها.

سادسا: حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم

يقصد بحصول الإجراءات في مواجهة الخصوم أن كل إجراء من إجراءات الخصومة يتخذه أحد الخصوم يجب أن يكون في مواجهة الطرف الآخر في الخصومة، ويجب إخبار كل خصم بما يجريه الخصم الآخر حتى يتمكن من الرد على خصمه حماية لمصلحته، ويعطي هذا المبدأ للخصم فرصة للرد على كل ادعاء يوجه إليه إن كان لديه رد، كما يكفل حقه في مناقشة الخصم في دفاعه، ومن ثم فلا يؤخذ خصم على غرة وهو أمام القضاء⁽⁵⁸⁷⁾.

وقد سار الفقه الإسلامي على أن الأصل في القضاء هو مواجهة الخصوم بإجراءات الدعوى، وأنه لا يجوز أن يسمع القاضي البينة أو الشهادة أو غير ذلك من الإجراءات إلا بحضور الخصم الآخر⁽⁵⁸⁸⁾، ويترتب على ذلك:

- أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم دون أن يسمع طرفي الخصومة في مجلس الحكم، وبين يدي القاضي حتى يتمكن من معرفة الحقيقة⁽⁵⁸⁹⁾.

- لا بد من أن يمكن الخصم من الاطلاع على الأوراق والمستندات والوثائق التي يقدمها خصمه⁽⁵⁹⁰⁾.

- ألا يقضي القاضي بعلمه بل يعتمد على أدلة الإثبات التي يقدمها الأطراف، وأنه لا بد من ترفع الخصوم أمامه والإدلاء بحججهم وما لديهم من وسائل الإثبات⁽⁵⁹¹⁾.

587- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 4/535. ومحمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 293 وما بعدها.

588- وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في الحكم على الغائب فمنعه الحنفية، وأجازة الجمهور إذا كان الغائب بعيدا أو امتنع المدعى عليه عن الحضور، وتعد حضوره بنائب عنه. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/472. قال الصنعاني: "القضاء على الغائب في حقوق الأدميين دون حقوق الله تعالى بالاتفاق حتى لو قامت البينة على الغائب بالسرقة مثلا حكم بالمال دون القطع، والقضاء على الغائب فيه خلاف، فأجازة مالك والشافعي والليث وجماعة، وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة لا يقضي على الغائب مطلقا. وشرط القضاء -عند الجمهور- أن يكون غائبا عن البلد أو مستترا لا يقدر عليه". الصنعاني: العدة على أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، تحقيق علي بن محمد الهندي، المكتبة السلفية، القاهرة، ط2، 1988، 4/429. وقال ابن قدامة: "فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور، فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم". المغني، 14/96. قال البهوتي في الحكم على الغائب: "حتى يحضر مجلس الحكم لأنه يمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبله". الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 714.

589- الرافعي: الشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 12/495.

590- انظر، ابن قدامة: المغني، 14/69.

591- انظر، أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة الحلبي، ط2، 1973، ص121.

- إعلان الخصم وإحضاره ولو بالقوة، قال ابن جزى: "فإن كان في البلد أو بمقربة منه أحضره القاضي بخاتم أو كتاب أو رسول.. وإن تغيب لغير عذر أحضره بالقوة"⁽⁵⁹²⁾، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁹³⁾.

سابعاً: حرية الدفاع والمناقشة

يقصد بمبدأ حرية الدفاع والمناقشة إعطاء فرصة كافية لكل خصم ليؤدي وجهة نظره أمام القضاء فيما قدمه هو أو قدمه خصمه من ادعاءات. وضماناً لهذا الحق يجب على القاضي أن يستمع إلى أقوال الخصوم خلال المرافعة ولا يقاطعهم أثناء إبداء طلباتهم، أو دفعهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى و تجاوزوا حدود الدفاع المقررة، أو وجه بعضهم لبعض سباً أو طعن بعضهم في حق شخص أجنبي عن الدعوى، كما يجب على القاضي أن يمهّل الخصوم للحصول على أوراق أو مستندات تكون نتيجة في الدعوى المقامة إذا طلب أحدهم ذلك⁽⁵⁹⁴⁾.

ومبدأ حرية الدفاع والمناقشة ضمانات هامة من ضمانات العدالة، ذلك أن القاضي إذا تأنى في إصدار حكمه حتى يسمع كلام كل الخصوم فهو أحرى أن يتبين له وجه القضاء، ولا يكون لواحد من الخصوم عذر بعد الحكم⁽⁵⁹⁵⁾. ومن مظاهر هذا المبدأ في الفقه الإسلامي الإمهال والتأجيل لكل من المدعي والمدعى عليه، ما قاله الفقهاء من أنه ينبغي على القاضي أن يوسع على الخصوم ويمهلهم وأن لا يضيق عليهم في المدة⁽⁵⁹⁶⁾، ولا يتعجل بالحكم، ويعطيهم الوقت الكافي لتمكين أطراف النزاع من تهئية حججهم ودفعهم، وبسط ادعاءاتهم وتدعيمها بالحجج القوية⁽⁵⁹⁷⁾.

ثامناً: تعدد درجات التقاضي

592- ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، عالم الفكر، القاهرة، ط1، 1985، ص 306.

593- انظر، الماوردي: الحاوي الكبير، 301/16-302. الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 6/144-145.

594- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 58.

595- هذا المبدأ أوسع وأشمل من المبدأ السابق (حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم) ويكمله، فالأخير يتطلب حضور المدعى عليه أو نائبه مجلس القضاء ليكون على علم بما يتخذ ضده من إجراءات، بينما الأول يتطلب إعطاء الخصم بعد حضوره فرصة لإبداء وجهة نظره وأسانيدها.

596- ابن قدامة: الكافي، 6/122.

597- وقد ابتكر المالكية مظهراً آخر من مظاهر حرية الدفاع وهو الإعذار، ويعني: سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه؟ فقالوا: الإعذار واجب والحكم بدون باطل فينقض ويستأنف، فهو شرط صحة على المذهب، لكن الإعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط، وتمام النظر، فإن الإعذار في شيء ناقص لا يفيد شيئاً. فإذا حكم القاضي على من توجه عليه الحكم من غير إعذار ثم وجد المحكوم عليه حجة فله القيام بما. انظر، ابن فرحون: تبصرة الحكام، ص1/132. الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992، 6/131.

يقصد بمبدأ تعدد درجات التقاضي أن الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى لا يكون انتهائياً إلا بعد مرور مدة معينة، يسمح في خلالها للخصم الذي خسر الدعوى بالطعن في الحكم أمام محكمة من الدرجة الثانية، حيث تطرح الدعوى أمامها من جديد لتفصل فيه بحكم انتهائي . وهذا المبدأ يخالف مبدأ التقاضي على درجة واحدة، حيث يكون الحكم الصادر من المحكمة نهائياً من حين صدوره، و لكل من النظامين -التقاضي على درجتين و التقاضي على درجة واحدة- مزاياه و تعتبر مزايا كل نظام عيوباً أو انتقادات توجه للنظام الآخر⁽⁵⁹⁸⁾. فمن مزايا نظام التقاضي على درجتين أنه يعطي فرصة لتدارك ما قد تقع فيه محكمة الدرجة الأولى من الأخطاء، أو ما يشوب أحكامها من عيوب، حيث تتكون محكمة الدرجة الثانية من قضاة أكثر عدداً وأوفر خبرة من قضاة محكمة الدرجة الأولى، كما أن هذا النظام يبعث قضاة محاكم الدرجة الأولى على الاهتمام بدراسة الموضوع وتدقيق الأسباب، والتأني في إصدار الأحكام؛ لأن القاضي حين يعلم أن حكمه يمكن أن يعاد فيه النظر، وأن تناقش حيثياته ومنطوقه يجعله دقيقاً في تحديد الأسباب⁽⁵⁹⁹⁾. كما أن نظام التقاضي على درجتين يعطي الخصم فرصة لتعديل مسار دفاعه إذا تبين له أن خصمه كان ألحن بحجته منه، ولتكملة ما فاتته من نقص في الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى⁽⁶⁰⁰⁾.

تاسعا: القاضي الفرد وتعدد القضاة

يقصد بمبدأ القاضي الفرد أن تعرض الخصومة على محكمة مشكلة من قاض واحد يقوم بمفرده بدراستها وتحقيقها والفصل فيها. وأما نظام تعدد القضاة فيقصد به أن تعرض الخصومة على محكمة مشكلة من عدة قضاة يقومون بدراستها وتحقيقها والفصل فيها، ولكل من النظامين القاضي الفرد وتعدد القضاة مزاياه التي تعتبر عيوباً في النظام الآخر.

فمن مزايا نظام القاضي الفرد أنه أدعى للشعور بالمسؤولية من ناحية القاضي، فهو الذي يصدر الحكم وينسب إليه ويتحمل مسؤوليته مما يدعوه إلى الاجتهاد في بحث الموضوع، والثروي في إصدار الحكم، كما يقلل من نفقات الدولة على القضاء، ويحقق سرعة الفصل في المنازعات، ذلك أن نظام

598- فمن مزايا نظام التقاضي على درجة واحدة أنه يؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات وتقصير مدة الخصومة وتوفير النفقات، كما أنه يبعث الثقة بين المتقاضين في أحكام المحاكم، ذلك أن عرض النزاع على محكمة ثانية من شأنه أن يزعزع ثقة الناس في الحكم الأول، لا سيما إذا اختلفت آراء القضاة واتجاهاتهم.

599- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 61-62.

600- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 215 وما بعدها.

القاضي الفرد يمكن من توزيع القضاة ونهوض كل واحد منهم بعدد معقول من القضايا⁽⁶⁰¹⁾. وأما مزايا نظام التعدد فهو يمثل ضمانا من ضمانات العدالة، حيث يعطي لدراسة الموضوع من وجهات نظر متعددة، ويمكن من ملاحظة جميع جوانبه، فيصدر الحكم بعد البحث والتمحيص أقرب ما يكون إليه إلى الصواب، كما أنه يدفع احتمال التحيز؛ لأنه إذا أمكن تصور تحيز القاضي لشخص ما فلا يتصور تحيز مجموعة من القضاة لذات الشخص، وأيضا فإن تعدد القضاة يساهم في تحقيق استقلال القضاء، ذلك أن الحكم يصدر باسم هيئة منسوبا إليها مجتمعة ليكون القضاة في أمان وحرية في إبداء رأيهم وإصدار حكمهم⁽⁶⁰²⁾.

الفرع الثاني: خصائص القضاء الشرعي

يتميز القضاء في الإسلام بمميزات وخصائص تجعله غاية في التزاهة لإحقاق الحق وتثبيت قواعد العدالة مما يبعث في نفس المتقاضين الطمأنينة، ويجعل القاضي على قدر كبير من الورع والتأني عند إصدار الحكم، ذلك أن مصدر قواعد القضاء مستمدة أساسا من أحكام الشريعة الإسلامية التي ترتب جزاءات دنيوية وأخروية لشرف المهنة وخطرها في آن واحد. وأهم هذه الخصائص ما يلي:

أولا: الاعتماد على العقيدة

يتميز نظام القضاء في الإسلام عن غيره من الأنظمة القضائية الوضعية باعتماده على العقيدة الإسلامية، ويظهر ذلك عند اختيار القاضي أو عند رفع الدعوى من المدعي، أو في معاملة القاضي للخصوم في أثناء النظر في الدعوى، أو في الإثبات بالشهادة واليمين والإقرار والكتابة، فالشريعة تشارك القوانين الوضعية في الاعتبار القضائي-من حيث الظاهر- وتمتاز عنها وتنفرد بالاعتبار الدياني-من حيث الواقع والحقيقية- مع وجود المعنى الروحي وأساس فكرة الحلال والحرام، والشواب والعقاب التي تقوم عليها العقيدة الإسلامية، والتي تجعل الوازع الديني مراقبا للمسلم في حياته عامة، وفي القضاء والدعوى والإثبات والأحكام خاصة. لذلك تستند أحكام الفقه الإسلامي إلى دعامة متينة وهي العقيدة أو الوازع الديني. وقد حرص الإسلام على غرس العقيدة قبل التكليف بالأحكام؛ لأنها الحامي والضامن لصحة التنفيذ وحسن السلوك، والبعد عن الانحراف وهي الرقيب في الطاعة الحقيقية على مستوى الممارسة والتطبيق، وللعقيدة تأثير على الفرد من خلال أدائه الحقوق طواعية من دون

601- بينما في نظام تعدد القضاة يصدر الحكم منسوبا إلى هيئة لا إلى فرد مما يدعو كل واحد منهم إلى الاعتماد على غيره، كما أنه لا يمكن من توزيعهم بل يجتمعون في مكان واحد وينهضون جميعا بعدد قليل من القضايا مما يكون سببا في تراكم القضايا، وإطالة مدة التقاضي.

1- انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، 68.

تعسف، كما لها تأثير على القاضي في تعيينه، ومعاملة الخصوم و تطبيق الشرع و إصدار الحكم بالعدل و الحق، وكذلك في الإثبات بالشهادة و اليمين⁽⁶⁰³⁾.

ثانيا: الالتزام بالأخلاق

كما يتميز القضاء الإسلامي عن القضاء الوضعي باعتماده على الأخلاق التي يجب أن يلتزم بها القاضي وأطراف الخصومة و أعوان القضاة و القائمون على تنفيذ الأحكام، خلافا للقوانين الوضعية التي لا تلتفت نهائيا إلى الأخلاق و القيم إلا ما نص عليه القانون، و إن أحكام القضاء جميعها تقترب بالقيم والفضائل والأخلاق في جميع مراحل القضاء، فالقواعد الأخلاقية في الإسلام تترج والقواعد التشريعية فلا تنفصل عنها، والأخلاق قواعد عامة و شاملة لا تعرف الحدود و لا تقف في زاوية حتى مع الخصم و العدو و المحكوم عليه.

ثالثا: الموضوعية وتجنب الشكليات

يمتاز القضاء الإسلامي بالموضوعية في تطبيق العدالة على جميع الناس دون تمييز بينهم، لذلك كان القضاة المسلمون مضرب المثل في العدالة و التجرد و الموضوعية و لا يخافون في الله لومة لائم. كما أن القضاء في الإسلام يتميز بتجنب الشكليات في الدعوى والتخفيف من الإجراءات ما أمكن، و أن الموضوع محصور بين مرحلتين أساسيتين: وجود النزاع بين الأشخاص، ثم مرحلة الدعوى والنظر فيها فورا، و سماع أقوال الخصوم و الإثبات، و إصدار الحكم ثانيا، و تكون النتيجة إنهاء الخلاف واستقرار الأحكام و حفظ الحقوق و صيانة الأموال و الدماء، خلافا للأنظمة القضائية الوضعية التي تكثر فيها الشكليات التي تعرقل سير العدالة و تنصب العقبات أمام الشخص للوصول إلى حقه أو دفع العدوان عنه، حتى ييأس من ذلك أو يملّ من المثابرة فيسود الظلم و تضيع الحقوق⁽⁶⁰⁴⁾.

رابعا: الإسراع في القضاء

يمتاز القضاء الشرعي بخاصية الإسراع في النظر في الدعوى والتحقيق فيها فور رفعها، ثم السير في إجراءاتها من دون ممانلة ولا تسويق، وإصدار الحكم لفصل النزاع وإنهاء الخلاف وردّ الحقوق لأصحابها بأسرع وقت ممكن دون تأجيل وضياع للأوقات، وفي هذا مصلحة للفرد بإنهاء الخصومة مع خصمه والوصول إلى حقه وردّ العدوان، وفيه مصلحة للمجتمع والدولة في بتر أسباب النزاع والعداوة والشحناء بين الناس دون أن تطول لأشهر وسنوات، وهذا الإسراع منحصر في مجال الإجراءات وأصول

603- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 28-29.

604- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 30-32.

المحاكمات، وتحديد الأوقات والمواعيد، وليس على حساب الناحية الموضوعية التي يجب على القاضي فيها التأني والبحث والتقصي والسؤال عن الشهود، ودراسة القضية واستشارة العلماء فيها⁽⁶⁰⁵⁾.

خامسا: العدالة المطلقة

بما أن الأحكام الشرعية التي يعتمد عليها القضاء الشرعي ويطبقها هي أحكام ربانية المصدر، فهي أحكام عادلة عدالة مطلقة زمانا ومكانا وأشخاصا، بخلاف الأحكام الوضعية والتشريعات البشرية التي تتغير بتغير الحكومات والحكام والأشخاص على مراكز الحكم والسلطة، فما كان حقا في يوم ينقلب واجبا أو باطلا في يوم آخر، مما يوحي بعدم اطمئنان القضاة والخصوم إلى الأحكام مع تعرض الأحكام للتبدل والتناقض في القضية الواحدة⁽⁶⁰⁶⁾.

605- أما في القوانين الوضعية؛ فإن الإجراءات فيها طويلة، وأساليب التحايل في إطالة أمد الدعوى، وتأجيل الجلسات لأتفه الأسباب، وتأخير البت وإصدار الحكم فيها متعددة ومعقدة، وكثيرا ما تضيع الحقوق، أو يموت أصحابها قبل الوصول إلى نهاية الدعوى والحكم والتنفيذ، وتستمر الدعاوى اليوم شهورا كثيرة وسنوات عدة، وتؤجل الدعوى عدة مرات لأقل الأسباب. انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 33.

606- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 34.

المبحث الثالث: أحكام القاضي في الفقه الإسلامي

حظي القاضي في النظام القضائي الإسلامي بمرتبة رفيعة، محاطة بالمهابة والسمو لاتصاله بشرف منصب القضاء وخطره، فكان لا بد لمن ينتصب للقضاء أن تتوافر فيه جملة من الشروط التأهيلية لذلك، وقبل بيانها لا بد أولاً من تعريف القاضي ووصفه في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف القاضي

أولاً: في اللغة

هو القاطع للأمر المحكم لها، من باب قضى قضاءً أي حكم وفصل، ويقال: قضى بين الخصمين، وقضى له وقضى عليه بكذا فهو قاض، وهو من يقضي بين الناس بالشرع ومن تعينه الدولة للقضاء⁽⁶⁰⁷⁾. وسمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها⁽⁶⁰⁸⁾.

ثانياً: في الاصطلاح

لم يقف الفقه الإسلامي في تعريفه للقاضي عند الربط بينه وبين ولاية القضاء ذاتها، والقول في القاضي هو من تسند إليه هذه الولاية، بل وجدت بعض التعريفات الفقهية التي قيل بها في هذا الصدد. فقد ذهب البعض إلى القول بأن لفظ القاضي يطلق بصفة عامة ويراد به: كل من يفصل في خصومة أو نزاع أيّاً كان نوعها⁽⁶⁰⁹⁾.

كما عرفه ابن تيمية بقوله: "القاضي اسم لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو والياً، أو كان منصوباً ليقضي بالشرع، أو نائباً له"⁽⁶¹⁰⁾.

كما عرفه عبد الكريم زيدان بقوله: "هو المنفذ بالشرع للأحكام له نيابة عن الإمام وهو المنفذ للأحكام بمقتضى الشرع وموافقته له نيابة عن الإمام في ذلك ولكونه نائباً فيجوز عزله، وهو الملزم الحق أهله بدليل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ﴾⁽⁶¹¹⁾، وقيل هو الدخول بين الخلق والخالق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة"⁽⁶¹²⁾.

607- المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004، مصر، ص 742.

608- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 99/5.

609- انظر، فاروق عبد العليم مرسي: الشريعة الإسلامية أصل أحكام القضاء، دار الأقباص للكتاب، مصر، ط1، 1987، ص 6.

610- ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط4، 1969، ص 15-16.

611- سبأ: الآية 14.

612- عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 11.

ويستفاد من هذه التعريفات أنها تربط بين مفهوم القاضي وممارسة العمل القضائي ذاته، بما مؤداه القول بأن القاضي هو من تسند إليه ولاية القضاء، أي من له الحكم حكم أم لم يحكم طالما استحقه بتوافر أهلية القضاء فيه شرعا. ومن هنا يمكن استخلاص ملاحظتين هما:

- أن القاضي في ضوء الشرع الإسلامي لا ينعت بهذا الوصف إلا إذا استقى أحكامه من المصادر الشرعية المستمدة من الكتاب والسنة.

- أن ولاية القضاء في الشريعة الإسلامية لا تسند إلا لمن توافرت فيه الأهلية الكاملة لتقلد هذا المنصب، وذلك بتحقيق شروط معينة. فما هي تلك الشروط التي يجب توافرها في القاضي؟.

المطلب الثاني: شروط القاضي وضوابطه

القضاء ولاية عامة كغيره من ولايات الدولة كالرئاسة والوزارة ونحوهما، فلا يصلح للتعين فيه إلا من كان مستكملا أوصافا معينة مستلزمة من الكتاب والسنة وصنيع الخلفاء الراشدين الذين كانوا يتشددون في القضاء وفقا لأهلية معينة، وذلك لأن للقضاء رقابة فعالة على أعمال السلطات العامة، ولا يمكن لأحد أن يقوم بهذا الدور الهام إلا إذا كان على درجة عالية من النزاهة والمؤهلات التي تجعله يدور مع الحق حيثما دار، ولا يميل لغير العدل⁽⁶¹³⁾. وحتى يطمئن الناس إلى القضاء اشترط الفقه الإسلامي شروطا في القاضي ووضع له دستورا يعمل به في قضائه بين الناس.

الفرع الأول: شروط تولية القضاء

اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط والمقومات⁽⁶¹⁴⁾ فيمن يتولى منصب القاضي⁽⁶¹⁵⁾، حيث قالوا: يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون بالغا عاقلا حرا مسلما عدلا مجتهدا ذكرا سليم الحواس، مع شروط أخرى ذكروها، اتفقوا على أكثرها في الجملة واختلفوا في بعضها، على ما سيأتي بيانه.

613- انظر، أبو القاسم السمناني: روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط2، 1/1984، 52 وما بعدها. منير البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدول القانونية، دار البشر للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 1994، ص 295.

614- قال ابن القيم: "الحاكم محتاج إلى ثلاثة أشياء لا يصلح له الحكم إلا بما: معرفة الأدلة والأسباب والبيانات، فالأدلة تعرفه الحكم الشرعي الكلي، والأسباب تعرفه ثبوته في هذا المحل المعين أو انتفائه عنه، والبيانات تعرفه طريق الحكم عند النزاع، ومتى أخطأ واحد من هذه الثلاثة أخطأ في الحكم، وجميع خطأ الحكام مداره على الخطأ فيها أو في بعضها". جامع الفقه، 7/167-168. وهذه هي مقومات القاضي عند ابن القيم.

615- اشترط الشافعية في القاضي أن يكون ذكرا حرا مجتهدا بصيرا عدلا، فلا يجوز قضاء المرأة والأعمى والصبي والفاسق والجاهل والمقلد. انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/8.

أولاً: الشروط المتفق عليها

اتفق جمهور الفقهاء في الجملة على مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في القاضي، والتي تؤهله لتولي منصب القضاء وهي كالآتي:

1- الإسلام: يشترط في القاضي أن يكون مسلماً، ومردّ ذلك أن القضاء ولاية، ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽⁶¹⁶⁾؛ ولأن القصد من القضاء تطبيق الأحكام الشرعية، ولا يتأتى ذلك لغير المسلم الذي قد يحمله كفره بالإسلام على تعمدته مخالفة أحكامه أو العبث بها، ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام فيمن يتولى القضاء بين المسلمين.

أما تولية القاضي الذمي للقضاء بين غير المسلمين فقد منعه ولم يجزه جمهور الفقهاء؛ لأن شرط الإسلام شرط ضروري لا بد منه فيمن يولى القضاء سواء كان قضاؤه بين المسلمين أم بين غير المسلمين.

وقال الحنفية⁽⁶¹⁷⁾ يجوز تعيين غير المسلم قاضياً على غير المسلمين، ويكون ذلك من تخصيص القضاء بنوع معين، واستدلوا على ذلك بالقياس على الشهادة، وأن أهلية القضاء كأهلية الشهادة، وغير المسلم تجوز شهادته على غير المسلم، فكذلك القضاء⁽⁶¹⁸⁾.

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، فلا يجوز أن يتولى سلطة القضاء في دار الإسلام إلا المسلم، سواء كان قضاؤه بين المسلمين أو بين غير المسلمين؛ لأن القانون الواجب تطبيقه في دار الإسلام هو القانون الإسلامي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن دار الإسلام تقوم على أساس مبدأ وحدة القانون ووحدة جهة القضاء⁽⁶¹⁹⁾.

2- البلوغ والعقل والحرية: يشترط أن يكون القاضي بالغاً عاقلاً؛ لأن المجنون والصغير والمعتوه لا ولاية له على نفسه، فأولى ألا يكون له ولاية على غيره⁽⁶²⁰⁾. ولم يكتف بعض الفقهاء عند هذا الحد،

616- النساء: الآية 141.

617- قال الماوردي: "وقال أبو حنيفة يجوز تقليده -أي تقليد الذمي- القضاء بين أهل دينه، وهذا إن عرف الولاية بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورياسة وليس تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تخاكمهم إليه لم يجروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ". الأحكام السلطانية، 89.

618- انظر، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سورية، ط2، 2002، ص 88.

619- إذا قيل بأن الذمي يحكم بقانون ديانتته بالنسبة لغير المسلمين، فإن هذا يعتبر خروجاً على مبدأ وحدة القانون وجهة القضاء، وإذا قيل إن الذمي يحكم بالقانون الإسلامي، فهو لا يصلح لهذا التطبيق لكفره بالإسلام الذي قد يحمله على مخالفته. انظر: عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 2000، ص 24-25.

620- الرافعي: الشرح الكبير، 415/12.

بل قرروا فيمن يتولى القضاء أن يكون كما قال الماوردي: "صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيدا عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل، وفصل ما أعضل".⁽⁶²¹⁾

وأما اشتراط الحرية، فلا يولي العبد؛ لأنه لا ولاية له؛ ولأن القضاء من باب الولايات، وهي أعلى من غيرها وأولى⁽⁶²²⁾.

3- العدالة: يشترط في القاضي أن يكون عدلا⁽⁶²³⁾، فإن الفاسق لا يصلح للشهادة فللقضاء أولى⁽⁶²⁴⁾، وهو عند الفقهاء: الامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وفسرها الماوردي بقوله: "أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم، متوقيا المآثم، بعيدا عن الرّيب، مأمونا في الرضا والغضب، مستعملا لمروءة مثله في دينه ودينه"⁽⁶²⁵⁾.

وقال فقهاء الحنفية أن العدالة شرط كمال، ويجوز تقليد الفاسق⁽⁶²⁶⁾، وينفذ قضاؤه إذا لم يجاوز الشرع، والأفضل ألا يقلده الحاكم، فإن قلده جاز ونفذ حكمه.⁽⁶²⁷⁾

4- سلامة الحواس: يشترط أن يكون القاضي سليما في السمع والبصر والكلام، ليصح أمامه إثبات الحقوق، ويفرق بين المدعي والمدعى عليه، ويميز بين المقر والمنكر، ويعاين محل النزاع، ليظهر الحق على الباطل⁽⁶²⁸⁾.

621- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 88.

622- أصبح شرط الحرية ملغى بعد إلغاء الرق في العالم بموجب مؤتمر "فيينا" عام 1815، واتفاقية جنيف عام 1956، وقد وافقت عليها الدول وصدقها.

623- فإن تولى القضاء وهو عدل ثم فسق بطلت ولايته على مذهب الشافعية. أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 20/13.

624- الرافعي: الشرح الكبير، 417/12.

625- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 89.

626- قال ابن رشد: "وقد قيل في المذهب - يعني المالكي - أن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به". بداية المجتهد 460/2. قال النووي تعقيبا على مذهب الحنفية: "دلينا أن القضاء يتضمن الولايات في التزويج والنظر في أموال السفهاء واليتامى والوقوف، والفسق يناه في هذه الولايات فلم ينعقد به". المجموع، 321/22. راجع تفصيلا أكثر حول ولاية الفاسق: عبد الفتاح محمود إدريس: حكم ولاية الفاسق - بحث فقهي مقارنة - ط1، القاهرة، 1993.

627- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/7.

628- الرافعي: الشرح الكبير، 417/12.

وذهب بعض الشافعية إلى جواز تقليد القضاء للأعمى⁽⁶²⁹⁾، وقد يكون ذلك للضرورة، ويسمى قاضي الضرورة.⁽⁶³⁰⁾

وقال المالكية لو وُلِّي الأعمى⁽⁶³¹⁾ والأصم القضاء وأصدروا أحكاماً، فإن أحكامهم هذه تنفذ ولكن يجب عزلهم.⁽⁶³²⁾ قال ابن العربي في هذا الشأن: "فالذي سمعته أن الرجل إذا كان أصم أو أعمى أن الناس اختلفوا في توليته القضاء، والذي عندي أن واحداً منهم لا يجوز أن يكون قاضياً، وأقول إن ذلك إجماع، وذلك على الإطلاق"⁽⁶³³⁾. وقال الباجي: "وأما أن يكون بصيراً فلا خلاف نعلمه بين المسلمين في المنع من كون الأعمى حاكماً، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، وقد بلغني ذلك عن مالك، والدليل على صحة هذا القول أن في تقديمه للقضاء تضييقاً على المسلمين في طرق القضاء وإنفاذ الأحكام، والحاكم مضطر إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلباً من مطالب الحق، والأعمى وإن كان يميز الأصوات، فلا يميز إلا صوت من تكرر عليه صوته"⁽⁶³⁴⁾.

وهناك شروط أخرى نبه إليها الفقهاء، وجعلوها في دائرة المستحب، وهي غاية الكمال، ورفعته النفس، وحصافة العقل، وأن يكون موثقاً في عفافه وفهمه وصلاحه، واقفاً على المسائل الفقهية الخلافية، قادراً على فصل المنازعات، والنظر والبت في الدعوى، ومتابعة أعمالها، والحكم فيها ومراقبة تنفيذها... إلى آخر ما قالوه⁽⁶³⁵⁾. وأن يكون قوياً من غير عنف، لينا من غير ضعف، حليماً ذا أناة وفطنة⁽⁶³⁶⁾.

5- العلم بالأحكام الشرعية: ومقتضى ذلك أن يكون القاضي عالماً بالأحكام الشرعية، عارفاً لما يقضي به، حتى لا يقضي بين الناس بغير ما أنزل الله، وقد اتفق الفقهاء⁽⁶³⁷⁾ على هذا الشرط فلم يجزوا ولاية الجاهل بلا خلاف، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: "القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثان في

629- والمشهور عند الشافعية عدم جواز تولي الأعمى والأصم والأخرس القضاء، لأن فقد هذه الحواس يمنع من استيفاء الحكم بين الخصمين. أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 21/13.

630- ابن قدامة: المغني، 13/14.

631- قال القرافي: الإجماع على اشتراط السمع والبصر إلا ما حكى عن مالك في جواز قضاء العمى فغير معروف ولا يصح عن مالك. الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، 19/10.

632- الخطاب: مواهب الجليل، 99/6.

633- ابن العربي: القبس شرح موطأ مالك بن أنس، (ضمن موسوعة شراح الموطأ) لعبد السند حسن يمامة، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، ط1، 2005، 26/18.

634- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، 131/7.

635- سماها الكاساني "شرائط الفضيلة والكمال". بدائع الصنائع، 3/7. وسماها الرافعي شروط الكفاية. الشرح الكبير، 418/12.

636- البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (دط، دت)، ص 707.

637- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 90.

النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار" (638).

قال الماوردي: "أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية، وعلمه بما يشتمل على علم أصولها والارتباط بفروعها" (639)، وقال أيضاً: "ولا تصح ولايته إذا كان أمياً حتى يكتب ويقرأ؛ لأنه لا يقوى على الاجتهاد، إلا بما يقرأه من العلوم، ولا يحفظ ما علمه من شرع وأمضاء من حكم إلا بما يرجع إليه من كتابه، ويتذكره من خطه" (640).

وقال ابن فرحون فيمن لا يشترط العلم: "وهو قول شاذ بعيد من الصواب، والقاضي أحوج الناس إلى العلم" (641). وجاء في بداية المجتهد: "وقد اختلفوا في الأمي، هل يجوز أن يكون قاضياً؟ والأبين جوازه لكونه ﷺ أمياً، قال قوم: لا يجوز، وعن الشافعي القولان جميعاً" (642)؛ لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز" (643).

والرأي الراجح وجوب هذا الشرط؛ لأن الجهل مانع من إيصال الحقوق، كما أنه سدّ لباب ذريعة التدخل في القضاء، وتجنباً لإملاء ما يودّ أن يفرضه صاحب السلطة على القاضي الجاهل، وهو ضمانته لاستقلال القضاء وحياده.

ثانياً: الشروط المختلف فيها للقاضي

اختلف العلماء في وجوب توفر بعض الشروط في القاضي من عدمها، وهي على النحو الآتي:

1- الذكورية

يعتبر شرط الذكورة في القاضي من الشروط التي احتلت مكاناً واسعاً بين ثنايا كتب الفقه الإسلامي، لذا آثرت أن أعرض لهذا الشرط بالتفصيل حتى تتضح الرؤية، وذلك من خلال عرض آراء العلماء قديماً وحديثاً في تولية المرأة منصب القضاء مع بيان أدلتهم في ذلك ومناقشتها ما أمكن، ثم عرض الراجح من الأقوال في المسألة.

638- أبو داود: كتاب الأفضية، باب في القاضي يخطئ، حديث رقم 3573. سنن أبي داود، 8/4. ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، حديث رقم 2315. سنن ابن ماجه: 93/3. البيهقي: كتاب آداب القاضي، باب إثم من أفنى أو قضى بالجهل، حديث رقم 20354. السنن الكبرى، 199/10.
639- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 89.
640- الماوردي: الحاوي الكبير، 207/16.
641- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 19/1.
642- أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 21/13.
643- ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2-461.

وقد اختلف فقهاء المذاهب في اشتراط الذكورية في القضاء على ثلاثة أقوال⁽⁶⁴⁴⁾:

القول الأول: اشتراط الذكورية في القاضي

الذكورة شرط لتولية القضاء، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽⁶⁴⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁴⁶⁾ والحنابلة⁽⁶⁴⁷⁾، فلا يجوز تقليد المرأة القضاء، سواء في قضايا الأموال أم في قضايا القصاص والحدود أم غير ذلك من القضايا؛ ومعنى ذلك أن الإمام إذا قام بتولية المرأة القضاء فإنه يؤثم عند أصحاب هذا الرأي، وتكون ولاية المرأة للقضاء باطلة، وتؤثم المرأة أيضا لرضاها بأمر لا يجوز ولا ينفذ قضاؤها في أي قضية، ولو فيما تقبل فيه شهادتها؛ لأن الذكورة عندهم شرط للجواز والصحة، وأدلتهم في ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولا: الكتاب

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾⁽⁶⁴⁸⁾.

ووجه الدلالة أن الآية حصرت القوامة في الرجال فهم قوامون عليهن في العقل والرأي ولو تولت النساء القضاء لتبدل الأمر وكان لهن القوامة على الرجال، وهذا مخالف للآية فلزم من ذلك عدم جواز تولي المرأة القضاء⁽⁶⁴⁹⁾.

ونوقش استدلالهم بأن المراد بالقوامة في الآية قوامة رب الأسرة على أسرته، أي الولاية الأسرية فتكون الآية في غير محل النزاع، ويشهد لذلك سبب نزول الآية⁽⁶⁵⁰⁾، ورد عليهم بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هو مقرر عند الأصوليين⁽⁶⁵¹⁾.

- وقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾⁽⁶⁵²⁾، ووجه الدلالة في الآية أن الله

644- انظر تفصيل ذلك: د. جلوي مبارك الجميعة، تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي، دار المعرفة للطباعة، مصر، 2007. محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 354 وما بعدها. محمد رأفت عثمان: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، القاهرة، ط1، 1989، ص 78 وما بعدها.

645- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 18/1.

646- الشربيني: مغني المحتاج، 4/501-502.

647- ابن قدامة: المغني، 14/12-13.

648- النساء: الآية 34.

649- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص88.

650- سبب نزول الآية: أن سعد بن الربيع نشزت امرأته فلطمها، فانطلق أبوها معها إلى النبي ﷺ فقال: أفرشته كريمي فلطمها، فقال النبي ﷺ "لتقتص من زوجها" وانصرفت مع أبيها لتقتص منه، فقال النبي ﷺ: "ارجعوا هذا جبريل -عليه السلام- أتاني وأنزل الله هذه الآية"،

والشاهد من ذلك رفع القصاص. ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 2/293.

651- انظر، الغزالي: المستصفى، 3/258.

تعالى جعل الشهادة في الآية للرجال، فإن لم يأت الطالب برجلين فليأت برجل وامرأتين يقومان مقامهما ولا بد من وجود الرجل معها وهذا في الأموال لكثرة جهات تحصيلها عموم البلوى بها، ولا تنفرد المرأة بالشهادة مطلقا إلا فيما لا يطلع عليه الرجال.

وإذا لم تصح شهادة المرأة منفردة عن الرجل فكيف تتولى منصب القضاء، مع أنها قد تفضل وقد تنسى فيؤدي ذلك إلى ضياع أموال الناس وحقوقهم⁽⁶⁵³⁾.

ثانيا: السنة

ما روى أبو بكر أن النبي ﷺ قال: "لا يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة".⁽⁶⁵⁴⁾ ووجه الدلالة في الحديث أن المرأة ليست من أهل الولايات ومنها ولاية القضاء، ولولا أن الإجماع قائم على جواز تولي المرأة لبعض الولايات الخاصة مثل الوصاية على اليتيم لكانت ممنوعة من تولي الولايات العامة والخاصة؛ لأن لفظ "أمرهم" الوارد في الحديث عام يشمل جميع الولايات⁽⁶⁵⁵⁾. قال الباجي في توجيه هذا الحديث هو أمر يتضمن فصل القضاء، فوجب أن تنافيه الأنوثة كالإمامة⁽⁶⁵⁶⁾.

ونوقش استدلالهم بأن الحديث ليس واردا في محل النزاع وهو تولية المرأة القضاء، وإنما هو وارد في تولي المرأة منصب الحاكم الأعلى فلا يصح الاستدلال به⁽⁶⁵⁷⁾.

ثالثا: الإجماع

أجمعت الأمة سلفا وخلفا على عدم جواز تولي المرأة القضاء، وقد نقل هذا الإجماع الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية حيث قال: "ولا اعتبار بقول يرده الإجماع"⁽⁶⁵⁸⁾، وهذا في معرض رده على المخالفين لاشتراط الذكورة في القاضي.

ونوقش ذلك بأن هذا الإجماع غير صحيح لثبوت الخلاف في ذلك بين الفقهاء. وردّ عليهم بأن الإجماع كان ثابتا قبل حدوث هذا الخلاف⁽⁶⁵⁹⁾.

652- البقرة: الآية 282.

653- انظر، ابن قدامة: المغني، 13-12/14.

654- البخاري: كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقصر، حديث رقم 4425. الجامع الصحيح، 3/181. البيهقي: كتاب آداب القاضي، باب لا يولي الوالي امرأة ولا فاسقا ولا جاهلا أمر القضاء، حديث رقم 20362. السنن الكبرى، 10/201.

655- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 15/429.

656- الباجي: المنتقى، 7/130.

657- انظر، محي هلال السرحان: كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم، تحقيق ودراسة، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط1، 1984، 1/201.

658- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 88.

659- انظر، عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته-دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 97.

رابعاً: المعقول

- قالوا: أن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال، ويحتاج إلى كمال الرأي، وتتمام العقل والفتنة، والمرأة ناقصة الحزم، قليلة الرأي، ليست أهلاً لحضور محافل الرجال؛ لأن كلامها ربما كان فتنة أو حضورها فتنة⁽⁶⁶⁰⁾.

- القضاء من الولاية العامة، والمرأة ليست أهلاً لرتبة الولاية، فلا تصلح للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان، ولهذا لم يولّ النبي ﷺ، ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قط، ولا ولاية بلد، والتاريخ لم يرشدنا إلى امرأة وليت القضاء في الإسلام، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان. قال ابن رشد⁽⁶⁶¹⁾: "فمن ردّ قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى، وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها".

- كما استدلووا أيضاً بقوله ﷺ "القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار"⁽⁶⁶²⁾، فهذا نص على كون القاضي رجلاً، ويدل بمفهومه على خروج المرأة، وعدم صلاحيتها للقضاء، واشتراط كون القاضي رجلاً⁽⁶⁶³⁾.

ونوقش هذا بأن نقصان المرأة عن الرجل لم يصل إلى حدّ سلب ولايتها بالكلية وليس في الشرع سوى نقصان عقلها بدليل أنها تصلح شاهدة وناظرة على الأوقاف ووصية على اليتامى، وما دام أن لها أهلية تولي الولايات الخاصة، فيكون لها أهلية تولي الولايات العامة، إلا أن الإجماع قائم على عدم جواز تولي المرأة للإمامة العظمى⁽⁶⁶⁴⁾.

وردّ عليهم بأنه لا يلزم من أهلية المرأة لتولي الولايات الخاصة أهليتها لتولي الولايات العامة؛ لأن الولاية الخاصة يكفي فيها مجرد القدرة، أما الولايات العامة كالقضاء فإنها تحتاج إلى كمال الرأي وتتمام العقل، والمرأة ناقصة العقل وضعيفة الرأي ولا يتوافر فيها القيام بأعباء هذه الولاية⁽⁶⁶⁵⁾.

القول الثاني: عدم اشتراط الذكورية في القاضي

الذكورة ليست شرطاً لتولية القضاء، فيجوز للمرأة أن تتولى القضاء مطلقاً في جميع الخصومات؛ لأن المرأة يجوز أن تكون مفتياً في جميع الأمور في الأموال وغيرها، فيجوز أن تكون قاضياً بالأولى، ولأن

660- ابن قدامة: المغني، 13-12/14.

661- ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2.

662- سبق تخريجه، ص 136.

663- الشوكاني: نيل الأوطار، 430/15.

664- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 53-52/8.

665- انظر، ابن قدامة: المغني، 13-12/14. أبو الحسين العمراني الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 21-20/13.

القضاء كالإفتاء، غير أن القضاء يكون بسطة الدولة. وهو قول ابن جرير⁽⁶⁶⁶⁾ الطبري⁽⁶⁶⁷⁾، والحسن البصري، وابن حزم الظاهري⁽⁶⁶⁸⁾، وابن القاسم⁽⁶⁶⁹⁾ المالكي⁽⁶⁷⁰⁾.

وقد اعتبر الفقهاء ما ذهب إليه بن جرير الطبري⁽⁶⁷¹⁾ مجرد رأي لا دليل له؛ لأنه يصادم الأدلة الشرعية، فهو قول شاذ، قال الماوردي: "وشذ ابن جرير الطبري، فجوز قضاءها في جميع الأحكام، ولا اعتبار بقول يردده الإجماع⁽⁶⁷²⁾، مع قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾⁽⁶⁷³⁾.

وقال ابن رشد تعليقا على ما ذهب إليه ابن جرير: "ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال: إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى"⁽⁶⁷⁴⁾.

666- هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الطبري، الإمام أبو جعفر، رأس المفسرين على الإطلاق، ومحدث فقيه ومقرئ ومؤرخ، توفي سنة 320 هـ، من مؤلفاته: بسيط القول في أحكام شرائع الإسلام. أحمد بن محمد الأندروسي: طبقات المفسرين، تحقيق سليمان بن صالح الحزري، مكتبة العلوم والحكم، ط1، 1997، ص 48 وما بعدها.

667- ما نقل عن الطبري محل نظر، وقد ردّ ابن العربي نسبة القول إليه، وتأوله إن صح بأنه تجوز ولايتها فيما عدا الحدود والقصاص، كما هو عند الحنفية، وفي ذلك يقول: "ونقل عن محمد بن جرير الطبري إمام الدين أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية، ولم يصح ذلك عنه، ولعله كما نقل عن أبي حنيفة أنها إما تقضي فيما تشهد فيه، وليس بأن تكون قاضية على الإطلاق". ابن العربي: أحكام القرآن، 1457/3. وقال في موضع آخر: "إنما أشار الطبري إلى مذهب أبي حنيفة، ومذهب أبي حنيفة إنما هو إذا حكمت، فأما أن يقدمها الإمام لتكون منصوبة للناس، فما كان ذلك قط مذهباً لأحد، وقد اتفقت الأمة على أنها لا تؤذن لأن صوتها عورة، فأولى وأحرى ألا يجوز مجالستها ومحادثتها ابتداءً من قبل نفسها، فكيف أن يبيحها الإمام لذلك". ابن العربي: القيس شرح موطأ مالك بن أنس، (ضمن موسوعة شراح الموطأ) لعبد السنند حسن يمامة، 26/18.

668- هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ولد بقرطبة سنة 384هـ.

669- هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، ويكنى بأبي عبد الله، وهو من أصحاب مالك، ومن كبار المصريين وفقهائهم، توفي سنة 191هـ. القاضي عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسائل لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق عبد القادر الصحراوي، وزارة الأوقاف، المملكة المغربية، ط2، 244/4.

670- ذهب ابن زرقون إلى القول بأنه يظن أن ابن القاسم قصد بقوله تلي المرأة القضاء فيما يجوز فيه شهادتها بناء على قول ابن القاسم في شهادة النساء، حيث قال ابن القاسم بأنه لا تجوز شهادة النساء فيما يؤدي إلى نكاح وطلاق وعتق ونقض عتق وحدّ وقصاص. وقد رجح ابن عرفة قول ابن زرقون فقال: الأظهر قول ابن زرقون بأن ابن القاسم يبدو أنه أجازها فيما تجوز فيه شهادتها. غير أن ابن القاسم يرى جواز شهادتها في قصاص الجروح خلافاً للمالكية، لأن الواجب فيها الأموال، والمرأة تجوز شهادتها في الأموال. عبد السميع الآبي الأزهرى: النمر الداني، دار الفكر، بيروت ص 510. وبناء على هذا يكون رأي ابن القاسم في تولية المرأة القضاء هو الجواز فيما عدا الحدود والقصاص. المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992، 87/6-88.

671- قال الطبري: "يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الإطلاق في كل شيء". ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2.

672- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 88.

673- النساء: الآية 34.

674- ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2.

ومجمل أدلتهم مرجعها القياس، حيث قالوا: بأن منع المرأة من تولي الإمامة العظمى وارد بالنص فيبقى ما عداه على الأصل وهو الإباحة؛ أي إباحة تولي المرأة للقضاء، وكما يجوز لها الإفتاء يجوز لها القضاء بجامع أن كليهما مُظهر للحكم الشرعي، كما قاسوا جواز تولي المرأة الحسبة على القضاء بجامع أن كليهما ولاية عامة.

فقد جاء في المحلى لابن حزم: "وجاز أن تلي المرأة الحكم، وهو قول أبي حنيفة، وقد روي أن عمر بن الخطاب ولي الشفاء- امرأة من قومه- السوق" (675).

فإن قيل قد قال ﷺ: "الن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (676)، قلنا إنما قال ذلك رسول الله ﷺ في الأمر العام الذي هو الخلافة، ولم يأت نص في منعها أن تلي بعض الأمور" (677).

ونوقش استدلالهم بأن قوة الأدلة التي تمنع تولي المرأة القضاء تبطل قولهم أن تولي المرأة القضاء باق على البراءة الأصلية وهو الإباحة، أما قياسهم القضاء على الفتوى فهو قياس مع الفارق، ذلك أن القضاء ملزم للخصوم أما الفتوى فلا إلزام فيها (678).

أما ما استدل به ابن حزم من تولية عمر- رضي الله عنه- للشفاء، فلم يصح، وإنما هو من دسائس المبتدعة في الحديث (679).

القول الثالث: التفصيل، وهو اشتراط الذكورية في حالات وعدم اشتراطها في حالات أخرى (680)، وهو ما ذهب إليه الأحناف (681)، حيث قالوا: يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود والقصاص؛ لأنه لا شهادة لها في هذه الجنائيات، ولها شهادة في غيرها، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة. (682).

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

-
- 675- قال القرافي: فذلك في أمر جرى من الحسبة على قوم مخصوصين فلا يلحق به القضاء. الذخيرة، 22/10.
- 676- البخاري: كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، حديث رقم 4425. الجامع الصحيح، 3/181.
- 677- ابن حزم: المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1929، 430-429/9.
- 678- انظر، ابن قدامة: المغني، 13/14. الماوردي: الحاروي الكبير، 156/16.
- 679- ابن العربي: أحكام القرآن، 3/1457.
- 680- تولى الأحناف رئاسة القضاة في بلدان عديدة وكان مذهبهم هو الحاكم، ولم ينقل عنهم أنهم عينوا امرأة على القضاء. انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 361.
- 681- يوجد غموض في الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي من تولي المرأة للقضاء عدا الحدود والقصاص، من حيث تصريح البعض بالجواز المطلق فيما عدا الحدود والقصاص، وتصريح البعض الآخر بنفاد قضائها وإثم من ولّأها، لذلك تحاشت بعض كتب المذهب الحنفي الحديث عن شرط الذكورة في تولي القضاء، كما فعل السرخسي في المبسوط، والمرغيناني في الهداية وغيرهما.
- 682- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/7.

- حيث قاسوا القضاء على الشهادة، فكما تجوز شهادتهما في مسائل الرضاع و الأموال والولادة، لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (683) وأحكام القضاء تستقى من أحكام الشهادة فكليهما من باب الولاية فما كانت فيه المرأة أهلاً للشهادة كانت فيه أهلاً للقضاء (684). قال ابن العربي تعقيباً على رأي أبي حنيفة: "وهذا ينتقض عليه بالكافر فإنه يجوز أن يكون عنده شاهداً، ولا يجوز أن يكون قاضياً" (685).

ونوقش ذلك بأنه قياس غير صحيح؛ لأن المرأة لا تقبل شهادتها منفردة، فالأصل في الشاهد أن يكون رجلاً، ووجه الفرق بينهما أن القضاء ولاية عامة والشهادة ولاية خاصة (686).

كما أن الشهادة أخفض رتبة من القضاء؛ لأنها تصح شهادتها دون الإمامة العظمى، والعدل يصح منه الأمران، ولذلك لم يسمع في عصر من الأعصار أن امرأة وليت القضاء، فكان ذلك إجماعاً؛ لأنه غير سبيل المؤمنين (687).

- كما قالوا: يجوز أن يكون القاضي امرأة؛ لأنه ليس بحاكم، وإنما هو قاض منفذ، ومخبر عن الحكم الشرعي كالإفتاء والشهادة، فلا ينطبق عليها حديث "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (688)، فإن ذلك في الولاية وهي الحكم.

- وأن سبب ورود الحديث هو حادثة تمليك فارس عليهم امرأة، فعن أبي بكر -رضي الله عنه- قال: لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى، قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (689).

فهذا الحديث معلق بحادثة، وهو الحكم، فلا يشمل القضاء، وإن كلمة "ولوا" من الولاية، والقاضي ليس والياً، فلا يدخل في الحديث. قال الباجي: "ويكفي في ذلك عند عمل المسلمين من عهد

683- البقرة: الآية 282.

684- انظر، ابن الهمام: شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، 234/7. وانظر، 279/7 من المصدر نفسه.

685- ابن العربي: القبس شرح موطأ مالك بن أنس، 25/18.

686- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 88.

687- القرافي: الذخيرة، 22/10.

688- سبق تخريجه، ص 141.

689- سبق تخريجه، ص 141.

النبي ﷺ لا نعلم أنه قدم لذلك في عصر من الأعصار، ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للإمامة امرأة⁽⁶⁹⁰⁾.

- وقالوا أيضا: أن القاضي أجير وعامل للأمة كباقي الموظفين، فكما يجوز أن يكون الأجير رجلا، يجوز أن يكون امرأة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁽⁶⁹¹⁾. وعلى هذا ينطبق على القاضي تعريف الإجارة، وهو عقد على منفعة بعوض.

قال ابن رشد تعليقا على مذهب الحنفية: "ومن أجاز حكمها في الأموال، فتشبيها بجواز شهادتها في الأموال".⁽⁶⁹²⁾

آراء لبعض المعاصرين حول تولية المرأة القضاء

كثر الحديث عن حكم تولية المرأة القضاء، وقد سبق عرض مناقشات الفقهاء القدامى حول هذا الموضوع، وفيما يلي بيان موجز لآراء بعض المعاصرين من فقهاء وباحثين حول حكم تولية المرأة القضاء، ومن آرائهم في ذلك ما يأتي:

الرأي الأول: لا يجوز تولية المرأة القضاء، وأن رأي جمهور الفقهاء القائلين باشتراط الذكورة فيمن يلي القضاء كشرط صحة وجواز في ذلك هو الراجح⁽⁶⁹³⁾.

الرأي الثاني: يجوز تولية المرأة القضاء مطلقا، وأنه لم يرد نص يمنعها من ذلك اعتمادا على رأي ابن حزم في المسألة⁽⁶⁹⁴⁾.

الرأي الثالث: اعتبار الأصل عدم الجواز كما قال الجمهور، واستثناء حالات خاصة بشروط معينة منها: الضرورة، وفيما لا ولاية فيه كقضاء التحكيم، وفيما لا يجلب خطره، وفيما يحصل بين النساء مما لا يطلع عليه الرجال عادة⁽⁶⁹⁵⁾.

الرأي الرابع: صحة تولية المرأة القضاء في القضايا التي تكون فيها المرأة طرفا في الخصومة؛ لأن القضاء في الحقيقة هو إظهار للحكم الشرعي في قضية من القضايا باعتبار أن المرأة والرجل يتساويان في هذا الجانب، بشرط أن يكون ذلك في غير مسائل القصاص والحدود⁽⁶⁹⁶⁾.

690-الباجي: المنتقى، 131/7.

691-الطلاق: الآية 6.

692- ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2.

693- من القائلين بهذا الرأي الشيخ عطية صقر في كتابه "أحسن كلام في الفتوى والأحكام"، دار الغد العربي، مصر، ط1، (دت)، 354/4-355. وطه الدسوقي حبيش الدمياطي: المرأة والولاية، دار الكتب المصرية، ط1، 1998، ص 315 وما بعدها.

694- من القائلين بهذا الرأي محمد بلتاجي في كتابه "مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة"، ص 273.

695- انظر، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي: القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، ط1، 1989، ص 130-131.

الرأي الخامس: جواز تولية المرأة القضاء في المسائل النسائية، كمسائل الأنكحة وما يتعلق بها، وما ينتج عنها، أو الدعاوى التي يكون بعض أطرافها أو كلهم نسوة، وأنه يجوز لها أيضا أن تتولى قضاء الأحداث، وأنه يشترط في قاضي الأحداث أن يكون من النساء، وأن يُقصر قضاء الأحداث على النساء ما أمكن ذلك باعتبار أن قلب المرأة أقرب إلى قلب الصغير وضميره وأكثر تفهما لسلوكه وعاداته⁽⁶⁹⁷⁾.

الرأي السادس: يجوز للمرأة تولي وظيفة القضاء عامة، ولكن بشرطين:

- أن لا يزاحم تمتعها بحق تولي الوظائف العامة كالقضاء ما هو واجب عليها على نحو يجعلها عاجزة عن القيام بهذا الواجب أو مقصرة في أدائه.

- أن تكون محتاجة إلى الكسب والارتزاق بهذه الوظيفة، فإن لم تكن محتاجة فقد انتفى المبرر لانشغالها بالوظيفة⁽⁶⁹⁸⁾.

الترجيح

قال أنور العمروسي: "ويعيننا أن نسجل هنا أن الخلاف بين الفقهاء حول تولي المرأة القضاء، لم يتعد مجرد إبداء الرأي، فلم يرشدنا تاريخ القضاء الإسلامي منذ عهد النبي ﷺ حتى اليوم أن المرأة اعتلت منصب القضاء" ثم قال: "فطبيعة عمل القاضي وما يقوم به ويواجهه من الإرهاق في البحث لا يناسب المرأة بحال. كما أن القاضي لا يتأثر بما يسمع، بل يقضي في التراع في حدود القانون وطبقا لمقاييس العدل.

وإن كان مما يتفق وطبيعة المرأة تولي الوظائف الكتابية والحسابية.. فإنها أعمال لا تحتاج إلى عناء كبير، كما أنها لا تستغرق الوقت المخصص للزوج والأولاد والبيت. أما مجابهة الجماهير وسماع مشكلاتهم والخوض في بحث أفضية حساسة ودقيقة تمس العرض والأخلاق، لا يتلاءم كل ذلك مع طبيعة المرأة التي تهتز عواطفها لأتفه المؤثرات. ولعل ما يمكن إبدائه في هذا الصدد أنه يشترط في القاضي أن يكون على دراية كاملة بمشكلات الناس ومنازعاتهم، والمرأة بطبيعتها قليلة التجربة. ومن ثم كان من الحكمة القول بعدم صلاحية المرأة لتولي منصب القضاء"⁽⁶⁹⁹⁾.

696- انظر، محمد رأفت عثمان: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص 150-151.

697- انظر، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم: مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص 183. وكوثر كامل علي: أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006، ص 275.

698- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993، 303/4.

699- أنور العمروسي: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ص 23-24. وانظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، ص 360-361.

وقال محمد الزحيلي: "والراجح هو القول الأول للجمهور باشتراط الذكورية لقوة أدلته، ولذلك لم يعين الخلفاء والحكام وقاضي القضاة في الدولة التي تتبنى المذهب الحنفي لم يعينوا امرأة قط في التاريخ الإسلامي، ولكن إن رأى إمام المسلمين ترجيح قول آخر فله ذلك"⁽⁷⁰⁰⁾.

هذا ومن خلال ما سبق بيانه من عرض لآراء الفقهاء في مسألة حكم تولي المرأة القضاء وأدلة كل فريق ومناقشتها، ونظرا لقوة أدلة الجمهور وسلامتها عن المعارض؛ ولأن منع تولي المرأة القضاء يتفق وطبيعتها التي خلقها الله عليها، وهي ليست أهلا لحضور محافل الرجال والخصوم، والواقع العلمي والتطبيقي يدلان على إجماع المسلمين على منع المرأة من تولي القضاء، فإني أرجح رأي الجمهور فيما ذهبوا إليه من منع تولي المرأة القضاء.

2- الاجتهاد

الاجتهاد شرط أساسي من شروط ولاية القضاء كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء⁽⁷⁰¹⁾، وعلى ذلك فيشترط في القاضي أن يكون مجتهدا، وهذا يتطلب أن يكون عالما بالأحكام الشرعية وأصولها والقدرة على البحث والنظر والاجتهاد في فهم فروعها. وأصول الأحكام في الشرع أربعة:⁽⁷⁰²⁾

- أحدها: المعرفة من كتاب الله بما تضمنه من الأحكام ناسخا ومنسوخا، ومحكما ومتشابهما، وعموما وخصوصا، ومجملا ومفسرا.

- الثاني: علمه بسنة رسول الله ﷺ الثابتة من أفعاله وأقواله وطرق مجيئها في التواتر والآحاد والصحة والفساد، وما كان على سبب أو إطلاق.

- الثالث: علمه بأقاويل السلف فيما أجمعوا عليه واختلفوا فيه ليتبع الإجماع ويجتهد رأيه مع الاختلاف.

- الرابع: علمه بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها إلى الأصول المنطوق بها والجمع عليها.

فإذا عرف ذلك صار من أهل الاجتهاد وجاز له أن يفتي ويقضي، ومن لم يعرف ذلك لم يكن من أهل الاجتهاد ولم يجز له أن يفتي ولا يقضي.

700- محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 93. وعادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، ص 104.

701- وخالفهم غيرهم كما سيأتي بيان ذلك.

702- الفراء: الأحكام السلطانية، ص 61-62. الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 90.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الاجتهاد في صحة تولية القضاء من عدمه على ثلاثة أقوال نوردها فيما يأتي:

القول الأول: أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا، فإن لم يكن مجتهدا لم تصح توليته القضاء، وإلى هذا القول ذهب المالكية⁽⁷⁰³⁾ والشافعية⁽⁷⁰⁴⁾ والحنابلة، وبعض الحنفية⁽⁷⁰⁵⁾. واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولا: الكتاب

استدلوا من الكتاب بما يلي:

- بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾⁽⁷⁰⁶⁾، وقوله أيضا: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁽⁷⁰⁷⁾، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽⁷⁰⁸⁾.

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أن الله تعالى أمر بالحكم بما أنزل على رسوله ﷺ، وما أنزله الله على رسوله لا يعرفه تمام المعرفة إلا العلماء المجتهدون الذين يستطيعون بذل الوسع، واستنباط الحكم من دليله، ولا يتأتى ذلك من المقلد⁽⁷⁰⁹⁾.

- كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽⁷¹⁰⁾.

ووجه الدلالة من هذه الآية، أن الله تعالى منع المساواة بين العالم والجاهل، فدل ذلك على تفضيل العالم على الجاهل، والأفضل مقدم على المفضول بلا ريب⁽⁷¹¹⁾، كما أن الله تعالى قال ذلك تحذيرا من الجهل، فصار أمرا بضده وهو العلم⁽⁷¹²⁾.

703- ابن رشد: بداية المجتهد، 460/2.

704- أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 17/13.

705- ابن قدامة: المغني، 14/14.

706- النساء: الآية 105.

707- المائدة: الآية 49.

708- النساء: الآية 59.

709- التقليد: عبارة عن العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة، كأخذ العامي بقول مثله أو المجتهد بقول مثله في الأحكام الشرعية. الآمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، ص 256.

710- الزمر: الآية 9.

711- ذكر السيوطي في تقليد المفضول من المجتهدين أقوالا ثلاثة: أولها: الجواز، ورجحه ابن الحاجب، وثانيها: المنع وأخذ به القاضي بن سريج، وثالثها: وهو اختيار السبكي بأنه يجوز لمن يعتقد فاضلا أو مساويا لغيره بخلاف من يعتقد مفضولا. شرح الكوكب الساطع،

ثانيا: السنة النبوية

استدلوا من السنة بما يلي:

- حديث معاذ بن جبل -رضي الله عنه- لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قاضيا، وفيه: "تم تحكم يا معاذ؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلوا. فضرب النبي ﷺ صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله" (713).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ أقر معاذ - رضي الله عنه - على ما أراد فعله عندما يعرض له قضاء لا يجد حكمه في الكتاب ولا في السنة، واستبشر النبي ﷺ بذلك، مما يدل على أن صفة الاجتهاد في القضاء مطلوبة، لما لها من أهمية واضحة في التعرف على الحق المؤدي إلى الحكم بالعدل. كما استدلوا أيضا بما جاء في الحديث "القضاة ثلاثة: رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق وجرأ في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار" (714).

ووجه الدلالة في الحديث: دخول العامي في الوعيد؛ لأنه قضى للناس على جهل، فدل ذلك على أن القاضي يجب أن يكون مجتهدا، حتى لا يدخل في الوعيد، وحتى لا يقضي للناس على جهل (715).

ثالثا: المعقول

قالوا: قياسا على الفتوى، فكما لا يجوز للعامي الإفتاء، فلا يجوز له القضاء من باب أولى؛ لأن القضاء إخبار وإلزام، فهو أكد من الفتوى، التي هي مجرد إخبار وبيان للحكم الشرعي (716).

القول الثاني: لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا؛ لأنه يمكن لغير المجتهد أن يقضي بعلم غيره، بالرجوع إلى فتوى غيره من أهل العلم؛ ولأن الغرض من القضاء فصل الخصومات، فإذا أمكن ذلك بالتقليد جاز، وهو ممكن بالرجوع إلى فتاوى العلماء وأقوالهم، ومنه يصح قضاؤه (717).

419/2. قال البهوتي: "يجوز تقليد المفضول، فقد كان المفضول من الصحابة والسلف بفتي مع وجود الأفضل بلا نكير". شرح منتهى

الإرادات، 461/6.

712- الماوردي: الحاوي الكبير، 159/16.

713- سبق تخريجه، ص 66.

714- سبق تخريجه، ص 136.

715- الماوردي: الحاوي الكبير، 160/16.

716- الماوردي: الحاوي الكبير، 160/16.

717- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 3/7.

قال ابن الهمام: "وأما اشتراط أهلية الاجتهاد: فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية، بل للأولوية، فأما تقليد الجاهل فيصح عندنا، ويحكم بفتوى غيره". (718)

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ﴾ (719)، ووجه الاستدلال من الآية أنها أجازت، بل وحثت على سؤال أهل العلم عند عدم المعرفة، والآية عامة يدخل فيها القاضي وغيره، فإذا سأل القاضي المقلد، عالماً فأفتاه، فحكم بقوله، فقد أدى ما يجب عليه؛ لأن فصل القضاء فرض توجه عليه فعلة، فإذا فصله بفتوى غيره أدى الواجب، كما لو استفتى في حق نفسه. (720)

ثانياً: السنة النبوية

استدلوا بحديث علي -كرم الله وجهه- أن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن وهو حديث السنن، وقال: "علمهم الشرائع، واقض بينهم"، فقال: لا علم لي بالقضاء، فدفعت رسول الله ﷺ في صدره، وقال: "اللهم اهد قلبه وثبت لسانه". قال علي: فما شككت بعد في قضاء بين اثنين (721).

ثالثاً: المعقول

قالوا: إن مقصود القضاء يحصل بالمقلد، فإنه يستطيع أن يقضي بفتوى غيره، مما يمكنه من إيصال الحق إلى مستحقه، وأنه إذا جاز له أن يحكم في الاستفتاء في حق نفسه، جاز له أن يحكم به في حق غيره؛ لأنهما معا حكم بعلم، فاستويا. كما أعملوا القياس في ذلك على الشهادة، فقالوا: بأن من جاز أن يكون شاهداً جاز أن يكون قاضياً كالعالم. (722)

القول الثالث: يجوز تقليد القضاء للمقلد عند الضرورة (723)، فيقضي بفتوى غيره الذي قلده أو بالمشهور من مذهبه (724) و لكن إذا وجد المجتهد فلا يجوز تولية المقلد مع وجود المجتهد (725). وإليه ذهب أكثر الشافعية، وكثير من فقهاء المذاهب المتأخرين (726).

718- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 237/7.

719- النحل: الآيتين 43-44.

720- انظر، ابن الهمام: فتح القدير، 238-239/7.

721- ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، حديث رقم 2310. سنن ابن ماجه، 90/3. أبو داود: كتاب الأفضية، باب كيف

القضاء، حديث رقم 3582. سنن أبي داود، 11/4-12.

722- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 5/7.

723- القراني: الذخيرة، 16/10.

724- انظر، ابن فرحون: تبصرة الحكام، 18/1.

واستدل أصحاب هذا القول عموماً بأدلة نفي الحرج والمشقة في الشريعة الإسلامية، تطبيقاً للقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات" (727).

قال ابن أبي الدم الحموي - رحمه الله -: "والذي أراه بعد هذا كله: أن الاجتهاد المطلق أو المقيد، إنما يشترط في الزمن الأول الذي ما يعرى فيه كل إقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى، فأما في زماننا هذا، وقد خلت الدنيا منهم، وشغل الزمان عنهم، فلا بد من جزم القول والقطع بحجة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب إمام من الأئمة، وهو أن يكون عارفاً بغالب مذهب، ومنصوصاته، وأقواله المخرجة، وأقوال أصحابه، عالماً بذلك، جيد الذهن، سليم الفطنة، صحيح الفكرة والفطرة، حافظاً للمذهب، صوابه أكثر من خطئه" (728). والذي يفهم من كلامه هذا، أن الذي يجوز توليته في حال الضرورة هو المقلد الذي لديه نوع من العلم، وأهلية فهم في مذهب من المذاهب، وكذا الأصلح من الموجودين، وكل زمان بحسبه (729)، وأما العامي المقلد فلا يجوز توليته القضاء مطلقاً، لفقده أهلية الاجتهاد. قال الشاطبي: "اجتهاد من اجتهد منهى عنه إذ لم يستكمل شروط الاجتهاد فهو على أصل العمومية" (730).

المناقشة والترجيح

وقد ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر، وهذه خلاصة ما دار من مناقشات:

أولاً: نوقشت أدلة أصحاب القول الأول القائلين باشتراط الاجتهاد فيمن يولى القضاء بما يأتي:

1- ما ذكروه من أن الجاهل والمقلد لا يستطيع معرفة الأحكام حتى يحكم بالعدل: مردود بأن المقلد يمكنه القضاء بفتوى غيره، ومقصود القضاء هو إيصال الحق إلى مستحقه ويحصل بذلك. فاشتراط الاجتهاد غير لازم، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه، بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقوله في مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم، وهو المطلوب.

725- وذكر الخصاص ما يدل على جواز تولية المقلد لمنصب القضاء بقوله القاضي يقضي باجتهاد نفسه، إذا كان له رأي، فإن لم يكن له رأي وسأل فقيهاً أخذ بقوله. انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/8. وهو ما رجحه عبد الكريم زيدان في كتابه "نظام القضاء في الشريعة الإسلامية"، ص 27.

726- انظر: ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص 21.

727- السيوطي: الأشباه والنظائر في الفروع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (دط، دت)، ص 60.

728- ابن أبي الدم الحموي: أدب القضاء، ص 41.

729- وهذا ما رجحه محمد الزحيلي في كتابه "التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي"، ص 95.

730- الشاطبي: الاعتصام، 1/246.

2- أما كون معاذ-رضي الله عنه- قال: أجتهد رأيي، وأنه يدل على كون القاضي مجتهدا، فلا يلزم منه اشتراطه، وإنما لم يذكر معاذ-رضي الله عنه- الإجماع؛ لأنه لم يكن حجة في زمانه⁽⁷³¹⁾.

ثانيا: نوقشت أدلة لأصحاب القول الثاني القائلين بعدم اشتراط الاجتهاد في تولية القضاء بما يأتي:

1- قولهم: إن تقليد المقلد القضاء يحصل به الغرض المقصود من القضاء؛ مردود بأن المقلد جاهل بطريق العلم، وليس لديه علم يقضي به، وليس له أن يعلم أنه قضى بالحق وهو جاهل لا يستطيع معرفة ما يقضي به، إذ قد يُفتي خطأ فيضل في الحكم ويقضي بالجور والباطل، فتولية المقلد والجاهل القضاء ذريعة للحكم بالباطل، وكل ما أفضى إلى الممنوع فهو ممنوع⁽⁷³²⁾.

2- وأما استدلالهم بالعامي المستفتي في حق نفسه؛ فمردود بأن العامي مضطر، والقاضي غير مضطر، وبأن العامي يلتزم الفتوى في حق نفسه، والقاضي يوجبها على غيره، وإذا ثبت الفرق فلا حجة لهم في ذلك.

3- وأما استدلالهم بالقياس على الشهادة؛ فمردود بأنه لما روعي في الشهادة آلتها، وهي في التحمل: العقل والسمع والبصر، وفي الأداء: العقل واللسان، وجب أن يراعى في الحكم آتته: وهو الاجتهاد، فصارت الشهادة دليلا، لا حجة لهم فيه. ثم أن العالم لما جاز له أن يفتي جاز له أن يحكم، والعامي لما لم يجز له أن يفتي لم يجز له أن يحكم، فافترقا⁽⁷³³⁾.

والراجح في هذه المسألة من حيث قوة الأدلة وسلامتها من الاعتراضات الوجيهة؛ ولأن في قوتها احتياطا لتحقيق العدل على أسنى صورته هو مذهب الجمهور؛ لأن الاجتهاد أعون للقاضي على إصابة الحق، ونصب موازين القسط، وتحقيق قيومية الشرع على الواقع. وقد صار تحقيق هذا الشرط متعذرا في هذا العصر⁽⁷³⁴⁾ الذي لم يبق فيه مجال واسع للاجتهاد، أو للمجتهد المطلق، وذلك راجع لضعف الهمم والعزائم على طلب العلم في العصور المتأخرة. والرأي الوسط كما سارت على ذلك جميع المذاهب في العصور المتأخرة هو اشتراط الاجتهاد المطلق في القاضي، فإن عدم المجتهد المطلق جاز تولية المجتهد المقيد

731- انظر، ابن الهمام: فتح القدير، 237/7.

732- انظر، الماوردي: الحاوي الكبير، 159/16.

733- الماوردي: الحاوي الكبير، 160/16.

734- بخلاف ما ذهب إليه قطب الريسوني في كتابه الاجتهاد القضائي المعاصر إذ يقول: "وقد صار شرط الاجتهاد اليوم متعينا أكثر من تعينه في العصور الغابرة، ولا يعتذر عنه بانقراض المجتهدين من جهة، وسدّ الذريعة إلى الفوضى في دين الله من جهة ثانية، لأن الحياة المعاصرة تدور في فلك تطورات متلاحقة حثيثة... مما يستدعي المواكبة الشرعية الموصولة للنوازل الحضارية والمستجدات العلمية". ص 14-15. وهذا ينطبق على الاجتهاد الجماعي لا الاجتهاد الفردي للقاضي.

بمذهب معين، فإن عدما جاز تولية المقلد الذي لديه نوع علم وأهلية في فهم مذهب من المذاهب للضرورة، وتماشيا مع مقاصد الشريعة الكلية التي جاءت برفع الحرج والمشقة عن العباد، مع السعي في إصلاح الأحوال حتى يكمل للناس ما لا بد لهم منه من أمور الولايات والإمارات وغيرها⁽⁷³⁵⁾. قال الإمام أحمد: "إنه لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس"⁽⁷³⁶⁾. كما أن ترك الناس دون قاض يفصل في خصوماتهم ومنازعاتهم، يؤدي إلى مفساد عظيمة، والشريعة جاءت بسدّ الذرائع الموصلة للفساد، وهذا مقرر في أصل مذهب الإمام مالك كما هو الشأن في مسألة جواز إمامة المفضول مع وجود الفاضل، إذا كان ذلك يحقق مصلحة ويدراً مفسدة⁽⁷³⁷⁾. فإذا جاز تولية المقلد القضاء للضرورة في عصر الاجتهاد والمجتهدون، ففي هذه الأعصار أولى، وإلا تعطلت أحكام الناس ومصالحهم⁽⁷³⁸⁾.

الفرع الثاني: ضوابط القاضي في قضائه

إذا كان العدل هو أساس الحكم في الإسلام، وتحقيق العدل لا يتأتى إلا بتزاهة القاضي، فإنه من الطبيعي أن يهتم الفقه الإسلامي بصلاحية القاضي ونزاهته ضمانا لحيدته، وذلك بإبعاده عن كل ما قد يؤدي إلى الاتهام أو التحيز، فوضع الفقهاء ضوابط وقيود يجب مراعاتها لصحة قضاء القاضي ونفاذه.

ويمكن إجمال هذه الضوابط التي يجب على القاضي التقيد بها في قضائه، والمستخلصة من ثنايا المباحث المتعلقة بالتنظيم القضائي في الفقه الإسلامي - من خلال هذا الفصل - فيما يأتي:

1- عدم القضاء لأصوله وإن علوا وفروعه وإن نزلوا، ولا لزوجه وأقاربه على عمود النسب لأجل التهمة، ولكن يجوز له أن يحكم على أحد أبويه أو أحد أبنائه لانتفاء التهمة متى كانت شهادته عليهم جائزة⁽⁷³⁹⁾.

2- عدم الحكم على عدوه، ويجوز له أن يحكم له. ولا لمن كانت بينه وبين القاضي مودة؛ أي لمن كان القاضي قد تلقى منه رشوة أو هدية، فالهدية دليل المودة، والرشوة محرمة، حتى ولو لم يأخذها القاضي لنفسه أو بنفسه⁽⁷⁴⁰⁾.

735- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص 21.

736- ابن قدامة: المغني، 6-5/14.

737- الشاطبي: الاعتصام، 46-44/3.

738- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي، ص 95-96. و ناصر بن مشري الغامدي: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، ص 365 وما بعدها.

739- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 473/12. الخطاب: مواهب الجليل، 134/6. والماوردي: الحاوي الكبير، 202/16. وقيل يجوز حكمه لهما، لأنهما من رعيته فجاز حكمه لهما كالأجانب. انظر، ابن قدامة: الكافي، 93/6.

740- ابن أبي الدم: أدب القضاء، ص 71. الرافعي: الشرح الكبير، 473/12.

3- لا يجوز للقاضي أن يفاضل بين الخصوم في المجلس ولا أن يخلو بأحد الخصوم دون الآخر، لما في ذلك من ترك العدل وكسر قلب الخصم الآخر، ويؤدي إلى التهمة⁽⁷⁴¹⁾.

4- على القاضي أن ينظم وقته الذي يقضي فيه بين الناس ليعطي لنفسه وقتاً للراحة⁽⁷⁴²⁾.
قال الباجي: "قال ابن الماجشون⁽⁷⁴³⁾ ويتخذ القاضي أوقاتاً يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس"⁽⁷⁴⁴⁾. وليس له أن يتعب نفسه فيقضي النهار كله، قال مالك: إني أخاف أن يكثر فيخطئ. ويكره للقاضي أن يقضي إذا دخله هم أو نعاس أو ضجر شديد، أو جوع يخاف على فهمه منه الإبطال أو التقصير"⁽⁷⁴⁵⁾.

5- يستحب له أن يتخذ كاتباً يكتب له؛ لأن القاضي في الغالب مشغولاً بسماع دعوى الخصوم ومتابعة أقوالهم، ولهذا فإنه يكون محتاجاً لكاتب يكتب له الوقائع، حتى لا يقع القاضي في خطأ بسبب النسيان⁽⁷⁴⁶⁾.

ومن شرط الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتب به القضاة من الأحكام، وما يكتبه من المحاضر والسجلات؛ لأنه إذا لم يعرفه أفسد ما يكتبه بجهله، وأن يكون عدلاً؛ لأن الكتابة موضع أمانة، ولا تؤمن خيانة الفاسق، وأن يكون مسلماً؛ لأن الإسلام من شروط العدالة، ويستحب أن يكون ورعاً نزهاً، لئلا يستمال بالطمع، جيد الخط ليكون أكمل، حراً ليخرج من الخلاف⁽⁷⁴⁷⁾.

6- ينبغي للقاضي أن يتخذ أعواناً يساعده في إحضار الخصوم وتنفيذ أحكامه، بشرط أن يكون هؤلاء الأعوان من المعروفين بالتقوى والصلاح والأمانة والبعد عن الطمع، كما له أن يتخذ مترجماً يفسر له لغة المتخاصمين؛ لأن القاضي قد لا يعرف لغتهما، فلا بد ممن يطلعه على ذلك⁽⁷⁴⁸⁾.

741- الشريبي: مغني المحتاج، 4/534. الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 95. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/472-473.

742- الرافعي: الشرح الكبير، 12/485. قال الماوردي: "لا يجوز للقاضي أن يجرب إلا في أوقات الاستراحة" الأحكام السلطانية، ص 100. وانظر، علاء الدين علي إبراهيم أحمد: قواعد الاختصاص القضائي-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص 360.

743- هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، الفقيه المالكي، تفقه على الإمام مالك وعلى والده عبد العزيز وغيرهما، توفي سنة 213هـ. الذهبي: سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ، 10/359.

744- الباجي: المنتقى، 7/135.

745- الباجي: المنتقى، 7/136. وأما الأمور التي يخاف فواتها ويترأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه يلزمه ذلك كما قال الباجي. المنتقى، 7/135.

746- أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 13/41. انظر، عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي: بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، ص 129.

747- ابن قدامة: الكافي، 6/100.

748- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 4/519. الخطاب: مواهب الجليل، 6/115.

7- لا يجوز للقاضي تأخير الخصومة إلا في ثلاث: الرية ولرجاء صلح الأقارب، وإذا طلب أحد الخصوم مهلة لتقديم ما يؤكد قوله أمام القاضي⁽⁷⁴⁹⁾.

8- على القاضي أن لا يميز بين مسلم وغير مسلم في مجلس القضاء؛ لأن القانون الواجب تطبيقه في دار الإسلام هو القانون الإسلامي؛ ولأن دار الإسلام تقوم على أساس العدالة ومبدأ وحدة القانون ووحدة جهة القضاء⁽⁷⁵⁰⁾.

9- لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي الذي استقاه من خارج مجلس القضاء، وذلك رفعا للشبهة والتهمة، فلا يجوز للحاكم أن يحكم في حدّ و لا حق، فإذا علم شيئاً من ذلك كان شاهداً فيه، وله أن يشهد به عند غيره من الحكام، ويكون كواحد من الشهود⁽⁷⁵¹⁾. ويتصل بهذا عدم جلوس القاضي للإفتاء فليس له أن يفتي أحد الخصوم، أو أن يبدي رأيه في مسألة مرفوعة إليه، فإن أبدى رأياً فليس له أن يحكم فيها⁽⁷⁵²⁾.

10- لا يجوز للقاضي أن يقضي وهو غضبان، قال الشاطبي: "وعلة النهي تشويش الفكر عن استيفاء الحجج، واطرد النهي مع كل مشوش، وانتفى عند انتفائه، حتى إنه منتفٍ مع وجود الغضب اليسير الذي لا يمنع من استيفاء الحجج، وهذا صحيح جار على الأصول"⁽⁷⁵³⁾.
بالإضافة إلى جملة من الآداب التي يجب على القاضي مراعاتها في معاملته⁽⁷⁵⁴⁾ وتعامله مع الخصوم، مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي، وتتعلق أساساً بالحیطة والتحرز والورع، مما يضفي على قضاائه طابع النزاهة والحياد.

749- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 100.

750- انظر: عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 24-25.

751- أبو القاسم عبيد الله البصري: التفریع، تحقیق حسین بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1987، 245/2. الشوكاني: نيل الأوطار، 486/15.

752- قال الماوردي: "لا اختلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل. واختلفوا في حكمه بعلمه في الحقوق والحدود على مذاهب شتى، فقال أبو حنيفة يحكم بما علمه في زمان ولايته، وفي مواضع عمله في حقوق الآدميين.. وقال مالك لا يحكم بعلمه في حال من الأحوال، وبه قال من التابعين شريح والشعبي، ومن الفقهاء الأوزاعي وأحمد وإسحاق، وأما الشافعي فقد نص في كتابه الأم على قولين، الجواز والمنع". الحاوي الكبير، 321/16-322. وابن قدامة: المغني، 31/14. وذهب إلى القول بخلاف ذلك من المعاصرين الشيخ الألباني حيث قال: "حكم القاضي بعلمه هذا هو الحق، ومن منع من ذلك لم يأت بحجة واضحة". الألباني: التعليقات الرضية على الروضة الندية لصديق حسن خان، تحقيق علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2003، 251/3. قال البهوتي: ولا يحكم القاضي بعلمه ولو في غير حدّ لأن تجويز القضاء بعلم القاضي يفضي إلى تمته وحكمه بما يشتهي. الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 710.

753- الشاطبي: الاعتصام، 174/2.

المبحث الرابع: سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بمذهب معين

على أساس الترجيح الذي يرى بأن الاختلاف في اشتراط الاجتهاد في القاضي مجاله العصور القديمة عند وجود المجتهدين بكثرة، على خلاف هذا العصر الذي لم يبق فيه مجال واسع للاجتهاد، وبالتالي جواز تولية القاضي المقلد عند عدم وجود القاضي المجتهد، وعليه لا بد من بيان مدى إلزامية التقييد بالمذهب لكل من القاضي المجتهد والمقلد.

ولاشك أن التقييد بما يلزم به ولي الأمر من أمور اجتهادية يدخل فيما يجب له من حق الطاعة، فله أن يتخذ التدابير، ويصدر التنظيمات، ويقوم بالتصرفات التي تمكنه من تأدية واجباته، وهذه السلطة يعتمد في تنفيذها على ما له من حق الطاعة على رعيته، لكن هذه السلطة ليست مطلقة بلا حد ولا قيد، وإنما هي محددة ومقيدة بما لا مخالفة فيه للشرع، ولا تعددًا لحدوده، وهذا ما دلت عليه النصوص من الكتاب والسنة وعمل الخلفاء الراشدين. لذلك لا بد من معرفة حدود سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بأحكام معينة من خلال المطلب الآتي:

المطلب الأول: حدود سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بأحكام معينة

إن من أبرز مظاهر سلطة ولي الأمر هي سلطته في إصدار الأوامر والتنظيمات، ووضع التدابير لتصريف شؤون الأمة وتسيير نظام الحكم، وهي سلطة يمتزج فيها الحق والواجب، فهي حق لولي الأمر من حيث إصدار الأوامر وتقرير الأحكام ووضع التنظيمات بما يراه سبيلا للنهوض بواجباته في إدارة شؤون الأمة ورعاية مصالحها، ولكن هذا ليس على إطلاقه⁽⁷⁵⁵⁾، على ما سيتضح مما يأتي بيانه.

الفرع الأول: ما يخرج عن سلطة ولي الأمر من الأحكام

لا مجال للاجتهاد في مورد النص و فيما علم من الدين بالضرورة، أو فيما لا يتغير من الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والبيئات والمجتمعات التي جاءت بها نصوص قاطعة لا مجال للرأي فيها ولا

754- غير أنه يجوز للقاضي حضور اللوائم لأن النبي ﷺ أمر بإجابة الداعي، ولا يخص بإجابته قوما دون قوم لأنه جور، فإن كثرت عليه وشغلته ترك الجميع لأنه يشغل بها عما هو أولى منها، وله عيادة المرضى وشهود الجنائز، ويأتي مقدم الغائب لأنه قرينة وطاعة. ابن قدامة: الكافي، 96/6.

755- قال مصطفى الزرقا: "إن إعطاء هذه الصلاحية لولي الأمر العام يؤدي إلى إمكان أن يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الأحكام الاجتهادية، وتقييدها بأوامر وقوانين زمنية يصدرها، وقد لا يهمنه موافقتها لقواعد الشريعة، فكيف تجب طاعته، والجواب أن هذه النصوص الفقهية مفروضة في حالتين: إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة كما كان في الصدر الأول من العهد الإسلامي، وإما أن لا يكون عالما مجتهدا، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم.. ثم قال: وما هنا تبرز مشكلة أخرى وهي أن موافقة أهل العلم قد تحصل ممن يخضعون للحكام أنفسهم ويمالئهم رغبة أو رهبة، ولا يتجاسرون أن يردوا للحاكم طلبا أو يعصوا له أمرا، فهؤلاء لا قيمة لموافقتهم حتى ولو كانوا ذوي علم". المدخل الفقهي العام، 1/221-222.

للاجتهاد، فليس للمجتهد المتأهل، أو لولي الأمر الخوض فيها بالرأي، ذلك أن مهمة ولي الأمر التطبيق والتنظيم لا التشريع. فليس له أن يعدل في الثوابت الشرعية أو يغير فيها أو يتعرض لها بما قد ينال منها أو أن يجتهد بخلافها أو ن يقول بحكم يناقضها بعد ورود النص الصريح في ذلك. حتى لا يتجاوز شريعة الله تحت أي ذريعة ولا طاعة له إن فعل ذلك⁽⁷⁵⁶⁾.

الفرع الثاني: ما يدخل في سلطة ولي الأمر من الأحكام

لولي الأمر- فيما عدا الأحكام القطعية الثابتة- أن يسلك طرقاً محكمة لتنظيم مصالح الأمة وتدير شؤونها، فيما مجاله الرأي والاجتهاد بما يحقق المصالح ويدرك المفاصل⁽⁷⁵⁷⁾ ويقيم القسط تبعاً لقاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والحال، وكذا مراعاة الضرورات والظروف الاستثنائية بناء على قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁷⁵⁸⁾، وهي قاعدة أساسية تصلح مبدأً تنظيمياً هاما يعتمد عليه ولي الأمر ويستند إليه في بناء كثير من الأحكام التي ينظم بها أمور الأمة، فولي الأمر عند الضرورة أن يفعل كل ما تقتضيه سلامة الأمة والمحافظة على كيانها وسيادتها وأمنها واستقرارها حتى ولو كان ذلك غير مباح في الظروف العادية.

فإذا قرر ولي الأمر أحكاماً لمعالجة حالات الضرورة ولموجهة حالات الطوارئ، فإن على القضاة التقييد بما حسب ما تقتضيه الأصول والمبادئ الشرعية الخاصة بحالات الضرورة ودفع المفسدة، وأن تقدر الضرورة بقدرها. كما أن لولي الأمر التصرف في دائرة التخيير- فيما عدا الواجب والمحرم - فله أن يغير من أوصاف هذه الأحكام فيجعل منها واجبا أو ممنوعا وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة العامة، مراعيًا في ذلك المقاصد العامة للتشريع وألا يكون في هذا التنظيم مصادرة لأصل الحق، وإنما يجب أن يكون لتيسير استعمال الحق، ومنع الضرر الذي يترتب على ذلك⁽⁷⁵⁹⁾.

756- انظر، المهدي الوافي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 419. محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1، 2004، ص 331.

757- ذلك أن تصرف ولي الأمر على الرعية مناط بالمصلحة كما تقرره القاعدة الفقهية "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"، وهذه مهمة ذات مساس بالسياسة الشرعية وتنظيم الدولة الإسلامية، تضع حدا ووازعا للحاكم في كافة تصرفاته، ولكل من يتولى أمرا من أمور المسلمين. انظر، محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، مصر، ط1، 1997، ص 111.

758- انظر، محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، ط2، 1989، ص 185.

759- انظر، المهدي الوافي: المرجع نفسه، ص 419. محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص 331.

المطلب الثاني: تقييد القاضي المجتهد بمذهب معين

الواجب في حق القاضي المجتهد أن يقضي بما يؤديه إليه اجتهاده فهو غير مقيد بمذهب ولا برأي غير ما يراه هو باجتهاده. وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة له فهل يملك ولي الأمر أن يلزمه بالقضاء بمذهب معين؟.

الفرع الأول: حكم تقييده بمذهب معين

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضي المجتهد لا يتقيد بمذهب معين، ولا يجوز للإمام أن يخصص عمله ويقيده بالحكم بمذهب معين أو رأي معين؛ لأن المجتهد مأمور بالحكم بما يؤدي إليه اجتهاده، فحرم عليه تقليد غيره، والحق لا يتقيد بمذهب معين⁽⁷⁶⁰⁾، ولا تكون أحكام مذهب ما قانونا واجب التطبيق؛ لأنه لا يمثل الشريعة الإسلامية التي هي أكبر وأوسع من أي مذهب فقهي⁽⁷⁶¹⁾، ذلك لأن المذاهب الفقهية هي وجوه لتفسير نصوص الكتاب والسنة واجتهادات معينة لاستنباط الأحكام من مصادرها المعتمدة، ولا يمكن أن يكون وجه معين من وجوه التفسير أو اجتهاد معين من اجتهادات الفقهاء لاستنباط الأحكام هو الوجه الوحيد لتفسير نصوص الشريعة الإسلامية، أو الاجتهاد الوحيد لاستنباط أحكامها. ولهذا نص الفقهاء على أنه لا يجوز تقييد القاضي بمذهب معين، ولا أن يشترط عليه ذلك عند تقليده ولاية القضاء.⁽⁷⁶²⁾ قال ابن قدامة: "ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ والحق لا يتعين في مذهب إمام بعينه، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب، فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط"⁽⁷⁶³⁾. ومنه فالواجب على القاضي المجتهد عند تقرير أي حكم من الأحكام الشرعية، الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد فيها نصا، اجتهد رأيه بحسب الأصول الشرعية، والضوابط الأصولية، لاستنباط الحكم من أدلته الشرعية⁽⁷⁶⁴⁾.

الفرع الثاني: حكم التولية عند التقليد بمذهب معين

إذا اشترط ولي الأمر على القاضي المجتهد أن يقضي بمذهب معين، سواء كان هذا المذهب الذي اشترطه وقيده به هو مذهب ولي الأمر نفسه أو مذهب غيره فإن الشرط باطل⁽⁷⁶⁵⁾. وأما عقد التولية

760- انظر، ابن قدامة: المغني، 91/14.

761- انظر، أبو الحسين العمري الشافعي: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 25/13.

762- انظر، عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 208-209.

763- ابن قدامة: المغني، 91/14.

764- انظر، الزركشي: البحر المحيط، 6/229.

765- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 16/1. الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 92.

فلا يخلو إما أن يكون التقييد بمذهب معين شرطاً فيه، وإما أن يخرج مخرج الأمر والنهي. فإن كان هذا التقييد شرطاً في عقد التولية ففي بطلان العقد قولان:

القول الأول: يبطل وهو قول الجمهور، وعللوا هذا البطلان بأن هذا الشرط يناهض مقتضى العقد، فإن العقد يقتضي أن يحكم بالحق عنده، وهذا الشرط قد حجر عليه واقتضى أن يحكم بمذهب معين، وإن بان له الحق في سواه؛ ولأن التولية معلقة على شرط، وحيث بطل الشرط بطلت التولية. وتبطل التولية سواء اقترن الشرط بالعقد أو تقدمه أو وقع بعده. قال ابن فرحون: "وعلل بطلان شرط الحكم بمذهب معين، بأن هذا الشرط شرط يناهض مقتضى العقد؛ لأن عقد تولية القضاء، يقتضي بأن يحكم القاضي بالحق الذي عنده، وهذا الشرط يمنعه من ذلك؛ لأنه يلزمه الحكم بمذهب معين، وإن ظهر له الحق في غير هذا المذهب" (766).

وهو ما نص عليه الماوردي من بطلان شرط تقييد القاضي بالحكم بمذهب معين، وعلل البطلان بأن هذا الشرط يمنعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد (767).

القول الثاني: يصح عقد التولية ويبطل الشرط، وهو قول لبعض المالكية (768) ووجه عند الحنابلة (769) ونسب هذا إلى أهل العراق. والراجح قول الجمهور لظهور دليلهم. وأما إن كان هذا التقييد قد أخرج مخرج الأمر أو مخرج النهي، فالتقييد لا اعتبار له ولا تأثير، وعقد التولية صحيح، ويجب على القاضي حينئذ أن يحكم بما يؤديه إليه اجتهاده سواء وافق ما قيده أم خالفه (770).

المطلب الثالث: تقييد القاضي المقلد بمذهب معين

يختلف موقف ولي الأمر من القاضي المقلد عن موقفه من القاضي المجتهد من حيث السلطة في تقييده بمذهب معين أو رأي معين (771)، وهذا ما صرح به كثير من الفقهاء حيث خصّوا المنع من التقييد بمذهب معين بالقاضي المجتهد، أما القاضي المقلد فإن تقييد ولي الأمر له يأخذ إحدى صورتين:

الفرع الأول: أن يقيده بالقضاء بمذهبه

اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على قولين:

766- ابن فرحون: المصدر نفسه، 17/1.

767- الماوردي: الحاوي الكبير، 25/16.

768- الخطاب: مواهب الجليل، 98/6.

769- ابن قدامة: المغني، 91/14.

770- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 17/1.

771- المقصود بالتقييد برأي معين هو أن يعين ولي الأمر رأياً معيناً بوصفه أو بنسبته إلى بعض العلماء لئتم القضاء بمقتضاه في جميع جزئياته، وفي كل ما يعرض من وقائع، كأن يقيده ولي الأمر القاضي بأن يحكم بالرأي المشهور في مذهب كذا، أو بالرأي الذي اعتمده فلان، أو بالرأي المعتمد أو المنصوص عليه في كتاب كذا. انظر، محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص 299.

القول الأول: يجب على القاضي المقلد أن يلتزم بمذهبه، ويعتبر التزامه هذا واجبا عليه بحكم الشرع، سواء أُلزمه ولي الأمر بذلك أم فهم من العرف أم أطلق توليته، ففي كل حال يجب عليه أن يحكم بمذهبه؛ لأنه حينما وُلِّي القضاء وهو بهذه الصفة فإنها كانت محل اعتبار في حقه ليحكم بمقتضاها. قال الكمال بن الهمام: "فأما المقلد فإنما ولاه- أي الإمام - ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة"⁽⁷⁷²⁾. كما أنه لا يحسن القضاء إلا بهذه الصفة- أي بتقليد إمامه- وعليه فالإزام ولي الأمر للقاضي المقلد بالقضاء بمذهبه لا يزيد الأمر إلا تأكيدا.

فإذا تعذر وجود المجتهد لتقليده ولاية القضاء، جاز تولية المقلد للضرورة ونفذ قضاؤه، كما نص على ذلك الفقهاء، وعللوا ذلك بالضرورة، وقالوا: إن عليه أن يحكم بالمشهور من مذهبه⁽⁷⁷³⁾.

القول الثاني: لا يجب على القاضي المقلد أن يلتزم بمذهبه، إلا إذا أُلزمه ولي الأمر به، ولا يصح له القضاء بغيره بعدما أُلزمه به سواء كان هذا الإلزام باللفظ أو بالعرف. قال السيوطي⁽⁷⁷⁴⁾: "لو حكم بقول خارج عن مذهبه وقد ظهر له رجحانه، فإن لم يشترط عليه الإمام في التولية التزام مذهب جاز، وإن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله: على عادة من تقدمه ونحو ذلك، لم يصح الحكم؛ لأن التولية لم تشملها"⁽⁷⁷⁵⁾.

والذي يظهر رجحانه هو القول الثاني بجواز إلزام ولي الأمر للقاضي بالقضاء بمذهبه، وعلى القاضي أن يتقيد بما أُلزمه به ولي الأمر من القضاء بمذهبه وألا يخرج عنه. ذلك أن هذا القول يتفق في النتيجة مع القول الأول من حيث إلزام القاضي القضاء بمذهبه إلا أن مبني الإلزام مختلف بينهما.

الفرع الثاني: أن يقيد بالقضاء بمذهب غير مذهبه

حكم هذه الصورة مبني على حكم تقيّد القاضي بمذهبه- كالصورة الأولى- وقد تقدم أن القول الأول هو وجوب تقيّد القاضي بمذهبه، والقول الثاني هو عدم وجوب ذلك. فعلى القول الأول بوجوب تقيّد القاضي بمذهبه حتى ولو لم يلزمه ولي الأمر، ليس لولي الأمر أن يلزمه بالقضاء بمذهب غير مذهبه؛ لأن القاضي مأمور بأن يحكم بالحق، والحق ما يعتقده صحيحا، ولذا كان تقيّد القاضي بغير مذهبه

772- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 7/285.

773- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 1/18.

774- هو عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي الشافعي إمام حافظ، ومؤرخ أديب، ولد بالقاهرة سنة 849هـ، وتوفي سنة

911هـ، كتب في كثير من الفنون، من مؤلفاته: المزهري في اللغة، الإتيقان في علوم القرآن. ابن العماد: شذرات الذهب، 8/51-52.

775- السيوطي: الأشباه والنظائر، 74.

إلزاما له بالقضاء بما لا يعتقده، وهذا لا يصح. وأما عقد التولية فيظهر من قول بعضهم أن هذا يبطل العقد، ويظهر من قول بعضهم الآخر أنه لا يبطله⁽⁷⁷⁶⁾.

وأما على القول الثاني بعدم وجوب تقييد القاضي بمذهبه إلا أن يلزمه ولي الأمر بذلك، فقد يؤخذ من صحة التقييد - من حيث المبدأ - صحة تقييده بمذهب آخر، إلا أنه يردّ على هذا أن بينهما فرقا، فالإلزامه بمذهبه؛ لأنه يعتقد صحته، وأما غير مذهبه فليس كذلك، وعليه فلا يكون القول الثاني مستلزما بالضرورة لجواز تقييد القاضي بمذهب غير مذهبه، وإن كان هذا الجواز متفرعا عنه، إلا أنه مع هذا جاء عن بعض الحنفية والمالكية والشافعية ما يدل على جواز هذا التقليد.

جاء في مواهب الجليل نقلا عن المازري⁽⁷⁷⁷⁾: "وإن كان الإمام مقلدا وكان متبعا لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد فلا يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك - رضي الله عنه - وأن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك، لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي ولي القاضي عليهم. وقد وليّ سحنون⁽⁷⁷⁸⁾ رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة"⁽⁷⁷⁹⁾. ففي إطلاق كلمة (قاض مقلد)، ما يدل على أن للإمام المالكي المذهب أن يقيد القاضي بمذهب مالك حتى ولو كان القاضي مقلدا لمذهب آخر غير مذهب مالك.

وفي الاستشهاد بفعل سحنون ما يؤيد ذلك، حيث إنه ولي رجلا سمع بعض كلام أهل العراق - والغالب فيهم المذهب الحنفي - وأمره ألا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة، وهو المذهب المالكي⁽⁷⁸⁰⁾. وخلاصة ما ترجح من الأقوال في سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بمذهب معين أن القاضي إن كان مجتهداً فليس لولي الأمر تقييده، وإن كان مقلداً جاز لولي الأمر تقييده سواء بمذهبه أو بمذهب غيره⁽⁷⁸¹⁾.

776- الخطاب: مواهب الجليل، 6/98-99.

777- هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، ولد سنة 453هـ وتوفي سنة 536هـ، والمازري نسبة إلى مدينة مازر في جزيرة صقلية، كنيته أبو عبد الله، فقيه مالكي ومحدث، من تصانيفه إيضاح الحصول من برهان الأصول. حاجي خليفة: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، 6/88.

778- هو أبو سعيد سحنون بن سعيد التنوخي من أهل إفريقية وأقصى المغرب، وهو من الطبقة الأولى الذين انتهى إليهم فقه مالك، والتزموا مذهبه ممن لم يره ولم يسمع منه، توفي سنة 240هـ. القاضي عياض: ترتيب المدارك، 4/45 وما بعدها.

779- الخطاب: مواهب الجليل، 6/98.

780- انظر، محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص 294-295.

781- ما سبق عرضه من آراء للفقهاء في تقييد القاضي بمذهب أو عدم تقييده، إنما يرجع منشأ ذلك في عصور الفقهاء القدامى إلى شيء من الاضطراب في التطبيق القضائي لعدم معرفة الحكم الواجب التطبيق مع تعدد الأحكام وتنوعها في المسألة الواحدة نتيجة اختلاف آراء المجتهدين، ولعل هذا هو السر في أن كثيرا من الأصوليين والعلماء أفتوا بغلق باب الاجتهاد سداً للذريعة الفوضى والاضطراب، وكانوا محقين في ذلك

المبحث الخامس: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ حجية الأحكام، إذ أن فقهاءها قد اعتبروا الحكم القضائي قرينة على صحته وعدالته، إذ يحمل القضاء على الصحة ما لم يتبين الجور، وليس للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها⁽⁷⁸²⁾. ومؤدّى هذا أنه يجب تنفيذ الأحكام وإمضاؤها وعدم جواز البحث فيما قضت به، واعتبار الحكم حجة فيما فصل فيه⁽⁷⁸³⁾.

ومن ناحية أخرى فقد اعترف فقهاء الإسلام بالأثر الإيجابي لحجية الأحكام، وهو احترام ما قضت به أحكام القضاء مستقبلاً دون إعادة بحثها من جديد، وعبر هؤلاء الفقهاء عن هذا الأثر "بكتاب القاضي إلى القاضي"، واعتبروه طريقاً للحكم في الرأي الغالب⁽⁷⁸⁴⁾، إذ أن القاضي المكتوب إليه - متى تحقق من صحة الكتاب بالبينة أو بالخط أو التوقيع - بهذا الكتاب، وبما ورد فيه، يعتمد على ما جاء به من شهادة أو حكم⁽⁷⁸⁵⁾.

وكتاب القاضي إلى القاضي معناه: أن يقوم قاض بكتابة حكم، إما حكم قضائي موضوعي كامل، كما لو كان حكماً غيائياً، أو كان حكماً بحضور الخصم بعد الحكم وقبل تنفيذه، فيقوم القاضي الذي أصدر الحكم بكتابة صورة ما حكم به القاضي على الخصم الغائب⁽⁷⁸⁶⁾ لكي يقوم القاضي المكتوب إليه بتنفيذ الحكم عليه⁽⁷⁸⁷⁾.

وقد يكون الحكم إجرائياً كما لو كان القاضي قد سمع شهوداً، وقام بتعديلهم والسؤال عنهم، أو كان قد سمع شهوداً دون تعديل أو سؤال، فيقوم القاضي بكتابة ما سمعه من الشهود إلى قاض غيره

حتى يكون القاضي في أحكامه ملزماً بأحكام مذهبه فلا يجيد عنه، وملزماً للناس بما حتى يعرفوها ويقدر كل إنسان في تصرفاته حكم تصرفه أمام القضاء، وقد كان هذا الاتجاه أساساً في وضع الأحكام الشرعية في مواد قانونية محددة وواضحة ما أمكن. انظر، محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 114-115.

782- الماوردي: الحاوي الكبير، 16/174 وما بعدها. ابن قدامة: المغني، 14/34.

783- وهذا هو معنى الحجية في الأنظمة الوضعية، إلا أن فقهاء الإسلام قد أجازوا نقض الأحكام إذا قامت أدلة قوية على مجانبتها للصواب والحق.

784- الونشريسي: المعيار العربي، 10/58.

785- الونشريسي: المعيار العربي، 10/62.

786- مع ملاحظة أن الأحناف لا يجيزون القضاء على الغائب كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

787- محمود محمد هاشم: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مطابع جامعة الإمام سعود، ط1، 1988، ص 385.

لكي يحكم بموجب هذه الشهادة وتلك الأقوال بدون تعديل أو سؤال في الحالة الأولى، أو بعد تعديل الشهود وسؤالهم في الحالة الثانية⁽⁷⁸⁸⁾.

ففي كل هذه الصور يلتزم القاضي بما جاء في حكم القاضي الذي كتب إليه، وهذا هو المعنى الحقيقي لحجية الأحكام في وجهها الإيجابي، وفي هذا يقول صاحب حاشية الروض المربع: "لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حال"⁽⁷⁸⁹⁾.

كما توج الإسلام مبدأ استقلال القضاء باعتباره إحدى السمات الأساسية للنظام القضائي الإسلامي، فكانت عظمة رسالة القضاء وثقل أمانة القاضي سببا في إضفاء حماية معنوية له بما يجعل له المهابة بين الناس، خاصة أن أعلام الإسلام وفقهاؤه أكدوا أن التمرد على القضاء يعني التمرد على الخلافة، فما يصدره القاضي من أحكام لها حصانتها؛ لأن الظاهر حجيتها فلا يُعرض لها بالنقض والإبطال؛ لأنه لا يولى القضاء إلا من كان أهلا لهذه الولاية من ذوي الكفاءة والافتقار والعقول الراجحة⁽⁷⁹⁰⁾.

إن فكرة حجية الأمر المقضي فيه -وهي مبدأ أصيل في فقه الشريعة الإسلامية- لها شواهد ثابتة في نصوص الشرع من الكتاب والسنة، كما يوجد إلى جانب ذلك فقه للعلماء المجتهدين من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب، واجتهاد القضاة الحاكمين، الذين تعهدوها بالرعاية والتنظير في أطوار الفقه الإسلامي حتى استوت نظرية عامة في حجية الأمر المقضي فيه⁽⁷⁹¹⁾؛ ولأنها تتعلق بالحكم القضائي لا بد أولا من التعريف به وبيان ثمرته، وذلك من خلال ما يأتي:

المطلب الأول: تعريف الحكم القضائي

الحكم القضائي: هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي على سبيل الإلزام⁽⁷⁹²⁾.

788- اختلف الفقهاء في مشروعية كتاب القاضي إلى القاضي والحكم به إلى فريقين: الرأي الراجح على العمل به، والمرجوح على عدم العمل به، على أن من قال بمشروعيته اشترط أن يشهد عدلان أمام القاضي المكتوب إليه، كما اختلفوا فيما يجوز فيه كتاب القاضي، فقال الأحناف بجوازه في جميع الحقوق عدا الحدود والقصاص لأنها تدرأ بالشبهات، والمالكية وبعض الشافعية على جوازه في جميع الحقوق، والحنابلة على جوازه في حقوق الأدميين وعدم جوازه في حقوق الله تعالى. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، مؤسسة الرسالة-ناشرون- بيروت، لبنان، ط1، 2000، 564/6. محمود محمد هاشم: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ص 386.

789- البهوتي: الروض المربع، ص 714.

790- انظر، رشدي شحاتة أبو زيد: انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، ص 92.

791- راجع تفصيلا أكثر عند: حسن أحمد علي الحمادي: حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001. ومحمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط1، 1984.

792- انظر، محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص 461 وما بعدها.

وعلى هذا يكون معنى فصل الخصومة هو الحل الذي يقع في نفس القاضي للتراع المعروض عليه بناء على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع، ويعبر عنه بقول أو فعل يتضمن الإلزام لكل من الخصمين بالأوضاع الحقوقية التي يراها القاضي في ذلك الحل.

وثمره الحكم القضائي: هو خروج كل من طرفي الخصومة بمراكز شرعية جديدة تختلف عن تلك التي كانوا عليها قبل صدور الحكم. ولا ينتج تلك الثمرة في الفقه الإسلامي إلا بشروط فصلها الفقهاء أهمها: أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة، وأن يصدر بصيغة الإلزام وأن يكون واضحا في حضرة الخصوم، صادرا عن قاض صحيح التولية وأن يكون موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية⁽⁷⁹³⁾.

المطلب الثاني: المقصود بحجية الحكم القضائي

يقصد بحجية الحكم القضائي عند فقهاء الشريعة أن الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية هو كون الحكم صحيحا ومحققا للعدالة وبالتالي يستحق التنفيذ.

وحمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر مقتضاه عند الفقهاء أن هذا الحكم يجب تنفيذه والعمل به وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، ومن ناحية أخرى فإن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يعتبر الحكم مقدسا إلى حد لا يمكن معه نقضه، وإنما هو معرض للنقض والتغير إذا قامت أدلة قوية على أنه قد جانب الحق والصواب⁽⁷⁹⁴⁾. سواء كان الخطأ في استنباط الحل التشريعي الاجتهادي المنطبق على المسألة المعروضة على المحكمة في الدعوى، أم كان الخطأ راجعا إلى تقدير الواقعة وأدلتها.

وعلى هذا يمكن رد الخلاف في المسألة إلى معرفة مناط حجية الحكم القضائي ويرجع ذلك إلى نظريتين:

النظرية الأولى: ومن قال بما أبو ثور، وداود، وبعض فقهاء المالكية وفحواها؛ أن مناط حجية الحكم القضائي هو صحته، ويطلق عليها "نظرية الحجية المقيدة".

ومضمونها: أن المحكمة إذا أعلنت حكمها في موضوع التراع، وكان الحكم مستوفيا لشروطه المرعية شرعا، فإنه يجوز حجية الحكم القضائي، ولكن إذا تبين أن هذا الحكم القضائي قد شابهُ الخطأ في العملية التقديرية الاجتهادية في استخلاص الحل التشريعي للمسألة المعروضة عليه، فإنه لا يتمتع بحجية

793- انظر، محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون، ص 8-9. أقر القانون الوضعي هذه الشروط مع تعديل في شرط موافقة الحكم للأحكام الشرعية، بأن يكون موافقا للقانون الوضعي.

794- انظر، عبد الحكم شرف: حجية الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، 1988، ص 14-15. و عادل محمد جبر أحمد الشريف: هامية القاضي وضمانات نزاهته، ص 169 وما بعدها.

الأمر المقضي فيه، ويجوز إعادة رفع المنازعة مرة أخرى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، كما ينبغي على المحكمة أن تعدل عن قضائها الخاطيء، وذلك بالرجوع إلى الحكم الصواب.

فقد جاء في المغني: "وحكي عن أبي ثور، وداود، أنه ينقض-أي الحكم- جميع ما بان له خطؤه"⁽⁷⁹⁵⁾. وجاء في تبصرة الحكام: "قال ابن حبيب: وأخبرني مطرف وابن الماجشون عن مالك- رحمه الله- وغيره من علماء المدينة، في القاضي يقضي بالقضاء، ثم يرى ما هو أحسن منه، فيريد الرجوع عنه إلى ما أرى، فذلك له ما كان على ولايته التي قضى بذلك القضاء الذي يريد الرجوع عنه"⁽⁷⁹⁶⁾. وهذا رأي ابن القيم حيث يقول: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الاجتهاد"⁽⁷⁹⁷⁾.

النظرية الثانية: يرى جمهور الفقهاء من أصحاب المذاهب الإسلامية أن مناط حجية الحكم القضائي هو عدم مخالفته لأحكام الشريعة القطعية، ويطلق عليها "نظرية الحجية المطلقة".
ومضمونها: أن الحكم الصادر عن هيئة المحكمة في المسائل المعروضة عليها، يجوز حجية الأمر المحكوم فيه، سواء أكانت المحكمة عند إصدارها الحكم مصيبة وجه الحق أم بعيدة عنه، ما لم تخالف في حكمها النصوص التشريعية القطعية للشريعة الإسلامية.

جاء في بدائع الصنائع: "قضاء القاضي الأول لا يخلو إما إن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والإجماع، وإما أن وقع في فصل مُجْتَهَد فيه من ظواهر النصوص والقياس، فإن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الإجماع فإن وافق قضاؤه ذلك نفذ ولا يحل له النقض؛ لأنه وقع صحيحاً"⁽⁷⁹⁸⁾.

وقال ابن فرحون نقلاً عن المالكية: "فأما العالم العدل فلا يُتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها، وإن عرض فيها عارض بوجه خصومه، فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا وإن سأله الخصم ذلك"⁽⁷⁹⁹⁾. وقال ابن قدامة نقلاً عن الحنابلة: "ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله؛ لأن الظاهر فيها السداد والصواب"⁽⁸⁰⁰⁾. وروى عن الشافعية قولهم: "ليس على القاضي أن يتعقب حكم من قبله لأن

795- ابن قدامة: المغني، 34/14.

796- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 57/1.

797- ابن القيم: إعلام الموقعين، 2/206.

798- الكاساني: بدائع الصنائع، 7/14.

799- ابن فرحون: تبصرة الحكام، 58/1.

800- ابن قدامة: المغني، 14/37.

الظاهر من أحكامه الصحة إلا أن يتظلم إليه محكوم عليه قبله، فينظر فيما تظلم فيه، فإن كان الحكم مخالفاً للشرع أو محلاً للنقض نقضه، وإن كان مجتهداً فيه أبقاه ولم ينقضه"⁽⁸⁰¹⁾.

المطلب الثالث: تأسيس الحجية على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله

الفرع الأول: أساس القاعدة الفقهية

تعتبر هذه القاعدة الفقهية صياغة تشريعية كلية لفكرة حجية الحكم القضائي في فقه الشريعة الإسلامية، وينحصر نطاق تطبيقها في المسائل والأحكام التشريعية الاجتهادية، أما الأحكام التشريعية القطعية الدلالة فلا مجال لإعمالها⁽⁸⁰²⁾. وأساس سنّ هذه القاعدة هي السنة النبوية في الحديث الذي رواه البخاري أن النبي ﷺ قال: "إذا حكم الحاكم فاجتهد فله أجران، وإذا حكم فأخطأ فله أجر" ⁽⁸⁰³⁾، و قوله ﷺ: "لا يقضين أحد في قضاء بقضاءين"⁽⁸⁰⁴⁾ ولا يقضين أحد بين خصمين وهو غضبان"⁽⁸⁰⁵⁾.

الفرع الثاني: مضمون القاعدة وأحكامها

إن الدعوى إذا ما عرضت على القاضي عرضاً صحيحاً، تعين على القاضي الفصل فيها بإعمال فكره وممارسة العملية الاجتهادية التحليلية، من جمع الأفكار واستخلاص النتائج، للتوصل إلى استنباط الحل التشريعي الصائب للمسألة المعروضة عليه في الدعوى، وهذا ما يسمى بالاجتهاد القضائي الذي لا ينقض بمثله. ومؤدى هذا أن الحكم القضائي في المسائل الاجتهادية يجوز حجية الأمر المقضي فيه، وأن للقاضي أن يستنفذ ولايته في المسألة التي حكم فيها، فلا يستطيع التراجع عن حكمه، ولو تغير اجتهاده أو تبدل رأيه في المسألة التي فصل فيها. قال الآمدي⁽⁸⁰⁶⁾: "اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، فإنه لو جاز نقض حكمه، إما بتغير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر، لأمكن نقض الحكم بالنقض.."⁽⁸⁰⁷⁾. ولما كان الأصل في الأحكام القضائية أن تكون حاسمة وملزمة

801- الشافعي: الأم، 505/7.

802- إذ توجد قاعدة فقهية أخرى تسري عليها وهي قاعدة "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي"، ومن ثم فإن الحكم القضائي إذا خالف النصوص القطعية فإنه يتجرد من الحجية.

803- سبق تخرجه، ص 66.

804- ومفاد الحديث أنه سنّ قاعدة تشريعية، وهي أن الحكمة إذا فصلت في الأمر المتنازع عليه، فإن قضاءها يجوز حجية الأمر المحكوم فيه، بحيث يمتنع على الحكمة معاودة سماع الدعوى فيما فصلت فيه، ويمتنع على الخصوم أيضاً تجديد الدعوى في المسألة نفسها التي حكم القاضي فيها.

805- النسائي: كتاب أدب القضاة، باب النهي عن أن يقضى في قضاء بقضاءين، حديث رقم 5942. السنن الكبرى، 421/5. كما يستفاد من الحديث كراهية القضاء في حالة الغضب أو في كل حالة تتغير فيها حاله، أو يتشوش فيها فهمه، ولا بد للقاضي من استيفاء حاجاته الأساسية قبل أن يجلس للقضاء. الماوردي: الحاوي الكبير، 34/16. وأبو الحسين العمري: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 37/13.

806- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 246-245/4.

807- واتفقوا على نقض حكم المجتهد الذي خالف اجتهاده، وقضى باجتهاد غيره. انظر، محمد سلام مدكور: القضاء في الإسلام، ص 63.

لأطراف النزاع، غير أنه في حال احتمال الخطأ في حكم القاضي، جاز لقاضي القضاة أو من ينوبه النظر في الأحكام الصادرة عن قضاة، فيبطل منها ما يحتاج إلى إبطال، ويعدّل ما يحتاج إلى تعديل، ويصدّق ما كان منها صحيحاً⁽⁸⁰⁸⁾.

وإذا حكم القاضي حسب اجتهاده في قضية ما، فليس له الرجوع عن هذا الاجتهاد في ذات القضية عملاً بقاعدة " أن الاجتهاد لا ينقض بمثله"⁽⁸⁰⁹⁾، ويترتب على هذه القاعدة بالنسبة لنقض الأحكام نتيجتان:

الأولى: أن ما حكم به القاضي بناء على اجتهاده السائغ المقبول في المسائل الاجتهادية، ليس له نقضه باجتهاده الجديد في المسألة التي حكم فيها⁽⁸¹⁰⁾.

الثانية: لا يسوغ لأي قاض أن ينقض باجتهاده حكماً اجتهادياً أصدره قاض آخر، ما دام هذا الحكم قد صدر عن اجتهاد سائغ مقبول⁽⁸¹¹⁾.

ولكن هذا الاجتهاد لا يلزم القاضي بقضية أخرى مماثلة للأولى، فيجوز له تغيير اجتهاده إلى ما هو أصوب وأصح، ولا يلزم حكم القاضي الاجتهادي غيره من القضاة للحكم في مسائل متشابهة، وأجمع الخلفاء الراشدون على أنه إذا تغير اجتهاد أحدهم من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً، أو إذا خالف اجتهاده اجتهاد من قبله، فلا ينقض الاجتهاد اللاحق الاجتهاد السابق.

و إذا ادّعى الخصوم بأن الدعوى سبق وحكم فيها، فإن القاضي يتوقف عن تكرار سماع الدعوى مرة ثانية، ويمكن دفع الخصم بالحجة المدونة في ديوان القاضي أو بشهادة شاهدين على ذلك⁽⁸¹²⁾.

808- انظر، سمر عالية: القضاء والعرف في الإسلام، دار مجد، بيروت، 1986، ص 136 وما بعدها. ومحمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 57.

809- قال السيوطي: "ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً. قال الحنفية: أو كان حكماً لا دليل عليه، نقله السبكي في فتاويه". الأشباه والنظائر، ص 74. غير أن لنقض الاجتهاد شروطاً لا بد من معرفتها. راجع كذلك، وميض بن رمزي العمري: المنهج الفريد في الاجتهاد والتقليد، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1999، ص 173 وما بعدها.

810- إذا عرض للقاضي المجتهد أمر اجتهادي فإن استطاع الوصول إليه باجتهاده إلى نتيجة دون عناء حكم بما وإن خالف رأي غيره من المجتهدين، بل إنه لا يجوز له أن يأخذ برأي غيره، لأن الله تعالى طالبه بالقضاء بالحق. محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 105.

811- انظر، عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 226. وقد اتفق العلماء على امتناع نقض حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية، إلا أن يكون حكمه مخالفاً لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلي أو على خلاف اجتهاده مقلداً لغيره. الأمدى: منتهى السؤل في علم الأصول، ص 253. والسيوطي: شرح الكوكب الساطع، 409/2.

812- انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص 179 وما بعدها.

ويجمع الفقهاء على أن القاضي إذا تعمد الخطأ والجور والانحراف عن مقتضى العدل في حكمه لزمه الضمان في ماله، وعوقب بالعقوبة التي يستحقها، ويفصل من القضاء⁽⁸¹³⁾، وإذا كان الخطأ غير متعمد فإنه لا يُسأل عنه ولا عن آثاره⁽⁸¹⁴⁾.

قال ابن فرحون: "ولا شيء على القاضي؛ لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر"⁽⁸¹⁵⁾، وإذا كان الأمر المقضي فيه حقا من حقوق الله تعالى الخاصة كحدّ السرقة بطل القضاء ووجب الضمان من بيت مال المسلمين، وإذا كان من حقوق العباد وأمكن تدارك الأمر بطل الحكم، وإذا كان الحكم مبرما ونفذ، وكان أساس الخطأ تدليس المدعي فيما أثبت به الدعوى، كان الضمان في مال المقضي له، حتى ولو كان الحكم بالقصاص، فإنه يلزمه التعويض ولا يقتصر منه؛ لأن حكم القضاء شبهة مانعة من القصاص، وإذا لم يكن منشأ الخطأ ما ذكر، وإنما كان من اجتهاد القاضي فلا يبطل⁽⁸¹⁶⁾.

هذا؛ وبما أن العمل القضائي عمل إنساني تقديري تمارسه المحكمة، فإن احتمال الخطأ يرد عليها سواء في تفسير واستنباط الحل القانوني من النصوص الظنية، أو في تكييف الواقعة تكييفاً دقيقاً، وما دام الأمر كذلك فقد أعطى الفقهاء للمتقاضين حق التظلم من الحكم والظعن فيه، ذلك لأن الشريعة جاءت برفع الظلم وإن كان في صورة حكم قضائي جانب الصواب كما في الحالات الآتية⁽⁸¹⁷⁾:

- إذا صدر الحكم مخالفاً لنص في كتاب أو سنة أو إجماع فإنه في هذه الحالة يجب نقضه و يحرم تنفيذه.

- إذا صدر الحكم على غير الأصول الشرعية المعتبرة لصحة الحكم مثل صدور الحكم في حقوق العباد من غير رفع دعوى للمطالبة به.

813- انظر، ابن فرحون: تبصرة الحكام، 63/1.

814- وقد سلكت القوانين الوضعية مسلكاً قريباً من مسلك الفقهاء المسلمين في عدم تحميل القاضي مسؤولية ما يقع فيه من الخطأ، إذا لم يصاحب هذا الخطأ سوء نية بأن لم يكن متعمداً ولم يكن الخطأ جسيماً. انظر، محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون، ص 31.

815- انظر، ابن فرحون: تبصرة الحكام، تعليق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، 67/1. قال عبد الكريم زيدان تعليقا على كلام ابن فرحون: "ويبدو لي أن عدم مسؤولية القاضي لا تنحصر في الأموال فقط، وإنما تتعداها إلى النفوس أيضاً ما دام حكمه صدر عن اجتهاد ساذج". نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 71.

816- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 16/7. ابن قدامة: المغني، 37/14.

817- ما ذكر هو في حق القاضي المجتهد، أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيدا بمذهب معين فإنه يتقيد به، فلو حكم بخلافه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهداً فيه، ولذا لو أخطأ في تطبيق الحادثة على الحكم الشرعي، ثم ظهر أن النقل الشرعي بخلافه فإن حكمه ينقض. انظر: محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 156. ويعللون ذلك بأنه لا يعدل عن مذهب إمامه إلا هوى في نفسه، فيكون متهماً ولا يصح قضاؤه. انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 91.

- إذا قدم المحكوم عليه دفعا صحيحا ظهر بعد الحكم الأول و ذلك لوجوب مراجعة الحق.

الفرع الثالث: بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية

اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي الصادر في مواضع الاجتهاد لا يجوز نقضه ما دام سليما ومبناه كذلك، فإن قام أحد القضاة بنقضه أو حكم بخلافه فرفع الأمر إلى قاض ثالث، وجب على هذا الأخير أن ينقضه ويمضي الحكم الأول⁽⁸¹⁸⁾؛ لأن الحكم الثاني صدر غير صحيح بسبب تعرضه لحكم صحيح واجب التنفيذ، قال السمناني: "وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء فإن نقضه الثاني ثم ارتفع إلى ثالث نفذ قضاء الأول وأبطل قضاء الثاني، مثل طلاق المكره إذا أبطله قاض، ثم رفعه إلى قاض آخر فأوقعه، ثم رفع إلى ثالث نفذ الأول وأبطل الثاني"⁽⁸¹⁹⁾.

يتبين مما سبق أن الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي تتمتع بالحجية طالما كانت هذه الأحكام صادرة وفقا للأصول الشرعية المعتمدة شرعا لصحة الحكم مما يكفل للقاضي إضفاء الحماية المعنوية له، ويجعل له مهابة بين الناس وتكفل له الحماية في مواجهة السلطات⁽⁸²⁰⁾، إلا إذا قامت أدلة قوية على أنه قد جانب الصواب ففي هذه الحالة يجوز نقض هذا الحكم وبالتالي لا يتمتع بالحجية⁽⁸²¹⁾.

818- وقد ذهبت القوانين الوضعية إلى عين ما قرره فقهاء الإسلام في هذه المسألة، حيث قررت أنه إذا صدر حكم نهائي على خلاف حكم سابق حاز حجية الأمر المقضي برفع الأمر إلى محكمة النقض فتلغي الحكم الثاني وتقرر نفاذ الحكم الأول. انظر، محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي، ص 35.

819- السمناني: روضة القضاة وطريق النجاة، 1/323-324.

820- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 7/14.

821- كل ما ذكر يتعلق بتغير الاجتهاد بالنسبة لنفس المجتهد، أما بالنسبة لتغير الزمان فذلك أمر آخر، إذ أن الأحكام قد تتغير بسبب تغير العرف أو تغير مصالح الناس أو مراعاة الضرورة، أو لفساد الأخلاق وضعف الوازع الديني، أو لتطور الزمن وتنظيماته المستجدة، فيجب تغير الحكم الشرعي لتحقيق المصلحة ودفع المفسدة وإحقاق الحق وهذا يجعل مبدأ "تغير الأحكام" أقرب إلى نظرية المصالح المرسله منها إلى نظرية العرف، وذلك كائن بالنسبة للأحكام الاجتهادية المتعلقة بالمعاملات أو الأحوال المدنية، أما المقدرات الشرعية وأصول الشريعة الثابتة فلا تقبل التغير مطلقا. انظر، وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 2/1116 وما بعدها.

نتائج الفصل

يمكن تلخيص أهم نتائج هذا الفصل في النقاط الآتية:

1- إن القاضي في الإسلام عليه أن يرجع في أحكامه التي يصدرها إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، فإن لم يجد في الأمور المجمع عليها، فإن لم يجد في قياسي معتبر، وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحلّ الحكم به، ويفسخ أبدا إذا حكم به حاكم، ومن ثم فإن أي قضاء يصدر أحكاما لا تُستمد من هذه المصادر، لا يُعتد به شرعا وهذا ما قرره فقهاء الشريعة. ذلك أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا فهو كالمفتي في الحاجة إلى معرفة وجه الحق فيما يحكم به، بل هو من جهة أحوج إلى تحري الحق؛ لأنه ملزم، والمفتي يبين وجه الحق فقط.

2- إن أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي إنما مرجعها إلى الأصول والضوابط العامة للاجتهاد الفقهي في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فلا فرق بين ما يقضي به القاضي وما يفتي به المفتي، إلا من حيث الوظيفة القضائية التي تجعل الحكم ملزما وحائزا لحجية الأمر المقضي فيه بخلاف وظيفة الفتوى، والدليل على ذلك أن القاضي إما أن يكون مجتهدا فلا يحتاج إلى فتوى غيره من المجتهدين؛ لأن اجتهاده يكون إنشائيا، إلا أنه يستحب له مشاورة أهل الاجتهاد من الفقهاء والمفتين. وإما أن يكون مقلدا فيكون مرجعه في الحكم فتوى المفتي -على رأي الحنفية الذين يجيزون تولية المقلد للقضاء- أو تقليد مذهب إمامه أو ذهب غير إمامه إذا كان بأمر من ولي الأمر، أو كان شرطا في توليته، ويكون اجتهاده انتقائيا في هذه الحالة. وبهذا لا يخرج الاجتهاد القضائي عن النظرية العامة للاجتهاد في الشريعة الإسلامية.

3- إن المقصود بالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي -من خلال ما سيأتي في الجانب التطبيقي- إنما هو الاجتهاد الفقهي (سواء كان إنشائيا أم انتقائيا) والذي لا يخرج عنه القضاة في أحكامهم مجتهدين كانوا أم مقلدين؛ لأن المرجع واحد وهو أصول الشريعة وفروعها. فلم يختلف الأمر عند الفقهاء القدامى بين اجتهاد القاضي واجتهاد المفتي من هذا الجانب؛ لأن القاضي هو الفقيه المجتهد، وإنما عرف هذا المصطلح حديثا بناء على ما تصدره المحاكم العليا من قرارات توفيقية لا ترقى لدرجة الاجتهاد الذي هو استفراغ الجهد في استنباط الأحكام، وإنما جاءت على إثر التناقض الحاصل في بعض الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية بسبب غموض النص أو سكوت المشرع أو الاختلاف في تكييف المسائل، فأصبحت بذلك ما تصدره المحكمة العليا بهذا الشأن بمثابة مبادئ أو سوابق قضائية ترجع إليها المحاكم في القضايا المشابهة لها إلا أنها لا تتخذ صفة الإلزام في بعض القوانين الوضعية.

فيكون بذلك معنى الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي أشمل من معناه في القانون الوضعي في مجال شؤون الأسرة المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية. وهذا ما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الثاني

أحكام الاجتهاد القضائي
في التشريع الجزائري

تمهيد

إن النهوض بالاجتهاد القضائي المعاصر يحتاج إلى صياغة رؤية إصلاحية محكمة شاملة لمناحي القصور، ومستوفية لأغراض العلاج، فضلا عن إخراج هذه الرؤية من الحيز النظري إلى الحيز التطبيقي، بغية تحقيق القوة في الفعل والفاعلية في الإنجاز. ومن ثم فإن النهوض المرجو للعملية الاجتهادية في مجال الأسرة -على الخصوص- لا يستقيم إلا بتظافر جهدين: الجهد التأسيسي للعلماء المتخصصين، والجهد الفعلي لأهل الحكم والتطبيقي المنوط برجال القضاء، إذ بيدهم من السلطة التنفيذية والقضائية ما يجعلهم قادرين على الإنجاز الفوري المثمر والتعديل الجوهرى المنشود. ولا شك أن النهوض والإصلاح والتطوير في مجال التطبيق القضائي في شؤون الأسرة على الخصوص، يستدعي بذل الجهد في تدارك النقص، وسدّ الثغرات، وتحكيم أصول الاجتهاد الفقهي المعترف في الشريعة الإسلامية؛ إذ تحكّمت فيه عوامل وظروف داخلية وخارجية أمدا طويلا، عاقت مسيرته التطبيقية، وعطلت أبعاده الإصلاحية، فكان من الضرورة بمكان أن تعاد صياغة معالمه النظرية المستندة إلى أصول شرعية والمنظمة للعلاقات الأسرية وفق ما تتطلبه مقتضيات العصر، والتقدم العلمي الذي يطرح إشكاليات تتطلب حولا مناسبة.

ويعتبر هذا حلقة من حلقات التطور التاريخي الذي صاحب التطبيق القضائي في مجال الأسرة، في مختلف المراحل التي مرّ بها التشريع الجزائري، إذ بقي قانون الأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية خلافا لباقي القوانين الأخرى. ومن الواضح الجلي أن تدارك ثغرات التقنين الأسري في التشريع الجزائري مرتبط بأوثق الارتباط بالتعديل الجوهرى في بعض مواد المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية تارة، أو المستندة إلى آراء مرجوحة تارة أخرى، فكان من اللازم إعادة صياغتها وفق ما يتماشى وروح العصر، وتطلعات الأسرة وحاجات الأفراد، بشرط عدم مخالفتها للنصوص الشرعية، وما أجمعت عليه الأمة سلفا. ولا يتأتى ذلك إلا باتباع منهج اجتهادي قضائي معاصر وثيق الصلة بالشرع وفقه الواقع، يقوم على الموازنة والبحث المتعمق والنظر السديد والترجيح القويم بين الموروث القديم والموفد الجديد، يقوده في ذلك أهل الاختصاص -المتأهلين علميا وعمليا- كل ذلك بعيدا عن الارتجالية والتأثر بالإيديولوجيات الحديثة المختلفة.

ومن المعلوم بدهاء أن أمر تنظيم علاقة الرجل بالمرأة خاصة، والأسرة عامة، موكول إلى أحكام الشريعة الإسلامية بكلياتها وجزئياتها، وبقطعياتها وظنياتها، هذه الأخيرة هي التي تبرز مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحياتها للتشريع في كل زمان ومكان، وهي مجال الاجتهاد الذي يبتكر الحلول الملائمة للمشكلات والوقائع المستجدة على مستوى الفرد والأسرة والمجتمع، ويولي جميع المتطلبات المعاصرة، بما

لا يدع مجالاً لدعاوى المغرضين وجحود المتشككين ممن لهم قصر نظر في فهم المراد الإلهي من وضع الشريعة.

هذا، وقبل الحديث عن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري فيما يخص قانون الأسرة؛ لا بد أولاً من التطرق بإيجاز -بحسب ما يخدم البحث- إلى التعريف بالتنظيم القضائي الجزائري وبيان طبيعته وأهم مراحل تطوره، وهيئاته المكوّن منها، وأهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها، مع التعرض لأشخاص السلطة القضائية وبيان شروطهم وصفاتهم في التشريع الجزائري. وذلك بغية الربط بين العملية الاجتهادية ومدى توافر أهلية ذلك في القاضي في العصر الحديث من جهة، ولمعرفة بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وفي التشريع الجزائري، كون قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه في الجملة من الشريعة الإسلامية، ويخضع في تطبيقه لقواعد النظام التشريعي والقضائي الوضعيين.

ومن هنا تبرز صعوبة الاجتهاد في التقنين والقضاء في مجال شؤون الأسرة بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يستوجب تكويننا علمياً وعملياً يقوم على التخصص في علوم الشريعة والقانون بما يضمن القيام بالدور الريادي للاجتهاد القضائي في العصر الحديث.

وهو ما تتناوله المباحث الآتية:

المبحث الأول: تطور التنظيم القضائي في الجزائر

المبحث الثاني: السلطة القضائية ومبادئ التنظيم القضائي الجزائري

المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الرابع: حجية الأحكام القضائية في القانون الوضعي

المبحث الخامس: اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين

المبحث السادس: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية.

المبحث الأول: تطور التنظيم القضائي في الجزائر

لا يسع المجال لذكر أهم المراحل التاريخية التي عرفها التنظيم القضائي في الجزائر، بدءا بالعهد العثماني⁽⁸²²⁾، ثم مرحلة الاحتلال الفرنسي التي عرفت عدة تحولات في مجال التنظيم القضائي (مرحلة التردد 1830-1870⁽⁸²³⁾، ومرحلة الإدماج 1870-1962⁽⁸²⁴⁾)، مروراً بالمرحلة الانتقالية أثناء حرب التحرير، وما جرى فيها من تعديلات جزئية بالنسبة لاختصاص القضاء الجزائري، وكذا الأجهزة القضائية المدنية والجزائية، وصولاً إلى مرحلة الإصلاحات القضائية بعد نيل الاستقلال، لذا ينبغي الوقوف عند أهم المحطات التاريخية التي مر بها النظام القضائي الجزائري وذلك لمعرفة طبيعته وأهم قواعده التي انبنى عليها.

وحتى يتسنى لنا دراسة النظام القضائي الجزائري في الفترة ما بعد الاستقلال و معرفة التطور الحادث وأسبابه ونتائجه وانعكاساته على الحقوق الأساسية للمتقاضين وعلى الأجهزة القضائية والعمل القضائي؛ لا بد أولاً من التطرق بإيجاز إلى المحاور التالية، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: المرحلة الانتقالية ابتداء من 1962-1965

غداة استرجاع السيادة الوطنية سنة 1962 وجدت الدولة الجزائرية نفسها أمام مجموعة من العوائق من مخلفات العهد الاستعماري على جميع المستويات، وكان عليها أن تختار بين أحد الطريقتين، إما أن تستمر في تطبيق التشريع الفرنسي لمدة زمنية معينة أو أن تستغني عن هذا التشريع الذي يجعل الجزائر تدخل في فراغ قانوني على جميع المستويات. وقد حسم القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 الموقف فقضى باستمرار تطبيق التشريع الفرنسي، إلا ما كان يتناقض منه مع السيادة الوطنية، كأن يتعلق الأمر بالسيادة الداخلية والخارجية للدولة الجزائرية أو التفرقة العنصرية، ولقد بررّ المشرع هذا التمديد في ديباجة القانون المذكور بقوله: "إذا كانت الظروف لا تسمح بإعطاء البلاد تشريعاً يتماشى مع احتياجاتها وطموحاتها، فإنه من غير المعقول تركها تسير بدون قانون، ولذلك كان

822- راجع تفصيلاً أكثر عن النظام القضائي الجزائري في العهد العثماني. بوبشير محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003، ص 169 وما بعدها.

823- ترددت فرنسا في السنوات الأولى للاحتلال بشأن التنظيم القضائي الواجب إقراره في الجزائر، ففي الأول أرادت تطبيق مبدأ وحدة الجهات القضائية لكل المقيمين في الجزائر، أوروبيين أو مسلمين، فأصدرت قراراً بتاريخ 1830/9/9 نص على إنشاء محكمة يشمل اختصاصها كل القضايا المدنية والجزائية، وتشكل من فرنسيين هم: الرئيس، قاضيين، ووكيل عن الملك، ويضاف إليهم مساعدون مسلمون حين يتعلق النزاع بأحد المواطنين الجزائريين. انظر، بوبشير محمد أمقران: المرجع نفسه، ص 174.

824- بعد تزايد نفوذ فرنسا بالجزائر بدأت في تنفيذ سياسة الإدماج كي تقضي على الروح الوطنية للجزائريين، وذلك بإدماج الأجهزة القضائية الإسلامية ضمن التنظيم القضائي الفرنسي. انظر، بوبشير محمد أمقران: المرجع نفسه، ص 181.

من الضروري تمديد مفعول القانون القديم واستبعاد الأحكام التي تتنافى والسيادة الوطنية إلى أن يتم التمكن من وضع تشريع جديد⁽⁸²⁵⁾.

ومن هنا كان الوضع غاية في التعقيد على جميع المستويات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، مما فرض الإبقاء مؤقتا على التشريع الفرنسي في حدود معينة والتفكير في إعداد تشريع جديد يلائم المجتمع الجزائري وظروفه الانتقالية، وتجسيدها لذلك جاء القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18/6/1963 الذي أنشأ المجلس الأعلى وأسندت إليه مهمة محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي ومجلس الدولة بالنسبة للمنازعات الإدارية.

وعملا بالقانون رقم 62-157-المذكور أعلاه- تم الاحتفاظ كذلك بالمحاكم الإدارية المتواجدة على مستوى الجزائر وقسنطينة ووهران، وعُهد إليها الفصل في المنازعات الإدارية بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى. وبذلك تحققت في هذه المرحلة الانتقالية الازدواجية في النظام القضائي الجزائري بموجب هذا القانون ولو على مستوى الدرجات الدنيا من درجات التقاضي، بحيث فصل المشرع بين منازعات القضاء العادي ومنازعات القضاء الإداري، فتفصل في النوع الأول من القضايا كل من المحاكم باعتبارها أول درجة في السلم القضائي ومحاكم الاستئناف⁽⁸²⁶⁾ (المجالس القضائية)، والمجلس الأعلى باعتباره محكمة نقض تحل محل محكمة النقض الفرنسية.

أما المنازعات الإدارية فتفصل فيها المحاكم الإدارية الثلاث بحكم قابل للطعن أمام المجلس الأعلى، وبذلك تحققت الوحدة في أعلى الهرم القضائي، والازدواجية على مستوى القاعدة⁽⁸²⁷⁾.

وعليه يمكن القول بأن النظام القضائي الجزائري في هذه المرحلة، وإن بدا نموذجاً فرنسياً فيما يتعلق بالفصل بين المنازعات الإدارية والمنازعات العادية، إلا أنه يمثل ازدواجية من نوع خاص، ليس ازدواجية بالمعنى الفني المتعارف عليه، فالازدواجية تفترض في الهياكل العليا مجلس الدولة ومحكمة تنازع تفصل في تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي بين جهة القضاء العادي والقضاء الإداري، وهذا ما لم يكن آنذاك.

825- عبد العزيز نويوي: النظام القانوني الجزائري خلال ربع قرن، مجلة الشرطة، الجزائر، العدد 41، 1989، ص 17 وما بعدها.

826- الاستئناف هو: طريق طعن عادي في الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى، وهو يرفع إلى محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم، وإباحة الاستئناف كقاعدة يعبر عنها بالنقاضي على درجتين. انظر، أحمد مسلم: أصول المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص 197.

827- قانون رقم 62-157 مؤرخ في 31/12/1962. الجريدة الرسمية (باللغة الفرنسية) لسنة 1963، رقم 2، ص 18. وألغى هذا القانون بواسطة الأمر رقم 73-29 المؤرخ في: 25/7/1973. الجريدة الرسمية رقم 62.

وقد تجسدت هذه الازدواجية في الإبقاء على ثلاث محاكم إدارية، الأمر الذي لم يكن وليد قناعات المشرع الجزائري، وإنما وليد ظروف تاريخية تمثلت في الاستقلال السياسي في 1962/7/5، ومن الصعب تحقيق الاستقلال القانوني بهذه البساطة.⁽⁸²⁸⁾

المطلب الثاني: مرحلة الإصلاحات القضائية ابتداء من سنة 1965 وما بعدها

قبل تناول التنظيم القضائي الحالي، لا بد من إلقاء نظرة خاطفة على مختلف الإصلاحات والتعديلات التي مهدت لهذا التنظيم، وأهمها الإصلاح القضائي الذي تم سنة 1965. بموجب الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 1965/11/16 والمراسيم الثلاثة الصادرة بتاريخ 1965/11/17 تحت الأرقام التالية: 65-279، 65-280، 65-281، والذي مس مستويات الجهات القضائية على النحو الآتي ذكره⁽⁸²⁹⁾:

الفرع الأول: على مستوى الدرجة الأولى

وهنا لا بد من التمييز بين نوعي القضاء؛ المدني والجزائي.

أ- **القضاء المدني**: أصبحت المحكمة جهة قضائية ذات اختصاص عام، تعرض عليها كل المنازعات، مدنية كانت أو تجارية أو اجتماعية⁽⁸³⁰⁾، وهذا بعد إلغاء محاكم المرافعة والمرافعة الكبرى. بموجب المادة الرابعة من الأمر 1965، والمجالس الاجتماعية بموجب المادة الخامسة من نفس الأمر، وإلغاء الجهات القضائية المتعلقة بالإيجارات التجارية، ونزع الملكية، بحيث لم تبق سوى القضايا الاستعجالية التي حول اختصاص النظر فيها إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بنظر موضوع النزاع.⁽⁸³¹⁾

ب- **القضاء الجزائي**: أجريت بخصوصه التعديلات الآتية:

- ألغيت محاكم المخالفات والمحاكم الشعبية للجنح، وحول اختصاص النظر في المخالفات والجنح للمحاكم (القسم الجزائي).

- نزع من المحاكم الجنائية وصفها الشعبي.⁽⁸³²⁾

828- وفي هذا الصدد اتفق الطرفان (الجزائر وفرنسا) على الحل المناسب للقضايا القائمة أمام الهيئات القضائية (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة)، فتم إبرام اتفاق بتاريخ 1962/8/28 نشر في المرسوم رقم 515/62 المؤرخ في 1962/9/7 المتضمن نشر بروتوكولات واتفاقيات مضاة بتاريخ 1962/8/28 و1962/9/7 بين السلطات الجزائرية المؤقتة وحكومة الجمهورية الفرنسية. الجريدة الرسمية باللغة الفرنسية رقم 14. ص 170-181 تنص على مصير القضايا المطروحة أمام مجلس الدولة، والمتعلقة بالدولة الجزائرية.

829- انظر، بوبشير محمد أمقران: المرجع السابق، ص 205.

830- المادة 1 من قانون الإجراءات المدنية. الأمر 66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

831- المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية. الأمر 66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

832- المادة 248 من قانون الإجراءات الجزائية. الأمر 66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

- وبالنسبة للجهة القضائية التي تختص بالنظر في جرائم الأحداث، فبعد أن كانت تسمى محكمة الأحداث، أصبحت منذ تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 1975، تسمى قسم الأحداث في المحكمة⁽⁸³³⁾، وغرفة الأحداث في المجلس القضائي⁽⁸³⁴⁾.

الفرع الثاني: على مستوى الدرجة الثانية

أنشئت المجالس القضائية بموجب الأمر رقم 65-278 لتحل محل محاكم الاستئناف، ويلاحظ أن أهم التعديلات التي طرأت على مستواها تتعلق بالجهة المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية والجرائم الاقتصادية.

أ- في مجال المنازعات الإدارية: بعد أن كانت هذه المنازعات من اختصاص محاكم إدارية مستقلة، أنشئت بدلا منها غرضا إدارية في المجالس القضائية، وبموجب القانون العضوي رقم 98-02 المؤرخ في 30-05-1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية⁽⁸³⁵⁾ أنشئت محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية كي تحل محل الغرف الإدارية للمجالس القضائية، وفي هذا رجوع إلى نظام القضاء المزدوج الذي أخذت به الجزائر قبل الإصلاح القضائي لسنة 1965.

ب- فيما يخص الجرائم الاقتصادية: ميز المشرع الجزائري خلال فترة طويلة نسبيا بين الجهة القضائية المختصة بنظر الجرائم العادية وتلك التي تنظر الجرائم الاقتصادية. ففي سنة 1975 أجاز المشرع إنشاء قسم اقتصادي إلى جانب القسم العادي ضمن محاكم الجنايات، يكون له الاختصاص المانع في نظر الجرائم الاقتصادية⁽⁸³⁶⁾. أما في تعديل 1990 فلم ترد أية إشارة إلى تقسيم محكمة الجنايات في المادة 248 من قانون الإجراءات الجزائية، مما يعني توحيد الجهة القضائية التي تنظر في الجنايات⁽⁸³⁷⁾.

833- المادة 447 من قانون الإجراءات الجزائية: "يوجد في كل محكمة قسم للأحداث". الأمر 75-46 المؤرخ في 17 يونيو 1975، الجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 1975، ص 749.

834- المادة 472 من قانون الإجراءات الجزائية: "توجد بكل مجلس قضائي غرفة الأحداث". الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

835- تنص المادة الأولى: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية". القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30/5/1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية.

836- المادة 248 من قانون الإجراءات الجزائية، قبل تعديلها. وعدلت بالأمر 95-10 المؤرخ في 25 فيفري 1995، الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 1995، ص 4.

837- انظر، بوبشير محمد أمقران: المرجع السابق، ص 207.

الفرع الثالث: على مستوى قمة الهرم القضائي

أدخلت على المجلس الأعلى عدة تعديلات في سنة 1974⁽⁸³⁸⁾، أهمها زيادة عدد غرفه إلى سبعة منها غرفة الأحوال الشخصية، والغرفة المدنية وغيرهما، وبصدور قانون 1989 أصبح عدد غرفه ثمانية، واستبدلت تسمية المجلس الأعلى بالمحكمة العليا، وفي سنة 1996 أضيفت الغرفة العقارية ليصبح عدد غرفه تسعة، وفي سنة 1998 ترتب عن إنشاء مجلس الدولة إلغاء الغرفة الإدارية ليصبح عدد غرف المحكمة العليا ثمانية مجدداً.

من كل ما سبق يُلاحظ أن المشرع الجزائري قد سعى إلى توحيد التنظيم القضائي بموجب الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 16/11/1965 المتعلق بالتنظيم القضائي، وكذا الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والذي يحتوي على إجراءات التقاضي المتعلقة بمنازعات الإدارة، وبعد مضي أكثر من ثلاثين سنة رجع إلى نقطة الانطلاق بموجب كل من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/5/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون العضوي رقم 98-02 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية؛ أي إلى نظام القضاء المزدوج الذي أخذت به الجزائر قبل الإصلاح القضائي لسنة 1965⁽⁸³⁹⁾.

المطلب الثالث: مرحلة الإصلاح القضائي لسنة 1996م

محمية دستور 1996⁽⁸⁴⁰⁾ تم الإعلان ولأول مرة بعد الاستقلال عن حقوق جديدة للمواطن لم تكن موجودة من قبل، من ذلك الحقوق الاقتصادية والتمثيلية في حرية الصناعة والتجارة المكرسة بموجب المادة 37 منه، وحياد الإدارة المكرس بموجب المادة 23 منه، وحقوق تكرست بموجب التعددية السياسية التي أدت إلى إعادة النظر في منظومة الحقوق والحريات التي اقتضت ضرورة الحماية القضائية لها⁽⁸⁴¹⁾، وضرورة إلغاء نصوص قديمة تم إقرارها في مرحلة سابقة.

هذا التغيير الحادث ليس على مستوى السلطة القضائية فحسب؛ بل تعداها إلى مجال السلطة التشريعية، فأعلن الدستور الجديد عن وجود غرفتين هما: المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وبذلك تم

838- الأمر رقم 74-72 المؤرخ في 12/7/1974. الجريدة الرسمية رقم 58 لسنة 1974.

839- انظر، بوبشير محمد أمقران: نفس المرجع السابق، ص 208-209.

840- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996. الجريدة الرسمية: رقم 76 المؤرخة في: 8/12/1996، المعدل بالقانون 03/02، المؤرخ في 10/4/2002. الجريدة الرسمية: رقم 25 المؤرخة في: 14/4/2002.

841- وفقا للمادة 149 من دستور 1996: "القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء عن كيفية قيامه بمهمته، حسب الأشكال المنصوص عليها في القانون".

الانتقال من نظام الغرفة الواحدة المعمول به وفقا لدستور 1963 إلى نظام الغرفتين المعمول به بموجب دستور 1996⁽⁸⁴²⁾.

أما ما تعلق بالسلطة القضائية فإنه تم الانتقال من نظام وحدة القضاء المطبق في البلاد منذ 1965 ولغاية 1996 إلى نظام ازدواجية القضاء الذي أقره دستور 1996، مما اقتضى إنشاء هيئات قضائية جديدة تلائم طبيعة الإصلاح المعلن عنه، فتم إنشاء مجلس الدولة ومحكمة التنازع ومحاكم إدارية، وذلك تجسيدا للتغيير النوعي على مستوى هياكل التنظيم القضائي، فتم رسميا الفصل بين أجهزة القضاء العادي وأجهزة القضاء الإداري، كما تم الإعلان عن تنظيم قضائي جديد، والمتمثل في محكمة متخصصة تحت مسمى المحكمة العليا للدولة التي عُهد إليها اختصاص الفصل في الجرائم المرتكبة من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة بمناسبة تأديتهما لوظائفهما.

ومن المؤكد أن إنشاء المحاكم المتخصصة لم يتوقف عند هذا الحد، بل تم الإعلان في عديد المرات من قبل الوزارة الوصية على ضرورة إنشاء الأقطاب المتخصصة، مما قد يحدث نقلة نوعية فيما يتعلق بالتنظيم القضائي في البلاد. فالتغيير على مستوى الهياكل يتبعه حتما تغييرا على مستوى قواعد الاختصاص فجاء قانون مجلس الدولة 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 وقانون المحاكم الإدارية 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 مدرجة قواعد اختصاص جديدة مكملة لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية.

أما على مستوى القواعد الإجرائية فإنه بعدما أحالت المادة 40 من القانون العضوي رقم 98-01 للعمل بمقتضى أحكام قانون الإجراءات المدنية بالنسبة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية فيما يخص المسائل الإجرائية، وبعد مضي ما يقارب 11 سنة فقد تم الفصل بين الإجراءات الإدارية والمدنية بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في أفريل 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فتكرس للقضاء الإداري قواعد إجرائية تختلف عن القواعد الإجرائية للقضاء العادي ليشكل كل نظام لوحده هرما ذاتيا متميزا عن الآخر استكمالا لسلسلة ومسار الإصلاح التشريعي في التنظيم القضائي الجزائري.

842- دستور 1996: الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 1996/12/8 المعدل بالقانون 02-03 الممضي في 2002/4/10، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في: 2002/4/14.

المبحث الثاني: السلطة القضائية ومبادئ التنظيم القضائي الجزائري

يتولى القيام بمهمة الفصل في المنازعات بمختلف أنواعها قضاة محترفون ومعيون، يساعدهم في القيام بمهمتهم أعوان عموميون، يطلق عليهم كتاب الضبط الذين يتولون عملية تلقي الدعاوى وترقيم الملفات وتنظيمها وتدوين ما يدور في الجلسات وكتابة الأحكام وحفظ الملفات، وتسليم الأحكام للمعنيين أو وكلائهم أو محاميهم، وغيرها من المهام الإدارية.

غير أنّ هذا المبحث يقتصر على الحديث عن القضاة دون غيرهم من أعوان القضاء، بالنظر لأهمية دور القاضي في عملية الاجتهاد القضائي، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: القاضي وشروط تعيينه في التشريع الجزائري

تعتبر الجهات القضائية المحالّ التي تتم فيها الأعمال القضائية التي يقوم بها رجال القضاء وأعوانهم. وقبل الحديث عن القاضي وشروط تعيينه في النظام القضائي الجزائري لابد أولاً من الوقوف عند مدلول ولاية القضاء في القانون الوضعي.

الفرع الأول: تعريف القضاء في القانون الوضعي

كما تعددت تعريفات القضاء في الفقه الإسلامي، تعددت كذلك في القانون الوضعي⁽⁸⁴³⁾؛ إلا أنه يمكن تعريف القضاء في القانون الوضعي على ضوء تعريف قانون المرافعات؛ لأنه العلم الذي يدرس شؤون القضاة والتقاضى من أصول وأوضاع، ويهتم بدراسة النظام القضائي.

ومن هنا يمكن تعريفه بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم القضاء، وتبين وظيفته، ووسيلة أدائه لهذه الوظيفة"⁽⁸⁴⁴⁾؛ فيكون معناه بهذا: "مجموعة القواعد التي تبين التنظيم القضائي في الدولة وتحدد اختصاص المحاكم، والتي تنظم الإجراءات والمواعيد الواجبة الاتباع والمحاكمة والفصل في الخصومات وتنفيذ الأحكام"⁽⁸⁴⁵⁾.

وعليه يمكن تعريف القضاء في القانون بأنه: "الحكم بالعدل بين المتنازعين طبقاً لما يقرره القانون"⁽⁸⁴⁶⁾. بمعنى؛ ما يكون للمحاكم من سلطة الحكم بمقتضى القانون في المنازعات التي ترفع إليها.

843- يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مضمون القضاء، وإن اختلفت ألفاظهما، فكلاهما يدور حول معنى واحداً يتمثل في أن القضاء هو الفصل في الخصومات بأحكام ملزمة، كما يتفقان في الغرض، فكل منهما يرى أن الغرض من القضاء تحقيق العدالة والصالح العام للمجتمع، ويفترقان في مصدرية الإخبار عن الحكم عند فصل المنازعات.

844- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 5.

845- انظر، عادل محمد جبر أحمد شريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 20.

846- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دط، دت)، 235/1.

أما ولاية القضاء: فهناك من عرفها بتعريف مستقى من الفقه الإسلامي، على أنها: "صفة تلحق بالشخص تستوجب نفوذ ما يصدره من أحكام، أو هي سلطة تثبت للفرد أو لجماعة تخولها الدولة رعاية مصالح رعاياها وغيرهم عن طريق ما تنشئه لذلك من هيئات وفقا للضوابط المحددة شرعا"⁽⁸⁴⁷⁾. ومنه فقد يطلق القضاء للدلالة على أحد معنيين⁽⁸⁴⁸⁾:

الأول: كل شخص تكون وظيفته العادية ولاية القضاء، فيُنظر بذلك إلى القاضي كفرد. وعليه فالقاضي هو كل من يتولى منصب القضاء سواء كان قاضيا في المحاكم الابتدائية أم مستشارا في محاكم الاستئناف، أم في محكمة النقض (المحكمة العليا)⁽⁸⁴⁹⁾.

الثاني: الجهاز الذي يباشر من خلاله هذا الفرد - وحده أو مع غيره - مهمة القضاء؛ أي المحكمة⁽⁸⁵⁰⁾، والذي يشمل وفق المادة الثانية من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004⁽⁸⁵¹⁾:

1- قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي.

2- قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

3- القضاة العاملون في المصالح الإدارية.

والذي تحتكر فيه الدولة سلطتي الاتهام والحكم⁽⁸⁵²⁾، تمارسهما عن طريق فئتين من القضاة هما:

1- **قضاة الحكم:** وتطلق عليهم تسمية "رجال القضاء الجالس"، لأنهم يؤدون أعمالهم وهم

جلوس.

847- انظر، أحمد محمد نجيت: بحث من فقه القاضي في الإسلام، ص 67. سبقت الإشارة إلى أن أحكام القضاء الإسلامي يجب أن تكون مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولا شك في أن الأنظمة القضائية الوضعية لا تشترط نفس الشروط التي يشترطها الفقه الإسلامي فيمن يتولى القضاء، كما أنه لا يوجد التزام على القاضي في ظل هذه الأنظمة، بأن يكون حكمه مستمدا من الشريعة الإسلامية بل من القوانين الوضعية.

انظر، أحمد محمد مليجي: النظام القضائي الإسلامي، دار التوفيق النموذجية، مصر، ط1، 1984، ص 134.

848- انظر، صلاح سالم جودة: القاضي الطبيعي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 18.

849- انظر، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دط، دت)، ص 62.

850- انظر، فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، 1/155.

851- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 2004/9/6 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

852- وهناك فئة الخامين التي تنتمي إلى سلك القضاء ولا تدخل في سلطتي الحكم أو الاتهام، وتجمعهم مع القضاة ذات الغاية وهي تحقيق العدالة، ويربطهم نبل المقصد وهو تأكيد سيادة القانون، يُعينون القضاة فيقدمون لهم مادة أحكامهم، ذلك أن الخامي يعكف على القضية الموكل فيها باسطة أمام القاضي ما تثيره من مشاكل قانونية وآراء فقهية بشأها، عارضا لحجج كل طرف وأسايدده، فيسهل على القاضي مهمته وينير طريقه ويسر له الوصول إلى الحقيقة. انظر، السيد أحمد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 181.

2- أعضاء النيابة العامة: وتطلق عليهم تسمية "رجال القضاء الواقف"، لأنهم يؤدون أعمالهم وهم وقوف.

الفرع الثاني: تعيين القضاة ومباشرة مهامهم

أخذت بعض التشريعات بمبدأ اختيار القضاة عن طريق الانتخاب العام، وذلك حرصاً على استقلالهم عن السلطة التنفيذية، وتماشياً مع مبدأ أن الشعب هو وحده مصدر جميع السلطات، ولا شك أن لهذه القاعدة في اختيار القضاة عيوباً كثيرة⁽⁸⁵³⁾، لهذا أخذت معظم الدول ومنها الجزائر بمبدأ تعيين بالنسبة للقضاة عامة، ويتم تعيين القاضي من قبل السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الدولة لكونه ممثلاً للشعب.

وإذا كانت قواعد تعيين كل الفئات التي تنتمي إلى سلك القضاء متماثلة، فالوظيفة التي تقوم بأدائها كل فئة تختلف عن الأخرى.

- فإذا عين القاضي في الإدارة المركزية لوزارة العدل أو في أمانة المجلس الأعلى للقضاء⁽⁸⁵⁴⁾، أو في المصالح الإدارية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإنه يقوم بالأعمال التي تكون من اختصاصه بحسب منصبه، فيكون بمثابة موظف عام.

- وإذا كان قاضي حكم، فيضطلع أساساً بمهمة حل النزاعات المعروضة أمام القضاء.

- أما إذا كان القاضي عضواً في النيابة العامة أو من محافظي الدولة، فتتمثل مهمته في الدفاع عن المصلحة العامة والسهر على تطبيق القانون في الدولة⁽⁸⁵⁵⁾.

أولاً: تعيين القضاة

يعين القاضي بطريقتين هما⁽⁸⁵⁶⁾:

أ- **التعيين بالمسابقة:** يتم التعيين الأول بصفة قاضٍ بموجب مرسوم رئاسي بناءً على اقتراح وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للمادة الثالثة من القانون العضوي المتضمن القانون

853- إن الاعتماد في تعيين القضاة بطريق الانتخاب المباشر أو عن طريق الهيئة التشريعية أو عن السلطة القضائية تنتج عنه مساوئ تحول دون تحقيق الغرض المقصود من وظيفة القضاء، إذ يستلزم أن يكون تولى المنصب لمدة معينة، كما أنه يستلزم إعادة انتخاب القضاة مما يجعل القاضي يعمل لصالح الناخبين لضمان تجديد انتخابه، أما انتخاب السلطة التشريعية للقاضي فمن شأنه أن يجعله في قبضتها، وبالتالي يؤثر على استقلال القضاء، أما التقليد من قبل السلطة القضائية ففيه إمكانية تغليب المصالح الشخصية أو احتكار منصب القاضي أو توريثه، وفي هذا هدم لمبدأ الحياد والاستقلال. انظر، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 62.

854- راجع القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 2004/9/6 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.

855- انظر، بوبشير محمد أمقران: نفس المرجع السابق، ص 149 وما بعدها.

856- تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ تعيين القضاة بواسطة ولي الأمر، وذلك باختياره القضاة من بين أفضل الرعية علماً وخلقاً. انظر، عبد العزيز خليل بديوي: القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، ص 22.

الأساسي للقضاء، من بين حاملي شهادة المدرسة العليا للقضاء⁽⁸⁵⁷⁾، وذلك بعد فوزهم في المسابقة وتلقيهم تكويننا خلال مدة ثلاث سنوات⁽⁸⁵⁸⁾.

تنظم المدرسة العليا للقضاء تحت مسؤوليتها، مسابقات وطنية لتوظيف الطلبة القضاة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 36 من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء،⁽⁸⁵⁹⁾ بقرار من وزير العدل⁽⁸⁶⁰⁾.

ب- التعيين المباشر: طبقاً للمادة 41 من القانون الأساسي للقضاء يمكن التعيين مباشرة بالنسبة لفئة معينة من الأشخاص - وبصفة استثنائية - بصفتهم مستشارين بالمحكمة العليا أو مستشاري الدولة بمجلس الدولة، بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء:

- حاملي دكتوراه الدولة بدرجة أستاذ التعليم العالي في الحقوق أو الشريعة والقانون أو العلوم المالية أو الاقتصادية أو التجارية، والذين مارسوا فعلياً عشر سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

- المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، الذين مارسوا فعلياً لمدة عشر سنوات على الأقل بهذه الصفة.⁽⁸⁶¹⁾

ثانياً: مباشرة المهام

يتم تنصيب القاضي مباشرة مهامه بعد أداءه اليمين، لبدء فترة التربص التي تنتهي بترسيمه في سلك القضاء.

أ- اليمين: يؤدي القاضي اليمين عند تعيينه الأول وقبل توليه وظائفه طبقاً للمادة الرابعة من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁶²⁾، ويختلف مكان أداء اليمين بحسب الجهة القضائية التي عين فيها القاضي،

857- المادة 38-39 من القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 9.

858- انظر، المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 2000-84 المؤرخ في 06-7-2000 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 90-139 المتعلق بتنظيم المعهد الوطني للقضاء وتسييره وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم. الجريدة الرسمية، العدد 41 سنة 2000.

859- وزارة العدل: القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 9.

860- راجع على سبيل المثال القرار المؤرخ في 09-1-2005 المتضمن فتح المسابقة الوطنية لتوظيف الطلبة القضاة، لسنة 2005. الجريدة الرسمية العدد 7 سنة 2005.

861- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 10.

862- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 3-4. ويعتبر أداء اليمين شرط أساسي لصحة تصرفات القاضي، وإلا عدّ عمله باطلاً بطلاناً مطلقاً في الأنظمة الوضعية. انظر، الزحيلي: التنظيم القضائي، ص 167.

وبعدها يقلد القاضي وظائفه أثناء جلسة احتفالية تعقدتها الجهة القضائية التي يعين بها ويجرر محضر تنصيبه طبقا للمادة الخامسة من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁶³⁾.

ب- التبرص: بعد تنصيب القاضي، يخضع لفترة عمل تأهيلية تدوم سنة واحدة، يخضع للتنقيط أثناءها، وبعد انتهاء هذه الفترة يقوم المجلس الأعلى للقضاء، إما بترسيمه أو تمديد فترة تأهيله لمدة سنة أخرى في جهة قضائية خارج اختصاص المجلس الذي قضى فيه الفترة التأهيلية الأولى، أو إعادته إلى سلكه الأصلي أو تسريحه طبقا للقانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁶⁴⁾.

الفرع الثالث: شروط توظيف القاضي

يشترط في المترشح لمسابقة توظيف القضاة ما يلي:

1- الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة منذ عشر سنوات على الأقل:

بما أن القضاء يشكل مظهرا من مظاهر ممارسة السيادة الوطنية استوجب قصره على حاملي جنسية الدولة دون سواهم⁽⁸⁶⁵⁾، وإذا كان ذلك يلزم الاستعانة بالأجانب فينبغي أن يكون ذلك خارج ساحة القضاء⁽⁸⁶⁶⁾.

ومن هنا فقد نظر المشرع الجزائري لقطاع العدالة نظرة خاصة ميزته عن بقية القطاعات من حيث شرط الجنسية، فالمادة 13 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1969 قد اشترطت في القاضي المرشح للوظيفة تمتعه بالجنسية الجزائرية لمدة خمس سنوات على الأقل رغم أن المادة 25 من الأمر 66-133 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية قد اشترطت للالتحاق بالوظيفة عامين فقط.

غير أن القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989⁽⁸⁶⁷⁾ جاء أكثر صرامة حينما اشترط في المرشح بموجب المادة 27 منه، التمتع بالجنسية الجزائرية⁽⁸⁶⁸⁾ لمدة قدرها عشر سنوات. وهذا أكثر دقة و

863- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. ص 3-4.

864- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء. ص 10.

865- لا يكفي في الفقه الإسلامي لتقلد منصب القضاء مجرد حمل الجنسية لدولة ما، بل يشترط أن يكون القاضي مسلما وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء المسلمين. فلا يجوز أن يقلد الكافر القضاء على المسلمين. انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 84.

866- قد يدق الأمر بالنسبة للمتجنسين وحقهم في تقلد مهمة القضاء و الأصل العام لهذه أنه بمجرد حصولهم على جنسية الدولة الجديدة تنصرف لهم كل حقوق المواطنة، سوى ما تعلق منها بالالتحاق ببعض الوظائف العامة، إذ ينبغي أن يتم التأكد من ولاء المتجنس بالنسبة لدولته الجديدة حقبة زمنية معينة قبل أن يوكل إليه مهمة في الوظيفة العامة .

867- قانون رقم 89-21 المؤرخ في 12/12/1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

868- شرط الجنسية ينطوي على شرط آخر هو الإسلام بحكم أن الإسلام هو الدين الرسمي للدولة الجزائرية بحكم الدستور. كما أن شرط الجنسية لم يتضمن اشتراط الذكورة فحسب، بل سمح للمرأة تقلدها منصب القضاء بخلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الذكورة

صوابا حتى يتمكن من معرفة عادات المجتمع الجديد قبل أن يعهد إليه مهمة الفصل في نزاعات أفرادهِ⁽⁸⁶⁹⁾.

غير أن المادة 37 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004 اكتفت بمجرد اشتراط الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة دون تحديد لمدة التمتع بها⁽⁸⁷⁰⁾. كما يشترط قانون الوظيفة العامة الإعفاء النهائي من التزامات الخدمة الوطنية، وهو شرط خاص بالذكر⁽⁸⁷¹⁾.

2- المؤهل العلمي

أشار المؤتمر الدولي للقضاة المنعقد بروما في 13 أكتوبر 1958 إلى شرط المؤهل العلمي بقوله: "إن قاضي المستقبل ينبغي أن يكون ممن يحملون شهادة الحقوق و يخضعون للنظم الحديثة المتبعة لتدريبه على العمل القضائي..."⁽⁸⁷²⁾. ويشترط المشرع الجزائري في المترشح لمنصب القاضي أن يكون حائزا على شهادة الليسانس في الحقوق⁽⁸⁷³⁾ (بعد إجراء فترة تكوينية تخصصية)⁽⁸⁷⁴⁾، أو حاملا لشهادة المعهد الوطني العالي للقضاء الذي يعدّ معهدا تخصصيا⁽⁸⁷⁵⁾.

و لا يكفي أن يحصل المرشح على المؤهل العلمي للقيام بأعباء الوظيفة بل يجب أن يخضع لتكوين إعدادي يمكنه من التطبع على العمل القضائي. و قد أوصى وزراء العدل العرب بالنسبة للتكوين

في تولية منصب القضاء وعدم جواز تولي المرأة القضاء، وهو ما قضت به بعض الدول العربية مثل المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، وهذا ما يتلاءم مع طبيعة والحفاظ على الأسرة، وهو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء المعاصرين. انظر، محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القاضي وشخصية القاضي، ص 365-366.

869- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة، الجزائر، ص 47.

870- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

871- وهذا الشرط يتغير تبعا للظروف العادية والاستثنائية.

872- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ص 49.

873- هناك اختلاف بين تكوين القاضي في النظام القضائي الإسلامي وبين تكوينه في الأنظمة القضائية الوضعية، وقد مضت الإشارة إلى أن بعض فقهاء المسلمين يشترطون فيمن يتولى القضاء بين الناس أن يبلغ مرتبة الاجتهاد بأحد أقسامه، ويشترطون لذلك خمسة عشر شرطا. مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، ص 259. وفي هذا دلالة على اهتمام الفقه الإسلامي وعنايته بتكوين القاضي، بحيث لا يتولى القضاء بين الناس إلا من كان جديرا بذلك، وفي ذلك ضمانة هامة لتحقيق العدالة والحيدة والزاهة. انظر، أحمد محمد مليجي: النظام القضائي الإسلامي، 4، ص 134.

874- لا بد أن نفرق هنا بين التخصص والتخصيص في القضاء، فالأول: يقوم على حصر ولاية فض النزاع برجال متفرغين لهذا العمل ولديهم من المؤهلات ما يمكنهم من أداء هذه الوظيفة على الوجه الأكمل، أما الثاني: فيقصد به تقييد القاضي أو المحكمة بالنظر في نوع معين من القضايا.

875- التخصص هو: أن يكون القاضي مؤهلا علميا وخلقيا ليتولى منصب القضاء. وهو أيضا: قصر العمل القضائي على فئات معينة مؤهلة تأهيلا قانونيا خاصا، ولديها من الخبرة والتجربة والمزايا الشخصية ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة وشرف. انظر، فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ص 25-26. ذلك أن القضاء جهاز متخصص ويجب ألا يتولاه غير المتخصص، وأن مبدأ التخصص ليس لضمان مستوى راق من الفهم فحسب، وإنما لضمان الحياد والاستقلال.

الإعدادي للقاضي ضرورة إخضاعه لفترة تكوينية يتم فيها التركيز على مواد شرعية وقانونية⁽⁸⁷⁶⁾ لم يسبق للطالب دراستها في كلية الحقوق أو الشريعة، ودراسة مواد نفسية واجتماعية واقتصادية من شأنها أن تكمل ثقافته وتنمي قدرته على تفهم المشاكل الاجتماعية وتحليل الظروف العامة⁽⁸⁷⁷⁾.

وتجدر الإشارة إليه في هذا السياق إلى التنويه بضرورة إعداد القضاة وتكوينهم تكويناً يؤهلهم لتقلد منصب القضاء⁽⁸⁷⁸⁾؛ ذلك أن الحصول على شهادة الليسانس في الحقوق وإن كان من شأنها تكوين الملكة القانونية والخبرة، وإن كان من شأنها صقل هذه الملكة في المجال القانوني الذي بوشرت فيه، فكلاهما لا يكفي لشغل وظيفة القضاء؛ فالقضاء يختلف عن غيره من مجالات العمل، ويتطلب إعداداً خاصاً، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004 بقولها: "يجب على القاضي أن يحسن مداركه العلمية، وهو ملزم بالمشاركة في أي برنامج تكويني، وبالتحلي بالمواظبة والجدية خلال التكوين"⁽⁸⁷⁹⁾.

وإعداد القاضي يعد أحد الضمانات الهامة للمتقاضين، إذ لا يصح أن يجلس على منصة القضاء إلا من كان مؤهلاً لذلك، حتى لا تضيع مصالح المتقاضين نتيجة نقصان الخبرة بالعمل القضائي، وقد يقال إن التقاضي على درجتين يكفل إصلاح ما قد يقع فيه قاضي أول درجة من أخطاء، وهو قول مردود عليه، بأنه من المنازعات ما يقتصر فيه التقاضي على درجة واحدة، فلا يجيز القانون الطعن في الحكم الصادر فيها بالاستئناف، وهنا تبرز أهمية كفاءة القاضي الذي أصدر الحكم حتى يكون حكمه محل ثقة للمتقاضين.

3- بلوغ سنّ معينة

إن أهمية الوظيفة القضائية و سمو مكانتها مسألة تفرض بلوغ المرشح للوظيفة سناً معينة , فلا يكفي أن يكون هذا الأخير بالغاً راشداً بل يجب فوق ذلك أن يبلغ سناً معقولة تتناسب و أهمية الوظيفة

876- يتعين السماح لمن يحمل شهادة في الشريعة تعادل شهادة الليسانس في الحقوق الالتحاق بسلك القضاة في النظام القضائي الجزائري، وخاصة في مجال الأحوال الشخصية، جريا مع قواعد التخصص والكفاءة الفنية التي سادت العالم، ودخلت في معظم الوظائف والأعمال والمهام.

877- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 2004/9/6 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

878- لما لم يكن للقانون الوضعي الغربي ما يسانده في هذه البلاد وكان مفروضاً فرضاً ولم يستند على شيء إلا لوجود المستعمر رسم الخطة لتدعيمه ومساندته فأنشأ كليات الحقوق لدراسة القانون وهياً المراتب والوظائف في الدول لخرجيها ليتولوا زمام الحكم. وأعلى من شأنهم في الوظائف والمرتبات، مما صرف النظر إليها ورغب فيها، بينما قلل من فرص العمل أمام رجال الفقه والشريعة وقلل من مراتبهم. حتى لا ينتجه إلى تعليم الشريعة الإسلامية، ومن ثم تحل محلها الأحكام القضائية الوضعية.

879- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ص 47.

المراد شغلها، ورجوعا لنص المادة 27 من القانون الأساسي للقضاء في فقرتها الثالثة لسنة 1989⁽⁸⁸⁰⁾ فإنها قد حددت سن الالتحاق بالوظيفة القضائية بما لا يقل عن ثلاث و عشرين سنة وما لا يزيد عن أربعين سنة⁽⁸⁸¹⁾.

و هذا الحد الأدنى الذي رسمته المادة 27 قليل جدا لا يتناسب و أهمية الوظيفة و جلال منصب القضاء، ذلك أن من يجلس ليقضي بين الناس في أموالمهم و أعراضهم..ينبغي أن يتصف بالنضج و الورع وكمال العقل، ولا شك أن خصالا كهذه لا يمكن أن يكتسبها المرشح و هو حديث العهد بظاهرة البلوغ⁽⁸⁸²⁾.

4- الكفاءة البدنية اللازمة لممارسة وظيفة القضاء

إذا كان منوطا بالقاضي الفصل في الخصومات التي تثار بين أفراد المجتمع فإن عبء الرسالة الملقاة على عاتقه تفرض توافر مواصفات جسمانية أو بدنية فيه، أو كما أطلق عليها فقهاء الإسلام "كمال الخلقة"، ولا يمكن دونها للقاضي النهوض بأعباء إدارة العدالة و يقصد بكمال الخلقة سلامة الحواس التي تساعد القاضي على القيام بمهامه كحاسة البصر و السمع و النطق .

و رجوعا للتشريع الجزائري فإن المادة 27 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 في فقرتها الخامسة اكتفت بالإشارة لتوافر شروط الكفاءة البدنية لممارسة الوظيفة دون وصف أو تخصيص، وهو أيضا ما ذهبت إليه المادة 13 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1969.

ولا شك أن المشرع قصد بشرط الكفاءة البدنية سلامة الحواس نظرا لما لها من أهمية في مساعدة القاضي في الكشف عن الحقيقة و الفصل في النزاعات المعروضة عليه بحسب ما توجبه قواعد العدالة⁽⁸⁸³⁾.

880- القانون رقم 89-21 المؤرخ في 12/12/1989.

881- لا يشترط في الفقه الإسلامي سنا محددة، وإنما يشترط توافر البلوغ الشرعي. انظر، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 73. فإذا كان الشخص بالغاً وتوافرت فيه بقية الشروط الواجب توافرها فيه، يكون صالحاً لتولي القضاء حتى ولو كان حديث السن. إلا أنه مقرون بشرط مكمل له ألا وهو الرشد، ويقصد به شرط الكفاية عند الفقهاء من جودة الفهم وحسن الفطنة والبعد عن السهو والغفلة، وأن يكون موثقاً لنظرة في نفسه ودينه. انظر، ابن قدامة: المغني، 14/17. وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد عالج الجانب الشخصي للقاضي بهذا الشرط، والذي لم يصل إليه أي تشريع وضعي الآن مما يحقق العدل.

882- اشتراط السن القانونية قرينة وضعها المشرع على اكتمال النضج وتوافر التجربة اللازمة لشغل وظائف القضاء بمختلف مستوياتها وفيما يبدو فإن الحد الأدنى لتولي منصب القضاء لا بد أن يرفع بالقدر الذي يكتسب فيه المترشح القدر الكافي من الكفاءة العلمية والخبرة اللازمة، والنضج العقلي والمعرفي لتحمل أعباء هذا المنصب الهام.

883- اشترط جمهور الفقهاء سلامة الحواس، وفي قول لبعض المالكية والشافعية أنه يجوز للأعمى تقلد منصب القضاء، والراجح ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط سلامة البصر، خصوصا في هذا الزمان، فهناك محاضر للشرطة القضائية والبحث والتجسس والتحقيقات تقتضي اشتراط البصر.

وغني عن البيان أنّ الالتحاق بوظيفة القضاء يفرض أن تتوافر في المرشح أولاً الشروط الصحية اللازمة و التي تقتضي خلوه من أي عاهة أو مرض لا تلائم طبيعة الوظيفة المراد شغلها⁽⁸⁸⁴⁾.

5- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والسمعة الطيبة

يقتضي هذا الشرط أن لا يكون المرشح للوظيفة القضائية قد صدر ضده حكم يقضي بجرمانه من ممارسة حقوقه المدنية أو السياسية، فالحرمان من ممارسة حقوقه المدنية لا يملك ولاية نفسه فمن باب أولى لا يمكن أن تعقد له ولاية غيره، فقد نصت المادة 25 من القانون الأساسي للوظيفة العامة على أنه: "لا يمكن لأيّ شخص أن يعيّن في وظيفة عمومية إذا لم يكن يتمتع بحقوقه الوطنية".

كما يتعين على القاضي أن يتحلّى بأخلاق رفيعة تحفظ مكانته و تجعله محل تقدير الجميع و يقصد بحسن السيرة و السلوك: "مجموعة من الصفات و الخصال يتحلّى بها الشخص فتجعله موضع ثقة المجتمع و تحببه ما يشيعه البعض مما يسيء إلى الخلق و سيرة الشخص مما عرف عنه من صفات حميدة أو غير حميدة تتناقضها الألسن و تستقر في الأذهان على أنها صحيحة"⁽⁸⁸⁵⁾.

المطلب الثاني : حقوق وواجبات القضاة

يترتب على إضفاء الصفة القضائية على القاضي تمتعه بمجموعة من الحقوق، وتكليفه بمجموعة واجبات، تتلخص فيما يلي:

الفرع الأول: حقوق القاضي

يتمتع القضاة طبقاً للقانون الأساسي للقضاء بجملة من الحقوق هي:

1- الحق في الاستقرار وعدم العزل: الأصل أن القضاء غير محدد بوقت، فقد يعرض على القاضي خصومات في غير الأوقات المحددة مما يفرض تواجده في مقر عمله، لذلك حرصت التشريعات

884- فقد نصت المادة الأولى من المرسوم رقم 66-144 الصادر في 02 جوان 1966 و المتعلق بشروط اللياقة البدنية في الوظائف العمومية و تنظيم اللجان على ما يلي: "لا يعين في وظيفة عمومية من لا يقدم للإدارة شهادة طبية صادرة عن محلّف في الطب العام تثبت خلوه المعني من أي مرض أو عاهة لا تلائم مهام الوظائف، و تثبت علاوة على ذلك بعد الفحص الجاري الموجه بصورة خاصة نحو اكتشاف أمراض عقلية أو إصابة بالسرطان أو التهاب النخاع السنجابي "الشلل" لم يكشف أية أعراض مرضية، و شهادة صادرة عن طبيب الأمراض الصدرية تثبت خلوه المرشح من إصابة بالسل أو شفائه النهائي منه".

885- انظر، محمد أنس قاسم: مذكرات في الوظيفة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1989، ص 152. غير أن حسن السيرة والسلوك يقابله في الشريعة الإسلامية اشتراط العدالة في القاضي، والتي يعتبر مفهومها في الشريعة أشمل من مفهومها في القانون الوضعي لعدم اتفاقه مع الشريعة في تجريم بعض الأفعال التي تعتبرها الشريعة كبائر تستلزم الحدّ والوعيد الشديد، مثل شرب الخمر وارتكاب الزنا. ولا تعد جريمة في نظر القانون مثل ارتكاب الزنا بين البالغين وبرضاهما، إلا في حالات محدودة، والتالي لا تقدر في أخلاق المتقدم للقضاء، بينما تحظر الشريعة على مرتكبي مثل هذه الجرائم تولى الولايات العامة ومنها القضاء. انظر، محمد أحمد لطفي أحمد: أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 128.

الحديثة على وجوب توفير حق الإقامة في مقر عمل القاضي، وهو في الوقت نفسه واجب عليه، لأن الواجب هو إقامة العدل، ولا يتم إلا بإقامة القاضي، إذاً فالإقامة واجبة⁽⁸⁸⁶⁾. وطبقاً للمادة 26 من القانون الأساسي للقضاء التي تضمن لقاضي الحكم حق الاستقرار بعدم نقله أو تعيينه في منصب جديد⁽⁸⁸⁷⁾. لذا فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي بالإقامة في مقر الجهة القضائية التي يعمل بها بموجب المادة 20 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁸⁸⁾.

2- الحق في الأجر: وهذا أمر طبيعي، فطالما سخر القاضي جهده في خدمة قطاع العدالة، وجب أن تتحمل الدولة عبء دفع أجور العاملين في هذا المرفق وعلى رأسهم القضاة، طبقاً للمادة 20 من القانون الأساسي للقضاء التي تنص على أنه: "يتقاضى القضاة أجره تتضمن المرتبات والتعويضات، يجب أن تسمح نوعية هذه الأجرة بضمان استقلالية القاضي وأن تتلاءم مع مهنته"⁽⁸⁸⁹⁾.

3- الحق في الحماية: وذلك بمنع التعرض لهم بسبب الأحكام التي يصدرونها، وكذا منع الأفراد من محاصمتهم⁽⁸⁹⁰⁾، ولقد أحسن المشرع الجزائري حين كفل الحماية للقاضي من كل أشكال الضغط والتهديد فقد نصت المادة 148 من دستور 1996: "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات التي قد تضر بأداء مهنته ونزاهة حكمه". وجسدت هذه الحماية المادة 29 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004 حيث نصت على: "يتعين على الدولة أن تقوم بحماية القاضي من التهديدات والإهانات والسب والقذف والاعتداءات من أي نوع التي يمكن أن يتعرض لها أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبةها أو بسببها حتى بعد الإحالة على التقاعد"⁽⁸⁹¹⁾.

وتتكفل الدولة ببناء على هذه الحماية بتعويض الخسائر الناتجة عن ذلك، وتطالب بحقوقهم.

886- انظر، عبد العليم مرسى: القضاء في الشريعة الإسلامية، عالم المعرفة، بيروت، ط1، 1985، ص 332.

887- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

888- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

889- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي. إن الراجح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي جواز أخذ القاضي للرزق (الأجرة) من بيت المال، وذلك حتى لا يتطلع إلى ما في أيدي الناس، ولا بد أن يكون ذلك بقدر كفايته، ليستغني عما في أيدي الناس فلا يقبل رشوة ولا هدية من أحد الخصوم، ولا حتى إجابة الدعوات دفعا للتهمة، وذلك بهدف تحقيق نزاهته، وكفالة مبدأ المساواة ومجانبة القضاء وحق التقاضي بالنسبة للمتقاضين.

890- كما تتحمل الدولة مسؤولية الأحكام التي يصدرها القضاة، وما قد ينتج عنها من أضرار، سواء ذلك في تنفيذ الحكم، أو الضمان المترتب على أعمال القضاة إذا كانت مبنية على اجتهاد، ولم يكن سببها الإهمال أو التقصير أو تعمد الضرر لذاته طبقاً للمادة 31 من القانون الأساسي للقضاء: "لا يكون القاضي مسؤولاً إلا عن خطئه الشخصي، لا يتحمل القاضي مسؤولية خطئه الشخصي المرتبط بالمهنة إلا عن طريق دعوى الرجوع التي تمارسها الدولة ضده". القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

891- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

4- الحق النقابي⁽⁸⁹²⁾: نصت المادة 21 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989: "الحق النقابي معترف به للقاضي..."⁽⁸⁹³⁾، كما نصت على ذلك المادة 32 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004⁽⁸⁹⁴⁾، ومن هنا أصبح بإمكان القضاة ممارسة الحق النقابي بواسطة نقابة تتولى الدفاع عن حقوقهم.

5- الحق في التظلم: يحق للقاضي الذي يعتقد أنه متضرر بجرمانه من حق قرره له القانون أن يخطر المجلس الأعلى للقضاء. بموجب عريضة يرفعها القاضي المعني أمامه طبقاً للمادة 33 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁹⁵⁾.

6- الحق في العطل التي أقرها القانون: من المعلوم أن العمل القضائي من الأعمال التي تفرض على القائمين بها الجهد الكبير والتركيز الشديد و البحث الشاق، سواء على المستوى الفقهي أو القضائي، ومن هنا يحتاج القاضي إلى أن يتمتع بقدر من الراحة، وقد اعترفت له بهذا الحق المادة 34 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁹⁶⁾.

الفرع الثاني: واجبات القاضي

لا يكفي لإقامة صرح العدالة ونشر العدل بين أفراد المجتمع تجريد السلطة التنفيذية من ممارسة سلطات قد تمس باستقلال القضاء، ولا يكفي إلزام المتقاضي باحترام القواعد الإجرائية التي تنظم علاقته بمرفق القضاء. بل ينبغي إلزام القاضي هو الآخر بمجموعة قواعد من شأنها المحافظة على الوظيفة القضائية ومكانتها.

وبالرجوع إلى هذه القواعد والأحكام في مختلف التشريعات نجد أنها قد ركزت على واجب عدم إفشاء السر المهني وواجب الإقامة بمقر المحكمة التي يعمل بها، تاركة بذلك ما يحيط بالقاضي من حياة خاصة لمطلق تقديره، وفيما يأتي بيان أهم واجبات القاضي.

1- واجب عدم إفشاء الأسرار المهنية

لا شك أن وظيفة القاضي تتيح لصاحبها معرفة الكثير من الأسرار و دقائق الأمور، التي ما كان للقاضي معرفتها والإطلاع عليها لولا وظيفته واحتراماً لمراكز أصحابها أياً كان وضعهم الاجتماعي و

892- فالنقابة على هذا النحو تجمع مهني اجتماعي يرمي إلى المحافظة على استقلال مهنة القضاء، والدفاع عن القضاة فيما يتعلق بحقوقهم المادية والمعنوية.

893- قانون رقم 89-21 المؤرخ في 12/12/1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

894- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

895- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

896- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

المالي، لذا وجب على القاضي عدم إفشاء ما تمكن من الإطلاع عليه. ومن ثم عدم إحاطة زملائه في المهنة بهذه الأسرار إلا إذا كان على سبيل الرأي و ليس المقصود من ذلك الشك في نزاهة بعض القضاة بل و احتراماً لأسرار المتقاضين لا غير، طبقاً للمادة 11 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁸⁹⁷⁾. وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز لقاض في الأحوال الشخصية أن يفشي سرّ زوج أو زوجة ولو لقاض مثله، كما لا يجوز لقاض في الأمور التجارية أن يذيع وضعية مالية لتاجر ولو لقاض آخر، إذ يجب أن يظل وضع المتقاضين سرّاً لا يعلمه غير القاضي المكلف بالفصل دون سواه، من أجل ذلك اجتمعت مختلف نصوص قوانين العقوبات على إخضاع القاضي باعتباره موضعاً للمساءلة والعقاب، إن هو اقترف ذنباً بأن أذاع أسرار المتقاضين.

2- عدم إنكار العدالة

يقصد بإنكار العدالة رفض القاضي صراحة أو ضمناً الفصل في الدعاوى أو تأخيرها الفصل فيها رغم صلاحيتها للفصل أو رفضه أو تأخيرها البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة. وما يهم هو ثبوت واقعة الامتناع، بصرف النظر عن إرادة القاضي في إنكار العدالة⁽⁸⁹⁸⁾. وقد نصت المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري بأنه: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه".

كما أُلزم المشرع الجزائري القاضي بنص المادة العاشرة من القانون الأساسي للقضاء، بأن لا يقوم القاضي بأي عمل من شأنه أن يوقف سير العدالة⁽⁸⁹⁹⁾.

3- عدم الاشتغال بالتجارة أو ممارسة السياسة

القاعدة في سلوك القاضي أن يكون مرضياً لا تثار حوله وبسببه الشكوك، ومن ثم ينبغي أن يتزهر عما قد يشوبه ويدنس حرمة مثل البيع والشراء؛ نظراً لأهمية وعظمة القضاء ومترلة القاضي في نفوس الناس⁽⁹⁰⁰⁾.

897- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

898- انظر، علي عوض حسن: رد ومحاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1989، ص 103.

899- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

900- وهذا سلوك مقرر في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، حيث يكره للقاضي أن يباشر البيع والشراء بنفسه أو لغيره، ويستحب أن يوكل من لا يُعرف أنه وكيله، فإذا عرف استبدل به حتى لا يجأى. ابن قدامة: الكافي، 6/95-96. وانظر، رشدي شحاتة أبو زيد: انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، ص 220.

وعليه فقد أجمعت التشريعات الحديثة على أنه لا يجوز للقاضي الاشتغال بالتجارة سواء باسمه الخاص أو بأسماء مستعارة، ذلك أن ممارسة القاضي للأعمال التجارية تفقده أهم خاصية في العمل القضائي ألا وهي الحيادة و تجعله عرضة لدعاوى كثيرة ترفع ضده من قبل المتعاملين معه وهو ما يفقد القضاء مهابة بين المتقاضين⁽⁹⁰¹⁾، فضلا على أن التجارة تشغل الفكر و تشتت الذهن، و قد نصت المادة 18 من القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يمنع على كل قاض مهما كان وضعه القانوني أن يملك مؤسسة بنفسه أو بواسطة الغير تحت أية تسمية مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه و بصفة عامة تمس باستقلالية القضاء"⁽⁹⁰²⁾.

كما منع القاضي من ممارسة السياسة حتى لا ينقاد إلى تفضيل من يوالونه سياسيا و هو ما يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه القاضي من حيادة و استقلال، و لأن السياسة لا تتعاش مع العدالة في ضمير واحد، لهذا السبب منع المشرع الجزائري القاضي من الانتماء لأية جمعية ذات طابع سياسي طبقا للمادتين 14-15 من القانون الأساسي للقضاء⁽⁹⁰³⁾ حفاظا على حيده و استقلاله⁽⁹⁰⁴⁾.

المطلب الثالث: هياكل القضاء الحالي

تأخذ الجزائر بمبدأ درجتي التقاضي، حيث تعرض الدعوى في البداية على المحكمة لتفصل فيها بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، أما المحكمة العليا فتكتفي بفحص أوجه الطعن المقدمة ضد الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية.

الفرع الأول: المحكمة الابتدائية

تعد المحكمة قاعدة الهرم القضائي لأنها أول جهة قضائية تعرض عليها أغلب المنازعات، وقد حدد المشرع مقراتها بموجب قانون 1984⁽⁹⁰⁵⁾، وتنص المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية على "أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام"⁽⁹⁰⁶⁾، وبذلك لم تعد توجد أجهزة قضائية

901- انظر، عبد الرحمن عياد: أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة، السعودية، 1981، ص 93.

902- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

903- القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي.

904- غير أن هذا لا يعني تهميش القاضي، و صرف النظر عن تحسين وضعه المالي والاجتماعي، بل يجب العمل على توفير كل الظروف المادية والاجتماعية له، بقدر ما ينتظر من جهاز القضاء أن يكون قويا مستقلا.

905- راجع المرسوم رقم 84-384 المؤرخ في: 21/12/1984 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 90-412 المؤرخ في: 22/12/1990.

المتضمنان تطبيق القانون رقم: 84-13 المؤرخ في: 23/7/1984.

906- تعبر الفقرة الأولى لهذه المادة على المصطلح الخاص بهذه الدرجة القضائية الأولى، وهو تحديد لمفهوم المحكمة بسبب تردد البعض في استعمال مصطلح خاطئ للحدوث عن المحاكم مثل عبارة "المحكمة الابتدائية" بدلا من "المحكمة" الكلمة التي جاءت في المادة الأولى.

متعددة على مستوى الدرجة الأولى، كما هو الحال بالنسبة للتنظيم القضائي السائد في كل من فرنسا⁽⁹⁰⁷⁾ ومصر⁽⁹⁰⁸⁾.

ويتراوح عدد أقسام المحاكم بين سبعة و إحدى عشر قسما منها⁽⁹⁰⁹⁾:

– **القسم الجزائي:** الذي يختص بالنظر في الجرائم التي يرتكبها البالغون حين توصف بأنها مخالفات أو جنحة. بموجب قانون العقوبات أو نصوص قانونية خاصة، كما ينظر في الادعاء المدني المقدم أمامه حين ارتباطه بالدعاوى الجزائية التي فصل فيها (المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية).

– **القسم المدني:** و يختص بالفصل في القضايا المدنية مثل المنازعات المترتبة عن العقود المدنية كالبيع، الإيجار و الوكالة وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية، أصلية أو تبعية مثل حق الملكية وحق الارتفاق.

– **قسم الأحوال الشخصية:** و ينظر في المنازعات الناشئة عن التركات و عقود الزواج و الطلاق و الهبة و الوصية و أحكام الغائب والمفقود... الخ⁽⁹¹⁰⁾.

كما يختلف تشكيل هيئة حكم المحكمة حسب موضوع النزاع⁽⁹¹¹⁾، و القاعدة العامة أن تتشكل هيئة حكم المحكمة من قاض فرد⁽⁹¹²⁾، والمادة 255 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: "تصدر أحكام المحاكم بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"⁽⁹¹³⁾.

الفرع الثاني: المجلس القضائي

يعد المجلس القضائي الجهة القضائية ذات الدرجة الثانية التي تختص بالفصل في الطعون بالاستئناف المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم. وبموجب المادة السادسة من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي يتكون المجلس القضائي من عشرة

907- راجع الأمر رقم: 58-1273 المؤرخ في: 1958/12/22 المتعلق بالتنظيم القضائي والمرسوم رقم 58-1284 الصادر في نفس التاريخ.

908- يميز المشرع المصري بين المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية. راجع المواد 974 وما بعدها من قانون المرافعات التي تحدد الاختصاص النوعي لهذه المحاكم.

909- راجع المادة 13 من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

910- انظر، بوبشير محمد أمقران: المرجع السابق، ص 210 وما بعدها.

911- راجع المادة 12 من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

912- راجع المادة 15 من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

913- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 22.

غرف، منها غرفة شؤون الأسرة، والغرفة المدنية، والغرفة الجزائية، وغرفة الاتهام والغرفة الاستئنافية، وتضاف إليها غرفة الأحداث..⁽⁹¹⁴⁾.

ويلاحظ أنه قد أنشئت في أغلب المجالس القضائية غرف لم تذكر في مرسوم 1966 وهي الغرفة الاجتماعية والغرفة التجارية وغرفة الأحوال الشخصية، بغرض توزيع العمل عليها، وإيجاد تجانس بين أقسام المحكمة وغرف المجلس القضائي. كما تشكل هيئة حكم المجلس القضائي عندما يفصل في المنازعات المعروضة عليه من ثلاثة مستشارين أيا كان موضوعها⁽⁹¹⁵⁾.

الفرع الثالث: المحكمة العليا

تمثل المحكمة العليا طبقاً للمادة 152 من دستور 1996 الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. فبعد أن تفصل المحكمة والمجلس القضائي في المنازعات المعروضة أمامها، وبكل استقلالية، يأتي دور المحكمة العليا لتقوم بطلب من الخصوم أو النيابة العامة بالرقابة اللاحقة للأحكام القضائية الصادرة، فتبين الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه في الدعوى المعروضة أمامها، وذلك بغرض توحيد الحلول القانونية.

وعليه فإن المحكمة العليا لا تعد درجة ثالثة من درجات التقاضي⁽⁹¹⁶⁾ لأنها تكتفي بمراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، عادية كانت أو استثنائية، من ناحية القانون دون الوقائع⁽⁹¹⁷⁾. مما يؤدي إلى القول أن المحكمة العليا فيما عدا الحالات التي ينص القانون⁽⁹¹⁸⁾ على اعتبارها محكمة موضوع وقانون في الوقت نفسه تفصل في الأحكام لا القضايا، وحتى في حالة قبولها الطعن المقدم، ونقض الحكم المطعون فيه أو جزءاً منه فإنها لا تنظر في موضوع النزاع بل تحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض مشكلة تشكيلاً آخر، أو تحيلها إلى جهة قضائية أخرى من نوع ودرجة الحكم المنقوض، والتي تلتزم بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا⁽⁹¹⁹⁾.

914- راجع المادة السادسة من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

915- راجع المادة السابعة من القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي.

916- هناك من يرى أنه وإن لم يقصد بالمحكمة العليا أن تكون درجة ثالثة من التقاضي إلا أنها في نظر المتقاضين على الأقل درجة فعلية من درجات التقاضي، رغم أنها لا تتعرض للوقائع فإنها درجة تقاضي مطلقة عن كل قيد وشرط، وهو ما يجعلها مرحلة ثالثة من مراحل التقاضي بلا جدال. راجع د. أحمد مسلم: أصول المرافعات، ص 182.

917- تتحقق المحكمة العليا هل هناك مخالفة للقانون، ولا تراقب أوجه الطعن إذا كانت خاصة بالوقائع التي تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع. قرار المجلس الأعلى رقم 24416 الصادر في 1982/4/24، نشرة القضاة العدد 23-1988، ص 81.

918- المادة 4-2 من القانون المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا. الجريدة الرسمية عدد 53، 1989.

919- راجع المادة 364 من قانون الإجراءات المدنية. الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 2008/4/23، ص 22.

وتتكون المحكمة العليا من ثماني غرف: الغرفة المدنية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الغرفة التجارية والبحرية، والاجتماعية، والجنائية، والجنح والمخالفات، والإدارية، وغرفة العرائض⁽⁹²⁰⁾. كما تتشكل هيئة المحكمة العليا - كقاعدة عامة - من ثلاثة قضاة، وتنظر دعوى المخاصمة مشكلة من خمسة قضاة (المادة 218 من قانون الإجراءات المدنية)، أما طلب الإحالة لداعي الأمن العمومي، فتتظر فيه مكونة من الرئيس الأول ورؤساء الغرف (المادة 248 من قانون الإجراءات المدنية)⁽⁹²¹⁾.

المطلب الرابع: المبادئ الأساسية للنظام القضائي الجزائري

تقوم أغلبية النظم القانونية المقارنة على مبادئ متماثلة، ومنها النظام القضائي الجزائري الذي يرتكز على مبادئ متعددة يجمع بينها قاسم مشترك واحد هو وحدة الغرض الذي يتمثل في حسن سير العدالة، وذلك عن طريق تحقيق الاستقرار في الدولة، وحصول الأشخاص على قضاء عادل بإجراءات مبسطة ونفقات قليلة، وفيما يلي بيان أهمها:

1- حق اللجوء إلى القضاء

إنّ اللجوء إلى القضاء حق دستوري طبقاً للمادة 131 فقرة 2 معترف به لكل شخص -طبيعياً كان أو معنوياً- بلا تمييز بسبب الجنس أو الدين، فلا يسأل رافع الدعوى حين يستعمله إلا إذا أخطأ أو تعسف في ذلك، ولا تعد مجرد خسارة الدعوى داعياً لمساءلته إلا في حالات استثنائية، حيث قرر المشرع تسليط عقوبة الغرامة على خاسر بعض الدعاوى لأهميتها قصد منع التعسف في رفعها، مثل دعوى رد القضاة⁽⁹²²⁾ ومخاصمتهم (المادة 219 من قانون الإجراءات المدنية). ويعد حق اللجوء إلى القضاء من الحقوق العامة⁽⁹²³⁾، فلا يجوز التنازل عنه بصفة مطلقة، وإن كان يجوز تقييده إما عن طريق النص التشريعي أو بالاتفاق مثل تراضي الأطراف على اللجوء إلى محكمين لحل نزاع معين.

920- أنشئت هذه الغرفة بموجب القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12/12/1989، وخول لها اختصاص فحص الطعون وتلمس جديتها قبل إحالتها على الغرف المختصة للحكم فيها. و الغريب في الأمر أن المشرع المصري قد أنشأ غرفة العرائض بعد إلغائها في فرنسا، وأخذ بها في الجزائر بعد أن أُلغيت في مصر. انظر، د. أحمد مسلم: أصول المرافعات، ص 104.

921- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ص 50.

922- يقصد بردّ القاضي عن الحكم: منعه من النظر في الدعوى، كلما قام سبب يدعو إلى الشك في قضاائه بغير ميل أو تحيز. انظر، عبد المنعم الشرفاوي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المطبعة العالمية، مصر، ط2، 1955، ص 213.

923- يتضمن مبدأ المساواة أمام القضاء في الفقه الإسلامي حق اللجوء إلى القضاء، وقد تحدث الفقهاء المسلمون حديثاً طويلاً مفصلاً عن مبدأ المساواة بين الخصمين، وخلاصة قولهم أن إطلاقه: يعمّ الصغير والكبير والخليفة والرعية والوزير والشريف والأب والابن والمسلم

2- مجانية القضاء

إن طبيعة مرفق القضاء، وعظمة رسالته داخل المجتمع تفرض أن لا يتلقى القضاة أجورهم من قبل الخصوم مقابل فصلهم في الدعاوى المطروحة عليهم⁽⁹²⁴⁾، وإنما يقومون بعملهم مقابل راتب تدفعه الدولة من خزينتها العامة شأنهم في ذلك شأن بقية الموظفين⁽⁹²⁵⁾، لا لشيء إلا لإرساء معالم الاستقرار الاجتماعي داخل المجتمع الواحد، ذلك أن فرض أعباء مالية على المتقاضين من شأنه أن يجعل مرفق القضاء في خدمة فئة اجتماعية ميسورة ماليا على حساب فئة اجتماعية أخرى. وهذا تمييز يتنافى ومبادئ العدالة، كما يتنافى ورسالة القضاء وعظمته. من أجل ذلك اتخذت معظم التشريعات موقفا وسطا يجعلها الخصوم يدفعون رسوما رمزية مقابل استفادتهم من الخدمات القضائية، وذلك مراعاة لاعتبارين:

أ- ألا تكون مجانية القضاء سببا في تشجيع الأفراد على رفع دعاوى كيدية.

ب- ألا تكون المصاريف القضائية عائقا تحول دون اللجوء إلى القضاء، لأن هذا يذهب عكس غرض المشرع، والمتمثل في إيصال الحقوق لأصحابها.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد كفل حماية قانونية للأشخاص معدومي الدخل الذين لا يستطيعون دفع المصاريف القضائية بموجب قانون المساعدة القضائية⁽⁹²⁶⁾.

والكافر، فلا يجوز للقاضي أن يمنع أحدا من حقه في اللجوء إلى القضاء. انظر: حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 51-52.

924- ليس لمن تولى القضاء أن يقبل هدية من الخصم، لأن الهدية تورث إذلال المهدي وإغضاء المهدي له وفي ذلك ضرر القاضي ودخول الفساد عليه. انظر، الماوردى: الأحكام السلطانية، ص 100. كما أنها رشوة، ولا يجوز أن يرتشي على الحكم. ابن قدامة: المغني، 59/14. وقد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على أن من تقلد منصب القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا، وتكون الرشوة حراما على الراشي وعلى الآخذ، وكذا إذا دفع أحد الخصوم رشوة إلى القاضي ليقضي له فهذه الرشوة حرام من الجانبين، سواء كان القضاء بحق أو بغير حق. انظر، عبد الغني بن إسماعيل النابلسي: تحقيق القضية في الفرق بين الرشوة والهدية، مراجعة عبد الستار أبو غدة، مطبعة الفيصل، الكويت، ط3، 1993، ص 175 وما بعدها.

925- وهذا ما يتفق مع مبدأ مجانية القضاء في الفقه الإسلامي، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن من تعين عليه القضاء، وكانت له كفاية من أمواله الخاصة، فلا يجوز له أن يأخذ شيئا من بيت مال المسلمين، اعتمادا على أن القضاء في هذه الحالة فرض عين عليه، أما إذا لم تكن له كفاية فيجوز له أخذ الأجرة. انظر، السمناني: روضة القضاة، 86/1.

926- راجع المادة 28 من الأمر رقم: 71-57 المؤرخ في 1971/8/5 المتعلق بالمساعدة القضائية.

3- المساواة أمام القضاء

احتل مبدأ المساواة بشكل عام أهمية خاصة في النظام القانوني الجزائري، فقد نصت المادة 12 من دستور 1963 على: "كل الجزائريين لهم نفس الحقوق ونفس الواجبات السياسية"، ونصت المادة 39 من دستور 1976 على أن: "كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات"، وأكدت هذا المبدأ المادة 40 و 41 منه، وذات المبدأ تم تأكيده في المادة 28 من دستور 1989، والمادة 140 من دستور 1996 التي تنص في فقرتها الأولى على أن "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة"، ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أن "الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون". وترتبط على ذلك فإن مبدأ المساواة أمام القضاء يعني أن يقف جميع المتقاضين أمام ذات المحاكم التي تفصل في المنازعات والخصومات، وبذات الإجراءات مهما اختلف الوضع الاجتماعي للأشخاص المتقاضين بلا تمييز من حيث الأصل أو الجنس أو اللغة والعقيدة أو أي اعتبار آخر⁽⁹²⁷⁾.

وعليه فالتطبيق السليم لهذا المبدأ لا يتأتى سوى بتحقيق المساواة بين الخصوم أمام القضاء، وذلك عن طريق وحدة الجهات القضائية المختصة، والتي ينبغي أن يختلف اختصاصها بسبب موضوع النزاع دون النظر إلى أشخاص المتقاضين، وكذلك وحدة القانون المطبق الذي يقتضي أن تكون المعاملة أمام القضاء متماثلة بين كل الخصوم، حيث لا يكون القاضي مخلا بمبدأ المساواة أمام القضاء حين يستعمل سلطته التقديرية ويقضي بأحكام مختلفة تبعا لاختلاف كل قضية، أو تبعا لاختلاف ظروف المتهمين ولو كانت الجريمة واحدة⁽⁹²⁸⁾.

4- درجتا التقاضي

لا شك أن مبدأ التقاضي على درجتين يحقق فوائد عديدة⁽⁹²⁹⁾، فهو يحث القضاة على التعمق في دراسة القضية المعروضة عليهم، كما أنه يؤمن حسن تطبيق القانون، إذ تمكن المتقاضين من تصحيح

927- يعتبر الإسلام معيارا للتفريق بين الأشخاص في القضاء الإسلامي، فالمسلمون يخضعون لولاية هذا القضاء، أما غير المسلمين الذين يقطنون دار الإسلام فقد اختلفت الآراء بشأن مدى خضوعهم لولاية القضاء الإسلامي، والراجح خضوعهم لولاية هذا القضاء حتى لا تتعدد الأنظمة القضائية داخل دار الإسلام، لتمكين تطبيق شريعة الله العادلة عليهم وهي منزلة أساسا لكافة البشر. أما في ظل النظام القضائي الوضعي فليس هناك تفريق بالنظر إلى عقائد المتقاضين، وإنما على أساس رابطة الجنسية، إذ يكفي أن ينتمي الشخص بجنسيته لدولة ما حتى تنبسط ولاية قضاء تلك الدولة عليه. انظر: أحمد محمد مليجي: النظام القضائي الإسلامي، ص 136-137.

928- انظر، عبد الغني بسيوني عبد الله: مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 16.

929- طبقا للمادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 3.

الأحكام الصادرة بحقهم نتيجة خطأ أو جهل⁽⁹³⁰⁾؛ فقد يخطئ القاضي في فهم أو تكييف الوقائع المعروضة عليه، كما قد يخطئ في فهم وتطبيق القانون سواء كان قانوناً موضوعياً أم إجرائياً⁽⁹³¹⁾؛ ولهذا أجازت كل النظم القانونية للمتقاضى أن يطلب من القاضي مصدر الحكم نفسه أن يعيد النظر في حكمه، أو أن يطلب ذلك من قاض أعلى منه درجة فيحول الملف من درجة أولى إلى درجة ثانية⁽⁹³²⁾، ويعود أساس منح التقاضي فرصة في طلب مراجعة الحكم الابتدائي إلى فكرة العدالة في حدّ ذاتها، لأن القول بخلاف ذلك يعني تحصيل الأحكام ضد نظام الطعن وإعادة النظر⁽⁹³³⁾، وهو ما يجعل لها حججاً مطلقة وعنواناً للحقيقة رغم صدورهما على مستوى قضاء درجة واحدة، ومن هنا فإنّ المشرع عندما يقر مبدأ التقاضي على درجتين فهو بذلك يريد بلا شك تحقيق جملة من المقاصد عن طريق التطبيق السليم والصحيح للقانون للوصول إلى تحقيق عدالة الأحكام والقرارات القضائية بما يضمن حق الدفاع للمتقاضى⁽⁹³⁴⁾.

والقاعدة العامة في التشريع الجزائري هي الأخذ بمبدأ درجتي التقاضي، حيث تقضي المحكمة في الدعاوى المدنية طبقاً للمادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية، والجزائية طبقاً للمادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية بأحكام قابلة للاستئناف أمام المجلس القضائي، ويفصل المجلس القضائي في منازعات الإدارة بأحكام قابلة للاستئناف أمام المحكمة العليا⁽⁹³⁵⁾.

930- على الرغم من وجهة هذه الاعتبارات لاقى نظام التقاضي على درجتين بعض النقد، فقد قيل في ذلك إن هذا النظام يزيد في النفقات ويؤخر البت في المنازعات. انظر، رزق الله أنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ص 54.

931- تنص الفقرة الأولى من المادة 286 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه". الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 24. كما نصت على ذلك المادة 891 من نفس القانون، ونصت المادة 892 في فقرتها الثانية على أنه: "إذا كان الحكم المصحح حائزاً لقوة الشيء المقضي به فلا يكون حكم التصحيح قابلاً لأي طعن". الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 82.

932- لقد وجهت عدة انتقادات لهذا المبدأ لكونه يطيل أمد المنازعات ويتيح الفرصة لصدور أحكام متعارضة بسبب إمكانية الخطأ بالنسبة لمحكمة الدرجة الثانية، ولكن كل هذه الانتقادات يعوزها التحليل الدقيق، ذلك أن افتراض وقوع محكمة الدرجة الثانية في الخطأ ليس هو الغالب الذي يقاس عليه. انظر في ذلك، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 14، 1986، ص 53.

933- والواقع أن لأنواع الطعون المختلفة كالمعارضة والاستئناف والنقض أسساً في الفقه الإسلامي وفي مسائله ما يتسع لذلك، وقد وقع كثير منه في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة، وما جدّ الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده، وإن لم يكن معروفاً لدى الفقهاء من قبل، إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تنافيه بل تتفق معه. محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، ص 58.

934- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ص 18 وما بعدها.

935- وهذا المبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، حيث يجوز عرض حكم القاضي الأول على قاض آخر سواء لتنفيذ الحكم أو لوقوع خصومة فيه، أو بظهور جور القاضي الذي أصدره وحيفه في أحكامه كلها أو بعضها، أو لأن هذا القاضي لا يصلح للقضاء، أو لأن أحد الخصوم لم يقتنع بالحكم، وللقاضى الثاني أن ينقض حكم الأول إن كان هذا الحكم مخالفاً للنصوص أو الإجماع أو القياس الجلي أو مخالفاً للقواعد

5- علانية الجلسات

وذلك يعني أن تكون قاعات المحاكم التي تعقد فيها الجلسات مفتوحة للجمهور، بحيث يستطيع حضورها كل من يشاء، مع مراعاة النظام والاحترام الواجب لمجالس القضاء. ومن المبادئ الأساسية التي يركز عليها النظام القضائي الجزائري مبدأ علانية الجلسات⁽⁹³⁶⁾؛ من أجل ذلك نصت المادة 144 من الدستور على وجوبية تعليل الأحكام وأن ينطق بها في جلسات علانية، فالسلطة القضائية في ظل دستور 1996 تصدر أحكامها باسم الشعب الجزائري⁽⁹³⁷⁾ طبقاً للمادة 141 منه، وكذلك المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁹³⁸⁾، فإنه من حق الشعب الذي تصدر الأحكام باسمه أن يمارس رقابة شعبية على جهاز القضاء، ولا يكون ذلك إلا بنظام علانية الجلسات⁽⁹³⁹⁾.

وإذا كان مبدأ علانية الجلسات محاسن، وجب في مواضع معينة أن تكون الجلسة سرية رعاية للمصلحة العامة⁽⁹⁴⁰⁾؛ كأن يكون موضوع الدعوى يمس بالنظام العام أو يخدش الآداب العامة، وفي كل الحالات يجب النطق بالحكم في جلسة علانية⁽⁹⁴¹⁾.

6- تسيب الأحكام

ومعناه: بيان ما أقنع القاضي لما قضى به وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن إليه، فالأسباب إذاً تشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بنى الحكم عليها، ولقد أوجب القانون تسيب الأحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم، وليضمن عنايتهم في تقدير ادعاءات الخصوم وفي فهم ما

الشرعية في نظر الدعوى، وعليه يجوز للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم، سواء أمام نفس القاضي الذي أصدره، أم أمام قاض آخر. انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 66-67.

936- طبقاً لما تنص عليه المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية: "الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام والآداب العامة أو حرمة الأسرة". الجريدة الرسمية، رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 4.

937- تصدر السلطة القضائية أحكامها باسم الشعب في حال تعيين القضاة عن طريق الانتخاب الذي يكون فيه القضاة ممثلين من طرف الشعب، فيستمدون سلطتهم منهم. انظر، عبد العزيز خليل بدوي: القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، ص 22.

938- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 24.

939- وهذا مبدأ مقرر في التنظيم القضائي الإسلامي، فقد نص أئمة المذاهب على حضور الفقهاء مجلس القضاء ومشاورتهم فيما أشكل عليهم.

940- من المبادئ المقررة في المرافعات بصفة عامة أن المرافعة تكون علنية ما لم تر المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب احد الخصوم إجراءاتها سرا محافظة على النظام أو مراعاة للآداب، أو حرمة الأسرة وذلك صيانة لكرامة الأسرة من أن تعرض أحوالها الخاصة في جلسة علنية. أنور العمروسي: أصول المرافعات الشرعية، ص 80-81.

941- انظر، عمار بوضياف: المرجع السابق، ص 30. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 57.

أحاط بها من مسائل قانونية، وليمكن محكمة النقض من مراقبة أحكام المحاكم حتى تشرف على تطبيق القانون⁽⁹⁴²⁾.

وقد نصت المادة 144 من دستور 1996 على وجوب تسبب وتعليل الأحكام⁽⁹⁴³⁾، كما نصت على ذلك المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم⁽⁹⁴⁴⁾، والمادة 554 من قانون الإجراءات المدنية بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجالس القضائية⁽⁹⁴⁵⁾. ولاشك أن المشرع عندما فرض تسبب الأحكام أيًا كان نوعها، والجهة الصادرة عنها إنما قصد توفير الحماية للقاضي والمتقاضى وتمكين جهة الرقابة القضائية من ممارسة حقها في الرقابة⁽⁹⁴⁶⁾.

7- استقلالية القضاء

يقصد باستقلال القضاء: أن هيئات المحاكم حينما تقوم بعملها فإنها تكون مستقلة عن سائر الهيئات الحكومية في الدولة، ومن ثم فليس لأي هيئة استخراج دعوى من المحكمة المختصة بالفصل فيها لتقوم هي بهذا العمل، كما لا يجوز لأية هيئة إملاء ما تريد على المحكمة إزاء دعوى منظورة أمامها⁽⁹⁴⁷⁾.

كما يقصد به: أن يكون القضاء في مأمّن من تدخل غير رجاله فيه، فلا يجوز للسلطتين التشريعية والتنفيذية التدخل في شؤون القضاء أو التأثير عليه، كما لا يجوز للقضاء التدخل في مهام السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽⁹⁴⁸⁾.

وإذا كانت الحقوق تحفظ بالقضاء، والحريات تصان بالقضاء، و نصوص القانون تطبق به، وبه يتحقق استقرار الأوضاع و المعاملات؛ فينبغي بالمقابل أن يكون له مظهر يناسب عظمة رسالته وهو مظهر الاستقلال.

942- انظر، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 753. يعتبر تسبب الأحكام مظهرا من مظاهر علنية أداء القضاة في أدق وختام مراحل هذا الأداء، فهو علنية لضمير القاضي في اقتناعه وفي قضاائه، وليس أبلغ من ذلك في هئية وسائل التعرف والاطمئنان في نزاهة القاضي. انظر، أحمد مسلم: أصول المرافعات، ص 48.

943- راجع تفصيلا أكثر حول تسبب الأحكام عند أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 1980، ص 169 وما بعدها.

944- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 24.

945- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 45.

946- راجع المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 12 وما بعدها.

947- انظر، رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (دط، دت)، بند 31، ص 45.

948- أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 51. و محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991، ص 169.

من أجل ذلك أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق التقاضي في المادة الثامنة منه، التي نصت على أنه: "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".

كما أقر إلى جانبها مبدأ استقلال القضاء في نص المادة العاشرة منه بقولها: "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه"⁽⁹⁴⁹⁾، وهذا ما قرّره هيئة الأمم المتحدة في مبادئها⁽⁹⁵⁰⁾.

و يعدّ مبدأ استقلال القضاء نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي أن تمارس كل سلطة عملها بمنأى عن تأثير و نفوذ السلطة الأخرى؛ ذلك أن آثار علاقة التبعية بين القاضي وأي سلطة أخرى مهما علت، من شأنه المساس بطبيعة وظيفة القضاء في حد ذاتها داخل المجتمع، وهو ما من شأنه المساس أيضاً بحقوق المتقاضين و بمبادئ العدالة، بل و بسيادة القانون.

ولا يكفي لتجسيد هذا المبدأ إنشاء هيئة تتكفل بتسيير شؤون القضاة الإدارية، بل ينبغي فضلاً عن ذلك تأمين القاضي في رزقه، أو ضمان حق بقائه في الوظيفة طالما لم يصدر عنه ما يسيء إليها، وكان أهلاً لهذا البقاء، وهذا ما اصطلح عليه بمبدأ الحصانة ضد العزل⁽⁹⁵¹⁾.

ولم يكن القضاء في الجزائر مستقلاً في ظل دستور 1963 الذي نص في المادة 62 منه: "لا يخضع القضاة في ممارستهم لوظائفهم إلا للقانون ومصالح الثورة الاشتراكية"، وكذا دستور 1976 في

949- انظر، سعيد محمد أحمد باناجه: دراسة مقارنة حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985، ص 17.
950- مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 32/40 المؤرخ في 29 نوفمبر 1985 ورقم 146/40 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985 : 1) تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية وينص عليه دستور البلد أو قوانينه . ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية. 2) تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز، على أساس الوقائع ووفقاً للقانون، ودون أية تقييدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات، مباشرة كانت أو غير مباشرة، من أي جهة أو لأي سبب. 3) تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي، كما تنفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها حسب التعريف الوارد في القانون. 4) لا يجوز أن تحدث أية تدخلات غير لائقة، أو لا مبرر لها، في الإجراءات القضائية، ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر، ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة، وفقاً للقانون، بتخفيف أو تعديل الأحكام التي تصدرها السلطة القضائية. 5) لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية، لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية . 6) يكفل مبدأ استقلال السلطة القضائية لهذه السلطة ويتطلب منها أن تضمن سير الإجراءات القضائية بعدالة، واحترام حقوق الأطراف. 7) من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة.

951- انظر، عمار بوضياف: النظام القضائي الجزائري، ص 11 وما بعدها.

المادة 166: "يساهم القضاء في الدفاع عن مكتسبات الثورة وحماية مصالحها"، فكان القضاء مجرد وظيفة من وظائف الثورة؛ إلى أن جاء دستور 1989 الذي نص على استقلالية القضاء في المادة 129، والتي نصت على أن: "السلطة القضائية مستقلة"، والمادة 138 من نفس الدستور ونصها: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"، وهو ما أكدته أيضا دستور 1996 حيث نص في المادة 138 على أن: "السلطة القضائية مستقلة وتتمارس في إطار القانون"، ونص في المادة 147 أيضا على أنه: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"، وتؤكد ذلك بعد صدور القانون الأساسي للقضاء في السنة نفسها 1996.

8- حياد القضاء

إن الحياد صفة يتطلبها العمل القضائي⁽⁹⁵²⁾ ذلك أن الخصوم عندما يرفعون أمرهم و نزاعهم للقاضي فإنما يقصدونه لعدم تحيزه، و من هنا يتعين على القاضي أن يكون بعيدا عن مظنة التحيز ليصبح بذلك موضع طمأنينة من جانب المتقاضين و يحظى باحترامهم.

و لذلك أباح القانون للمتقاضين حق تقديم طلب لرد القاضي عن النظر في الخصومة إذا تبين له أن هناك أسبابا تجعل القاضي في موضع الشبهة و حكمه غير خال من شوائب عدم الحياد، فإذا أثبت المتقاضي أن للقاضي مصلحة في النزاع المعروف عليه، أو أن للقاضي قرابة مع خصمه فإنه في مثل هذه الحالات و غيرها يجوز له أن يطلب إبعاد القاضي عن النظر في خصومته، لأن القاضي إذا لم يبعد عن النظر في هذه الخصومة فيستأثر لا شك بميوله و سيفقد عندها حياده. وهو ما ينعكس سلبا على حكمه و عدالته، لذا تعين إبعاده في حالات محددة⁽⁹⁵³⁾.

و نظرا لأهمية مبدأ الحياد في العمل القضائي؛ ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن الحياد أمر مطلوب في العمل القضائي، و من هنا لا يحتاج إلى نص يقرره و يثبت وجوده، فالقاضي ملزم بالحياد حتى ولو لم يلزمه الدستور أو القانون الأساسي للقضاء أو المرافعات بذلك؛ و ترتيبا على ذلك لا يجوز للقاضي أن يتحيز لأحد الخصوم تحت حجة و مبرر غياب نص محدد يلزمه بالحياد.

و مع ذلك فقد حرص المشرع بموجب أحكام دستورية، و نصوص في القانون الأساسي للقضاء و أخرى في قانون الإجراءات المدنية أن يرسخ مبدأ الحياد في الحياة القضائي، و أن يلزم القاضي بسلوك معين يجعله بعيدا عن مظنة كل شبهة حرصا على هيبة القضاء و حماية للقضاة؛ فهذه المادة 144 من دستور 1996 فرضت النطق بالأحكام في جلسات علانية و المادة 150 منه كفلت للمتقاضي

952- راجع، هاشم خالد: مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و أحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 17 وما بعدها.

953- انظر، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 60.

حماية من أي تعسف أو أي انحراف يصدر عن القاضي، والمادة 7 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 فرضت على القاضي أن يلتزم التحفظ الذي يضمن له استقلاله وحياده، و منعت المادة 9 من ذات القانون من الانتماء للأحزاب السياسية، كما منعت المادة 12 من ممارسة التجارة. و كل هذه الأحكام و المواع و القيود الغرض منها المحافظة على حياد القاضي.

و على صعيد آخر أجاز المشرع الجزائري للمتقاضي أن يطلب رد القاضي عن النظر في الخصومة طبقا للمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁹⁵⁴⁾، وحين يفقد القاضي حياده، و يثبت تورطه في قضية معينة و تمييزه لخصم معين كأن صدر منه تدليس، أو غش أو غدر؛ فإنه طبقا للمادة 249 من قانون الإجراءات المدنية⁽⁹⁵⁵⁾ يجوز مخاطبته أمام الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بعد تطبيق إجراءات خاصة⁽⁹⁵⁶⁾. و تجسيدا لمبدأ حياد القاضي مُنع القضاة من أي عمل تجاري أو أي عمل يتنافى و استقلال القضاء⁽⁹⁵⁷⁾، وكذا السياسة حتى لا يتهم بالميل لمن يوالونه سياسيا⁽⁹⁵⁸⁾.

9- حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم

و مقتضى هذا المبدأ أن كل ما يجريه أحد الخصوم في الدعوى يجب أن يكون الخصم الآخر على علم به⁽⁹⁵⁹⁾. وذلك ليستعمل حقه في الدفاع عن مصالحه، و يوجب القانون على كل خصم أن يمكن خصمه من الاطلاع على الأوراق التي يقدمها تأييدا لدعواه⁽⁹⁶⁰⁾، وكذلك يلزم القاضي بالألا يبيني حكمه

954- يجوز رد القاضي في الأحوال التالية طبقا للمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية: 1- إذا كان له أو لزوجه مصلحة شخصية في النزاع. 2- إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه و بين زوجه و بين أحد الخصوم. 3- إذا كان له أو لزوجته أو أصولهما أو فروعهما خصومة قائمة مع أحد الخصوم. 4- إذا كان القاضي دائما أو مدينا لأحد الخصوم. 5- إذا كان سبق أن أفتى أو أدى شهادة في النزاع أو سبق له نظره في أول درجة. 6- إذا كان قد سبق له أن كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في الدعوى. 7- إذا كان أحد الخصوم في خدمته. 8- إذا كان بين القاضي و أحد الخصوم عداوة شديدة. الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 21. وعند التمعن في هذه الحالات الموجبة لطلب الرد نجد كلها تدور حول مبدأ الحياد لأن كل حالة من الحالات الواردة في النص أعلاه، إن توافرت من شأنها أن تفقد القاضي حياده.

955- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 22.

956- راجع، عمار بوضياف: شرح قانون الإجراءات المدنية، دعوى المخاصمة، درا ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 35 وما بعدها.

957- طبقا للمادة 13 من القانون الأساسي للقضاء الجزائري.

958- انظر، عمار بوضياف: بين القضاء والسياسة، مجلة المنهل، السعودية، العدد، 531، 1996، ص 46.

959- هذا المبدأ مقرر في أصول وقواعد التنظيم القضائي الإسلامي، فلا يصح للقاضي أن ينظر الدعوى مع غيبة أحد الخصوم عن مجلس القضاء، مع حضوره في البلد وعدم علمه بالدعوى، ولا يصح للقاضي أن يستقبل أحد الخصوم حتى ولو كان ضيفا إلا ومعه خصمه. انظر، حامد محمد أبو طالب: التنظيم القضائي الإسلامي، ص 56. انظر، أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص 59.

960- حيث تنص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "يتبادل الخصوم المستندات المودعة أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط". الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 5.

إلا على الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمت إليه أثناء المرافعة، وأن يمتنع بعد إقفال باب المرافعة، عن سماع أي أقوال من أحد طرفي الخصومة في غيبة الطرف الآخر، وعن قبول أية ورقة منه ما لم يطلع عليه خصمه⁽⁹⁶¹⁾.

ومن المفيد الإشارة إلى أن بعض الباحثين ذكروا مبادئ أخرى غير المبادئ المشار إليها كمبدأ تعريب القضاء، ومبدأ لا مركزية القضاء، ومبدأ وحدة الجهاز القضائي⁽⁹⁶²⁾.

961- راجع، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 170.

962- انظر، بوبشير محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ص 43. والغوثي بن ملححة: القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 47 وما بعدها.

المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري

الثابت من تاريخ القضاء في الإسلام أنه كان له دور هام جدا في وضع المبادئ الفقهية، لا سيما والقاضي كان فقيها، وكان يلتزم بالقواعد الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وما وصل إليه الفقهاء السابقون باجتهداتهم. فإذا لم يجد فيها نصا يطبقه على المسألة المعروضة عليه فإنه كان يجتهد بنفسه ويضع قاعدة فقهية جديدة طبقا للقواعد الأصولية في استنباط الأحكام الشرعية، غير أن الأمر يختلف عن ذلك في القانون الوضعي الحديث على غرار ما سيأتي بيانه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

يمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد، بأنه: "بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية".

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو: "مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها"⁽⁹⁶³⁾. والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على اتباعها⁽⁹⁶⁴⁾.

على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به.

ويقصد به: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة⁽⁹⁶⁵⁾؛ أي رأي المحاكم واجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها، وعلى هذا يقال: اجتهادات المحاكم؛ بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.

963- الاجتهاد القضائي الوضعي لا يرادف الاجتهاد القضائي الشرعي، وإنما يقابله قاعدة "ما جرى به العمل" والذي يظهر من اصطلاح الفقهاء في عبارة "ما جرى به العمل" هو: أن يشتهر قول من الأقوال الفقهية، في قطر من الأقطار، ويتتابع أهل العلم فيه على الأخذ بذلك القول، من غير تكبر بينهم، حتى يصير ذلك بينهم عرفا علميا مستقرا. ولهذا النوع من الاستدلال أصل في عمل أهل الفتيا قديما وحديثا، حيث يعبرون بقولهم: "هكذا أدركنا علماءنا يفعلون"، إذ هو يشبه أن يكون نوعا مما يسميه الأصوليون: "الاستصحاب المقلوب"، ومعناه: استصحاب الحال الحاضر في الماضي، وهو عكس الاستصحاب المعروف، الذي هو: استصحاب الماضي في الحاضر. ولا شك أن استقرار قول ما لدى علماء بلد من البلدان، واتساق العمل به بينهم على نحو مطرد، لا بد له من مرور مدة طويلة من الزمن، يكتسب خلالها رسوخا وتنقيحا واطرادا. فإن الأقوال الضعيفة والمرجوحة غالبا ما تنكشف، وتستغلق على المكلفين، بمجرد إنزالها على الوقائع، ووضعها على محك التطبيق. وقد لَحَظَ الإمام مالك -رحمه الله- هذه الظاهرة في عصره، مع قرب عهده بعصر صدر الإسلام، وذلك أنه قال لأبي جعفر المنصور لما طلب منه أن يحمل الناس على الموطأ: "يا أمير المؤمنين قد رسخ في قلوب أهل كل بلد ما اعتقدوه، وعملوا به، وردُّ العامة عن مثل هذا عسير".

964- راجع، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 163-164.

965- انظر، عبد المنعم البدر اوي: مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1972، ص 244.

ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء؛ وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها⁽⁹⁶⁶⁾:
الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما. والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة⁽⁹⁶⁷⁾.
كما يقصد به: استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين، وبهذا المعنى يقال مثلاً:
استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين⁽⁹⁶⁸⁾.
ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب.
ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأياً تفسيرياً واحداً معروفاً⁽⁹⁶⁹⁾.

الفرع الثاني: الاجتهاد في العرف القضائي

الحادثة محل النزاع في العرف القضائي كما قال ابن القيم: "لا يتمكن الحاكم فيها من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما: فهم الواقع والفقهاء فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً، والثاني: فهم الواجب في الواقع أي فهم حكم الشارع في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر"⁽⁹⁷⁰⁾. ولاشك أن كلا من فهم الواقع وفهم حكم الشارع فيه قد يكون جلياً فيبدو وجه القضاء في الحادثة واضحاً لا خفاء فيه. كما لو ادّعى رجل على امرأة دعوى نكاح مستوفية شرائطها الشرعية والقانونية فأقرت المرأة بدعواه أو أنكرت فأثبتها بالبينة فقضى له القاضي بالزوجية، وفي هذه الحالة تكون القضية عادية لا تدخل في عداد القضايا ذات المبادئ.

966- كما يقصد بمصطلح القضاء: مجموعة المحاكم داخل الدولة التي تشكل السلطة القضائية والتي تنظر في مختلف المنازعات وتطبق عليها القواعد القانونية وتصدر بشأنها أحكاماً، وبهذا المعنى يقال القضاء العادي والقضاء الإداري. كما يقصد به أيضاً: مجموعة الأحكام الصادرة من إحدى الجهات القضائية، إما في جميع المسائل التي تدخل في اختصاصها أو في مسألة معينة من هذه المسائل، وبهذا المعنى يقال مثلاً القضاء الجنائي والتجاري. ياسين محمد يحيى: مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1987، ص 141-142.
967- انظر: محمد سعيد جعفرور: المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط14، 2007، ص 208-211. ومحمود نعمان: المدخل للقانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1975، ص 112. إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 117 وما بعدها.

968- انظر، ياسين محمد يحيى: مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1987، ص 141-142.

969- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ص 316/1.

970- راجع، ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 4. وجامع الفقه لابن القيم: 121/7.

وقد يعترض هذين الفهمين أو أحدهما نوع من الخفاء فيشتبه فهم الواقع أو يشتبه فهم النص الشرعي أو القانوني الذي يرى تطبيقه على هذا الواقع لاختلاف فيه أو إجمال أو إشكال، فتدعو الحال حينئذ إلى إعمال الرؤية والتفكير وتشتد الحاجة إلى البحث والتنقيب لالتماس تصور الحادثة أو استنباط حكمها من بين تلك المشكلات، وما يبدو للباحث في هذا المقام ويتخذه أساسا لرفع الاشتباه أو ترجيح بعض الآراء أو إزالة الخفاء ويرتب عليه حكمه في الحادثة هو الذي سمي بالاجتهاد القضائي (مبادئ القضاء)، وإليه يرجع في مثلها ويُحتذى في نظائرها وتفسير الاجتهاد (المبدأ) بهذا المعنى هو المشهور في الدوائر القضائية.

وبناء عليه تعرف القضية المُجتهَد فيها (القضية ذات المبدأ) بأنها قضية اشتبه بها وجه القضاء فبنى الحكم فيها على توجيه يرفع الإشكال ويزيل الخفاء⁽⁹⁷¹⁾.

ومن المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسألة التي فصلت فيها، وذلك يعني أن المحاكم لا تكون ملزمة باتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، ولكن الذي يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني يحكمه، أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف، فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الاتجاه، أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا دورها الرئيسي، بتوحيد المبدأ القانوني في هذه المسألة عندما تعرض عليها⁽⁹⁷²⁾.

ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية.

المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي ومصادره

إنّ مجال الاجتهاد يختلف تبعا للوقائع المعروضة على القضاء، فيما إذا ورد فيها نص تشريعي أو لم يرد فيها نص، وذلك وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين⁽⁹⁷³⁾:

- عند غموض النص أو إبهامه من جهة.

971- انظر، محمد ضاحي: الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط1، 1938، ص 15-16.

972- انظر، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص164.

973- عمار بوضياف: المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007، ص 181 وما بعدها.

- وعند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

وغموض النص يعني: أن النص ليس له معنى واضح محدد، وإنما يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها.

وأما النقص في النص: فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويُغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولا سيما طرائق الاستنتاج المختلفة⁽⁹⁷⁴⁾.

كما أن القاضي لا يقف في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محمداً بمعانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها. فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المثل والمبادئ، فتصبح النصوص التشريعية إذا لم تعدل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز كما - ترى المدرسة التاريخية في التفسير - إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أرادها واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه⁽⁹⁷⁵⁾.

الفرع الثاني: مصادر الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى.

974- والمقصود بذلك التفسير التشريعي، وهو ما يصدر عن المشرع من تشريعات تتضمن توضيح مسائل معينة شأها غموض في تشريعات نافذة. كما يعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل، إذ يفترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص. إلا أنه تفسير ملزم للكافة بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصاً تشريعياً.

975- انظر، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 165-166.

ومن أهم هذه المصادر: العرف⁽⁹⁷⁶⁾؛ والقاضي لا يصنع العرف، كما أنه لا يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دورا مهما في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده⁽⁹⁷⁷⁾، ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانون المصري والسوري وبعض القوانين العربية الأخرى "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽⁹⁷⁸⁾.

وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين، فإذا احتاج القاضي الرجوع إليها كان عليه تحديد ما يراه موافقا منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها "إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء".⁽⁹⁷⁹⁾

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽⁹⁸⁰⁾.

الفرع الثالث: دور الاجتهاد القضائي في وضع القواعد القانونية

للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه⁽⁹⁸¹⁾، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضمن على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده.

976- يمكن تعريفه بأنه: "اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا". انظر، حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 102. ومن المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن العادة محكمة، وأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ولا ريب أن مناط وجوب مراعاة القاضي للعرف في قضائه أن يكون عرفا صحيحا لا عرفا فاسدا، فالعرف الفاسد أي المخالف لأصل شرعي أو حكم ثابت بالنص لا يراعيه المجتهد في اجتهاده، ولا القاضي في قضائه. انظر، عصام أنور سليم: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 104.

977- اشترط الفقهاء في القاضي العلم بالأعراف الجارية في زمانه، وهو أمر غير متيسر حاليا لتنقل القضاة من إقليم إلى آخر، بل من دولة إلى أخرى، ولذلك يعتمد في تحديد العرف على الجهات التي لها اطلاع على عادات الناس وأعرافهم في كل مجال، وإذا كان دور القاضي محدودا في تحديد العرف، فإن دوره الأساسي ينصب على فحص الأدلة التي تقدم إليه على وجود القاعدة العرفية، وعلى توافر الشروط اللازمة لاعتبارها مصدرا للحكم الشرعي، سواء في ذلك ما تعلق بالعرف العام أو العرف الخاص وبالعرف القولي أو العرف العملي. انظر، جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 235.

978- وهي ليست قواعد محددة مثل القواعد التشريعية والعرفية، ولكنها مبادئ عامة يستخلص منها القاضي حسب اجتهاده مستلهما أفكار الجماعة ومعتقداتها عندما لا يجد نصا تشريعيًا ينطبق على النزاع المطروح أمامه. انظر، محمد حسنين: الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 52.

979- انظر، أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 82-83.

980- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 2007/31.

فقد كان القضاء قديما يقوم بدور كبير في وضع القواعد القانونية، ولا يزال هذا الدور باقيا في البلاد التي تطبق النظم القانونية الأنجلوسكسونية كإنجلترا التي تعتبر القضاء مصدر رسميا من مصادر القانون، بل إن القانون هناك قائم أساسا وبصفة رئيسية على أساس السوابق القضائية، فالقانون العام الإنجليزي يكون تكويننا قضائيا، ولمعرفة أحكام هذا القانون يجب الرجوع إلى القضاء واستخلاصه منه⁽⁹⁸²⁾.

ولكن نشاط المشرع الحديث وكثرة إصدار القوانين وتدخل الدولة في الميادين الاقتصادية وغيرها قد ضيق كثيرا من تدخل القضاء لوضع المبادئ القانونية، وجعل القضاء مرجعا تفسيريا لنصوص القانون⁽⁹⁸³⁾، وهذا في النظم اللاتينية على الخصوص.

وقد نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية ورجالها بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي وبضرورة قصر عمل القاضي في جميع الأحوال على تطبيق أحكام التشريع تطبيقا آليا، ولكن هذا الاتجاه الذي جاء كرد فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع، فلم يكتب له النجاح، لأنه لا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد، وإلا تعطل عمله وتعذر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان.⁽⁹⁸⁴⁾

وعليه فقد اختلف موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية⁽⁹⁸⁵⁾، ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة، كما هو الحال في القانون الروماني وفي

981- لم تتر الفرق بين العمل القضائي والعمل التشريعي مشكلة كبيرة، فبالتشريع تحدد الدولة نطاق الحماية التي تريد منحها لمصالح معينة، وذلك بواسطة قواعد سلوك عامة، أما بالقضاء فإن الدولة تعمل مباشرة على إشباع هذه المصالح في النطاق الذي حدده القانون إذا لم تحترم قواعده، فالقضاء يتضمن تطبيقا للقاعدة العامة المجردة، وإذا حدث وكان للقاضي سلطة في خلق القانون كما لو سكت المشرع عن إيراد قاعدة عامة تحكم القضية المعروضة، فإنه يبقى أيضا فارق بين العمل التشريعي والعمل القضائي، فالقاضي إنما يخلق القانون الواجب التطبيق في القضية المعروضة، ولكنه لا ينشئ قاعدة قانونية عامة ومجردة. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 27-28.

982- ولهذا ما زال التشريع في إنجلترا يعتبر حدثا استثنائيا، لا يلجأ إليه إلا بقصد تكملة أو تعديل القانون العام الذي تكون تكويننا قضائيا بحتا، وعليه فإن دراسة القضاء في هذه البلاد تقوم مقام دراسة النصوص التشريعية في البلاد ذات النظام اللاتيني، ولهذا يسمى القانون الإنجليزي بالقانون القضائي، وتقوم السابقة القضائية مقام القانون. انظر، عبد المعيم البدر اوي: مبادئ القانون، 246.

983- راجع، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 164.

984- انظر، محمد سعيد جعفرور: المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط14، 2007، ص 208-211.

985- راجع، رضا المرغني، عبد المجيد عبودة: التفسير القضائي في القانون المدني، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1983، ص 219-220. هناك ثلاثة مذاهب فقهية تجاه الاجتهاد القضائي كمصدر للقواعد القانونية، فهناك من يرى أن القضاء يمكن اعتباره مصدرا رسميا للقواعد القانونية، وأن دوره في خلقها لا يقل أهمية عن دور السلطة التشريعية، وهناك من يرى بأنه لا يمكن الاعتراف به كمصدر رسمي للقواعد القانونية، ولكنه يقوم بدور كبير في خلق هذه القواعد من الناحية الواقعية أو الفعلية، يرى جانب آخر من الفقه أن دوره لا يتعدى

القانون الفرنسي القديم في بعض الحالات، وكما هو عليه حاليا في القانون الإنجليزي الذي يعدّ السوابق القضائية⁽⁹⁸⁶⁾ التي تصدر عن القضاء من قرارات أو اجتهادات من المصادر الرسمية للقانون⁽⁹⁸⁷⁾.

فالتبيعة الملزمة لنظرية السوابق القضائية الإنجليزية ترجع للقواعد المتبعة عملا، وهي التي يطلق عليها "قواعد السابقة" والتي روعي في صياغتها ما يؤكد فعالية القاعدة الأساسية التي تقضي بأن القانون الإنجليزي يركز إلى حدّ بعيد على قانون القضايا، ويتكون قانون القضايا من قواعد وضعها القضاة في أحكام معينة، ويتعين عليهم في هذا النظام وضع تلك القواعد في اعتبارهم، وذلك عند فصلهم في قضايا لاحقة⁽⁹⁸⁸⁾.

أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس، كما هو الحال في القانون الفرنسي المعمول به اليوم⁽⁹⁸⁹⁾ وبعض القوانين العربية التي تأثرت به، ومنها الجزائر⁽⁹⁹⁰⁾، فيعد الاجتهاد القضائي فيها من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، ولا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة⁽⁹⁹¹⁾، كما عدّ رجال الثورة الفرنسية هذا الأمر من النتائج الحتمية لمبدأ الفصل بين السلطات، ولذا فالاجتهاد القضائي في هذه النظم ليست له

أن يكون مصدرا تفسيرا للقواعد القانونية وهذا هو الاتجاه الغالب. انظر، عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين الدستورية والقضائية-دراسة مقارنة- لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، 2000، ص 309.

986- يقوم مبدأ السابقة القضائية على أساس أنه إذا قضى الحكم في وقائع معينة على نحو معين فإنه يجب اتباع ما قضى به هذا الحكم في وقائع مماثلة في المستقبل. محمد عبد الخالق عمر، الفقه والقضاء في قانون المرافعات، مكتبة القاهرة الحديثة، (د.ط.د.ت)، ص 62.

987- الأصل في الدول الحديثة- فيما عدا بريطانيا وبعض الدول التي تتبع نظامها القضائي- أن القاضي حين يفصل في النزاع المعروف عليه يطبق القانون الذي تختص بإصداره سلطة أخرى هي السلطة التشريعية، وحتى في بريطانيا حيث الاجتهادات القضائية هي المصدر الأساسي للقانون، فإن هذه الاجتهادات هي عبارة عن أحكام صدرت في قضايا محددة عرضت على المحاكم، وكان قصد المحكمة من إصدارها هو الفصل في هذه القضايا، وليس وضع قانون عام يطبق على الكافة، وإنما تكتسب هذه الأحكام-خاصة إذا تكررت واستقرت- صفتها كقانون حين يلتمز القاضي بها في قضية أخرى مماثلة. انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة المدينة المنورة، ط 1، 1988، ص 201.

988- انظر، روبرت كروس: السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، ترجمة:د. محمد الشيخ عمر، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط2، (د.ت)، ص 15.

989- يختلف الأمر بالنسبة للنظام القضائي الفرنسي من وجهة النظر العملية، وهو أن القاضي في النظام الفرنسي لا يعتبر نفسه ملزما بصفة مطلقة بقرارات المحاكم التي صدرت في شأن أمر معين سابق. انظر، روبرت كروس: السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، ترجمة:د. محمد الشيخ عمر، ص 24.

990- انظر: نادية فوضيل: دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 78.

991- ومع ذلك فقد ذهب بعض الشراح إلى اعتبار القضاء مصدرا للقانون على أساس أن القضاء أوجد قواعد مستقرة أصبح لها من الاحترام ما للتشريع، ولذلك قالوا إن القضاء يصنع القانون عن طريق عرف قضائي أو قاعدة نظامية، وهم يستندون في ذلك إلى أنه في كثير من الأحوال لا يجد القاضي قاعدة في التشريع أو في المصادر الأخرى فيصنع بذلك قاعدة قانونية. انظر، عبد المنعم البدرابي: مبادئ القانون، ص 248.

أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها⁽⁹⁹²⁾. وهذا هو الاتجاه الغالب الذي يرى أن الدور الذي يقوم به الاجتهاد القضائي حاليا لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية.

وحجة هذا الرأي أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية في ظل نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة، ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا، وأنها وضعت وتكونت من قبل سلطات أخرى غير السلطة القضائية، وحتى في حالة عدم وجود قواعد قانونية وضعية يستطيع القاضي أن يطبقها على واقعة النزاع، واضطراره إلى ابتداع حلول لها، لا يمكن أن تتمتع هذه الحلول بالصفة القانونية، لأنها لا تتصف بصفة العموم والتجريد والإلزام، فتبقى هذه الحلول محدودة بالنزاع الذي صدرت بشأنه.

والواقع أن القاضي لا يخلق القانون للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها، كما أنه في تفسيره للنصوص الغامضة أو سدّه نقصا في القانون أو عند فصله في المسائل الجديدة إنما يوسع في مضمون القاعدة القانونية، فهو لا يستمد القانون من اجتهاده، بل يكشف عنه في ثنايا التشريع، وإن ما يخلق من قواعد جديدة لا يعتبر من قبيل القواعد القانونية في معناها الدقيق، لأن هذه الاجتهادات لا تتعدى الأحكام التي صدرت بشأنها⁽⁹⁹³⁾.

أما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في وضع المبادئ الفقهية وإثراء هذا التراث الفقهي حتى عدّ أحد مصادره، فإنه لا يمكن عدّ الاجتهاد مصدرا رسميا فيه، فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ، والاجتهادات القضائية لا تتمتع بصفة الإلزام إلا في القضايا التي صدرت فيها، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة⁽⁹⁹⁴⁾.

ومن هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون، إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يتكررها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا اطردت المحاكم على مقتضى مبادئ

992- انظر، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 167. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، ص 306-307.

993- انظر، عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، ص 319-320.

994- محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 164. ورزا المرغني، عبد المجيد عبودة: التفسير القضائي في القانون المدني، ص 219-220.

الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا، وما دام هذا الدور الاجتهادي منوطا بالحكمة العليا يستلزم ذلك معرفة وظيفتها في العملية الاجتهادية.

الفرع الرابع: وظيفة المحكمة العليا

حرصت كثيرا من الدول على أن توجد على رأس الجهات القضائية محكمة عليا تسهر على تفسير القانون وتطبيقه، وتعمل على توحيد هذا التطبيق وذلك التفسير بين المحاكم⁽⁹⁹⁵⁾.

والتوحيد الذي تؤدي إليه أحكام المحكمة العليا هو توحيد يتحقق من الناحية العملية أو الفعلية، فليس قضاء المحكمة العليا ملزما لأي محكمة أدنى إلزاما قانونيا⁽⁹⁹⁶⁾.

ولكن المحاكم تحرص على تحري اتجاهات المحكمة العليا في كل مسألة تعرض عليها واتباع ما قضت به، ذلك أنها تعلم أنها إذا خالفت قضاء المحكمة العليا، فإن الحكم الذي تصدره سيكون مصيره في النهاية إلى أن يعرض على محكمة النقض فتتقضه، وبهذا يتحقق نوع من التوحيد والاستقرار في تفسير القانون وتطبيقه بواسطة المحاكم⁽⁹⁹⁷⁾، وتقتصر وظيفة المحكمة العليا على رقابة القاضي في تطبيقه القانون، فلا يدخل في وظيفتها مراجعة قاضي الموضوع في تقديره للوقائع حسب ما استخلصه منها، فإذا نظرت المحكمة العليا في مسألة معينة وجب عليها أن تسلم بالوقائع كما ثبتت لدى قاضي الموضوع وكما حصله منها، وهي تقتصر على مراقبته في تطبيق القانون على هذه الوقائع، فإن طبقه تطبيقا سليما رفضت الطعن، وإن تبين لها أن القاضي قد أخطأ في هذا التطبيق نقضت الحكم وبينت وجه هذا الخطأ⁽⁹⁹⁸⁾.

وهنا تثور أمام المحكمة العليا مسألة من أدق المسائل وأهمها؛ وهي التمييز بين ما يعتبر من الوقائع وما يعتبر من القانون.

995- يعتمد الفقه الحديث الي تضييق الهوة بين نوعي التفسير: الفقهي و القضائي، لتحقيق الانسجام بينهما و ذلك بانتهاج أسلوب جديد في التفسير يعتمد علي دراسة أحكام القضاء بدلا من دراسة نصوص التشريع المجرّد .

996- يلاحظ أنه إذا نقضت المحكمة العليا حكما وأعادته إلى محكمة الموضوع وجب على هذه المحكمة التقيّد برأي المحكمة العليا. انظر، عبد المنعم البدر اوي: مبادئ القانون، ص250.

997- بالرغم من الدور الذي تلعبه المحكمة العليا في مراقبة الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى وفي توحيد القضاء ، فلا يمكن لها أن تلزم هذا المحاكم باتباع ما تذهب إليه وما تقره من حلول، إلا أن ما تأخذ هذه المحاكم عن المحكمة العليا إنما يرجع إلى قوة إلزامية أدبية لا قانونية، فقد يخشى قاض المحكمة الأدنى أن ينقض حكمه المخالف لما جاءت به المحكمة العليا، علما أن هذه المحكمة إن نقضت الحكم المخالف لرأي المحكمة العليا فهي لا تؤسس نقضها على مخالفة قضائها، بل على مخالفة النص التشريعي وخرق القانون. انظر، رضا المزغني: التفسير القضائي في القانون المدني، ص 222-223.

998- انظر، عبد المنعم البدر اوي: مبادئ القانون، ص251.

والمقصود بالقانون في هذا الخصوص: كل ما يعتبر قاعدة قانونية أيًا كان مصدرها سواء أكان هو التشريع، أم العرف، أم مبادئ الشريعة الإسلامية، أم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ فكل خروج من القاضي على حكم قاعدة قانونية أو خطأ في تفسيرها أو تأويلها يعرض حكمه للنقض. أما فهمه للوقائع المعروضة عليه وهي مرحلة سابقة على تطبيق القانون فهو أمر مستقل به القاضي دون رقيب عليه⁽⁹⁹⁹⁾. ذلك أن وظيفة المحكمة العليا هي وظيفة قانونية محضة، فهي محكمة قانون لا واقع أي أن دورها يقتصر على الفصل في قانونية الأحكام المطعون فيها أمامها دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبة هذه الأحكام، وبعبارة أخرى فإن المحكمة العليا تفصل في الحكم وليس في الخصومة⁽¹⁰⁰⁰⁾، وهي لا تفصل في موضوع الدعوى لأنها لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، فالقاعدة السائدة في الجزائر هي قاعدة التقاضي على درجتين. ولكن وظيفة المحكمة العليا في بعض الدول قد تتجاوز ذلك. ولا يقتصر دورها على مجرد مخاصمة الحكم النهائي المطعون فيه أمامها، بل تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع⁽¹⁰⁰¹⁾.

وعليه فإنه من حيث وظيفتها يمكن رد الأنظمة القضائية بشأن الوضع القانوني للمحكمة العليا إلى نظامين أساسيين:

النظام الأول⁽¹⁰⁰²⁾: مقتضاه لا تعتبر المحكمة العليا درجة ثالثة من درجات التقاضي⁽¹⁰⁰³⁾، وينحصر اختصاصها في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث في مسائل الواقع التي تعتبر من إطلاقات قاضي الموضوع، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام فرنسا ومصر والجزائر.

والنظام الثاني⁽¹⁰⁰⁴⁾: وفقا له تعتبر هذه المحكمة درجة أخيرة من درجات التقاضي، وهي تفصل في الواقع والقانون معا، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام إنجلترا⁽¹⁰⁰⁵⁾.

999- انظر، عبد المنعم البدرابي: مبادئ القانون، ص 251-252.

1000- انظر، بوبشير محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ص 225.

1001- رغم وجود محكمة عليا واحدة على قمة التنظيم القضائي العادي في أغلب بلدان العالم، إلا أن تسمية هذه المحكمة قد يختلف من دولة إلى أخرى، كما أن نطاق عملها وكيفية يختلف من بلد إلى آخر، ويصعب وجود محكمتي نقض متماثلتين في التنظيم العادي البحث مثل عدد المستشارين في المحكمة، فمن حيث التسمية تسمى في فرنسا ومصر وإيطاليا وبلجيكا محكمة النقض، وتسمى بالجزائر المحكمة العليا. انظر، أحمد محمد المليجي: تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، (بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الأول، ماي 1987)، ص 4-9.

1002- ذلك أن الاتجاه اللاتيني لا يعتبر القضاء مصدرا من مصادر القانون الرسمية، إذ تقتصر وظيفة القاضي على تطبيق القانون لا صنعه وخلفه، ولا يكون القاضي مقيدا بالقضاء السابق، ولذلك سميت هذه البلاد ببلاد القانون المكتوب لأن القانون يتكون في معظم أجزائه بواسطة التشريع. انظر، عبد المنعم البدرابي: مبادئ القانون، ص 246.

1003- انظر، بوبشير محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ص 225.

الفرع الخامس: دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية

تعد الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم والجهات القضائية بشكل عام ثروة حقوقية، إذ أنها تشكل الطابع العملي الحي للقانون، وهي التي تشكل مداه وأبعاده، فالقانون بمواده عبارة عن مادة خام جامدة، تصبح في حالتها النشطة عندما تتحول إلى أحكام قضائية؛ فالأحكام المؤيدة من قبل المحكمة العليا، والتي يستقر عليها قضاؤها هي تعبير عن توجه القضاء وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه. وتسمى الأحكام التي تستقر المحاكم العليا على الأخذ بها بالمبادئ القضائية.

وللمبادئ القضائية أهمية كبرى سواء بالنسبة للمحامين والمترافعين أمام المحاكم، أو حتى بالنسبة للقضاة أنفسهم خاصة قضاة الدرجة الأولى، وذلك أن القوانين والأنظمة واللوائح، وإن كانت هي المرجع في تقرير الحقوق وترتيبها، إلا أن تلك القوانين - مهما تم الاجتهاد عند إعدادها ووضعها ومحاولة أن تكون شاملة - إلا أنها قد يعترى بعض موادها إما الغموض والإبهام، أو أن تكون قاصرة في بعض الحالات، بحيث يصبح هناك فراغ قانوني، وفي هذه الحالة فإن القاضي والحامي يستأنس بالرجوع للمبادئ والأحكام القضائية السابقة لحالات مشابهة. والمبادئ القضائية تنشأ بسبب وجود مواد مبهمه أو حالات لم يتم تناولها عند سن القانون أو النظام، وفي هذه الحالة فإن القاضي يحاول أن يجد تفسيراً مناسباً للنص الغامض، أو أن يتدع حكماً جديداً للحالة غير المتناولة بالتنظيم، مستعيناً في ذلك بالعرف ومبادئ القانون الطبيعي، ومبادئ العدالة، والحالات المشابهة، محاولاً الوصول لحكم مرض. ومما يؤكد على أهمية المبادئ القضائية في العمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية، هو غياب القوانين المنظمة لأغلب الحقوق، في ظل عدم وجود تقنين شامل تمثله أحكام الفقه الإسلامي، حيث إن مجال الاجتهاد يبقى مفتوحاً أمام القاضي ليحكم بما يرحه من المذاهب الفقهية المختلفة. وكما هو معلوم فإن المذاهب والآراء والاجتهادات الفقهية كثيرة ومتنوعة ولا يمكن حصرها، بل هي متجددة ومجال الاجتهاد فيها مفتوح، والنصوص الشرعية من المرونة بحيث يمكن الاحتجاج بها لكثير من الأقوال والمذاهب، لذلك فإن المبادئ القضائية تصبح ضرورة في هذه الحالة، حتى يعرف المترافع أمام القضاء التوجه الذي يسير فيه القاضي، مما يمكنه من المطالبة بحقوقه في ضوء الأحكام السابقة. ومع أن السوابق والمبادئ القضائية غير ملزمة كما هو المعمول به في القضاء الفرنسي والذي تسير على خطاه معظم الدول العربية، خلافاً

1004- ذلك أن الاتجاه الأنجلوسكسوني وعلى رأسه النظام الإنجليزي يعتبر القضاء مصدراً من مصادر القانون يقيد القاضي، وتسمى بلاد القانون غير المكتوب، لأن معظم أجزاء القانون تتكون من السوابق القضائية. انظر، عبد المنعم البدراوي: مبادئ القانون، ص 246.

1005- انظر، أحمد محمد الميحي: تصدي محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى المدنية، ص 4-9.

للقضاء الانجليزي الذي يعتبر المبادئ القضائية قواعد ملزمة -مع أنها ليست ملزمة من الناحية النظرية- إلا أنها تعبر في الغالب الأعم عن توجه القضاء, وذلك بفضل وجود درجات للتقاضي, ذلك أن المحكمة العليا تقوم بنقض الأحكام التي لا تتوافق مع المبادئ التي قررتها, مما يجعل قاضي الدرجة الأولى يراعي ذلك في القضايا المعروضة أمامه, بحيث لا يخرج عن ما قرره المحاكم الأعلى منه درجة, حتى لا يعرض أحكامه للنقض, مما يضيف على المبادئ القضائية المستقرة صفة القواعد الملزمة, مع أن بإمكان دوائر النقض العدول عن اجتهادها السابقة, والمبادئ التي سبق وقررتها, بحيث تقرر مبادئ جديدة, ويتم ذلك وفق آلية يحددها المشرع.

ولا شك أن الصعوبات الأساسية التي تقف أمام الاعتراف بالاجتهاد القضائي كمصدر للقواعد القانونية تكمن في مبدأ الحجية النسبية للأمر المقضي, ويقصد به أن الحكم الصادر في قضية معينة تكون حجته مقتصرة على أطراف النزاع وحدهم, فلا تمتد لغيرهم, وتسري نسبية الحجية بالنسبة للواقع والقانون على حدّ سواء⁽¹⁰⁰⁶⁾. فلو عرضت في المستقبل قضية مماثلة أمام نفس المحكمة فلا يوجد أي التزام قانوني على المحكمة أن تطبق حكمها السابق على وقائع القضية الجديدة, كما لا يجوز للخصوم أطراف النزاع الجديد المطالبة بإعمال الحكم السابق في مواجهتهم, ويترتب على ذلك أنه طالما كان الحكم لا يتمتع بالحجية إلا بصدد النزاع الذي فصل فيه, فلا يمكن إذاً أن تنشأ قاعدة عامة من أحكام المحاكم.

1006- انظر، عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، ص 307.

المبحث الرابع: حجية الأحكام القضائية في القانون الوضعي

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على إعطاء الأحكام القضائية حجية معينة، إلا أنهما يختلفان في مداها وقوتها، وقد سبق بيان نظرة الشريعة الإسلامية لمفهوم الحجية التي تتمتع بها الأحكام متى صدرت صحيحة ومستوفية لشرائطها، وفيما يأتي بيان ذلك في القانون الوضعي من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: المقصود بحجية الحكم القضائي

عرّف جانب من الفقه القانوني حجية الحكم القضائي بأنها: فكرة قانونية مفادها أن الحكم القضائي حين يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة فإنه يجوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد⁽¹⁰⁰⁷⁾.

و حجية الحكم القضائي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مؤداها أن الحكم إذا صدر صحيحاً من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به⁽¹⁰⁰⁸⁾.

و يفرق بين وصف الحكم بأنه يجوز حجية الأمر المقضي و وصفه بأنه يجوز قوة الشيء المقضي به، فيكون معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم بالنسبة إلى ذات الحق محلاً و سبباً، و تبقى هذه الحجية قائمة مادام الحكم قائماً، إلا إذا طعن فيه بطرق الطعن العادية كالاستئناف أو قفّت هذه الحجية، فإذا ألغى هذا الحكم في الاستئناف بقيت له الحجية بل يوصف بوصف زائد و هو قوة الأمر المقضي به، فكل أمر يجوز قوة الأمر المقضي به تكون له الحجية و ليس العكس⁽¹⁰⁰⁹⁾.

إضافة إلى هذا، لا بد من تمييز الحجية القضائية عن استنفاد سلطة القاضي بشأن المسألة التي فصل فيها. فتشترك فكرة الحجية القضائية مع فكرة استنفاد سلطة القاضي بشأن المسألة التي فصل فيها في اعتبارهما من الخصائص المميزة للعمل القضائي بالمعنى الفني الدقيق، إلا أنهما يختلفان من حيث دور

1007- انظر، فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 160-161. وتهدف في الواقع إلى ضمان استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي أكدتها أحكام القضاء، وتحقيق اعتبارين عمليين، أولهما: وضع حد نهائي للتراع حتى لا يتكرر إلى ما لا نهاية أمام القضاء، وثانيهما: تفادي صدور أحكام متعارضة. انظر، إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ص 288/2.

1008- انظر، أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 694 وما بعدها.

1009- انظر، عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، ص 173-174. وأحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 780. وعبد الحميد الشواربي: حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 12. ويبدو الفرق بينهما في أن الحجية القضائية تكون بالنسبة للمستقبل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم القضائي، أما قوة الأمر المقضي فيكمن دورها داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم القضائي. انظر، محمود السيد عمر التحيوي: نظام القضاء المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 51.

ومجال كل منهما. فالحجية القضائية تعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم القضائي، أي بعد انتهائها وتكفل للحكم القضائي الصادر فاعلية خارج الخصومة القضائية التي صدر فيها بتقييد الخصوم بالحكم القضائي الصادر مما يحول دون إعادة طرح النزاع الذي صدر فيه من جديد.

أما فكرة استنفاد سلطة القاضي بشأن المسألة التي فصل فيها فإنها تحقق ضمان السير المنتظم للإجراءات القضائية عن طريق إزالة ما يعترض سير الخصومة القضائية من عقبات ومسائل يثيرها الخصوم أو الغير تمهيدا للفصل في موضوع الدعوى القضائية، ووضع حدا للمناقشات عن طريق عدم السماح بإثارة المسائل التي سبق إثارتها من قبل وأبدى القاضي رأيه بشأنها⁽¹⁰¹⁰⁾.

المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث الحجية المترتبة عليها

ولمعرفة مدى تمتع الأحكام القضائية بالحجية⁽¹⁰¹¹⁾ لا بد من معرفة أقسام الحكم القضائي وشروطه، فتنقسم الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عليها إلى ما يلي:

أولاً: أحكام قطعية

وهي الأحكام التي تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه سواء تعلقت المسألة بالقانون أو بالوقائع، وتستنفذ المحكمة ولايتها بإصدار الحكم القطعي بخصوص ما فصل فيه كالحكم بإجابة طلبات المدعي أو برفضها والحكم بثبوت خطأ المدعى عليه ومسؤوليته عن تعويض الضرر الذي ترتب على عمله غير المشروع⁽¹⁰¹²⁾.

ومنه فإن الحكم القضائي القطعي هو وحده الذي يجوز حجية الشيء المحكوم فيه، ولا يسقط بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم، فهو لا يسقط إلا بمضي المدة الطويلة⁽¹⁰¹³⁾.

ثانياً: أحكام غير قطعية

وهي الأحكام التي لا تحسم موضوع النزاع لا كله ولا جزء منه، ولا تحسم مسألة متفرعة عنه، وتنقسم إلى أحكام وقتية وأخرى متعلقة بسير الدعوى وتحقيقها، والحكم الوقتي هو الذي يصدر في

1010- محمود السيد عمر التحيوي: نظام القضاء المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 51-52.

1011- يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في ضرورة تمتع الأحكام القضائية بالحجية - وإن اختلفت في مداها - ولا شك أن في ذلك إضفاء حماية معنوية للقاضي مما يكفل له المهابة بين الناس وحمايته من الكافة، طالما كانت الأحكام التي يصدرها لها حجيتها. انظر، عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، ص 182.

1012- انظر، عبد الحميد الشواربي: حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 37.

1013- انظر، إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، 200/2 وما بعدها.

طلب وقتي والغرض منه اتخاذ إجراء تحفظي مثل الأحكام المستعجلة، أما الأحكام المتعلقة بسير الدعوى وتحقيقها فهي أحكام لا تفصل في النزاع مثل الحكم بضم دعويين أو الفصل فيهما⁽¹⁰¹⁴⁾.

ومنه تبقى حجية الحكم القضائي غير القطعي مؤقتة كالأحكام الوقتية فإذا تغيرت الظروف التي صدرت فيها هذه الأحكام زالت حجيتها الموقوتة وجاز العدول عنها، كما أن الحكم غير القطعي يسقط بسقوط الخصومة أو بانقضائها سواء كان حكماً وقتياً أم تمهيدياً أو تحضيرياً⁽¹⁰¹⁵⁾.

ثالثاً: الأحكام الفاصلة في الموضوع

يقصد بها الأحكام التي تفصل في الطلبات والدفع الموضوعية مثل الأحكام التي تقرر مركزاً موضوعياً أو تلزم المحكوم عليه بأداء المطلوب في الدعوى. ولكونها قضاء موضوعياً فهي تتمتع بحجية الأمر المقضي به⁽¹⁰¹⁶⁾. وهو ما نصت عليه المادة 269: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع أو في أي دفع شكلي أو دفع بعدم القبول أو في طلب أي عارض، ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه"⁽¹⁰¹⁷⁾.

رابعاً: الأحكام الإجرائية

يقصد بها الأحكام التي تفصل في مسائل المرافعات التي تسير أثناء سير الخصومة مثل الحكم الصادر في مسألة الاختصاص أو بطلان الإجراءات وسائر الأحكام المنظمة لسير الخصومة، وتنقسم الأحكام إلى أحكام قطعية مثل الأحكام الإجرائية المنهية للخصومة كالحكم ببطلان الإجراءات أو الحكم بسقوط الخصومة، وإلى أحكام غير قطعية مثل الأحكام التمهيديّة كالحكم بنذب خبير في الدعوى وهذه الأخيرة لا تتمتع بالحجية المطلقة⁽¹⁰¹⁸⁾. وهو ما نصت عليه المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية: "الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت لا يجوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه"⁽¹⁰¹⁹⁾.

المطلب الثالث: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن

كما تنقسم الأحكام من حيث قابليتها للطعن إلى:

-
- 1014- انظر، أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 536.
1015- انظر، محمد محمود إبراهيم: الوجيز في المرافعات مركزاً على قضاء النقص لسنة 1981، دار الفكر العربي، مصر، (دط، دت)، ص 833. وأحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 722-723.
1016- انظر، عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، ص 176.
1017- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23/4/2008، ص 25.
1018- انظر، إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ص 193/2.
1019- الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23/4/2008، ص 25.

أ- أحكام ابتدائية: وهي الأحكام التي تصدر من محكمة الدرجة الأولى، وتقبل الطعن فيها بالاستئناف.

ب- أحكام انتهائية: وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، ويشمل ذلك الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها الانتهائي، وكذلك الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى وكانت تقبل الطعن فيها بالاستئناف، ولكن فات ميعاد الطعن، وكذلك يعتبر حكماً انتهائياً الحكم الصادر من محاكم الدرجة الثانية، وذلك لأن هذا الحكم غير قابل للاستئناف، ولا يخل بوصف الحكم أنه انتهائياً أن يكون قابلاً للطعن فيه بالمعارضة⁽¹⁰²⁰⁾، فالحكم يعتبر نهائياً طالما أنه لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ولو كان قابلاً للطعن فيه بالمعارضة⁽¹⁰²¹⁾.

ج- أحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم في: وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية وهي المعارضة والاستئناف، ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، وهي التماس إعادة النظر والنقض بل ولو طعن فيها بالفعل أحد هذين الطريقتين⁽¹⁰²²⁾.

د- أحكام باتة: وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية وهو أقوى أنواع الأحكام⁽¹⁰²³⁾.

وتظهر أهمية تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن في معرفة مدى صلاحية الحكم للتنفيذ الجبري، فالأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى به والأحكام الباتة هي التي يجوز تنفيذها جبرياً وفقاً للقاعدة العامة في تنفيذ الأحكام في القانون الوضعي⁽¹⁰²⁴⁾.

كما يشترط القانون الوضعي شروطاً يجب توافرها في الحق المدعى به حتى يجوز الحكم الصادر به الحجية، ومن هذه الشروط اتحاد الخصوم و المقصود به هو اتحاد الخصوم بصفاتهم وليس بأشخاصهم فالحكم الذي يصدر في دعوى يرفعها الوكيل يجوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للأصيل⁽¹⁰²⁵⁾.

1020- المعارضة: هي طريق طعن عادي في حكم غيبي يرفع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، لا إلى محكمة أعلى، فهي بذلك لا تعد درجة ثانية من درجات التقاضي. انظر، أحمد مسلم: أصول المرافعات، ص 293.

1021- إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، 206/2.

1022- أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 224.

1023- انظر، أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 224.

1024- انظر، إبراهيم نجيب: القانون القضائي الخاص، 207/2. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 528.

1025- مما هو جدير بالذكر أن الحكم لا يكون حججة على الخصوم وحدهم، بل هو حججة أيضاً على خلف الخصوم الخاص بشرط أن يكون الحكم متعلقاً بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص وأن يكون الحكم سابقاً على انتقال العين إلى الخلف الخاص، وكذلك الخلف العام كالورثة. انظر، أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 247.

أما وحدة الموضوع أو المحل فهو أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات الموضوع الذي فصل فيه الحكم السابق، فالحكم عن بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد عن نفس الفعل الضار. إذ العبرة في حجية الشيء المقضى به هو توافر وحدة الموضوع بأن يكون أساس الدعويين واحد فلا يؤثر في وحدة الموضوع اختلاف الطلبات في الدعويين.

وأما وحدة السبب فهو أن يتحد السبب في الدعوى الجديدة مع الحكم السابق صدوره في الدعوى اللاحقة حتى يكون للحكم حجية الأمر المقضى به⁽¹⁰²⁶⁾.

وأما الشروط الواجب توافرها في الحكم نفسه حتى يتمتع بالحجية فهي:

1- أن يكون الحكم قضائياً أي صادراً من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية لا بموجب سلطتها الولائية مثل تصديق المحكمة على القسمة في حال غياب أحد الشركاء أو كان بينهم من لم تتوفر فيه الأهلية.

2- أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة اختصاصاً يجعل لها ولاية في إصداره، فالحكم الذي يصدر من محكمة مدنية في مسألة يختص بها القضاء الجنائي لا يتمتع بالحجية.

3- أن يكون الحكم قطعياً أي فاصلاً في الموضوع بالبتّ فيه، ولو كان حكماً ابتدائياً، فإذا لم يبت الحكم في الخصومة على وجه حاسم لم يحز حجية الأمر المقضى كالحكم بغرامة تهديدية⁽¹⁰²⁷⁾.

ومن هنا يمكن القول أن الأحكام القضائية في القانون الوضعي تتمتع بالحجية لتحقيق استقرار الأحكام وردّ المظالم وحماية الحقوق وطمأنة الناس وثقتهم بالقضاء، وهذا الوجه يتفق مع الفقه الإسلامي⁽¹⁰²⁸⁾، ولكنها -أي الحجية- تختلف في مداها⁽¹⁰²⁹⁾، فالحكم بمجرد صدوره يتمتع بحجية الأمر المقضى به، فإذا لم يطعن أحد من الخصوم على هذا الحكم بالاستئناف أو فوات مواعيد الطعن أو استنفذت طرق الطعن في هذا الحكم فإنه يتمتع بالحجية المطلقة التي لا يمكن المساس بها⁽¹⁰³⁰⁾.

1026- انظر، عادل محمد جبر أحمد الشريف: حماية القاضي وضمانات نزاهته، ص 179-180.

1027- انظر، محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، ص 838.

1028- هناك مجالات تظهر فيها حجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي، ولا وجود لها في النظم الوضعية مثل ظهور أثر هذه الحجية على اعتقادات أطراف الدعوى، ويتمثل أثرها في تحليل وتحريم ما يقرره الحكم، وذلك بسبب اختلاف طبيعة التشريع الإسلامي عن التشريعات الوضعية من حيث وجود الجانب الدياني في الأول، وعدم وجوده في الأخرى. انظر، محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي، ص 99.

1029- الحجية في الفقه الإسلامي ملازمة لكل حكم قضائي صدر عن قاض مختص وفق الأصول الشرعية، ولا تتفاوت بين مرحلة وأخرى كما هو الحال في القوانين الوضعية. انظر، محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي، ص 97.

1030- هذه الفكرة تختلف أيضاً عما ذهب إليه الفقهاء المسلمون إذ كلهم مجمعون على أن الحكم القضائي إذا وقع فيه الخطأ والجور وقامت على ذلك أدلة مقبولة شرعاً وجب نقضه وإبطاله. انظر، محمد نعيم ياسين: حجية الحكم القضائي، ص 21.

المبحث الخامس: اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين

يشترط فيمن يوَلَّى القضاء في الفقه الإسلامي أن تكون له أهلية الاجتهاد فيما قد يعترضه من قضايا ومسائل لا يجد لها حكما في الكتاب والسنة والإجماع، فيعتمد إلى استنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة -محل النزاع- عن طريق القياس المعبر وأوجه الاستدلال المختلفة، ولا يتأتى ذلك لمجموع القضاة الشرعيين خصوصا في عصرنا هذا الذي يتعين فيه الاقتصار على اشتراط كون من يريد منصب القضاء أن يكون عالما بالأحكام الشرعية من الفقه وأصوله والتفسير وعلوم الحديث وما إلى ذلك. حتى يتمكن من انتقاء الحكم الراجح المناسب للمسألة.

وهذا ينطبق على القاضي الشرعي -في مجال الأحوال الشخصية- في العصر الحديث. وبالنظر إلى عدم تخصيص قضاة شرعيين في مجال الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، فإن مفهوم الاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة يختلف عن مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي بوجه عام، وسيتضح ذلك من خلال ما يأتي بيانه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مدى حرية القاضي في الاجتهاد في القانون الوضعي

إذا كان القاضي في صدر الإسلام ولعدة قرون متتالية كان مجتهدا حقا، وقام الاجتهاد القضائي بدور رئيسي في تكوين الفقه الإسلامي، فإنه لا يمكن القول الآن بعدم جواز تقنين الفقه الإسلامي لأسباب منها الحجر على اجتهاد القاضي⁽¹⁰³¹⁾، وذلك لأن القاضي الآن لا يملك في الجملة وسائل الاجتهاد⁽¹⁰³²⁾، ومن أهمها الوقت الكافي للبحث والاستقصاء مع كثرة عدد القضايا التي يجب عليه الفصل فيها⁽¹⁰³³⁾، وعليه فإن القاضي مقيد في التفسير بلفظ النص وبإرادة المشرع، ثم بالرجوع إلى المصادر الاحتياطية.

1031- لذلك ينبغي والحال هذه إعداد القضاة، والعناية بهم، وتأهيلهم علميا، وتدريبهم عمليا على أعمال القضاء، ولو بدورات دراسية وتدريبية لمن يحتاج لذلك من على رأس العمل. مع حسن اختيار القضاة بمراعاة ما تحلوا به من قوة في العلم، ورجاحة في العقل، مع حلم وأناة، وبعد نظر، وصدق وأمانة، وابتعاد عن مظان الريبة... إلى غير ذلك من الصفات التي ينبغي أن تتوفر في القاضي، ثم لابد من تأليف لجنة من العلماء؛ لبحث المسائل القضائية الهامة التي ربما يشتهب الحكم فيها على بعض القضاة، فتبين بالأدلة وجه الحكم فيها، وتوضح تطبيقها بأمنلة، خاصة القضايا التي حدثت في عصرنا، وليس هذا لإلزام القضاة بما انتهى إليه البحث، بل ليكون عوناً لهم في القيام بمهمتهم، ونموذجاً لهم في دراسة القضايا وحل مشكلتها، والدقة في تطبيق الأحكام فيها، فبذلك تضيق شقة الخلاف، وتحقق المصلحة المرجوة.

1032- إذا كان هذا ينطبق على الاجتهاد الفردي للقاضي، فإنه لا يعني غلق باب الاجتهاد القضائي بالنسبة للمحكمة العليا عند وجود فراغ تشريعي، أو عند الفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح، ويستقر القضاء على اتباعها.

1033- كان القاضي هو الفقيه منذ صدر الإسلام إلى أواخر الخلافة العثمانية، وكان لا يعين إلا بعد أن يثبت أنه قد أصبح فقيها بل مجتهدا في بعض الأحيان، وخير مثال للقاضي الفقيه المجتهد هو أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، ولذلك كانت أحكام القضاة وقدراتهم تضع بل تقرر مبادئ شرعية للتطبيق، كما يحدث الآن بالنسبة لأحكام المحاكم. ولذا يجب أن يعد القضاة إعدادا خاصا من حيث الدراسة القانونية والثقافة

والمصلحة تقتضي والحال هذه أن يكون أمام القاضي قانون مكتوب يسهل تطبيقه على القضايا المعروضة عليه، كما أن القضاة في جميع البلاد الإسلامية قد تعودوا على تطبيق نصوص قانونية واضحة وسهلة الفهم. وبالتالي فمن البديهي أن عملية التفسير والاجتهاد لا تتم إلا إذا كانت القاعدة المراد تفسيرها موضوعة وموجودة عند عرض الحالة على القاضي حتى يتمكن من استنباط الحكم الملائم منها، إلا أنه قد يحدث أن تعرض على القاضي حالة لم ينص المشرع على حكم لها، فما مدى حرية القاضي في الاجتهاد القضائي هنا؟.

كما أنه من المعروف أن القاضي يقوم في اجتهاده بتفسير النص القانوني بإزالة الغموض الذي قد يشوبه، وذلك بالرجوع إلى النص في حد ذاته، أي إلى ألفاظه وعباراته وتراكيبه، وكذلك مراد الشرع من وضعه، ومن هنا تبرز مكانة وأهمية اللفظ من جهة، وإرادة المشرع من جهة أخرى في تفسير القاضي للقوانين الوضعية.

الفرع الأول: تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع

أولى العديد من الفقهاء أهمية قصوى للنص وإرادة المشرع، واعتبروها الأساس الذي يرتكز عليه التفسير⁽¹⁰³⁴⁾، ويعرف هؤلاء الفقهاء باسم "الشراح على المتون"⁽¹⁰³⁵⁾، وقد كان لمدرستهم تأثير بالغ على القوانين الوضعية في العديد من النظم التي اعتمدت تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع عند قيامه بتفسير النصوص التشريعية وتطبيقها⁽¹⁰³⁶⁾.

وعليه فإذا كان النص غامضاً وغير واضح فإنه يتأكد على القاضي تفسيره والرجوع إلى اللفظ في مفهومه وتركيبه اللغوي والنحوي، كما يتعين عليه في حالة الالتباس الرجوع إلى إرادة المشرع حتى

العامه، وأن يدقق في اختيار من يلي منصب القضاء. انظر، محمد عبد الجواد محمد: تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، نشر معهد الدراسات الإضافية، جامعة الخرطوم، 1966، ص 30-31.

1034- يقصد به هو التفسير الفقهي الذي يباشره الشراح في مؤلفاتهم التي يتناولون فيها نصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها وما تشتمله من أحكام .

1035- ظهرت مدرسة الشرح على المتون في القرن التاسع عشر بفرنسا، ومن أسسها أن تقوم على نظرية كمال التشريع وتقديسه من حيث لفظه وإرادته واضعه، بحيث ترى أن المشرع لا يمكن أن يترك حالة دون حل نصي. على أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى خلاف هذا الرأي ووجهت لها انتقادات عديدة. انظر: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية-النظرية العامة وتطبيقها في الفقهين الوضعي والإسلامي-دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 34 وما بعدها. كما ظهرت المدرسة التاريخية التي تقوم على أساس أن المصدر الوحيد للقاعدة القانونية يكمن في ضمير الشعب وهو ثمرة للتطور التاريخي للأمم، فلا يتقيد القاضي في تفسير القاعدة القانونية بالبحث عن إرادة المشرع وقت وضع النص، بل يجب أن يأتي التفسير ملائماً للظروف الاجتماعية والاقتصادية وقت تفسير النص وتطبيقه، كما برزت مدرسة البحث العلمي الحر التي ترى منح القاضي حرية البحث العلمي في حالة عدم وجود قاعدة يطبقها على النزاع المعروض عليه. انظر، رضا المزغني وعبد المجيد عبودة: التفسير القضائي للقانون المدني، ص 200-204.

1036- انظر: محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ص 47 وما بعدها.

يهتدي إلى معنى النص الصحيح. فيلزم القاضي بالرجوع إلى اللفظ كأول وسيلة للتفسير، إذ يتعين عليه أن يجلل ألفاظ النص ومنطوق العبارة مستندا في ذلك إلى المعاني اللغوية للكلمات وما جرى عليه عرف الاستعمال، وعند تمكنه من التوصل إلى تفسير النص عن طريق تفسير اللفظ يقيد القاضي بالرجوع إلى إرادة المشرع.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى عدم تقييد القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص ولا بإرادة المشرع⁽¹⁰³⁷⁾، بل ترك له بعض المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي، فالقاضي الجزائري يفسر النص في لفظه وفحواه، فيتوقف عند اللفظ وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناوّلها نصوصه في لفظها أو في فحواها"⁽¹⁰³⁸⁾.

وعند انعدام النص وسكوت المشرع بحيث لا يمكن للقاضي أن يتقيد بلفظ أو عبارة، فإن عليه الرجوع إلى مصادر خارجة عن النص وهي المصادر الاحتياطية.

الفرع الثاني: تقييد القاضي بالمصادر الاحتياطية

تنص المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽¹⁰³⁹⁾.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص على القيود التي يجب على القاضي الالتزام بها في حالة عدم وجد نص، وذلك بذكر المصادر التي يتحتم على القاضي الرجوع إليها بحسب ترتيبها، فلا يمكن للقاضي أن يرجع إلى مصدر من المصادر المنصوص عليها إلا بعد التحقق من أنه لم يجد الحكم في المصدر السابق.

وعليه فالقاضي في التشريع الجزائري يتقيد في حالة انعدام النص التشريعي بمبادئ الشريعة الإسلامية أولا وبالعرف ثانيا وبمبادئ القانون الطبيعي ثالثا وبقواعد العدالة رابعا.

1037- يلاحظ أن المشرع الجزائري قد تأثر في مجال التفسير القضائي بكل مدارس التفسير، فأخذ بمدرسة الشرح على المتون فيما تنادي به من تفسير النصوص بمنطوقها وفحواها، كما سلم بما سلمت به مدرسة البحث العلمي الحر من تعدد مصادر القانون وإعطاء القاضي بعض الحرية للتوصل إلى حل النزاع المعروض عليه، كما تأثر بالمدرسة التاريخية ولو بصورة غير مباشرة ومسائره الظروف الاجتماعية والاقتصادية. انظر، رضا المرغني: التفسير القضائي في القانون المدني، ص 213.

1038- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 31/2007.

1039- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 31/2007.

وقد قصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعدها العامة مثل مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها، لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل يجعل منها مصدرا أساسيا لا مصدرا احتياطيا.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن الأمر مختلف في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، ومصدرا أساسيا بالنسبة لقانون الأسرة الذي ينص في المادة 222 على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁰⁴⁰⁾. فقد اكتفى المشرع الجزائري في القانون المدني بمجرد مبادئ الشريعة التي تمثل قواعدها وكلياتها العامة، بخلاف أحكام الشريعة التي تمثل جزئياتها وكلياتها، وهذا ما نص عليها قانون الأسرة في المادة 222⁽¹⁰⁴¹⁾.

الفرع الثالث: مدى حرية القاضي في تفسير الوقائع وتقديرها

ينحصر دور القضاء في حل أي مشكلة على مستوى الوقائع والقانون⁽¹⁰⁴²⁾، فعلى القاضي أن يبحث ويتحقق من وجود الوقائع، ثم يبحث بعد ذلك عن القاعدة القانونية الملائمة، وهذا يتطلب تسلسلا منطقيًا وتداخلًا في كل فترات العمل الفكري من ملاحظة وبرهان وتعليل وتقدير. وإذا كان يفترض في القاضي أن يكون ملتمًا بالقوانين التي يطبقها، إلا أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتقدم في العلوم في مختلف المجالات، جعل من الصعب على القاضي أن يكون ملتمًا بكل ميادين المعرفة، لذلك فهو يحاول أولاً أن يقدر الوقائع ويفسرها بنفسه، مما أدى إلى تطور دور القاضي الأصل في تقدير الوقائع مع التوسع في الحرية التي يحظى بها في هذا المجال بناء على تقدير المصلحة أو الضرورة في تحديد الحل الملائم للتزاع المعروض عليه، وفقا لما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة

1040- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 29 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. الجريدة الرسمية، رقم 15، المؤرخة في 27/2/2005.

1041- والواقع أن قاضي الأحوال الشخصية في النظام القضائي في الجزائر، وطبقا لمؤهلاته العلمية وبمحكم تخصصه في القانون أساسا لا يملك أهلية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستقاء الأحكام منها عند عدم وجود النص القانوني، وذلك راجع إلى ضعف تكوينه العلمي وتخصصه في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم قضايا الأسرة. كما أن نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري جاءت مطلقة، فلم تحدد مذهبا معينًا، ولا كيفية محددة، ولا لمن تعود الأهلية في ذلك، هل للمشرع نفسه، أم إلى اجتهاد المحكمة العليا، أم إلى اجتهاد القاضي، والأمر لا يستقيم في كل ذلك، فكان على المشرع أن يستوعب جميع القضايا الأساسية والفرعية المتعلقة بنظام الأسرة حتى لا يترك مجالًا للفراغ التشريعي. لذلك كان من الضروري إعداد قضاة متخصصين في الشريعة والقانون مؤهلين للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية.

1042- جاءت تشريعات عديدة بالترقية بين الوقائع والقانون، وذلك فيما يتعلق بموضوع اختصاص المحاكم، فالوقائع هي من اختصاص المحاكم، ولا تتدخل المحكمة العليا في الوقائع، وإنما تنحصر رقابتها في النظر في تطبيق القانون، ويبقى للقاضي حرية تقدير الوقائع وتفسيرها. انظر، رضا المرغني: التفسير القضائي في القانون المدني، ص 226.

110 على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽¹⁰⁴³⁾.

لذا رأت أغلب القوانين الوضعية أنه يتعين عليها أن تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة وكبيرة وحرية كفيلة بتحقيق القاضي في النزاع المدني، وهو قاضي الوقائع⁽¹⁰⁴⁴⁾، وله أن يتخذ كل التدابير والإجراءات اللازمة في التحقيق القضائي⁽¹⁰⁴⁵⁾ وفق ما تنص عليه المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁰⁴⁶⁾. كالأستعانة بالخبراء وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية في المادة 126 على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، والمادة 125 من نفس القانون: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة عادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"⁽¹⁰⁴⁷⁾.

فلا يقبل العقل بعد ذلك أن تلغى هذه القوانين الوضعية ذات الأصل الأجنبي، ويكلف القضاة بالفصل في الدعاوى طبقا للأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي ومن هذا المذهب أو ذاك وصعوبة البحث في كتب الفقه القديمة لا تخفى على أحد⁽¹⁰⁴⁸⁾.

ولكل بلد إسلامي أن يقنن في إطار المذهب السائد فيه، حيث ائتمنه أهله وأنسوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي، وله أيضا أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من مختلف المذاهب المعتمدة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر. فالمهم إنما هو توحيد الحكم القضائي من بين الآراء الفقهية المتعددة بصورة إلزامية للقضاة والمتقاضين في الدولة الواحدة، وتحقيق علنيته بأحسن الوسائل وأوثقها كما توجبه أصول التشريع، وذلك للقضاء على فوضى القضاء⁽¹⁰⁴⁹⁾.

1043- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني.

1044- يعد من مظاهر حرية قاضي الأصل عدم تدخل المحكمة العليا وعدم مراقبتها فيما يتعلق بالوقائع، إلا أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بتكييف هذه الوقائع، وتحديد القاعدة القانونية المطبقة عليها، لأن القاعدة القانونية عامة ومجردة، أما الوقائع فهي خاصة بالحالة المعروضة على القاضي لفصل النزاع فيها. انظر، رضا المرغني وعبد المجيد عبودة: التفسير القضائي في القانون المدني، ص 229-232.

1045- غير أنه لا ينبغي أن تؤدي حرية القاضي في اتخاذ هذه الإجراءات إلى المساس بالمبدأ الأساسي في التقاضي الذي يتمثل في الحياد والتزاهة والمساواة وعدم القضاء بعلمه. وقد سبق الإشارة إلى ذلك في مبحث المبادئ الأساسية للقضاء.

1046- حيث نصت على أنه: "يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا". الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23/4/2008، ص 6.

1047- الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 23/4/2008، ص 13.

1048- محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 165.

1049- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/316.

المطلب الثاني: التقنين في مجال الأحوال الشخصية

المسألة الأساسية التي تثار بصدد التقنين هي موقع القاضي بين حرية الاجتهاد والالتزام بالتقنين، وعليه لا بد من معرفة معنى التقنين وضرورته في مجال القضاء الأسري.

الفرع الأول: المراد بالتقنين لغة واصطلاحاً⁽¹⁰⁵⁰⁾

أولاً: في اللغة

التقنين: مصدر قنن، وهي كلمة مولدة؛ تعني وضع القوانين. قال ابن منظور: "وقانون كل شيء طريقه ومقياسه"⁽¹⁰⁵¹⁾، ويصطلح استخدامها على الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته التي تعرف أحكامه منه، كما يطلق بمعنى الأصل⁽¹⁰⁵²⁾.

ثانياً: في الاصطلاح الفقهي العام

يعني صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس، بعبارة أمرية يميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً، بعيداً عن التكرار والاضطراب"⁽¹⁰⁵³⁾.

وعلى هذا فالتقنين هو⁽¹⁰⁵⁴⁾: "جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها، والمجموعة تظهر في شكل مواد، وتشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المتصلة بفرع من فروع القانون"⁽¹⁰⁵⁵⁾.

ويكون التقنين بأحد السبيلين:

أولهما: التزام مذهب واحد، وإذا تعددت الآراء فيه فيلتزم رأي إمامه، أو أرجح الأقوال فيه أو المفتى به.

ثانيهما: الأخذ عن مذهب بما يصح منه، إذ الصحيح ليس محصوراً في مذهب معين.

1050- للراغب في الاطلاع على موضوع التقنين سيجد شيئاً من بغيته عند الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد الذي عرض للمسألة تحت عنوان "التقنين والإلزام" ضمن بحثه في فقه النوازل، والشيخ عبد الرحمن بن سعد الشثري الذي جمع رسالة تحت عنوان "تقنين الشريعة بين التحليل والتحرير"، والدكتور عبد الرحمن بن أحمد الذي استقرأ أقوال العلماء في بحثه المعنون بـ "تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمايزين"، حيث ذكر أن جمهور الفقهاء المعاصرين يميزون التقنين ومنهم بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية.

1051- ابن منظور: لسان العرب، 13/349.

1052- المعجم الوسيط: ص 763.

1053- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/313.

1054- يمكن تسميته بالاجتهاد الشكلي. ولعل اتخاذ الأحكام الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية الصياغة القانونية يفقدها الأثر الذي تحدته النصوص الشرعية في نفوس المتحاكمين والحاكمين، وهو سبب قوي للخروج عن الضوابط الشرعية في تفسير النصوص وعدم التحرج من مخالفتها.

1055- محمد علي إمام: محاضرات في نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط)، 1953، ص 234.

والسبيل الأوسط في التقنين هو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيه أصلاً، والخروج عليه إلى غيره استثناء عندما تدعو المصلحة إلى ذلك، فيكون الأصل معروفاً والاستثناء بيّناً بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه⁽¹⁰⁵⁶⁾.

ففي الجزائر مثلاً؛ يؤخذ بالمذهب المالكي أساساً مع الخروج عليه، والانتقال إلى مذهب آخر إذا دعت المصلحة، كما في مسألة عدم تأكيد اشتراط الولي مثلاً في عقد الزواج، فقد تدعو المصلحة⁽¹⁰⁵⁷⁾ إلى الأخذ فيها بالمذهب الحنفي أو غيره من الآراء الفقهية⁽¹⁰⁵⁸⁾.

ثالثاً: في الاصطلاح القانوني

يعني جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض أو غموض في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التشريعية بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون. فهو يقوم على:

أولاً: تقسيم القانون بمعناه العام إلى فروع مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية.

ثانياً: جمع القواعد القانونية الخاصة بكل فرع وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها، برفع ما قد يتبين من تناقض بين بعضها البعض، وإزالة ما قد يكون فيها من غموض وصياغتها في عبارات موجزة.

ثالثاً: إصدارها في شكل قانون من السلطة التشريعية في الدولة لتطبيقها المحاكم، ويلزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات.

فالتقنين أو المدونة القانونية تشريع كغيره من التشريعات، ولا يختلف عنها إلا في ضخامته وخطورة شأنه التي تعود إلى أنه ينظم بوجه عام فرعاً من فروع العلاقات القانونية وما يقتضيه هذا التنظيم الشامل لهذا الفرع من تجميع القواعد القانونية الخاصة به وتبويبها وترتيبها ورفع التناقض بينها وإزالة الغموض⁽¹⁰⁵⁹⁾.

1056- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986، ص 80.

1057- إلا أنّ المصلحة الحقيقية تدعو إلى التمسك برأي الجمهور - ومنهم المالكية - وعدم العدول عنه في اشتراط الولي.

1058- سيأتي تفصيل ذلك في الباب التطبيقي.

1059- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 21-22.

الفرع الثاني: محاسن ومساوئ التقنين

يرى جمهور الفقهاء المعاصرين أن مزايا التقنين وموجباته تفوق كثيرا ما يراه البعض من محاذيره⁽¹⁰⁶⁰⁾، ويحسن في هذا المقام ذكر بعض محاسنه وفق وجهة نظر المجيزين له ومساوئه وفق وجهة نظر المانعين، وذلك وفق الآتي:

أولاً: محاسن التقنين

ويمكن ذكر أهمها فيما يلي⁽¹⁰⁶¹⁾:

- **سهولة الرجوع إلى أحكام التقنين:** بحيث أنه يسهل للأفراد وللقضاة التعرف على حكم القانون وتطبيقه، إذ يجمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة يسهل الرجوع إليها. وعليه فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة صار ميسورا على القاضي والمحامي والشخص المسلم العادي معرفة أحكام الشريعة في دائرة العقود والمعاملات، بدلا من التخبط والتعقيد في التراث الفقهي المتشعب.

كما أن تقنين الأحكام يجعلها معروفة من الناس الذين تطبق عليهم، إذ أن معرفة القانون شرط أساسي لنفاذه، وهذا ما يعبر عنه حديثا بنشر القوانين في الجريدة الرسمية وإعلانها بمختلف طرق الإعلام الأخرى، وحينئذ يحق تطبيق قاعدة "لا يعذر أحد بجهله بالقانون"⁽¹⁰⁶²⁾.

- **ضبط الأحكام الشرعية وبيان الراجح:** إذ أنه يضبط الأحكام الشرعية وبيّن الراجح منها والمعتمد، وذلك لأن أكثر القضاة المعاصرين لا يتيسر لهم فهم أو معرفة الحكم الشرعي الواجب تطبيقه لكثرة الخلافات بين المذاهب الفقهية، وحتى في المذهب الواحد لمعرفة الراجح أو الرأي المُنْفَتى به، كما أن وقت المحاكم يضيق عن النظر لاستخلاص الحكم، وأن الاجتهاد المطلوب هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع المعقدة والشائكة.

1060- ثار جدل واسع بين المجيزين الذين يعتبرون التقنين من بوادر النشاط التشريعي وأنه الأفضل بسبب تعدد آراء الفقهاء، وممن انتصر لهذا الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه "خلاصة تاريخ التشريع"، وكذا الشيخ وهبة الزحيلي في مؤلفه "الفقه الإسلامي وأدلته"، والزرقا في كتابه "المدخل الفقهي العام"، والدكتور يوسف القرضاوي في كتابه "الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد" الذي انتصر له بقوة. وأما المانعين للتقنين في العصر الحديث فدعواهم أنه يقيد مرونة الشريعة والاجتهاد والتطور، فليس من الحق وضع القانون الأساسي الذي يعني تجسيد الاستنباط وحصره على جماعة خاصة من الفقهاء، إلا ما كان من نصوص الشريعة غير القابلة لمختلف الاستنباطات، أما التقنين الذي يرونه مناسبا ومفيدا فلا بد أن يتقيد بشروط منها: أن يكون التقنين من طريق مجلس شورى الفقهاء منتخبا انتخابا حرا، وأن لا يكون للتقنين صفة الدوام والثبات.

1061- انظر، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، دمشق، سورية، ط1، 1987، ص 27 وما بعدها.

1062- وهذه القاعدة تجد أساسها في الإسلام في قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ الإسراء: الآية 15.

فضلا عما في إطلاق حرية القاضي من خطر، إذ لا تؤمن كفاءة القاضي أو نزاهته ويصبح تحكمه المطلق في تبين القاعدة القانونية أو وضعها (في حالة الاجتهاد الجديد) مصدر خطر على العدالة. وأن ترك الحرية للقضاة يقتضي توافر شروط الاجتهاد فيهم، وهذا متعذر نظرا للحاجة إلى جهاز كبير يضم عشرات الآلاف من القضاة المجتهدين في العالم الإسلامي⁽¹⁰⁶³⁾.

- **وحدة أحكام القضاء:** كما يؤدي إلى التوحيد القانوني والقضائي داخل الدولة الواحدة⁽¹⁰⁶⁴⁾، ولذلك فهو من أهم وسائل التوحيد السياسي والاجتماعي. فإذا لم يكن الحكم موحداً أو ترك أمر التطبيق لاجتهاد القضاة في أرجاء البلاد المختلفة، والأخذ بما يروونه مناسبا أصبحت أحكام القضاء في الدولة الواحدة متعارضة مما يحدث بلبلة واضطرابا يهدر الثقة بالمحاكم بصفة عامة⁽¹⁰⁶⁵⁾.

- **الإعانة على دراسة القانون المقارن:** إذ بعد أن يدون القانون في مجموعة بينة الحدود والمعالم، تسهل مقارنته بالقانون في الدول الأخرى، وهذه المقارنة تظهر مزايا وعيوب كل قانون⁽¹⁰⁶⁶⁾.

ثانيا: مساوى التقنين

ويمكن الإشارة إلى أهمها:

- **إيقاف حركة الاجتهاد:** ذلك أن القاضي أو الفقيه يكون عادة أمام النص القانوني الموحد مقيدا، فلا مساع لاجتهاد في مورد النص، وحينئذ يتوقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة. يضاف إلى ذلك أن الواقع العملي لم يستطع الاستغناء عن حرية القاضي وسلطته في التقدير.

- **الإلزام برأي واحد:** حيث تكون القوانين عادة ملزمة للمواطنين والقضاة بتطبيق رأي واحد ونظام واحد لا مجال للحياد عنه، وذلك في دائرة الأحكام التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فإذا لم يحدث مثل هذا الاتفاق فيطبق النص القانوني الذي ارتآه منظموا القانون.

فالتقنين يضع القاعدة القانونية في قوالب محددة، بينما الحالات العملية التي تطبق عليها هذه القاعدة ليست متماثلة، مما يجعل القاعدة مناسبة لبعض الحالات التي تصورها المشرع عند التقنين وغير مناسبة للحالات الأخرى إلا بشيء من التجاوز، بخلاف الحال عند عدم وجود تقنين إذ يكون أمام القاضي حرية معالجة كل حالة بما يناسبها.

1063- انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للتشريعة الإسلامية، ص 206-207.

1064- كما يفيد في الاقتباس من القوانين الأجنبية.

1065- انظر، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 26 وما بعدها.

1066- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 25.

- الجمود على النصوص المقتنة: فمن المعروف أن الحياة تتطور وتتطور معها الأنظمة، فإذا قننت أحكام التعامل أصيب القانون بالجمود، ولم يعد يتفاعل مع مسيرة التطور والتغير، وهذا أمر ملموس في واقع تطور الحياة الإنسانية وبخاصة في هذا العصر.

فالتقنين لا يحدد القاعدة القانونية فحسب، وإنما يجمدها أيضا، إذ أن التطور الاجتماعي المستمر تقف أمامه القاعدة القانونية جامدة، حتى يتبين للأجهزة التشريعية تخلفها عن مسايرة هذا التطور فتعمد إلى تعديلها، بينما القاضي يستطيع مسايرة هذا التطور في حالة عدم وجود تقنين دون انتظار مضي وقت طويل وما يصحبه من وقوع مظالم نتيجة عدم ملاءمة القاعدة الجامدة للتطور المستمر⁽¹⁰⁶⁷⁾.

ومن ناحية أخرى يعاب على التقنين أنه يستعمل مصطلحات دون تحديد معناها مثل عبارات "الحق"، "الأحوال الشخصية"، "حسن النية"، "الأحوال العينية"⁽¹⁰⁶⁸⁾، وقصوره عن استيعاب كل الأحكام القانونية وشمولها⁽¹⁰⁶⁹⁾. يقول الأستاذ علي جريشة: "ومحاولة صياغة مبادئ القرآن وآياته في نصوص حافة غير قابلة للتعديل محاولة فاشلة وإغلاق لباب الاجتهاد الذي أذن به الله تعالى للراسخين في العلم الاستنباط من آيات الله وأحاديث رسوله ﷺ. ونحن نفضل في تطبيق القرآن الأسلوب الأنجلوسكسوني⁽¹⁰⁷⁰⁾، وفيه للقاضي حرية واسعة في الاجتهاد والتقدير، فإن الاجتهاد في نصوص القرآن أخرى أن يثري الفقه الإسلامي بثروة ضخمة كما أثرها من قبل، فأدى العلماء في مجال الحكم والقضاء والفقه دورهم، وخلد لهم التاريخ جهدهم واجتهادهم"⁽¹⁰⁷¹⁾.

وبعد هذا العرض الموجز لتجاذب الرأيين في مسألة التقنين، لا بأس من إيراد رأي للدكتور جمال الدين عطية بخصوص محاولته التوفيق بين الرأيين المتقابلين بقوله: "ولذلك نميل إلى اختيار حلّ وسط يجمع بين مزايا الرأيين ويتلخص في قيام مؤسسة الاجتهاد بوضع تقنينات إسلامية تقتصر على الكليات دون التفاصيل، وعلى المعايير المرنة دون القواعد الجامدة كي يسمح للقضاء بالمرونة اللازمة لتطوير الأحكام بسهولة بما يقابل حاجات الحياة المتجددة، ولتنويع وتفريد العقاب في مجال التعزير بما يلائم كل حالة، والاهتمام في نفس الوقت بإعداد القضاة إعدادا يؤهلهم لمهمة الاجتهاد في إطار وظيفة القضاء"⁽¹⁰⁷²⁾.

1067- انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 204-205.

1068- غير أنه قد يكون هذا حسنة لا عيبا، فترك التعريف للفقه والقضاء يكسب القانون المرونة التي ينبغي توافرها فيه، حتى يترك للقضاء حرية التقدير في دائرة معقولة فيكون للتقنين قدرا من المرونة يتجاوب به مع الحاجات والظروف الاجتماعية الطارئة.

1069- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 28.

1070- والواقع أن أقرب النظم القانونية الحديثة شبيها إلى الشريعة الإسلامية فيما يخص سلطة القاضي هو النظام القانوني الأنجلوسكسوني بوجه عام. انظر، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 167.

1071- علي جريشة: المصادر الشرعية الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية، دار التراث العربي، مصر، ط 2، 1987، ص 14-15.

1072- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 207.

هذا، وإذا كان التقنين في مجال الأسرة ضرورة وحتمية بالنظر إلى بعض الاعتبارات السابقة الذكر، ومنها نقص التأهيل للنظر والاجتهاد بالنسبة للهيئة القضائية⁽¹⁰⁷³⁾، وكذا كثرة التفريعات الفقهية في المذهب الواحد وحتى في المسألة الواحدة، فينبغي إيجاد مؤسسة منظمة تباشر الاجتهاد الجماعي الشرعي. مما يضمن عليها طابع الوظيفة التشريعية حيث تُعتمد في الفتوى والقضاء وذلك في أمرين أساسيين:

- في المسائل التي سبق بحثها من قبل الفقهاء السابقين فيما يخص قضايا الأسرة، حيث تقوم مؤسسة الاجتهاد بالاختيار بين الآراء المتعددة للرأي الذي تراه مناسباً لمقتضيات العصر ومتطلباته.

- في المسائل المستجدة والتي لم تبحث من قبل، فتقوم مؤسسة الاجتهاد بالتوصل إلى الحكم الشرعي لها بالمنهج الشرعي للاجتهاد⁽¹⁰⁷⁴⁾.

ومنه يمكن الوصول إلى نتيجة مفادها أن التقنين في مجال الأسرة ينبغي أن يقوم على الاجتهاد الشرعي الذي يوافق الدليل الشرعي. ذلك أن العبرة في مجال تقنين أحكام الأسرة تكمن في موافقة الدليل الشرعي، لأنه من المعلوم أن أحكام الأسرة مستمدة أساساً من كليات الشريعة الإسلامية ومقاصدها⁽¹⁰⁷⁵⁾، فلا يجوز المساس فيها بنظام التعاقد الشرعي⁽¹⁰⁷⁶⁾، ولا خلاف في أن العبرة في الإسلام هي الدليل الشرعي، أي بمدى اتفاق الرأي الاجتهادي أو الحكم القضائي مع أحكام القرآن والسنة ومقاصد الشريعة، سواء صدرت هذه الأحكام من أولي الأمر أم من المجتهدين⁽¹⁰⁷⁷⁾. ومن

1073- لعل من نافلة القول بالإجماع هنا إلى من يضطلع للقيام بوظيفة القضاء في الأحوال الشخصية يشترط فيه أول ما يشترط الكفاءة العلمية والقيام التام على التخصص في القضاء الشرعي، ومن هنا تلوح ضرورة إنشاء مؤسسات للتأهيل الاجتهادي يرتادها خريجي الكليات الشرعية، الراغبون في ولوج السلك القضائي الشرعي بقصد استكمال عدتهم الاجتهادية، واستدراك ما فاتهم من علوم العصر، أما عن العلوم التي تدرس بهذه المؤسسات التأهيلية فلا بد أن ترتبط بنوعية التحديات الفكرية السائدة في العصر. انظر، قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، ص 34-35.

1074- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص 195.

1075- مع مراعاة ما تستقر عليه الحال في الأخذ بمذهب الإمام المختار من واقع المذاهب الأربعة وفقاً للعرف والتقاليد الجارية في البلد، على أن يتم وضع هذا التقنين بحيث يصبح قانوناً يدخل في نطاق السلطة التشريعية المتخصصة، والذي تختص بتطبيقه السلطة القضائية المتخصصة أيضاً.

1076- انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، ص 175-177.

1077- قال الأئمة مالك والشافعي وأحمد: حكم الحاكم لا يحل الباطل ولا يحل حراماً، فإذا شهد شاهداً زوراً لإنسان بمال وحكم به الحاكم لم يحل للمحكوم له ذلك المال، ولو شهدا عليه بقتل لم يحل للولي قتله مع علمه بكذبهما، وإن شهدا بالزور أنه طلق امرأته لم يحل لمن علم بكذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق. ابن عبد البر: الاستدكار، توثيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، ط1، 1993، 8/22. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/461-462. الشريبي: مغني المحتاج، 4/530. وما يؤيد ذلك ما جاء في الصحيحين عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن-أبلغ- بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار". البخاري: كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فرزع

المعروف أن الاستنباط من القرآن والسنة محكوم بقواعد دقيقة مستقرة في علم أصول الفقه. فإذا تبين أن القانون أو نصا منه مخالف للقرآن أو السنة كان مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وكان بالتالي غير دستوري ولا يحصنه من الحكم بعدم الدستورية أن يوافق عليه المجلس الإسلامي الأعلى أو أي هيئة دينية أو علمية أخرى، لأن الأدلة الشرعية معروفة ومحددة في أصول الفقه، وليس من بينها ذلك الرأي أو غيره، إنما هو مجرد اجتهاد يمتثل الخطأ والصواب.

كذلك لا يحصن القانون من الحكم بعدم دستوريته إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أن يوافق عليه البرلمان ولو بالإجماع، لأن الإجماع الذي يعتبر من مصادر الشريعة الإسلامية هو إجماع المجتهدين من علماء المسلمين، فليس لولي الأمر⁽¹⁰⁷⁸⁾ أو لأي هيئة أخرى أن تحل ما حرّمه الله أو تحرم ما أحله الله، لأن ذلك يعتبر مخالفة لأحكام الشريعة.

كما أن اتفاق الرأي مع الشريعة الإسلامية أو اختلافه عنها أمر لا يحسمه إلى الأبد حكم المحكمة العليا لأن أحكام المحاكم في جميع الدول تكون عرضة لتعليق الفقهاء وتحليل الباحثين ونقدتهم.

أما ماتت، حديث رقم 6967. الجامع الصحيح، 4/290-291. مسلم: كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث رقم 1713. صحيح مسلم، 2/818-819. وقد حكى الشافعي الإجماع على أن حكم الحاكم لا يجل الحرام. ناصر الدين الألباني: التعليقات الرضية على الروضة الندية، تحقيق علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2003، 3/237.

1078- يجوز لولي الأمر أن يتصرف في دائرة التخيير بما يتلاءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وعدم مصادرتة لأصل الحق بإساءة استعمال الحق وما يترتب عليه من ضرر. فالواجب والحرم ليس لأحد سلطة في أن يغير في وصفهما، فلا يجل حراما ولا يبيح التحلل من واجب إلا بالطرق التي حددها الشارع الحكيم، وبين حدودها وشروطها كالضرورات والأعداء ودفع أعظم الضررين بأخفهما ونحو ذلك. انظر، محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص 337-338.

المبحث السادس: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية

إن مساندة القضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي الذي يشهده هذا العصر، أو ناتجة عن الظروف السياسية والاجتماعية وكذا الأوضاع الثقافية التي استحكمت في بعض الدول العربية. مما جعل الدور مناطا بالمحاكم الشرعية للنهوض بالاجتهاد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدرا لأحكام الأسرة، وفيما يأتي بيان ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد في قضايا الأسرة

ويراد بما العوامل التي كان لها تأثير في قضايا الأحوال الشخصية، مما ساعد على تطور الاجتهاد فيها، وذلك بظهور مسائل مستجدة -نتيجة عوامل معينة- تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي الذي يناسبها، ومن هذه العوامل:

1- التطور العلمي

إن غزارة الدراسات الاجتماعية والأبحاث الطبية والابتكارات العلمية المتسارعة، التي مكنت البشرية من الوصول إلى كثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقا، ومنها بعض الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية، كتقدير أطول مدة الحمل⁽¹⁰⁷⁹⁾، وإثبات النسب، وأطفال الأنابيب، وبنوك الحليب في الرضاع، وغير ذلك. فظهور مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي المناسب لها، لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد فيها.

2- الوضع السياسي والاجتماعي

تأثر قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين بالوضع السياسي والاجتماعي السائدين، بعدما حل محل حكم الدولة العثمانية بالشريعة الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية الاحتلال الأجنبي الذي أقصى تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف مناحي الحياة المدنية على الخصوص، وأبقى على الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي، غير أنه لم يبق الأمر على حاله بعدما تأثر بعض المسلمين بمناهج المحتل⁽¹⁰⁸⁰⁾، فانعكس ذلك على فهمه لدينه، وعلى مدى التزامه بتطبيقه على الوجه

1079- يقول وهبة الزحيلي: "وقد رئي في القوانين المعمول بها الاعتماد على رأي الأطباء، فاعتبر أقصى مدة الحمل سنة شمسية (365 يوما)، ليشمل كل الحالات النادرة". الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط7، 1996، 678/7.

1080- نجحت الدول الأوروبية الاستعمارية في فرض سطرهما على بعض دول العالم الإسلامي، نتيجة ضعف الدولة العثمانية وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها، ومحاكاة الدول الأوروبية في الأخذ بأساليبها الحديثة في نهضتها الاقتصادية والاجتماعية، وانتشار تقنين نابليون، الأمر الذي دفع بعض المثقفين ثقافة أوروبية إلى التماس الإصلاح من أيسر سبيل، وهو النقل أو الاقتباس عن أوروبا، وبذلك اختلطت مفاهيم التحديث

الصحيح، فعدا التفكك الأسري والتشرد، وضياح الهوية، وظهرت سمات للأسرة المسلمة مماثلة بنسبة ما للأسرة في المجتمع الغربي، وعلى المستوى السياسي اختيرت الطبقة الحاكمة من الطائفة المتأثرة بثقافة غير إسلامية، فأصبح التوجه العام يلامس المشاكل في كل الجوانب، ويبحث عن الحلول الأجنبية خارج نطاق أحكام الشريعة الإسلامية في جانب السلوك الفردي والنظام الاجتماعي والنظام العقابي⁽¹⁰⁸¹⁾. فكان من دواعي النهوض بالاجتهاد السعي لحماية الأسرة من غوائل المفاسد الاجتماعية التي أفرزتها الحضارة الوافدة، لوضع البدائل والحلول المناسبة التي من شأنها المحافظة على النظام الأسري في المجتمعات الإسلامية.

3- التأثير بالحضارات الوافدة

إن أهم ما خلفه تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثقة بالأحكام الشرعية وخاصة في قضايا الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى للمجتمع⁽¹⁰⁸²⁾، ما أدى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجياً، ومن هنا كانت حجج المطالبين⁽¹⁰⁸³⁾ بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر، واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه⁽¹⁰⁸⁴⁾، أو تجنباً لاتهمم بالتخلف لأن الشريعة الإسلامية تبيح تعدد الزوجات والطلاق ولو كان ذلك للمصلحة⁽¹⁰⁸⁵⁾.

بمفاهيم النقل، كما زال التمييز بين التجديد والأصالة، ومن ناحية ثانية خيم الجهل على المجتمع وأهملت الدراسات الفقهية في خصوص المعاملات، مما أدى إلى تزايد ضعف الملكات الفقهية، وتصدى للفتوى أناس لا يطمئن بعلمهم، ومن ناحية أخرى أباح فريق منهم للحكام اقتباس ونقل القوانين الأجنبية. انظر، صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص 258-260.

1081- انظر، السيد أحمد فرج: المؤامرة على المرأة المسلمة، تاريخ ووثائق، المنصورة، ط2، 1986، 138-139. و سالم البهنساوي: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار آفاق الغد، مصر، ط1، 1980، ص 57.

1082- بين السباعي مدى تأثير قانون الأحوال الشخصية بالقوانين الغربية كما في مسألة تحديد سن الزواج، فيقول: "وليس لهذا التحديد مستند من آراء الفقهاء، ولكنه أخذ عن القوانين الغربية، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة". السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 59.

1083- كان من نتائج الاحتكاك الحضاري ظهور حركات تحرير المرأة والتنظيمات النسائية في العالم الإسلامي - ومنه الجزائر-، المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة حتى ولو أدى ذلك إلى مخالفة أحكام الشريعة.

1084- يقول عبد الوهاب أبو سليمان: "التغير والتطور المستمر باسم إصلاح الأسرة، وفي فترات قصيرة ومتقاربة، الأمر الذي أدهش القانونيين، وأدى بهم إلى التساؤل والاستغراب، وهي ظاهرة تعكس اهتزاز القيم، وقلق الحالة الاجتماعية في الأمة بما كان نتيجة التأثير والاحتكاك بالأمة الغربية". عبد الوهاب أبو سليمان: التشريع الإسلامي في القرن الرابع عشر الهجري، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، العدد1، السنة الأولى، 1393-1394 هـ، ص 77.

1085- انظر، السيد أحمد فرج: المؤامرة على المرأة المسلمة، ص 23-24. وكذا ص 152.

فكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، وهذا ما صرح به الكثير منهم⁽¹⁰⁸⁶⁾.

المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العملية

إذا لم تكن الاجتهادات القضائية في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه تعد من الوجهة النظرية قواعد قانونية عامة وملزمة، فإنها في الواقع تتمتع من الوجهة العملية بقوة ملزمة تكاد لا تقل أهمية عما تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية، وكثير من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة مع أنها ليست قواعد قانونية. ولعل السبب الرئيس لهذه القوة التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الناحية العملية يكمن في تسلسل أنواع المحاكم من جهة، ووجود رقابة من محكمة النقض على أحكام المحاكم الأدنى منها درجة من جهة ثانية. فحين تتبنى محكمة النقض في أحكامها رأياً معيناً وتستقر عليه تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام، ولا شك في أن اجتهاد محكمة النقض ليست له من الوجهة النظرية أية قوة إلزامية، ويمكن لأية محكمة مخالفته إذا شاءت، ولكن المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض تدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهاداتها المستقرة؛ لأن أحكامها ستنقض إن هي فعلت ذلك، لذا فهي تلزم نفسها غالباً بتلك الاجتهادات سواء اقتنعت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض، وعلى هذا تصدر عن محكمة النقض أحكام تتضمن مبادئ قانونية، يطلق عليها اسم "الأحكام المبادئ"، وهكذا ينشأ اجتهاد ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون. وليس ما يمنع محكمة النقض من تغيير اجتهادها الثابت إذا دعت الحاجة لتغييره، وعندئذ يحصل تغيير في الاجتهاد، وينشأ اجتهاد جديد لدى محكمة النقض يصبح فيما بعد اجتهادها المستقر الذي تنقيد به المحاكم الأخرى.⁽¹⁰⁸⁷⁾

وقد كان للتطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية - ومنها الجزائر - الأثر الكبير على الاجتهاد القضائي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يغطي هذه المشكلة عن طريق الاجتهاد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما، أو في حال تعدد الأفهام حولها، يأتي التعديل

1086- انظر، سالم البهنساوي: قوانين الأسرة، ص 22-23.

1087- انظر: محمد سعيد جعفرور: المدخل إلى العلوم القانونية، ص 208 وما بعدها. و خليل أحمد حسن قداددة: شرح النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 121.

الجديد عن طريق الاجتهاد ليضح حدا للاختلاف، وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل. ومن أمثلة ذلك ما يلي (1088):

- ليس للمرأة حق طلب التطلق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر، وفقا للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي المرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب، وذلك رفعا للضرر عنها، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري (1089).

- ليس للمرأة الحق في طلب فسخ عقد الزواج بسبب الإعسار بالنفقة اعتمادا على المذهب الحنفي الذي لا يميز ذلك، فجاء التعديل (الاجتهاد) ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب الفسخ لهذا السبب، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري (1090).

- وبخصوص كثرة دعاوى الزوجات بعدم الإنفاق عليهن لمدة طويلة سابقة على رفع الدعوى يصعب إثباتها أحيانا، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقا إذا ثبت ذلك بالبينة، وهو ما نصت عليه المادة 80 من الأمر رقم 84-11 لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم (1091).

ومن هنا يتضح دور الاجتهاد القضائي عمليا من خلال المساهمة الفعالة في حل ما أشكل من قضايا تخص نظام الأسرة والمجتمع. غير أنه لا يرتقي في مفهومه إلى معنى الاجتهاد القضائي الشرعي.

المطلب الثالث: سعة فضاء الاجتهاد القضائي الشرعي ومجاله في أحكام الأسرة

يرتبط استمرار عملية الاجتهاد في الفقه الإسلامي بعاملين أساسيين (1092):

أحدهما: تجديده في كل عصر حتى يلائم ما استجد من القضايا، ويضع الحلول الناجعة لها وفقا لمراد الشارع، بلا تسبب ولا تحجر.

1088- إلا أنه وبالرغم من أن الاجتهاد القضائي جاء ليحل بعض المشكلات في عدد من نصوصه، فقد ساعد ذلك في خلق مشكلات أخرى، على نحو النصوص التي جاءت لتعالج الإضرار بأحد الزوجين، بما يسمى بقضايا الشقاق والتزاع التي أوجدت حالة من كشف الأسرار الزوجية، كما أدى التعويض عن الطلاق التعسفي إلى اختلاق الزوج في زوجته ما ليس فيها للهروب من دفع هذا التعويض.

1089- ونصها: "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون". وانظر المجلة القضائية:..

1090- ونصها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1091- ونصها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضى يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

1092- انظر، الحسين آيت سعيد: التجديد في التعليل الفقهي، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم، 53، تنسيق: محمد الروكي، ط1، 1996، ص 119.

وثانيهما: تحديد وتطوير أدوات فهمه، التي هي أصول الفقه، وخاصة باب القياس، الذي يعتبر الرافد الحقيقي للعملية الاجتهادية، حتى يكون فضاء يسع أكبر قدر من القضايا المعاصرة.

الفرع الأول: سعة فضاء الاجتهاد القضائي

ضبط التشريع الإسلامي العلاقات بين الإنسان وخالقه، وبين الإنسان وقرينه في جميع مجالات الحياة المجتمعية، دستوريا ومدنيا وجنائيا وتجاريا، والقصد الأساسي من الشريعة ضمان العدالة والحقوق في الضروريات الخمس، وما يقابلها من واجبات والتزامات. كما أن القصد منها أيضا بناء الإنسان بناء سويا، وتحصين المجتمع، وهذا ما يجعلها ذات أبعاد تربوية وأخلاقية لأنها مبنية على رعاية المصالح لما تتسم به في أحكامها وتوجيهاتها من مرونة تجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

فالفقيه ملزم في اجتهاداته باعتماد هذه المقاصد والضوابط والتوجيهات، كي يحتفظ على الأصول والمقاصد ويعمل على حل ما يطرح على الناس في حياتهم من قضايا ومشاكل في سلوكهم ومعاملاتهم.

ولا يسمح المقام بالحديث عن جميع المحاور التي يعالجها الفقه الإسلامي، وعليه فإن محور البحث هو قضايا الأحوال الشخصية وما تتسم به من مستجدات على المستوى الفردي والاجتماعي.

إن الاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق ونفقة، وإرث ووصية، وحقوق الطفل من رضاع وولاية وحضانة وتربية، امتد على قرون من حياة المسلمين وما زال قائما لضمان التكافل الاجتماعي والوحدة والتماسك في البناء الأسري والمجتمعي.

ففيما يتعلق بالطلاق مثلا، فإن الاتجاه العام للشريعة الإسلامية هو التقييد بالزمن والعدد، التماسا إلى إبقاء الزوجية وإصلاح ما فسد منها، كما في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁽¹⁰⁹³⁾.

وفي التوقيت في العدة والإيلاء: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽¹⁰⁹⁴⁾ مهلة هي رحمة بامرأة ورخصة للرجل قبل الإقدام على اتخاذ قرار نهائي.

وفي حكم الزنا يوازن الإسلام بين الضرر الواقع على المذنب والضرر الواقع على المجتمع. ويقضي بارتكاب أخف الضررين، ويدرأ الحدود بالشبهات حفاظا على الأسرة وسلامتها.

1093- الطلاق: الآية 1.

1094- البقرة: الآية 226.

وفي موضوع حضانة الطفل يحيط الإسلام الموضوع بسياج قوي من الحماية بوضع ترتيب للحاضنين وشروط للحاضن من عقل وبلوغ واستقامة وقدرة على تربية المحضون وصيانتهم صحيا وخلقيا.

وحمي الإسلام الطفل من عبث والديه بأن جعل النسب للأب بالفراش أو البينة أو الاستلحاق، كما حماه في حقوقه في الإرث وفي سلامة الأسرة، بتحريم التبني. وبجانب حماية الطفل لا يضيع حقوق الوالدين، والأم أحق بالحضانة ما لم تتزوج، فوازن بين حقوق الولد وحقوق الأم.

فجميع هذه القضايا المتعلقة بالحياة الأسرية وغيرها كثير تطرح في الوقت الراهن قضايا فرعية أفرزتها التطورات والتحولات الاجتماعية، ويتعين على الفقهاء الاهتمام بها ودراستها ومحاولة إيجاد الحلول الناجعة لها، دون مخالفة أحكام الشريعة ومقاصدها⁽¹⁰⁹⁵⁾.

فقضايا الإجهاض وقتل المواليد أو تركهم لقطاع، واستغلال موانع الحمل في ارتكاب الفاحشة، وما ينتج من انحرافات عن التلقيح الاصطناعي خارج الرحم، وغيرها مما أصبح يتكاثر في المجتمع، كلها قضايا اجتماعية خطيرة في أشد الحاجة إلى بحثها وإيجاد العلاج الناجع لها قبل استفحالها.

الفرع الثاني: توثيق الصلة بين الاجتهاد القضائي الشرعي و فقه الواقع

إن توثيق الصلة بين الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية وفقه الواقع عموما والواقع الأسري خصوصا، مسلك اجتهادي محمود، يضمن حسن تنزيل الأحكام على المستجدات التي تفرزها التطورات العلمية الحديثة، ذلك أن فقه النص ليس بكاف وحده في تسديد العملية الاجتهادية وتفعيل الحياة معها، ما لم يلتحم بفقه الواقع في تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع والحوادث. ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق أمرين⁽¹⁰⁹⁶⁾:

أولاً: فهم الواقع الاجتماعي بتركيباته المعقدة وسماته المتداخلة، وذلك عن طريق الإحاطة بالأعراف الشائعة والعادات المستحكمة لفهم البنية الفكرية لأبناء المجتمع، ولهذا اشترط بعض الفقهاء فيمن ينتصب للقضاء أن يكون محيطا بعادات الناس وأعراف البلد، حتى يتسنى له الحكم على أساس البينة والبرهان.

ثانياً: الإمام بمبادئ العلوم الإنسانية المعاصرة، بوصفها مفاتيح لتحقيق المناط الخاص في المسائل المستجدة، وأدوات لسبر فقه الواقع على نحو يتيح الفهم العميق للحقائق الواقعة، والتفسير المعقول

1095- انظر، محمد بلشير الحسني: دور الاجتهاد الفقهي في تدعيم الانتساب الحضاري للإسلام، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم، 53، تنسيق: محمد الروكي، ط1، 1996، ص 83-85.

1096- انظر، قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، ص 46 وما بعدها.

للظواهر الاجتماعية والاقتصادية والعلمية، فيلزم على هذا استيعاب كل جديد وافد، وتأصيله على المستوى الشرعي تأصيلاً سديداً تتوثق فيه الصلة بين فقه النص وفقه الواقع.

ولعل من أهم المسائل الفقهية المعاصرة التي تتطلب الاستعانة بما توصل إليه العلم الحديث مسألة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية والتي مجالها العلوم الطبية والمخبرية⁽¹⁰⁹⁷⁾، ويتحدد من خلالها نسب الولد بصفة قطعية، فإنه لا ينهض من الشرع مانع من استثمار هذه التقنية في إثبات النسب. ومنه يمكن للقاضي الرجوع في مسائل إثبات النسب إلى ما تقره الخبرة الطبية نفيًا وإثباتًا.

وما يمكن قوله في هذا الصدد أنه لا سبيل إلى النهوض بالاجتهاد القضائي وتفعيل دوره في صياغة الواقع وفق منظور شرعي، إلا بامتلاك الآليات التي تساعد على فهم الواقع واحتواء القضايا المستجدة، وبهذا تتأكد مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لاستيعاب الوقائع والحوادث وإيجاد الحلول المناسبة لها.

الفرع الثالث: مجال الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة

ترجع أحكام الشرع الإسلامي إلى مصدرين، الأول: نصوص القرآن الكريم، والثاني: ما جاءت به السنة النبوية، وقد تضمنت تلك النصوص كل ما يحتاج إليه في التشريع من جلب المصالح ودرأ المفاسد، يعرف بعض ذلك بنص واضح وسائره يعرف بطريق الاستنباط من النصوص على ما هو مبين ومحرر في كتب علم الأصول. ولما كانت عقول الناس ومداركهم متفاوتة ووجهات أنظارهم مختلفة اختلفت الأحكام المستنبطة بالاجتهاد تبعاً لذلك، ومن هذا يُفهم أن مجموعة الأحكام الشرعية مؤلفة من قسمين⁽¹⁰⁹⁸⁾:

1097- انظر، عمر سليمان الأشقر وآخرون: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002، (يتضمن هذا الكتاب بحث للدكتور عبد الناصر أبو البصل: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي) 687/2. وبحث للدكتور عارف علي عارف: الأم البديلة (أو الرحم المستأجر)، 805/2.

1098- من نماذج الأحكام الثابتة في مجال أحكام الأسرة، ولا تقبل التغيير، تحريم نكاح المحارم، قوامة الرجل وولايته على المرأة ونفقته عليها، وإباحة التعدد في الزواج، وأنواع العدد الشرعية، واعتداد المطلقة في بيت الزوجية، إباحة الطلاق للحاجة، أنصبة الورثة في الميراث. ومن النماذج التي تقبل الاجتهاد في مسائل الأسرة، تقدير النفقة المستحقة للزوجة، ومدى حرية الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج، وإثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، والاختلاف في المهر من حيث قدره وأصل التسمية، وكل ما أمر تقديره موكولا إلى القاضي أو الزوجين.

أولهما: ما دلت عليه النصوص الواضحة القطعية، كتحريم التزوج بالأمهات والبنات، وكجعل نصيب البنت من الميراث على النصف من نصيب الابن، وهذا لا مجال للاجتهاد فيه⁽¹⁰⁹⁹⁾. فإضافة إلى كونها قد وردت بنصوص قطعية لا تقبل الاجتهاد فيها، فلا تقبل المساس بها أيضا لكونها من النظام العام، ومن أمثلة ذلك ما يلي⁽¹¹⁰⁰⁾:

أولاً: تعتبر الخطبة وعدا غير ملزم، لأنها مقدمة لعقد الزواج، وشرعت ليتعرف كل من الزوجين على الآخر، تمهيدا لإبرام العقد على أساس من التفاهم، ولو كانت ملزمة لعادت على أصل مشروعيتها بالنقض؛ أي لانقضى كونها مقدمة، ولأصبحت هي عقد الزواج بعينها، ولا ريب أنها لم تشرع لذلك في الأصل.

وعلى هذا فاعتبار الخطبة "مقدمة للزواج أو مجرد وعد" أمر متعلق بالنظام الشرعي العام، فلا يجوز تغيير تكييفها الشرعي أو الاتفاق على خلافه.

ثانياً: حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج، من النظام الشرعي العام، لأنها مقتضاه، فلا يجوز الاتفاق على ما ينافيه. فالاتفاق على أن لا مهر للزوجة مثلا، أو أنه لا نفقة لها باطل لمنافاته لمقتضى العقد، ونظامه الشرعي.

ثالثاً: نسب الأولاد لأبيهم، حق ثابت شرعا بمقتضى نصوص قاطعة في القرآن، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافه، كما لا يجوز تنازل الأب عن أبوته لأبنائه، ولا أن يتبنى غير ابنه الذي من صلبه.

رابعا: حق الأب في الولاية على أبنائه، لا يجوز الاتفاق على خلافها، أو التنازل عنها.

خامسا: تغيير نظام الطلاق في الإسلام، في عدده، أو أنواعه غير جائز، لأنه نظام ثابت في وصفه وعدده، مقرر شرعا بنصوص قاطعة في القرآن الكريم، فهو من النظام الشرعي العام.

سادسا: حق الطلاق شرعا بيد الرجل، لأنه مسند إليه بنص قاطع لا مجال فيه للتأويل، فلا يجوز جعله بيد القاضي أصلا، إلا في الأحوال التي جعل للقاضي فيها حق التطليق.

سابعا: لا يجوز حرمان المرأة من حقها في طلب التطليق للضرر أمام القضاء؛ لأن الضرر واجب.

ثامنا: زواج المسلمة بغير المسلم باطل شرعا بنص قاطع في القرآن الكريم وبالإجماع.

1099- وهذا الأصل أو القاعدة جار ومقرر في القوانين الوضعية، فمتى كان القانون صريحا فلا اجتهاد فيه، والقضاة مكلفون بتنفيذ أحكامه، حسبما وردت، ولأن تفسيره يرجع إلى المشرع نفسه، ولا مساع للاجتهاد في موضع النص. انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، ص 193.

1100- انظر، فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، سورية، ط2، 1985، ص 151-153.

تاسعا: المحرمات من النساء وتحريم الجمع بين الأختين من النظام الشرعي العام. وكذلك تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، أو المرأة وحالتها؛ لثبوته بالسنة المشهورة.

عاشرا: العدة والنفقات الواجبة المجمع عليها بين الأصول والفروع، وقواعد الإرث، كلها ثابتة بنصوص صريحة قاطعة، فهي من النظام الشرعي العام، لا يجوز الاتفاق على خلافها. ومثلها لا مساغ للاجتهاد فيها.

ثانيهما: ما استخرج بطريق الاجتهاد، وهذا النوع الثاني كان يتكاثر تبعا للحوادث التي تجدد، ومما تتطلبه حاجة الناس في تعاملهم وفي كل أحوالهم الاجتماعية في كل زمان ومكان، فكان لا بد من التماس أحكام شرعية جديدة لكل ما يجدد مما لا يوجد نص صريح على حكمه، وهكذا كان كل ما لا نص فيه يلجأ للاجتهاد في التماس الحكم الشرعي له.

ومن مجالات هذا النوع أحكام الأحوال الشخصية التي وردت بشأنها أدلة ظنية الثبوت أو الدلالة، أو لم يرد في حكمها نص أصلا وأمثلتها كثيرة. يقول ابن القيم: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة مر عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير، ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتميز بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها حسب المصلحة"⁽¹¹⁰¹⁾.

وقد كان علماء الشريعة المجتهدون في كل عصر يرون في استنباطهم للأحكام الشرعية الجزئية أو وضع القواعد العامة والضوابط على ضوء الكتاب والسنة، مستصحين مقاصد الشريعة، مهتدين بما دلت عليه النصوص الكلية والجزئية والعامة والخاصة من المعاني واحتوته من تلك المقاصد، غير أنه لما كانت الأفهام والمدارك مختلفة حصل بسبب ذلك اختلاف بين المجتهدين في الأحكام الشرعية المستنبطة بالاجتهاد، كما حصل خلاف بينهم أيضا من ناحية أخرى وهي أخذ بعضهم بالحكم الشرعي من حديث يرى بأنه ثابت عنده مع إنكار غيره له أو تأويله إياه، وعليه فينما يجرم البعض الزواج بسبب الرضاع برضعة واحدة فقط، يشترط غيره لذلك خمس رضعات مشبعات متفرقات، وفيما يشرك بعضهم الإخوة مع الجد في الميراث يحجب بعضهم الإخوة بالجد، وبينما يوجب بعض المجتهدين نفقات الأقارب بعضهم على بعض بالشروط التي ارتأها لذلك، فإن غيره يقصر ذلك على الأصول والفروع

1101- ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تصحيح محمد حامد الفقي، دار الجيل للطباعة، مصر، (د.ط.دت)، 1/330-331.

فقط، وهكذا.. وكل راجع لأسباب اختلاف الفقهاء المعروفة⁽¹¹⁰²⁾. وبغض النظر عن الاجتهاد فإن الانتقال عن الرأي المذهبي السائد إلى غيره من المذاهب، كان لحل مشكلة ظهرت بتطبيق هذا الرأي، وهو من المسائل التي كان للفقهاء فيها رأي، وقد تكون لهم آراء في مسائل لم تحصل في زمانهم، وحصلت في الأزمان اللاحقة، والأخذ بما يكون من قبيل الحلول القديمة لمسائل جديدة، كما يمكن التخريج على أقوال الفقهاء القدامى في وضع أحكام للمسائل المستجدة أو المزج بين آرائهم للوصول إلى رأي جديد⁽¹¹⁰³⁾. وقد تحتاج بعض المسائل إلى اجتهاد جديد، لم يكن معروف من ذي قبل، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة، لأنه أخذ بالطرق نفسها التي استنبطت منها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ومعلوم أن الاجتهاد يصح في المسائل التي اجتهد فيها الفقهاء، إذا بنيت على مصلحة أو عرف أو حكم متغير تطبيقاً للقاعدة الفقهية "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". ومن النصوص القانونية التي احتوت على أحكام شرعية لم تذكر في كتب الفقه المدون، بل قامت على اجتهاد فقهي جديد ما يلي:

- النصوص المتعلقة بالتعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة وفق الضوابط التي ذكرت في عدد من قوانين الأحوال الشرعية استناداً إلى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹¹⁰⁴⁾.

- كذلك النصوص المتعلقة بوجوب تسجيل عقد الزواج بناء على قاعدة المصلحة المرسله، وبالقياس على الدين⁽¹¹⁰⁵⁾.

- ومن المسائل المستجدة والتي للفقهاء المعاصرون آراء فيها، ولم تذكر في قوانين الأحوال الشخصية نصاً⁽¹¹⁰⁶⁾: الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، وزواج المسيار، وإثبات النسب عن طريق

1102- ومنها: ألا يكون الحديث قد بلغ الواحد منهم، أو أن يكون الحديث قد بلغه لكنه لم يثبت عنده، أو أن يكون الحديث قد بلغه وثبت عنده لكن نسيه، أو باعتقاده أن لا دلالة في الآية أو الحديث، أو بسبب اعتقاده أن دلالة النص صحيحة لكنه يعتقد أن تلك الدلالة قد عارضها ما يدل على ضعف النص أو نسخه أو تأويله. انظر، أبو عبد الله المروزي: اختلاف العلماء، تحقيق السيد صبحي السامرائي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1985، ص 7 وما بعدها. وانظر، محمد بن حسين بن حسن الجزائري: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1996، ص 493-494. ويراجع في ذلك أيضاً كتب أسباب اختلاف الفقهاء. منها محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1956.

1103- يلاحظ في موضوع الحضانة للصغير بعد سن معينة، هل تستمر للأُم أم تعود للأب، أم يجزى الطفل بينهما؟ أن بعض القوانين قد أخذت بعودة الحضانة للأب، وأخذت أخرى بما يرى القاضي فيه مصلحة للابن. أما قانون الأسرة الجزائري فقد عالج موضوع سقوط الحضانة وعودتها في المواد 66-70.

1104- انظر: المادة 5 من قانون الأسرة 05-02 المعدل والمتمم للقانون 84-11.

1105- المواد: 18-21-22 من قانون الأسرة الجزائري 05-02.

1106- انظر في ذلك، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط2، 2005.

الهندسة الوراثية، بنوك اللبن، والتلقيح الاصطناعي والفحص الطبي قبل الزواج⁽¹¹⁰⁷⁾ وغير ذلك من المسائل التي تعتبر مجالاً للبحث والاجتهاد في قضايا الأسرة المعاصرة.

المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة -دواعيه-ضوابطه-آثاره

إن الإقرار بوجود حاجة ماسة للاجتهاد القضائي فيما يخص شؤون الأسرة، مع وجود سلبات عند تطبيقه يستدعي وضع أسس وضوابط للاجتهاد، ويمكن تأسيسها على النحو الآتي:

الفرع الأول: دواعي الاجتهاد في شؤون الأسرة

يستند الاجتهاد في قضايا الأسرة إلى الدواعي الآتية:

1- الحاجة التي تقتضيها حياة الناس، وتحدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، فإذا دعت الحاجة إلى إجراء تعديل على نص سابق، استند على عرف أو أدى تطبيقه إلى مناقضة الغاية التي شرع الحكم من أجلها، جاز لولي الأمر إعادة الأمر إلى نصابه، بوضع التدابير والنصوص التي تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمداً على أسس شرعية.

2- التيسير ورفع الحرج عن الناس، فإذا ثبت وقوع الناس في الضيق والحرج باتباع رأي فقهي ما، وكان في الفقه الإسلامي بديل آخر للرأي المتبع دون مخالفته النصوص الشرعية، جاز العدول عن المادة القانونية المؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى مكانها مستمدة من أيسر المذاهب الفقهية، ما لم يؤدي تطبيقها إلى مفسد أكبر منها⁽¹¹⁰⁸⁾.

3- الاستفادة من المناهج القانونية الحديثة، مع الاحتفاظ بهوية الفقه الإسلامي والاقتصاد في مجال الاستفادة من الجانب الشكلي المتعلق بالتبويب والتقسيم، وعدم الإكثار من استعمال المصطلحات القانونية بديلاً عن المصطلحات الفقهية.

4- الانطلاق من أن الاجتهاد هو اجتهاد في تطبيق النصوص الشرعية إذا وجدت محلها ومواردها، وليس هو نسخ للنصوص أو إهمالها، أما إذا لم توجد محلها فلا أثر له على بقاء أحكام هذه النصوص ولا يجوز النص على مخالفتها. قال ابن تيمية: "وإنما يزول الحكم بزوال علته في محاله وموارده، وأما زوال نفس الحكم الذي هو النسخ فلا يزول إلا بالشرع، وفرق بين ارتفاع المحل المحكوم

1107- وقد نص قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 على بعض من هذه القضايا المستجدة كإثبات النسب بالطرق العلمية من خلال ما ورد في المادة 40، وجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي من خلال المادة 45 مكرر، وكذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 06-154 من وجوب تقديم شهادة طبية من طرف الزوجين قبل إبرام عقد الزواج تثبت خلوهما من الأمراض التي تحول دون تحقيق أغراض الزواج.

1108- انظر، سيد معين الدين قدري: التقليد والتلقيح في الفقه الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 2000، ص119.

فيه مع بقاء الحكم، وبين زوال نفس الحكم، ومن سلك هذا المسلك أزال ما شرعه الله برأيه، وأثبت ما لم يشرعه الله برأيه وهذا هو تبديل الشرائع⁽¹¹⁰⁹⁾.

الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد في قضايا الأسرة

إن أي اجتهاد ينبغي أن يقوم على ضوابط منها:

1- الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في نظام الأسرة، والأخذ بها في كل أمر أو تشريع، والتقييد بقواعد تفسير النصوص الشرعية، والتي عليها التعويل في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة والمختلفة.

2- الاستفادة من التراث الفقهي واستيعابه والتمكن من فهمه، وفهم القواعد التي قام عليها، والانطلاق لبناء اجتهاد فقهي جديد. وتنبع أهمية هذا التراث الفقهي في مباحث الأحوال الشخصية لخصوصيتها وسعة الثوابت فيها، والأخذ من المذاهب له ضوابط منها: معرفة الرأي الذي يعد هو المذهب، والآراء المرجحة الأخرى، وإذا أخذ حكم من مذهب وجب أخذ حكم المسألة كاملاً من المذهب حتى لا يقع التلفيق⁽¹¹¹⁰⁾ الممنوع شرعاً⁽¹¹¹¹⁾.

3- الاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة والأحكام الشرعية المستمدة من أدلة ظنية الدلالة أو الثبوت بما يراعي حال المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة الشرعية، ولا يمنع ذلك من استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعد ركيزة الاجتهاد الجماعي، ولكن الإلزام بشماره لا يتم إلا بعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيريته للأمة⁽¹¹¹²⁾.

4- أن يكون القائمون على الاجتهاد فيما يخص قانون الأسرة من العلماء المختصين، خاصة في علوم الشريعة، ولا بأس من الاستئناس بباقي العلوم الأخرى التي لها صلة بموضوع الأسرة.

5- مراعاة قيم الأمة وهويتها وأعرافها وتقاليدها، ذلك لأن غاية القوانين هي إصلاح المجتمعات، وقد يكون بعضها مناسباً للحضارة الغربية وغير مناسب لهوية مجتمعاتنا.

1109- ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، تحقيق محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، (د.ط.د.ت)، ص 200.

1110- معنى التلفيق: هو أن يجتهد مجتهد في بعض المواضيع التي تكلم فيها أكثر من مجتهد قبله وكان لهم فيها أكثر من قول، فيؤدي اجتهاده إلى الأخذ ببعض ما أخذ به المجتهدين السابقين، وإلى الأخذ ببعض ما أخذ به البعض الآخر منهم. انظر، سيد محمد موسى: الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، دار الكتب الحديثة، مصر (د.ط.د.ت)، ص 548. أو هو: الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك بأن يلفق في قضية واحدة بين قولين أو أكثر، يتولد منها حقيقة مركبة لا يقول بها مجتهد. انظر، عامر سعيد الزبياري: مباحث في أحكام الفتوى، ص 57.

1111- انظر: قدرى: التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، ص 120.

1112- انظر، مناع القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، ط 4، (د.ت)، ص 422.

الفرع الثالث: آثار الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

لعل من أهم الآثار الإيجابية للاجتهاد القضائي في مجال الأسرة ما يلي⁽¹¹¹³⁾:

- 1- إن الاجتهاد وفق الضوابط الشرعية، فيه نماء للفقهاء الإسلاميين، ومواكبة لتطورات الحياة ومستجداتها.
- 2- إن الاجتهاد يحقق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت الأحكام في موضوع الأحوال الشخصية، ذلك لأن الغاية من الاجتهاد إنما هو تحقيق مقاصد الشريعة من تشريع الأحكام.
- 3- إن الاجتهاد هو ردّ فعلي على المشككين في مرونة أحكام الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وقدرتها على معالجة المشاكل الطارئة، وإعطاء الحلول لكل ما يستجد من أمور.
- 4- إن الاجتهاد يحمي الفقه الإسلامي في قضايا الأحوال الشخصية من اللجوء إلى الحيل واستخدام المخارج غير المشروعة، فوجود الاجتهاد يحل المشاكل التي تظهر نتيجة التطبيق، وبناء الأحكام الشرعية المناسبة لها.
- 5- يمكن الاجتهاد من الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية والتخفيف من حدة التعصب المذهبي، وآثاره السيئة، لإعادة بناء الفقه الإسلامي من جديد⁽¹¹¹⁴⁾.
- 6- تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء وفتح باب الاجتهاد لإعادة الدور الريادي للفقهاء الإسلاميين في مجال القضاء⁽¹¹¹⁵⁾.

1113- قد يشوب الاجتهاد القضائي عدم صحة تقدير المصلحة الحقيقية للفرد والأسرة والمجتمع في عدد من التوجيهات أو الاجتهادات في بعض قضايا الأحوال الشخصية، كتحديد سن الزواج ورفعها بالنسبة للبالغ، بما يخالف حقوقه الفطرية في إشباع حاجته الجنسية، وكذا مراعاة تقدم سن البلوغ في بلادنا وتأخره لدى الغرب.

1114- كان من آثار الاجتهاد القضائي التحرر من الالتزام المذهبي في قضايا الأحوال الشخصية، لذلك كانت وجهة الإصلاح العمل على تسطير قانون للأسرة يستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة، ويختار منها ما يكون الأقرب لتلبية حاجات ومتطلبات العصر، شريطة عدم مصادمته للنصوص الشرعية. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 11.

1115- انظر، محمد فاروق البهان: المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، (دط، دت)، ص 365-366.

نتائج الباب

يمكن تلخيص أهم نتائج هذا الباب الذي تناول أصول وضوابط الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك من خلال بيان نظريتهما إلى القضاء على أنه أحد المؤسسات الهامة في الدولة، ودوره في العملية الاجتهادية في النقاط الآتية:

أولاً: بالنسبة لتعريف القضاء

إن الناظر إلى تعريف القضاء في الفقه الإسلامي وتعريفه في القانون الوضعي يجد أنهما لا يختلفان في المضمون - وإن اختلفت ألفاظهما - فكلاهما يدور حول معنى واحد يتمثل في أن القضاء هو فصل في الخصومات بأحكام ملزمة. وعلى هذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في خصيصة كون الفصل في الخصومات يكون على سبيل الإلزام، إلا أنهما يختلفان في مصدرية الحكم، فلا يكون الفصل في المنازعات في الفقه الإسلامي إلا بالإخبار عن حكم الشارع فيها، فهذه الخصيصة هي التي تميز القضاء في الإسلام عنه في القانون الوضعي، وهي الفاصلة بينه وبين غيره من الأنظمة القضائية الأخرى.

ثانياً: بالنسبة للمشروعية

إن القضاء في الفقه الإسلامي من الأمور المشروعة فهو من أعمال الرسل -عليهم الصلاة والسلام- وقد اهتم به الإسلام وأولاه عناية فائقة، إذ ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، كما اهتمت به القوانين الوضعية أيضاً، إذ اعتبرت السلطة القضائية إحدى سلطات الدولة الثلاث. غير أن الفقه الإسلامي اعتبر فيه الجانب الدياني، إذ رتب عليه جزاءات أخروية بالثواب أو بالعقاب، وجزاءات دنيوية بالعزل وما إلى ذلك.

ثالثاً: بالنسبة للغرض من القضاء

إن الغرض من القضاء في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية هو تحقيق العدالة والصلاح العام للمجتمع، ورد المظالم إلى أهلها، وحقن الدماء وصون الأعراض، واحترام الحقوق مما يجعل الأفراد في ظله ينعمون بالأمان، ويتمتعون بالهدوء والاستقرار.

رابعاً: شروط تولي منصب القضاء

من الشروط الواجب توافرها في القاضي في الفقه الإسلامي المذكورة -على الرأي الراجح- بينما لا يشترط ذلك في النظام القضائي الجزائري، إذ لم ينص صراحة على ذلك، وبالتالي يكون الفقه الإسلامي أشمل وأوضح في اشتراط مثل هذا الشرط صراحة من التشريع الجزائري، ويعتبر هذا قصور فيه في هذه الجزئية.

خامسا: حجية الحكم القضائي

إن الحكم القضائي في الفقه الإسلامي متى صدر من قاض مختص وفق الأصول الشرعية فإنه يتمتع بالحجية لأن الظاهر صحته، وبالتالي يجب تنفيذه والعمل به وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، إلا إذا قامت أدلة قوية على أنه قد جانب الصواب، ففي هذه الحالة يجوز نقض هذا الحكم، وبالتالي لا يتمتع بالحجية، كذلك الحال في القانون الوضعي فإن الحكم القضائي يتمتع بالحجية، ولكن الحجية القانون الوضعي تختلف في مداها، فالحكم بمجرد صدوره يتمتع بحجية الأمر المقضي به، فإذا لم يطعن أحد من الخصوم على هذا الحكم بالاستئناف أو فاتت مواعيد الطعن، أو استنفذت طرق الطعن في هذا الحكم فإنه يتمتع بالحجية المطلقة وهي حجية الأمر المقضي به.

سادسا: الاجتهاد

إن الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي يعني استفراغ القاضي جهده لتزويل الحكم الشرعي على القضية المطروحة أمامه عند عدم وجود النص الذي يستند إليه من الكتاب أو السنة، وذلك بالاستدلال له بالقياس أو بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى. كما يكون عند وجود النص الظني في الثبوت أو الدلالة، فيجتهد القاضي في فهم مراد النص وتحقيق مناطه. وتختلف درجة الاجتهاد باختلاف أهلية القاضي فيه، فقد يكون القاضي مجتهدا مطلقا فيكون بذلك اجتهاده إنشائيا. أو منتسبا لمذهب معين في أصوله مع قدرته على التخريج والاستنباط وإلحاق الفروع بالأصول التي قررها إمامه، فيكون اجتهاده انتقائيا؛ وقد يكون مقلدا لمذهب معين في أصوله وفروعه فيعتبر ناقلا للفتوى؛ وقد ينطبق هذا على اجتهاد المحاكم الشرعية - كما هو الحال في بعض الدول العربية - في مجال القضاء الشرعي بالنسبة للأحوال الشخصية، فلا تخرج أحكامها عما هو مقرر في الفقه الإسلامي بوجه عام، حتى ولو كانت مقيدة في قضائها بمذهب معين؛ غير أن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري - في مجال الأسرة - يختلف مفهومه عن الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، الذي يكون القاضي فيه هو الفقيه المجتهد على رأي الجمهور، أما في التشريع الجزائري فالقاضي مقلد غايته تصحيح الحكم بنقضه أو تأكيده، وذلك بالرجوع إلى آراء وأقوال الفقهاء في القضية - محل النزاع - والترجيح بينها للأخذ بما يراه مناسبا لها. وهو بذلك لا يخرج عن تقليد مذهب معين، ولا يعدو أن يكون ناقلا للفتوى. فإن لم يجد في أقوال الفقهاء القدامى رجوع إلى الفقه الإسلامي المعاصر، وقد يجمع بين آراء القدامى والمحدثين، وقد يرجح الأخذ برأي المعاصرين إذا وجد فيه ما يناسب القضية محل النزاع.

وعلى هذا يكمن الفرق بين الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية - في مجال الأسرة - في مصدر العملية الاجتهادية؛ فمصادر الاجتهاد بالنسبة للقاضي الشرعي هي الكتاب

والسنة والقياس وباقي أدلة الأحكام الاجتهادية. أما مصدر اجتهاد المحكمة العليا عند انعدام النص القانوني فهو الأخذ بما أقره الفقهاء قديما أو حديثا في مسألة معينة، ومن هنا يتعين الفرق.

ومنه فلا يعتبر الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري -في قانون الأسرة- اجتهادا إلا تجاوزا تميزا له عن باقي القرارات الصادرة عن المحاكم الأخرى لما يتمتع به من الحجية المطلقة. فلا يعدو أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية عند التعارض بينهما بالنقض أو بالتأكيد، كما لا يعدو أن يكون تفسيرا لبعض الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن محكمة الموضوع أو المجلس القضائي، وذلك عند وجود غموض في النص، ويكون تفسيرها بالرجوع إلى أقوال الفقهاء وتفسيراتهم. وأما في الفقه الإسلامي فإن اجتهاد القاضي لا يخرج عن كونه اجتهادا إنشائيا أو انتقائيا؛ ومن ثم لا يعتبر اجتهاد المحكمة العليا إضافة فقهية للقضاء الشرعي، لكونه يرجع في تصحيح الحكم إلى ما نص عليه الفقهاء كما في القرار الصادر بتاريخ 1984/9/24: "يقول أبي زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل"⁽¹¹¹⁶⁾. وكما في القرار الصادر بتاريخ: 1984/11/19: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عمام، بقوله: الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد حرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية"⁽¹¹¹⁷⁾. ومن هنا فإن قضاء المحكمة العليا لا يعدو كونه نقلا للفتوى، وليس من قبيل الاجتهاد الفقهي المعروف. ولو كان قضاة الدرجة الأولى والثاني على قدر كبير من التخصص في الفقه الإسلامي وأصوله، لما دعت الحاجة لتدخل المحكمة العليا بالتصويب أو التخطئة، وذلك عن طريق التوفيق بين النصوص القانونية والنصوص الفقهية، وهذا العمل لا يرقى لدرجة الاجتهاد بأنواعه⁽¹¹¹⁸⁾. ذلك أن الاجتهاد القضائي الشرعي من شأنه أن يعطي حولا - لقضايا مستجدة- تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي بوجه عام، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية الواردة بشأن القضية -محل النزاع- فلا

1116- ملف رقم 34438: المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 64.

1117- ملف رقم 34791: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989.

1118- هذا بالنسبة لقانون الأسرة كون أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، فيجب إخضاع العملية الاجتهادية فيه لشروط وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي حتى يكون معتبرا. أما الاجتهاد القضائي في باقي القوانين فيأخذ مفهوما آخر يرجع إلى مدى حرية القاضي وتقييده في تفسير النصوص القانونية عند غموضها، أو تقدير الحكم عند سكوت المشرع وكيفية الأخذ من المصادر الاحتياطية. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

تظهر فيها سمة التجديد الفقهي، الأمر الذي جعل إسهامات المحكمة العليا ضئيلة في مجال تقنين أحكام الأسرة.

ومنه فإن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

الباب الثاني

تصبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي
في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول

تصبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي
في مسائل الزواج وآثاره

تمهيد

لا شك أن الروابط الأسرية والعلاقات الاجتماعية تقوم على تحقيق المصلحة العامة وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم، ومن هذه الروابط علاقة الشخص بأسرته، وما له من حقوق وما عليه من واجبات - إذا لم تكن حقوقا مالية بحتة- ومثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق - ما بين الزوجين- على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية، أو تعديل ما للزوجة على زوجها من النفقة والمعاشرة بالمعروف.

ذلك أن أحكام الأسرة تحكمها قواعد شرعية مرعية في الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة التي طرقتها الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية، والتي تعتبر بابا واسعا للاجتهاد القضائي الشرعي- الذي يمثل محور هذا البحث - في مجال شؤون الأسرة وقضاياها المتجددة.

وعليه فإن المسائل الواردة في قانون الأسرة الجزائري، والتي تحكمها النصوص القطعية الدلالة والثبوت، أو التي استقر على حكمها إجماع أو كانت محل اتفاق في الأصول والفروع بين مجتهدي المذاهب الإسلامية ليست محلا لتناولها في هذا البحث، لكونها لامساح للاجتهاد فيها. مثل الأحكام القطعية التي تنظم بعض مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، وكذا المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية والميراث والتبرعات المتضمنة في قانون الأسرة الجزائري، لضيق مجال الاختلاف فيها بين فقهاء الشريعة ورجال القانون، ولأنها متعلقة أساسا بالأحوال الشخصية التي تنظمها القوانين المدنية، وتحكمها قواعد وآداب النظام العام.

ومنه فإن مجال تطبيق الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الأسرة يخص أهم الأحكام الاجتهادية القائمة على أساس الظنية في ثبوت النص أو دلالته، أو عند انعدام النص في ذلك، والمتعلقة بالزواج وانحلاله والآثار المترتبة عن ذلك، وكذا الوقوف عند أهم المستجدات التي لا نص فيها، وللفقهاء المعاصرين رأي فيها، وبيان مدى مسaire قانون الأسرة الجزائري لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الشرعي.

وقد اهتم المشرع الجزائري بالأسرة كأصل عام، وحاول مواكبة التطورات والتغيرات التي طرأت على المجتمع الجزائري، والتي كان للمؤثرات الداخلية والخارجية دور بارز في فرض إعادة النظر في بعض المواد القانونية التي تمس بالدرجة الأولى المركز القانوني للمرأة، مستجيبا في ذلك للدعوات المطالبة بترقية دور المرأة-على غرار ما عليه المرأة الغربية- في طريقها إلى تحقيق المساواة مع الرجل في مختلف ميادين الحياة.

وهذا ما عكسه التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي مسّ مواداً معينة- لها علاقة بمركز المرأة القانوني- محاولاً بذلك سدّ بعض الثغرات والنقائص التي كان عليها قانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

حيث أعيد تقسيم الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من الأمر 05-02 إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: في الخطبة، ويتضمن المواد من 4 إلى 6.

القسم الثاني: في الزواج، ويتضمن المواد من 7 إلى 17.

والقسم الثالث: في عقد الزواج وإثباته، ويتضمن المواد من 18 إلى 22.

وقد مسّ هذا التعديل أغلب المواد -وخاصة المتعلقة منها بعقد الزواج- بين الإلغاء أو التعديل أو الإثراء، بما ينسجم وتطلعات الداعين لعصرنة الأسرة الجزائرية وفق ما تملية القوانين الوضعية الحديثة لحماية حقوق الإنسان، فكان لزاماً على المشرع الجزائري محاولة التوفيق بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما تتطلبه المصلحة ومقتضيات العصر، مما أوقعه في التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في بعض المسائل، والتناقض في بعض المواد القانونية، والتذبذب في بعض المواقف، فجاء القانون بصياغة ركيكة في بعض مواد التي جاءت مطلقة غير مقيدة مما جعلها غامضة غير جامعة ولا مانعة؛ الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإلى ما يقره الاجتهاد القضائي الشرعي في ذلك.

وسيكون محور الحديث في هذا الفصل مقتصرًا على أهم المواد المتعلقة بمسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري- التي شملها التعديل الجديد على الخصوص- والتي طرحت نفسها بقوة على ساحة النقاش الفقهي والقانوني والقضائي المعاصر في مجال الأسرة وقضاياها، وتستدعي دراسة معطياتها وبيان أحكامها الفقهية للوصول إلى إبراز قدرة الفقه الإسلامي وفاعليته لتقديم الحلول المناسبة لبعض الإشكالات القانونية والقضائية والواقعية في حياة الناس ومدى مساهمة أحكامه وتماشيا مع ما تقتضيه طبيعة العصر من جهة.

ومن جهة أخرى تعتبر ماثراً للتراع والنقاش بين مختلف التيارات الفكرية والإيديولوجية، بالنظر إلى أهميتها وطبيعتها، وذلك استناداً على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وتماشياً مع ما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري، وما استقرت عليه مبادئ الاجتهاد القضائي. وذلك مسائل الزواج وآثاره من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مقدمات عقد الزواج

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج

المبحث الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها مقارنة بقانون الأسرة

المبحث الرابع: الشروط القانونية لعقد الزواج مقارنة بالفقه الإسلامي

المبحث الخامس: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث السادس: آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مقدمات عقد الزواج

وضع الإسلام نظاما محكما للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري، وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى، لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع، فهو الأسلوب الذي اختاره الله تعالى للتوالد والتكاثر، واستمرار الحياة بعد أن أعدّ كلا الزوجين وهما بحيث يقوم كل منهما بدوره الإيجابي في تحقيق هذه الغاية، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا كريما مبنيًا على رضاها وعلى إيجاب وقبول كمظهرين لهذا الرضا، وعلى إظهاره على أن كلا منهما أصبح للآخر. فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق. ومن ثم لا بد من التطرق إلى التعريف بالزواج وبيان مميزاته وحكمه وحكمة مشروعيته، ثم الحديث عن الخطبة كمقدمة تمهيدية لعقد الزواج، وآثار العدول عنها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما استقرت عليه مبادئ الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج وبيان حقيقته ومميزاته

قبل التطرق لتعريف وبيان حقيقة الزواج في الفقه الإسلامي، ومفهومه في قانون الأسرة الجزائري، لا بد أولاً من تعريف العقد لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً

أولاً: لغة: العقد: مصدر عقده يعقده بكسر القاف، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود، وله معان كثيرة منها: (1119)

- الشدّ والربط: وهو نقيض الحل، فيقال عقد الحبل أي شده.

- التأكيد والإحكام والتوثيق: فيقال: عقد العهد واليمين أكدهما.

- العزم والجمع: ومنه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (1120).

وتأسيساً على ذلك فالعقد قد أطلق كثيراً على العهد وهو حقيقة فيه أيضاً. ولذلك يقول ابن منظور (1121): "العقد هو العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، فيقال عهدت إلى فلان كذا وكذا تأويله ألزمته، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فمعناه أنك ألزمته ذلك باستيثاق" (1122).

1- المعجم الوسيط: ص 614.

2- المائدة: الآية 1.

1121- هو محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي، صاحب لسان العرب، ولد سنة 630هـ، وتوفي سنة 717هـ. الزركلي: الأعلام، 108/7.

ثانيا: العقد في اصطلاح الفقهاء

يدور العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية حول معنيين؛ عام وخاص.

المعنى العام: هو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء كان التزام في مقابل التزام آخر، كالبيع ونحوه أم لا؛ كالطلاق واليمين، وسواء كان التزامه دينيا كأداء الفرائض والواجبات، أم التزاما دنيويا.

المعنى الخاص: وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين. وهذا هو المراد في الغالب لدى معظم الفقهاء عند إطلاق لفظ العقد على هذا المعنى الخاص⁽¹¹²³⁾.

وعلى ضوء هذا المعنى الخاص للعقد عرفه كثير من الفقهاء المتأخرين، فهو عند ابن الهمام: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما"⁽¹¹²⁴⁾.

وعرفه من المحدثين قدري باشا بقوله: "العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثرا في المعقود عليه"⁽¹¹²⁵⁾. وهو اختيار الشيخ أبو زهرة⁽¹¹²⁶⁾.

وعلى ضوء هذه التعاريف يمكن تعريفه بأنه: التزام بشيء بارتباط الإيجاب بالقبول. وتعريفه بالالتزام وارد حيث عرفه به الجصاص بقوله: "العقد ما يعقده العاقد على أمر، لأن العقد إنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه"⁽¹¹²⁷⁾. وارتباط الإيجاب بالقبول: يخرج به الالتزام الحاصل من غير ارتباط الإيجاب بالقبول، كالإرادة المنفردة مثل النذر ونحو ذلك. كما يمكن تعريفه قانونا بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"⁽¹¹²⁸⁾.

4- ابن منظور: لسان العرب، 3/296-297.

1- انظر، محي الدين علي القرداعي: مبدأ الرضا في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي- دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1985، 1/125-126.

2- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/182.

3- قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1908، ص 49.

4- انظر، أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 199 وما بعدها.

5- الجصاص: أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1986، 2/294.

6- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995، ص 47.

الفرع الثاني: تعريف الزواج لغة واصطلاحاً

أولاً: في اللغة

الزواج في اللغة: هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب: زوج فلان إبله؛ أي قرن بعضها ببعض، وتقول تزوجه النوم؛ أي خالطه، ومنه قوله تعالى: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ﴾⁽¹¹²⁹⁾؛ أي قرناءهم الذين كانوا يحضونهم ويغرونهم⁽¹¹³⁰⁾.

والزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾⁽¹¹³¹⁾؛ أي يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله، فيقرن الصالح مع الصالح، والفاجر مع الفاجر. أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد؛ أي ردت إليها، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج⁽¹¹³²⁾. ومنه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾⁽¹¹³³⁾؛ أي قرناهم بهن⁽¹¹³⁴⁾. ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعنى، بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أم بين غيرهما.

ويرادفه لفظ النكاح وهو في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البئر في الأرض إذا حرثتها وبذرتة فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها. ويكون التداخل حسياً كما ذكر، ومعنوياً كنكح النعاس العين⁽¹¹³⁵⁾.

ثانياً: في الاصطلاح

عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة تدور كلها حول الغرض المبدئي منه، وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة، وفيما يلي بيان بعض تعريفاتهم:

1129- الصافات: الآية 22.

1130- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1988، 5/4.

1131- التكوير: الآية 7.

1132- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006، 101/22-102.

1133- الطور: الآية 20.

1134- القرطبي: المصدر نفسه، 523/19.

1135- ابن منظور: المصدر السابق، 625-626.

1- تعريف الحنفية

عرفه ابن الهمام بأنه: "عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"⁽¹¹³⁶⁾. فقوله "عقد" جنس في التعريف يشمل سائر العقود، وقوله "وضع لتملك المتعة بالأنثى" يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة.

والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين، وقوله "قصدا" يحتز به عن عقد تملك به المتعة ضمنا، كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمنا إذا لم يوجد ما يمنعه⁽¹¹³⁷⁾. كما عرفوه بأنه: "عقد يفيد ملك المتعة من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي"⁽¹¹³⁸⁾؛ أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر⁽¹¹³⁹⁾.

2- تعريف المالكية

عرفه الدردير بأنه: "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة"⁽¹¹⁴⁰⁾. فالعقد مصدر عقد؛ أي تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا يستعقب أحكامه.

وقوله: "عقد" جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود. وقوله: "الحل تمتع" علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، وخرج بقوله: "غير محرم ومجوسية وأمة كتابية"، المحرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن. وقوله: "بصيغة" متعلق بعقد وهو من تمام التعريف، لأن الصيغ أحد أركان النكاح⁽¹¹⁴¹⁾.

1136- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/177.

1137- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، (دط، دت)، ص 43.

1138- ابن عابدين: رد المختار، 3/3-4.

1139- البرديسي: الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1965، ص 30. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/29.

1140- الدردير: الشرح الصغير، 1/374.

1141- ولا يقال أن هذا التعريف غير مانع لأنه يدخل فيه الملاعنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والحرمة بحج أو عمرة، لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة وما عطف عليها، فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف الحرمة والمجوسية والأمة الكتابية. انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 7/427.

3- تعريف الشافعية

عرفوه بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج"⁽¹¹⁴²⁾. فقولهم: "عقد" جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن "إباحة وطء" خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء، كالإجارة وغيرها، وقولهم: "بلفظ الإنكاح أو التزويج" خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتملك⁽¹¹⁴³⁾.

4- تعريف الحنابلة

النكاح عندهم هو: "عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل"⁽¹¹⁴⁴⁾.

وعلى هذا يمكن القول بأن هذه التعريفات متقاربة في المعنى، وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في العرف والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، ولاشك أن ذلك من أغراضه، ولكن ليست كلها، بل أن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني.

والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى، فقال السرخسي: "ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، بمتزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه، بل المقصود بها إظهار الحق والعدل"⁽¹¹⁴⁵⁾.

كما أن هذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل، مع أنه ثابت للمرأة أيضا، ولعلمهم فعلوا ذلك نظرا لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج ويطلبه، والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد، وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص، حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع⁽¹¹⁴⁶⁾.

1142- الشربيني: معني المحتاج، 3/165.

1143- الرافي: الشرح الكبير، 7/427.

1144- ابن قدامة: المعني، 9/339.

1145- السرخسي: المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، 4/194.

1146- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/29-30.

ولعلّ التعريف المختار لذلك هو: "عقد زوج يصح طلاقه، أو القائم مقامه بإيجاب وقبول بلفظ النكاح أو نحوه على امرأة خلية عن نكاح وعدة ومحرمية، لأجل التحصن وتحصيل النسل والذرية، بولي مرشد وشاهدي عدل" (1147).

وقد عرفه من المعاصرين أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليه من واجبات" (1148). وقريبا من هذا ما ذكره الشيخ عبد الرحمن الصابوني (1149).

وعرفه مصطفى شلي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به" (1150).

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، متى تم العقد، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجه، فلا يحل لأحد أن يتمتع بها، ما دام العقد قائما ولو حكما، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجه دون أن تختص بذلك التمتع.

الفرع الثالث: حقيقة النكاح

إن الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد، اختلفوا في لفظ النكاح هل هو حقيقة في العقد كذلك أم لا؟. فالناظر في كتب الفقه الإسلامي -على اختلاف مذاهبه- يجد أن الفقهاء اختلفوا في هذه القضية اختلافا متباينا. فمنهم من قال: أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، ومنهم من قال: أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، ومنهم من قال: أنه حقيقة في كل منهما على سبيل الاشتراك اللفظي، ومنهم من قال: أنه حقيقة في كل منهما على سبيل الاجتماع لا على سبيل الانفرد (1151).

فذهب الحنفية (1152) إلى أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد اعتبارا للأصل اللغوي (1153).

1147- أبو الحسين العمري: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 105/9.

1148- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 17.

1149- عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سورية، 1965، ص 69.

1150- انظر، مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46.

1151- يرجع اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في دلالة المشترك اللفظي على الأحكام وأثره. انظر، مصطفى سعيد الخن: أثر

الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط7، 1998، ص 80-81.

1152- السرخسي: المبسوط، 4/192. لكن الأصح عندهم أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، وقيل حقيقة فيهما. انظر، الدردير: الشرح

الصغير، 1/375.

1153- نقل الشريبي عن الزمخشري - وهو من علماء الحنفية - قوله: "لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد، لأن كونه بمعنى الوطاء من

باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسمة". مغني المحتاج، 3/165.

وذهب المالكية⁽¹¹⁵⁴⁾ والشافعية⁽¹¹⁵⁵⁾ إلى أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء لصحة نفيه عنه، ولاستحالة أن يكون حقيقة فيه، فيقال هذا الوطء ليس نكاحا، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه، ولكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد، حتى أنه قيل لم يرد في القرآن إلا في العقد، ولا يرد عليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹¹⁵⁶⁾، لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت في السنة، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حتى تنكح﴾، حتى تتزوج ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بد مع العقد من تذوق العسيلة⁽¹¹⁵⁷⁾.

وذهب بعض الحنابلة إلى أنه حقيقة في كليهما، حيث قالوا: "الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾"⁽¹¹⁵⁸⁾، وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد"⁽¹¹⁵⁹⁾. وقيل هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكا لفظيا⁽¹¹⁶⁰⁾، ويتعين المقصود بالقرائن، ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في العقد تارة، وفي الوطء تارة أخرى دون قرينة⁽¹¹⁶¹⁾. وأما لفظ النكاح اصطلاحا: "فهو عقد بين الزوجين يحل به الوطء"⁽¹¹⁶²⁾.

وتظهر ثمره الخلاف بين الحنفية والجمهور، فيمن زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده، وتحرم عليه أمها وبناتها عند الحنفية⁽¹¹⁶³⁾، وكذا تحرم عند الحنابلة⁽¹¹⁶⁴⁾، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾⁽¹¹⁶⁵⁾، والنكاح حقيقة في الوطء، فاقضى عموم الوطء

1154- لكن الأصح عندهم أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل حقيقة فيهما. انظر، الدردير: الشرح الصغير، 1/375.

1155- الشريبي: مغني المحتاج، 3/165.

1156- البقرة: الآية 230.

1157- أبو حامد الغزالي: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 4/2.

1158- النساء: الآية 22.

1159- ابن قدامة: المغني، 9/339.

1160- والقول أن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو مقرر في كتب الأصول من أنه إذا دار اللفظ بين الاشتراك والمجاز، فالجواز أولى لأنه أبلغ وأغلب. انظر، محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، (دط، دت)، ص 396.

1161- ابن قدامة: المغني، 9/339-340. العيني: البناية في شرح الهداية، 4/471. الشريبي: مغني المحتاج، 3/165.

1162- الشوكاني: نيل الأوطار، 12/20.

1163- انظر، العيني: المصدر نفسه، 4/530.

1164- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 9/526.

1165- النساء: الآية 22.

تحريم التي وطئها الأب، ولا تحرم موطوءة الأب من الزنا عند الجمهور⁽¹¹⁶⁶⁾، وفيما لو علق الطلاق على النكاح فإنه يحمل على العقد عند الجمهور لا الوطء إلا إن نواه⁽¹¹⁶⁷⁾، كمن علق طلاق زوجته على نكاح أخرى، فإنها تطلق بمجرد العقد على الثانية عند الشافعية إلا إذا نوى بلفظ النكاح الوطء، ولا تطلق عند الحنفية إلا بالوطء.

الفرع الرابع: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري

عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج في مادته الرابعة بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽¹¹⁶⁸⁾.

يلاحظ على هذا التعريف القانوني أمور:

1- اعتبر المشرع الجزائري الزواج عقد رضائي؛ بمعنى أنه لا يجوز الإكراه فيه، وهذا أمر مسلم به، أما اعتباره ركنا يقوم عليه الزواج؛ بمعنى أن الرضا هو الأصل الذي تدور حوله أركان العقد، فالرضا ليس ركنا لأنه لا يعرف إلا عن طريق الصيغة التي هي الركن، ولأن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فتنبؤ الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره، لأنها هي التعبير عنه في شكل الإيجاب والقبول. فيكون بذلك الرضا شرط في انعقاد الزواج لأن كل ما يطلب توفره في الأركان عند انعقاد العقد يدخل ضمن شروط الانعقاد⁽¹¹⁶⁹⁾.

2- أنه صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، بينما جاء تعريف بعض الفقهاء مبهما بإطلاق لفظ "المتعة"، والاستمتاع المقصود في عقد الزواج، وإن كان هو استمتاع الرجل بالمرأة بداهة، إلا أن خلوّ التعريف من ذكر ذلك يجعله غير مانع، ومن شروط التعريف أن يكون جامعا مانعا.

1166- الماوردي: الحاوي الكبير، 214/9-215.

1167- الشريبي: المصدر نفسه، 166/3. أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب- تحقيق وتعليق- محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط1، 1997، 3/5.

1168- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 كما يلي: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

1169- انظر، محمد محدة: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور. محمد أحمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص41.

3- أنه لم يتعرض محلّ عقد الزواج وآثاره القانونية- وهذا ما ذهب إليه أغلب تشريعات البلاد العربية⁽¹¹⁷⁰⁾، وموضوع العقد هو الاستمتاع، وآثاره الإباحة، أما ما جاء في القانون فهو غاية للعقد، فيكون بذلك قد أهمل موضوع العقد، واكتفى بذكر غايته وهي تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

وعلى هذا فإن تعريف الفقهاء للزواج تعريف علمي، فإن كل عقد لا بد له من محلّ يرد عليه، وأثره الذي يترتب عليه. فموضوع عقد الزواج هو الاستمتاع والمعاشرة، وأثره هو حل الاستمتاع على الوجه المشروع، وإغفال القانون ذلك في تعريفه قصور. ولعل عذر القانون في هذا الإغفال هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه.

الفرع الخامس: مميزات عقد الزواج وطبيعته

يمتاز عقد الزواج في الفقه الإسلامي بجملة خصائص تميزه عن باقي العقود، مما يجعل له طبيعة خاصة وبيان ذلك فيما يأتي:

أ- مميزات عقد الزواج

أولاً: أن الأصل فيه أن يكون أبدياً فهو غير قابل للتوقيت، فأبي توقيت فيه يفسده؛ لأن الله تعالى شرع هذا العقد ليكون عقداً أبدياً بين رجل وامرأة تحل له، فإذا اشترط أحد الزوجين التوقيت فيه كان عقداً غير صحيح⁽¹¹⁷¹⁾.

ثانياً: أنه عقد مدني يحمل طابعاً دينياً⁽¹¹⁷²⁾، وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي على أن رباط الزواج ليس إلا عقداً من العقود المدنية، وإن كان مع ذلك يحمل طابعاً دينياً. إلا أنه لا يخضع لطقوس

1170- حيث عرفته المادة الأولى من القانون السوري بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل". قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7. انظر، مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 29/1.

1171- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، ص 70.

1172- لا يقصد بذلك أنه سرّ مقدس لا يتم إلا أمام رجل الدين، فالزواج في الإسلام عمل مدني بحت، لا يحتاج إلى تدخل رجل الدين ومباركته، وإنما المقصود بذلك اعتبار الدين الإلهي في الزواج الإسلامي، وتترتب على ذلك نتائج منها: أنه لا يجوز للمسلم الزواج من غير ذات الدين، ولا يُعترف بزواج المرتد، كما أن الدين الإسلامي يعتبر الزواج حقاً طبيعياً لصيقاً بالشخص، فكل قيد على إمكانية الزواج يضر بالفرد والاجتمع على السواء، ويعتبر غير مشروع في النظام الإلهي للزواج، وهذا لا يمنع ولي الأمر من تنظيم هذه الحرية، مثل منع المسلم من زواج الكتابية في بعض المجتمعات الإسلامية، أو منع بعض السياسيين من التزوج بالأجنبيات فهذا تنظيم لا يمنع. فكل منع للزواج يعني مخالفة النظام الإلهي من ناحية، ودعوة إلى العلاقات غير المشروعة من ناحية أخرى وكلاهما محرم في حكم الإسلام. انظر، محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 92-93.

دينية ولا تقاليد خاصة، بل يتم بأي شكل كان سواء بالمسجد أو بالبيت، وسواء أمام جموع أو أفراد من الناس، ولا يشترط فيه كلام معين، أو عبارات خاصة، فكل كلام يعبر عن إرادة الزوجين في الزواج تعبيرا صادقا صح به عقد الزواج (1173).

أما أنه عقد مدني فلأنه يُشترط فيه ما يُشترط في كل عقد من الرضا الذي يدل عليه الإيجاب والقبول، وهو بذلك لا يزيد عن كونه عقداً من العقود المدنية الأخرى (1174).

وأما أنه مطبوع بطابع ديني فلأنه لا يتزل إلى المستوى العادي لسائر العقود المدنية، فالواقع أن عقد الزواج في الإسلام يحظى بشيء كبير من التقدير الديني، فالقرآن الكريم وهو المصدر الرئيسي في مصادر التشريع الإسلامي يتحدث عن عقد الزواج بتسميته ميثاقاً غليظاً، ومصداق ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (1175).

كما أن النبي ﷺ قد جعله من سنته، وهذا يعني أنه مطلوب في نظر الشريعة، ولذلك شرع له احتفالا خاصا لا يوجد في العقود الأخرى، ويبدأ عقده بالتمهيد له بالاختيار المنظم في الغاية والهدف، وبالخطبة. ذلك هو كل ما في الزواج من الطابع الديني، أما ما عداه من التنظيمات باتباع إجراءات معينة فهي ليست إلا من قبيل التنظيم الإداري الذي تشرعه الدولة لضمان حقوق الناس.

ومما سلف يمكن القول بأن عقد الزواج في الإسلام جاء موقفا وسطا بين اتجاهين متعارضين: (1176)

الاتجاه الأول: أن عقد الزواج عقد ديني بحيث لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين وبواسطتهم، فإذا عقد خارجا عن ذلك لم يكن معترفا به في الدين ولا تترتب عليه آثاره، وهذا ما قرره بعض الشرائع الدينية.

1173- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، ص 70.

1174- صحيح أن الإسلام يشترط في هذا العقد الإشهاد، لكن ذلك ليس إلا حفاظا وضمانا للنتائج المترتبة عليه، وهذه النتائج ذات أهمية كبيرة في المجتمع الإسلامي، فمعاشرة الرجل للمرأة معاشرة مستديمة قد يختلط الأمر فيها بين أن يكون زواجا، وبين أن يكون سفاحا لذلك اشترط الإسلام الإشهاد على الحياة الزوجية، ومعيشة الزوجين معا. وهذه الزوجية ذات آثار خاصة وهي متعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، وهي عرضة للحدود من أحد الزوجين، كما أن ثبوت النسب وما يتفرع عنه من الإرث يحتاج إلى أن يكون عقد الزوجين الذي جاء بسبب عقد موثق معترف به وطريق ذلك الإشهاد. انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 31/1.

1175- النساء: الآية 21.

1176- انظر، عبد الفتاح محمد ظافر كباره: الزواج المدني وموقف الإسلام منه، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، 1980، ص 140-141.

الاتجاه الثاني: أن عقد الزواج عقد مدني بحت لا علاقة له بالدين ولا صلة له به، وهذا ما ذهب إليه بعض القوانين الأوروبية وعلى رأسها فرنسا، وإن كانت هذه الدول تتفاوت فيما بينها حول إلزامية العقد المدني.

والإسلام في موقفه الوسط هذا ينسجم مع مبادئه العامة، فالإسلام لم يعرف ولا يعترف بطبقة رجال الدين⁽¹¹⁷⁷⁾، إذ أن المسلمين جميعا يتساوون فيما بينهم في الحقوق والواجبات والمكانة الاجتماعية.

والخلاصة أن مدنية الزواج أمر مستقر في الشريعة التي لم تحطه بإطار الطقوس الرسمية، والتي لم تطلب تدخل سلطة دينية أيا كانت صفتها بأمره، فالزواج في الإسلام عقد مدني محاط بإطار ديني. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية أول مؤسس للزواج المدني الذي أخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية الحديثة⁽¹¹⁷⁸⁾.

ثالثا: أنه عقد يقوم على الرضائية فلا يجوز الإكراه فيه، وأنه يتم دون إجراءات شكلية معينة⁽¹¹⁷⁹⁾، فيكفي لانعقاده مجرد الإيجاب والقبول دون أن يشترط لتمامه شكلا معينا، والأصل في القانون أن العقود رضائية ما لم ينص القانون على اعتبارها شكلية، ويعتبر العقد رضائيا ولو اشترط القانون لإثباته طريقة معينة، إذ شروط إثبات العقد غير شروط انعقاده، فالعقد الذي يشترط القانون طريقة معينة لإثباته يعتبر موجودا ولكن لا يتم إثباته إلا عن طريق عينها القانون، بينما العقد يعتبر غير موجود إذا اشترط لانعقاده إجراء شكليا معينا⁽¹¹⁸⁰⁾.

وللتفصيل أكثر لا بد من بيان طبيعة عقد الزواج.

ب- طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

الباحثون في نظرية العقد عرفوا العقد الرضائي بأنه: ما يكفي في انعقاده اقتران الإيجاب بالقبول، ويكون رضا الطرفين وحده موجدا ومكونا للعقد كالإجارة والوكالة وأكثر العقود⁽¹¹⁸¹⁾.

1177- وقد درج الناس -بالخطأ- على إطلاق اسم رجال الدين على علماء الشريعة، إلا أنهم لا يفترون عن غيرهم من رجال التخصص في المجالات العلمية الأخرى، فهم يحتصون بعلم الشريعة وتعليمها للناس من غير أن يستتبع هذا امتيازهم في حق أو مكانة.

1178- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 52/1.

1179- حتى وإن اشترطت الشهادة فيه فهي للتوثيق والعلائية، وليست الشكلية فيه ركن انعقاد، فعقد الزواج الأصل فيه رضا الزوجين رضاء تاما يصدر عن إرادتهما بتكوين هذا العقد. انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 70. أما إجراءات توثيقه فتدخل في إطار التنظيم الإداري.

1180- انظر، فريد فتیان: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، العراق، 1985، ص 19.

1181- انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995، ص 59.

أما العقد الشكلي فهو: ما لا يتم بمجرد تلاقي القبول بالإيجاب، بل يجب لانعقاده اتباع شكل مخصوص نص عليه القانون⁽¹¹⁸²⁾. من ذلك عقد الزواج الذي يشترط الجمهور لصحته حضور شاهدين وولي بخلاف الأحناف الذين يشترطون الشاهدين دون الولي إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة وزوجت نفسها بكفء وعمهر المثل⁽¹¹⁸³⁾.

وهذه الشكلية في عقد الزواج دليل فيما يقول أبو زهرة: "على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون بإباحة الشارع وبكلمة الله ورحمته، فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ولا برضاها المنفرد، بل لا بد من أمور يشترطها الشارع ليبیح تلك العلاقة التي كان الأصل فيها التحريم صونا للأعراض وحفظا للحرمان ومنعا للسفاح، فوضع الشارع حدودا ورسومًا تكون حدا حاجزا بين الحلال والحرام وفيصلا للترفة بين النكاح والسفاح وكان ذلك بالشهرة والإعلان، فكان لا بد أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدین"⁽¹¹⁸⁴⁾.

وعلى هذا يرى أبو زهرة أن عقد الزواج عقد شكلي لا رضائي، لأن الشارع ينفي اعتباره ولا يرتب أحكامه بحمايته. بمجرد تراضي الطرفين عليه، بل لا بد من الإشهاد على مذهب الجمهور، وبالإعلان والإشهاد على المشهور عند مالك⁽¹¹⁸⁵⁾، وإن كان الرضا أساسيا فيه عند الجمهور، ولا جدوى في أن يقال أن الشهادة في النكاح شرط صحة لا شرط انعقاد لأنه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده من جهة، ولأنه على أي اعتبار لا يعترف الشارع الإسلامي بوجود العقد، ويرتب الأحكام عليه مجردا إذا لم ينشأ بشهادة الشهود⁽¹¹⁸⁶⁾.

والحقيقة أن الناظر في عقد الزواج يجد تكوينه وانعقاده يتم بتحقيق ركن وشرائط انعقاده، وهذه الشرائط مرجعها إلى التحقق من تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما على شيء واحد، وإذا كان انعقاد الزواج يكفي فيه تراضي الطرفين ولا يتوقف على شيء آخر غير رضاها، فهو من هذه الوجهة عقد رضائي، لكن إذا كان مجرد الانعقاد لا يرتب عليه كل آثاره الشرعية من صحته بعد انعقاده، وأن من شرائط صحته شرط زائد عن رضا الطرفين، وهو إعلانه بحضور الشهود ينتج عنه أنه عقد شكلي، لأنه

1182- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع نفسه، ص 59. فريد فتیان: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 19.

1183- على تفصيل في ذلك سيأتي في موضعه.

1184- يقصد بذلك الإشهار والإعلان مع الإشهاد. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 52 وما بعدها.

1185- انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع نفسه، ص 59.

1186- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 57.

لا تترتب عليه كل آثاره الشرعية إلا بتوفر شيء خارج عن رضا الطرفين، فهو من هذه الناحية عقد شكلي (1187).

المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه

الفرع الأول: مشروعية النكاح

ثبتت مشروعية النكاح بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ (1188). ففي هذه الآية خطاب للأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء، لأن الأيامي جمع أيم، وهو من لا زوج له من النساء والرجال، وإن كان أكثر استعماله في النساء (1189). فالإسلام يلفت النظر إلى أن الله جعل الزواج سبيلاً إلى الغنى، وأنه سيحمل عنه هذه الأعباء، ويمده بالقوة التي تجعله قادراً على التغلب على أسباب الفقر (1190).

وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ حَفِظْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ (1191). وقوله أيضاً: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (1192). فالله تعالى خلق سائر الأزواج من أمثالهم من الرجال والنساء ليستأنسوا إليها؛ لأنه جعل بين الزوجين من الأنس ما لم يجعل من غيرهما (1193).

ثانياً: السنة النبوية

فقد وردت أحاديث كثيرة تحض على الزواج وترغب فيه، من ذلك قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج" (1194).

1187- انظر، عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990، ص 27.

1188- النور: الآية 32.

1189- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 15/229.

1190- السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (دط، دت)، 7/2.

1191- النساء: الآية 3.

1192- الروم: الآية 21.

1193- الماوردي: الحاوي الكبير، 3/9.

1194- سبق تخريجه، ص 7.

وقوله ﷺ: "تزوجوا الولود الودود فإني مكاثركم الأمم يوم القيامة"⁽¹¹⁹⁵⁾، وقوله أيضا: "من أحب فطرتي فليستنّ بسنتي ومن سنتي النكاح"⁽¹¹⁹⁶⁾. كما وردت أحاديث أخرى تحذر من ترك الزواج منها قوله ﷺ: "النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني"⁽¹¹⁹⁷⁾.

هذا ومن يتتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد كبير منها، حيث سماه القرآن بالميثاق الغليظ، وجعله النبي ﷺ سنة من سننه.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع⁽¹¹⁹⁸⁾.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي للزواج

يقصد بالتكييف الشرعي للزواج حكمه من الناحية الشرعية، أو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي؛ أي ما يثبت له شرعا من جهة لكونه مطلوباً فعلاً، أو مطلوباً تركه. والزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية، ومن لا يحسنها، ومنهم من يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة. وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتعدد أحكامه باختلاف أحوال الناس.

وعلى هذا فإن حكم الزواج تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب وندب وإباحة وكراهة وحرمة. غير أن العلماء قد اختلفوا في حكمه حال كون المكلف معتدلاً قادراً على تكاليف الزواج، واثقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم، ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، وهذه الحالة هي الأصل في الزواج، وسبب اختلافهم هو تباين وجهات نظرهم في دلالات النصوص الواردة في حكمه، والغرض المقصود منه، وبيان ذلك كالتالي:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹¹⁹⁹⁾ والمالكية⁽¹²⁰⁰⁾ وبعض الشافعية⁽¹²⁰¹⁾ ووافقهم الحنابلة في المشهور عندهم⁽¹²⁰²⁾، إلى أنه سنة مندوب إليه؛ لأن القرآن أمر به، وحضّ عليه الرسول ﷺ في أكثر

1195- أخرجه النسائي: كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد، حديث رقم 5323. السنن الكبرى، 160/5-161.

البيهقي: كتاب النكاح، باب استحباب تزوج بالودود الولود، حديث رقم 13475. السنن الكبرى، 131/7.

1196- أخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب الرغبة في النكاح، حديث رقم 13451. السنن الكبرى، 124/7.

1197- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث 5063. الجامع الصحيح، 354/3.

1198- ابن قدامة: نفس المصدر السابق، 340/9.

1199- انظر، العيني: نفس المصدر السابق، 475/4.

1200- ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، عالم الفكر، القاهرة، ط1، 1985، ص 193.

1201- أبو الحسين العمري: البيان في مذهب الإمام الشافعي، 109/9.

من حديث. فالأوامر الواردة فيه مصروفة عن الوجوب بقرائن؛ فقله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا﴾⁽¹²⁰³⁾، باعتبار أنها مسوقة لبيان العدد المباح من النساء لا لإيجابه، وإذا كان الأمر فيها للإيجاب للزم أن يكون تزوج العدد واجبا ولم يقل به أحد، وفي قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾⁽¹²⁰⁴⁾، ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقوله ﷺ: "النكاح سنتي"⁽¹²⁰⁵⁾، ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعا من التزويج.

كما أن النبي ﷺ ذكر أركان الدين وبين الفرائض والواجبات، ولم يذكر النكاح من بينها، كما أنه لم ينكر عدم الزواج على بعض الصحابة-رضي الله عنهم-.

وذهب بعض الشافعية إلى أنه مباح؛ لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد، وهي قضاء شهوته، فيكون مباحا كالأكل والشرب. واستحبوا تركه للعبادة، اهتماما بشأنها، فهي مفضلة عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُعْطِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾⁽¹²⁰⁶⁾، فطلب العفة بترك النكاح لمن استحبه له أو كان مكروها في حقه، مفضل عليه⁽¹²⁰⁷⁾.

غير أن ما ذهبوا إليه من القول بالإباحة استنادا إلى أنه أمر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة؛ لأن التخلي للعبادة أفضل، تردّه الأدلة القطعية من القرآن والسنة، ذلك لأن الزواج فيه إعفاف للنفس عن الفاحشة، والقيام بشؤون الأسرة وتربية الأولاد، مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة تشمل المتعبد بها وغيره، وتحقق قصد الشارع من تشريع النكاح⁽¹²⁰⁸⁾.

وذهب الظاهرية إلى أنه فرض عين على كل قادر استنادا إلى ظواهر النصوص الآمرة به، والتي تفيد الوجوب مثل قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽¹²⁰⁹⁾، وقوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"⁽¹²¹⁰⁾، فهذه النصوص وردت في طلب الزواج والحث عليه

1202- ابن قدامة: المغني، 9/341.

1203- النساء: الآية 3.

1204- النور: الآية 32.

1205- سبق تخريجه، ص 259.

1206- النور: الآية 33.

1207- الشريبي: معني المحتاج، 3/169.

1208- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 63.

1209- النساء: الآية 3.

1210- سبق تخريجه، ص 7.

بصيغة الأمر، ولأن الصحابة-رضي الله عنهم- التزموه ولم يتركوه، ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه⁽¹²¹¹⁾.

ومنهم من قال إنه فرض كفاية كالجهاد؛ لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الإنساني بالتناسل والتوالد، ويكفي في تحقق ذلك أن يفعله البعض، وهذا محكي عن بعض فقهاء الحنفية⁽¹²¹²⁾.

ومما سبق ذكره يترجح ما ذهب إليه الجمهور من أنه مستحب مندوب إليه شرعا في حالة الاعتدال⁽¹²¹³⁾.

هذا، وقد يعرض للزواج ما يجعله واجبا أو حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، وهذه الحالات كالآتي:⁽¹²¹⁴⁾

الوجوب: إذا خاف الشخص على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، وكان قادرا عليه بالمال، واثقا من العدل مع أهله، فإذا لم يتزوج كان آثما مستحقا للعقاب؛ لأن صيانة نفسه من الوقوع في الحرام واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وهذا قول عامة الفقهاء⁽¹²¹⁵⁾.

فقد جاء في المغني: "من يخاف على نفسه الوقوع في محذور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح"⁽¹²¹⁶⁾. والظاهرية يوجبون الزواج على القادر عليه دون تعليقه على الخوف في الوقوع في الفاحشة⁽¹²¹⁷⁾.

الحرمية: إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادرا عليها، ولكنه يقطع بأنه يظلم زوجته بالإيذاء أو لعدم قدرته على المعاشرة الزوجية أو عدم قدرته على النفقة⁽¹²¹⁸⁾، فيكون الزواج

1211- ابن حزم: الخلى، 9/440-441. وانظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 24.

1212- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/477.

1213- انظر، مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 63.

1214- جاء في فقه الحنفية أن النكاح في حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة، وحالة التوقان واجب، وحالة الخوف من الجور مكروه. عبد الله بن محمود الموصل: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د، دت)، 3/83.

1215- عبد الكريم زيدان: الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993، 6/14-15.

1216- ابن قدامة: المغني، 9/341.

1217- ابن حزم: الخلى، 9/440.

1218- لكن إذا علمت المرأة بعدم قدرته على تحمل أعباء الزواج ورضيت جاز. انظر، النووي: المجموع شرح المهذب، 17/206. وعبد الكريم زيدان: الفصل، 6/18-19.

حراما لأنه طريق للوقوع في الحرام، وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراما، ولكن حرمة تكون لغيره⁽¹²¹⁹⁾.

الكراهة: إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة الزوجية، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج⁽¹²²⁰⁾. قال ابن جزى المالكي: "النكاح المكروه هو لمن لم يخف الزنا، وخاف ألا يقوم بحقوقه"⁽¹²²¹⁾، وجاء في حاشية الصاوي: "إن خاف به- أي النكاح- قطعه عبادة غير واجبة كره له النكاح، سواء رجا النسل بهذا النكاح أم لا"⁽¹²²²⁾. وقال الحنفية: "يكون النكاح مكروها كراهة تحريم إذا خاف من الجور على زوجته، فإن تيقنه حرم"⁽¹²²³⁾.

الندب: لمن له شهوة يأمن معها الوقوع في المحذور، فهذا الاشتغال به أولى له من التخلي لنوافل العبادة، وأما من لا شهوة له ففيه وجهان، الأول: يستحب له النكاح لعموم ما ذكر، والثاني: التخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح، وهذا على هو المشهور عند الحنابلة⁽¹²²⁴⁾.

وعند المالكية بالنسبة لغير الراغب في النكاح، ولكن عنده مؤنة النكاح ولا يخاف إذا تزوج انقطاعه عن عبادة مندوبة ورجا بزواجه النسل، فالنكاح في حقه مندوب⁽¹²²⁵⁾.

الإباحة: إذا كان الشخص غير راغب في الزواج، ولا يصرفه عن مندوب ولا يرجو به نسلا، وكان قادرا على مؤنة الزواج، ومن الواضح أن غير الراغب فيه هو من لا شهوة له في النكاح غالبا، إما لكبر أو مرض أو علة وهو مذهب المالكية⁽¹²²⁶⁾.

أما عند الحنفية فيكون الزواج مباحا إذا لم يقصد به إقامة السنة، بل قصد به مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة، ولم يخش شيئا من عدم الإيفاء بموجب الزواج، أو خاف من ذلك خوفا غير راجح⁽¹²²⁷⁾.

1219- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 23، ومصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 64.

1220- قد تكون الكراهة تحريمية أو تزيهية حسب ما يخشاه من أنواع الظلم.

1221- ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية، ص 193.

1222- الصاوي: بلغة السالك، 374/1.

1223- ابن عابدين: رد المختار، 7/3.

1224- ابن قدامة: المغني، 342/9.

1225- الصاوي: المصدر نفسه، 374/1.

1226- الصاوي: المصدر نفسه، 374/1.

1227- العيني: البناية في شرح الهداية، 476/4.

وأما الشافعية فعلى رأيهم يكون مباحا عند من لم يحتج إلى النكاح لعدم توقانه للوطء، ووجد القدرة المالية على الزواج، فلا يكره له الزواج لقدرته عليه، ولأن مقاصد النكاح لا تنحصر في الرغبة في الوطء، ومعنى ذلك أن الزواج في حقه مباح⁽¹²²⁸⁾.

وأما الحنابلة فيرون أن النكاح يكون مباحا في حق من لا شهوة له، والتخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح، ويمنع زوجته من التحسين بغيره، ويضر بها بجسها على نفسه، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها، ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه⁽¹²²⁹⁾.

يتلخص مما سبق اتفاق الفقهاء على وجوب النكاح لمن خاف على نفسه الوقوع في الفاحشة، وكان قادرا على تكاليف الزواج، كما اتفقت كلمة الجمهور على ندبه فيما وراء ذلك على الجملة، أما على التفصيل: فيكره في حق غير القادر على الإنفاق، وهذا يكسر شهوته بالصوم، ويجرم على فاقد القدرة على النكاح والإنفاق ودرءا لمفسدة حبس زوجته على ذمته، الأمر الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بها وحرمانها من النسل.

الفرع الثالث: حكمة مشروعية الزواج

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة، وهي ما يترتب عليه من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد، وللزواج حكم كثيرة منها ما يعود على الزوجين، ومنها ما يعود على المجتمع. والمتبع للنصوص الشرعية الواردة بشأنه يستطيع أن يستنبط منها بعضها، يقول الشاطبي في هذا الصدد: "النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتحمل بمال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو إخوته، والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح بالقصد الثاني، وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها، ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصود للشارع أيضا، كما روي عن فعل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في نكاح أم كلثوم بنت علي -كرم الله وجهه- طلبا لشرف النسب، ومواصلة أرفع البيوتات"⁽¹²³⁰⁾.

1228- النووي: روضة الطالبين، 5/ 363.

1229- ابن قدامة: المصدر نفسه، 9/ 343-344.

1230- الشاطبي: الموافقات، 3/ 139.

وتتحلى الحكمة من تشريع النكاح بما تظهر له من مصالح دينية ودينية تترتب عليه، وهي مقصودة للشارع منه، وأهم هذه المصالح:

1- **حفظ النوع الإنساني:** ويتحقق ذلك بنظام الزواج الشرعي، الذي هو ضروري لبقاء الدنيا إلى الأجل الذي قدره الله لها، واستمرار بقاء الجنس البشري لا يتحقق أيضا خارج نظام الزواج وقيوده؛ لأن المطلوب وجود وبقاء الجنس البشري على النحو اللائق بالبشر، وليس على نحو استمرار وجود الحيوانات، قال ابن الهمام: "سبب مشروعية النكاح تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل، وإلا فيمكن إبقاء النوع البشري بالوطء على غير الوجه المشروع، لكنه مستلزم للتظالم وسفك الدماء وضياع الأنساب بخلافه على الوجه المشروع" (1231).

2- **تحقيق الأُنس والراحة بين الزوجين:** إن تشريع الزواج في الإسلام يحقق الأُنس والاستقرار للرجل بسكونه إلى زوجته، ويحقق المودة والرحمة بين الزوجين، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (1232)، وجاء في تفسير هذه الآية الكريمة: "أن الله تعالى خلق للرجال من جنسهم إناثا تكون لهم أزواجا ليسكنوا إليها، وجعل بين الزوجين مودة وهي المحبة، ورحمة وهي الرأفة من غير أن تكون بينهما سابق معرفة ولا لقاء، ولا رابطة تستدعي مثل هذه المحبة والرأفة التي يشعر بها الزوجان بعد عقد الزواج" (1233).

3- **تحصين النفس من الوقوع في مهالك الرذيلة:** حيث يختص الرجل بزوجه لا يزاحمه فيها غيره، ومن آثار هذا الاختصاص إيجاد النسل الثابت النسب منهما، وما يتبع ذلك من رعاية مادية ومعنوية لهذا النسل من قبل الزوجين، فينشأ هذا النسل سويا خاليا من مظاهر الانحراف، بخلاف ما تنشئه العلاقات غير الشرعية القائمة بين رجل وامرأة من نسل يرفضه المجتمع، ولا يعترف له بحق ولا يجد حنان الوالدين ولا رعايتهما.

4- **تكثير أفراد الأمة الإسلامية:** فبكثرهم تحصل القوة للأمة، ولهذا ندب الإسلام إلى نكاح المرأة الولود، فقد جاء في الحديث الشريف: "تزوجوا الولود الودود فيني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة" (1234)، وفيه أيضا تحقيقا لمباهاته ﷺ بأتمته يوم القيامة.

1231- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 177/3. وانظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002، 492/2-493.

1232- الروم: الآية 21.

1233- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 430/3.

1234- سبق تخريجه، ص 259.

5- تكوين أسرة صالحة: فالأسرة هي الوحدة الأساسية لبناء المجتمع وهي الخلية التي تتربى فيها أنواع النوازع الاجتماعية في الإنسان عند أول استقباله للدينا، وفيها يعرف ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وفيها تتكون مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية، وتبذر بذرة الإيثار، فتتمو أو تخبو بما يصادفها من أجواء في الحياة العامة، وفي الجملة فإن المجتمع القوي إنما يتكون من أسر قوية، لأنها وحدة البناء فيه⁽¹²³⁵⁾.

وخلاصة تشريع الزواج في الإسلام هو إيجاد النسل لبقاء الجنس البشري عن طريق اتصال الرجل بالمرأة على الوجه الشرعي، فيحصل بذلك مقصود الزواج من إيجاد النسل، وتكوين الأسرة المتماسكة التي ينشأ فيها هذا النسل. يقول السرخسي في ذلك: "ثم يتعلق بهذا العقد -عقد الزواج- أنواع من المصالح الدينية والدينية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن، والإنفاق عليهن، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة رسول الله ﷺ وتحقيق مباحاة الرسول ﷺ يوم القيامة"⁽¹²³⁶⁾.

المطلب الثالث: الخطبة في عقد الزواج

نصت المادة الخامسة على أن: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة. إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"⁽¹²³⁷⁾.

يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات، يبين كل واحد من المتعاقدين مطالبه ورغائبه، فإذا تلاقت الرغبات أقدماً، فيتم العقد بتلاقي الإرادتين ووجود العبارتين الداليتين على ذلك. وعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقديه، إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية، وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، ولهذا كانت لمقدماته أهمية بالغة لما له من خطورة وشأن. وإن الشريعة

1235- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص19. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، 12/1-13.

1236- السرخسي: المبسوط، 192/4.

1237- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها. إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك".

الإسلامية كسائر الشرائع لم تكن بمقدمات أي عقد من العقود سواه، فقد عنيت بها وجعلت لها أحكاماً خاصة.

فقد أقر التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى بالخطبة أو الوعد بالزواج حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية، وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة، والصفاء والوئام فتدوم العشرة ويشيع الوفاق.

وفيما يلي بيان لمفهوم الخطبة وآثار العدول عنها من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك من خلال ما يأتي⁽¹²³⁸⁾:

الفرع الأول: الخطبة وطبيعتها الفقهية والقانونية

أولاً: تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: يقال: خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخطبة؛ أي ألقى عليهم خطبة، وخطب فلانة خطبة: طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج⁽¹²³⁹⁾.

فهي بهذا المعنى التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها.

ب- في الاصطلاح: تعددت تعريفات الخطبة لدى الفقهاء قديماً وحديثاً على النحو الآتي:

فقد عرفها الحنفية بأنها: "طلب التزوج"⁽¹²⁴⁰⁾. وعرفها المالكية بقولهم: "الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"⁽¹²⁴¹⁾.

في حين عرفها الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"⁽¹²⁴²⁾. وقال الحنابلة فيها: "هي خطبة الرجل المرأة لينكحها"⁽¹²⁴³⁾.

كما عرفها من المعاصرين الشيخ أبو زهرة بقوله: "هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"⁽¹²⁴⁴⁾.

1238- فصل فقهاء الشريعة الإسلامية الحديث في أحكام الخطبة وشروطها وضوابط النظر إلى المخطوبة وأثرها، ومنه فلا داعي للتعرض بالتفصيل لأحكامها عدا ما يخص مسائلها المتعلقة بالبحث.

1239- ابن منظور: لسان العرب، 1/360-361.

1240- ابن عابدين: رد المختار، 3/8.

1241- الخطاب: مواهب الجليل، 3/407.

1242- الشربيني: معني المحتاج، 3/183.

1243- ابن قدامة: المغني، 9/567.

1244- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 26.

ج- تعريف المشرع الجزائري

جاء في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري أن: "الخطبة وعد بالزواج". حيث يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية. ومؤدّى ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء. غير أن هذه الفقرة أغفلت النص على عدم جواز الخطبة على الخطبة لورود النهي عن ذلك في السنة النبوية⁽¹²⁴⁵⁾.

فيستحسن تعريفها على النحو الآتي: "الخطبة وعد بالزواج، ليس لها من أثر إلا أنها تمنع الغير إتيانها".

وعلى هذا يمكن أن يُستنتج من تعريفات الخطبة قديما وحديثا التكييف الفقهي والقانوني لها.

ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة

1- التكييف الفقهي للخطبة

تعتبر الخطبة بمثابة شبه عقد مبدئي رضائي على الزواج⁽¹²⁴⁶⁾، يتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة، وإذا لم يلاق الإيجاب قبولا كانت الخطبة ناقصة، أو غير تامة؛ ومن ثم فللخطبة صورتان:

- إما أن تكون الخطبة تامة وهي التي يقابل فيها طلب مريد الزواج بالقبول سواء من المرأة أو من أهلها.

- وإما أن تكون غير تامة وهي التي تتردد فيها المخطوبة بين رفض الخاطب أو قبوله لقصد التحري والمشاورة، أو التي تُلاقى بالإعراض من قبل المرأة وذويها. ومن ثم فالتقدم بطلب الزواج وعرضه

1245- لحديث: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه". البيهقي: كتاب النكاح باب لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حديث رقم 14029 السنن الكبرى 291/7. النسائي: كتاب النكاح، باب النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث رقم 5335، السنن الكبرى، 165/5. أبو داود: كتاب النكاح، باب، باب في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث رقم 2080، سنن أبي داود، 389، 390/2.

1246- لقد تعددت الآراء والاتجاهات في هذا الشأن فظهرت نظرية المسؤولية العقدية التي تقوم على اعتبار أن الخطبة عقد يترتب عليها تحمل كل من الخاطبين التزام بعمل وهو إبرام الزواج الموعود به، فإذا نكل أحد الخاطبين اعتبر محلا بالالتزام، ولما كان التنفيذ العيني لهذا الالتزام مستحيلا لاصطدامه بالحرية اقتصر الأمر على التعويض، وأما نظرية التعسف في استعمال الحق فملخصها أن الخطبة ليست مجرد عملية اجتماعية بل هي عقد يترتب عليه تحمل كل من الطرفين التزاما بعمل وهو إبرام الزواج، ومع أن الخطبة تمتاز بفكرة إثماتها إلا أن حق الناكل ليس مطلقا وإنما هو حق نسبي مقيد بوجود استناده إلى مبررات مشروعة، وأما نظرية المسؤولية التقصيرية ومؤداها أن العدول عن الخطبة حق مطلق لكل من الخاطبين لأنه لا يعدو أن يكون إنهاء لوضع لا ينشأ عنه أي التزام بإبرام الزواج إعمالا للحرية المطلقة في إتمامه أو العزوف عنه، وإذا كان العدول في ذاته لا يعتبر خطأ إلا أن احتمال اقترانه بالأفعال الضارة يمكن أن ينشأ عنه السبب في التعويض. انظر، توفيق حسن فرج: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1963، ص 12. وعبد الفتاح محمد ظافر كباره: الزواج المدني وموقف الإسلام منه، ص 67-71.

يسمى خطبة سواء قوبل بالقبول أو الرفض. وعليه فإذا تم التفاهم بين الطرفين على الزواج، لا يعتبر ذلك عقدا يلتزم فيه الرجل والمرأة بالتزامات لها قوة الإلزام، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو قرئت الفاتحة⁽¹²⁴⁷⁾، أو قدم الخاطب شيئا من الهدايا، أو قدم جزءا من المهر، فذلك كله لا يعتبر عقدا⁽¹²⁴⁸⁾.

وغاية ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أيها وعد بعقد، ولكل من الطرفين العدول عنها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء⁽¹²⁴⁹⁾. ومن ثم فلا إلزام ولا التزام؛ لأنها ليست جزءا من عقد الزواج، ولا ركنا فيه، ولا شرطا لانعقاده أو نفاذه أو لزومه.

على أن هذا التكييف يدلّ دلالة واضحة أنّ الشارع يرى الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره؛ لذا كانت بوضع الشارع مجرد وعد غير ملزم⁽¹²⁵⁰⁾. وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء لا يُعلم خلاف في ذلك⁽¹²⁵¹⁾.

2- التكييف القانوني للخطبة

اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج⁽¹²⁵²⁾، ومنها قانون الأسرة الجزائري الذي نص في فقرته الأولى من المادة الخامسة المعدلة تعديلا شكليا بموجب الأمر 05-02 بأنها: "وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها"، حيث يتضح من هذا النص أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها ما يترتب على العقد من التزامات وأحكام وآثار⁽¹²⁵³⁾.

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة وآثاره

لا خلاف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في جواز العدول عن الخطبة، كون مجرد الوعد لا يرقى لمرتبة العقد⁽¹²⁵⁴⁾، وقد أفاض الفقهاء والقدامى والمحدثين من رجال الشريعة والقانون في مسألة

1247- يقصد بقراءة الفاتحة هنا مجرد التبرك عند إتمام الخطبة بالركون كما جرت العادة تأكيدا لها، وكذا تقديم الهدايا وغيرها للدلالة على قوة الرغبة والمودة بين الخطيبين. انظر، زكريا البري: بداية المجتهد في أحكام الأسرة المسلمة، مطبعة دار التأليف، مصر، (دط، دت)، ص 19.

1248- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 56.

1249- انظر، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1984، ص24.

1250- انظر، فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1994، 514/2.

1251- انظر، توفيق حسن فرج: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، ص 67.

1252- فعلى سبيل المثال ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الثانية: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 7/9/1953 المعدل بالقانون رقم 18/2003.

1253- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 51/1.

1254- الفرق بين الوعد والعقد: العقد هو إنشاء تصرف في الحال مع الجزم والتأكيد، أما الوعد فهو إظهار الرغبة في فعل شيء في المستقبل، قد يحصل أو لا يحصل. فليس الوعد إلزام قضائي (قانوني) بخلاف العقد، وإنما الإلزام في الوعد أدبي فقط، والعقود المعلقة على شرط

العدول عن الخطبة وآثاره الناجمة عن تقديم المهر والهدايا والأحقية في الاسترداد بعد الفسخ من عدمه، بما لا طائل من التفصيل فيه، غير أنه من المستحقات التي ينبغي الوقوف عندها مسألة "التعويض عن الضرر المادي والأدبي" الذي يلحق المعدول عنه، وذلك من خلال عرض الاتجاهات الفقهية المعاصرة في ذلك، مع التنويه بموقف المشرع الجزائري وما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

أ- حكم العدول عن الخطبة وأثره

أولاً: الجانب الفقهي

إن العدول عن الخطبة يعني جواز رجوع أحد الخطيبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج. ولا يجوز للمعدول عنه إن لم يقبل بالعدول طلب الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة؛ ذلك أن عقد الزواج هو عقد رضائي وليس عقد إذعان.

ولما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد الرسمي فإنه من الممكن العدول عنها في أي وقت، ولا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب على فسخ عقد الزواج، وهذا هو المعنى الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة، حيث نصت على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها"⁽¹²⁵⁵⁾.

وعليه فالخطبة ليست عقداً قد التزم طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية في بعض الأقوال⁽¹²⁵⁶⁾، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه، وليس لأحد عليه من سبيل⁽¹²⁵⁷⁾. ولكن ينبغي أدبياً ألا يعدل المرء عن الخطبة نتيجة هوى عارض أو تصرف طائش، فمن يفعل هذا يعتبر في نظر الأخلاق مرتكباً لفعل لا يتفق و ما تقتضيه المروءة الإنسانية.

أو المضافة إلى أجل لها وجود في الحال لكن لا تطبق عملياً إلا عند وجود الشرط أو حلول الأجل. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطابع دار الجمهورية، مصر، ط5، 2003، ص67.

1255- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 17-18.

1256- في بعض أقوال الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به قضاء، لكن هذا لا يجري على الخطبة لأن الوفاء بهذا العقد يقتضي أن يرم الزواج ويتم بالنسبة لشخص لا يرضى عنه، ورأي الجمهور هو المعتبر، ولأن إلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 35.

1257- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 34.

ولكن ما حكم ما يقدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذا ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا ما فسخت الخطبة برجوعهما أو رجوع أحدهما؟.

اتفق الفقهاء على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة فعلى المخطوبة أن تردّ ما أخذته من الصداق، سواء أكان العدول عن الخطبة من كليهما أم من أحدهما فترد إليه عينه إن كان قائما، فإن لم يكن قائما ردّت إليه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، ذلك أن المهر لا يجب إلا بالعقد، وما دام العقد لم يتم فإن المهر يبقى ملكا له.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم ما يقدمه الخاطب للمخطوبة من هدايا، فذهب الحنفية إلى أن هذه الهدايا تعد هبة فتأخذ حكمها وحكم الهبة جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولا فرق في هذا في أن يكون الرجوع عن الخطبة من الرجل أو المرأة⁽¹²⁵⁸⁾.

وذهب الشافعية في بعض أقوالهم إلى أن المهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة، وبعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد أُبعد فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد⁽¹²⁵⁹⁾.

وذهب فقهاء الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء كانت قائمة أو هالكة؛ لأنها هبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب وحده⁽¹²⁶⁰⁾.

وذهب المالكية⁽¹²⁶¹⁾ إلى التفرقة بين رجوع الخاطب عن الخطبة، ورجوع المخطوبة عنها. فإن كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لم يسترد شيئا مما أهداه، وإن كان العدول من جانب المخطوبة كان للخاطب الحق في استرداد ما قدّم من الهدايا، فيأخذ عينها إن كانت قائمة، وإن هلك

1258- انظر، مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 83. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 59.

1259- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، ص 66. و عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 43.

1260- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 61/1.

1261- فكرت مصر في الأخذ بمذهب مالك في هذه المسألة مرتين، إحداهما في المشروع الذي قدم سنة 1915، فقد كان فيه هذا النص، والثانية في المشروع الذي أعده المكتب الفني لرئاسة الجمهورية، وقد نص على ذلك في المادة 17 منه سنة 1956، ولم يقدر لكل من هذين الاقتراحين حتى الآن أن يجد سبيله نحو النور. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 67. و عبد العظيم شرف الدين: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ط2، 1967، ص 51-52.

أخذ مثلها إن كانت مثلية وقيمتها عن كانت قيمة، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير هذا فيعمل به⁽¹²⁶²⁾.

الترجيح

ولعلّ ما يفتى به في مذهب المالكية هو الراجح؛ لما في ذلك من العدالة ولما فيه من إنصاف الطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة، ولما فيه من زجر لمن كان متسببا في العدول. ويلاحظ أن ما قدّمه الخاطب للمخطوبة لا يعدّ هبة مطلقة، بل هو هبة مقيدة، فالهدايا قدمت للمخطوبة باعتبار أن الخطبة تمهيدٌ للزواج، فإن لم يحصل الزواج لم يتحقق الغرض الذي قدمت من أجله الهدايا⁽¹²⁶³⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

أ- بالنسبة للهدايا

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02 على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"⁽¹²⁶⁴⁾.

ومنه يتضح أن قانون الأسرة الجزائري قد فرّق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب، وبناء على إرادته ورغبته وحده، وبين الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة بناءً على رغبتها وإرادتها وحدها، كما فرق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك منها.

فإذا عدل الخاطب سقط حقه في استرداد ما أهداه إياها، وعليه ردّ ما أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطوبة ما لم تستهلك، فإن استهلك ردّ قيمتها. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ردّ ما أهداها الخاطب أثناء فترة الخطوبة ما لم تستهلك، فإن هلكت ردت قيمتها. وما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع لم يذكر صراحة الحق في استرداد ما أهدته المخطوبة للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه.

ومما يؤخذ على المشرع أيضا أنه لم يفرّق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنه هو المتسبب في ذلك. وكان على المشرع أن يربط مسألة التعويض بسبب العدول لا بالمعدول عنه. ويقيد

1262- انظر، مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 83.

1263- انظر، شليبي: المرجع نفسه، ص 83-84. عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 44 وما بعدها.

1264- حيث أخذ المشرع الجزائري بالتفريق بين أن يكون العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة وفق ما هو منصوص عليه في المذهب المالكي.

الحكم السابق في حال عدول الخاطب بما إذا كان العدول بسبب منه لا منها، كما يقيد الحكم السابق في حال عدول المخطوبة بما إذا كان العدول بسبب منها لا منه، ويترك التحقق من ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي.

و يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة العدول اللا إرادي كموت أحد الخطيبين أو حبسه أو مرضه، وبيان أثر ذلك فيما يخص الحق في استرداد الهدايا⁽¹²⁶⁵⁾.

ب- بالنسبة للمهر

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح. وما هو متفق عليه بين الفقهاء أنه إذا قدم الخاطب عند الخطبة كل المهر أو بعضه ثم عدل عن الخطبة كان له أن يسترد ما دفعه ما لم يستهلك فإن هلك استرد مثله إن كان مثليا و قيمته إن كان قيميا. ولم يفرق الفقهاء بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، وبين ما إذا كان العدول من جهة المخطوبة⁽¹²⁶⁶⁾.

ثالثا: موقف القضاء

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/4/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهده إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹²⁶⁷⁾.

1265- كل ما قيل في الرجوع في الهبة وموانعها، يقال تماما في الرجوع في الهدية لأنها نوع منها، كما هو منصوص عليه في كتب المذاهب الفقهية، فإذا انتهت الخطبة بالوفاة فلا يُسترد شيء من الهدايا، كما هو مدون في المادة 32 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 60.

1266- يقول في ذلك السباعي: "والنظر ومبادئ العدالة وتغير الأوضاع الاجتماعية، يقتضي التفريق بين عدول الخاطب وبين عدول المخطوبة، فإن العدول إن كان من جهة الخاطب كان من الظلم أن تلزم المرأة بردّ مثل النقد أو قيمته، وهي في الغالب تنصرف في المهر بعد الخطبة فتشتري به جهازها من ثياب وأثاث وغير ذلك، فإذا ألزمتها عند عدول الخاطب بأن ترد إليه مثل النقد أو قيمته فقد ألزمتها بأن تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز أو الأثاث، وإن كان العدول من جهتها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر لأنها كانت سببا فتكون راضية بالخسارة، ولهذا عدل قانون الأحوال الشخصية السوري عن إطلاق الحكم في ذلك كما أطلقه الفقهاء، وفرق بين الحالتين". شرح قانون الأحوال الشخصية، 58/1-59.

1267- ملف رقم 73919: المجلة القضائية: العدد الثاني، 1993، ص 58.

وجاء في القرار المؤرخ في 1993/7/13: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت- في قضية الحال- أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل-المطعون ضده- بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضية الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن" (1268).

وعلى هذا فإن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استقرت على تطبيق النص القانوني بهذا الشأن، ولم تخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة

أولاً: الجانب الفقهي

المقصود بالضرر المادي هنا: هو الضرر الذي يصيب الشخص في ذمته المالية. أما الضرر الأدبي فهو كل ما يصيب الشخص معنوياً كخدش في شعوره، أو في شرفه أو في عاطفته أو في سمعته (1269). ولا مجال للاختلاف بين الفقهاء في أن الخطبة والوعد بالزواج وتقديم المهر أو بعضه ليس عقداً، ولكل واحد من الخاطبين العدول عن الخطبة، إلا أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لمسألة التعويض عما قد ينشأ بسبب العدول عن الخطبة من أضرار مادية أو معنوية. وعليه لا بد من معرفة النظر الفقهي في التعويض عن هذه الأضرار.

الفرع الأول: صور الضرر المادي والأدبي عند العدول عن الخطبة

يذكر بعض العلماء المعاصرين صوراً متعددة تنتج عن مجرد العدول عن الخطبة، مع ملاحظة أن هذه الصور ليس من الضروري أن يتفق عليها القائلون بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية (1270).

1268- ملف رقم 92714 : المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 128.

1269- هناك من لم يعتبر الضرر الأدبي ضرراً لأنه غير متقوم، فلو شتم إنسان آخر لا يكون لهذا الأخير حق في طلب التعويض من الشاتم، وإن كان له الحق في طلب معاقبته. انظر، محمد وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، (د، ط، دت)، ص 22.

1270- لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا مصطلح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به في اصطلاح التعويض في القانون المدني. وقد ذكر الشيخ علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه". انظر، علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، 1971، ص 5. أو هو "الالتزام بتعويض الغير عما ألحقه من تلف المال أو

يقول في ذلك مصطفى السباعي: "ولا شك في أن المخطوبة قد تتضرر أدبيا أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت الخاطب عليها خاطبا آخر كان مستعدا لأن يدفع لها مهرا أكثر، أو يعيش معها في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم، أو كان صاحب منزلة اجتماعية أرقى وأعلى، وإذا استمر الخاطب في خطبتها سنين - كما يقع كثيرا - فإنه يفوت عليها الخاطبين بعد أن تصبح في سن يقل الراغبون في زواجها، ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤدي سمعتها ويعرضها لكثير من الشائعات" (1271).

كما يقول محمد بلناجي في تصويره طبيعة الضرر عند فسخ الخطبة: "مما لا شك فيه أن ضررا حقيقيا قد يلحق بالطرف الآخر عند فسخ الخطبة الذي قام به غيره، مثل أن يجس الرجل المرأة على نفسه بخطبتها فيحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يساويه أو يفضله، وبعد أن توطن نفسها على الزواج به، ويقومون بخطوات عملية تكلفهم مالا، ثم إذا بالخطاب يعلمهم بفسخه للخطبة وعزمه على عدم الإقدام على العقد، وفي هذا ما فيه من الإضرار الحقيقي بهم ماليا، ونفسيا بما يقع للمخطوبة وأهلها من الكرب الشديد وسوء التقول من بعض الناس" (1272).

كما يصور زكي الدين شعبان أشكالا أخرى من الأضرار في قوله: "إن الخطبة إذا فسخت بعدول أحد الطرفين عنها، وترتب على فسخها لحوق ضرر مادي بالطرف الآخر، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها الذي كانت تكتسب منه، ثم عدل الخاطب عن خطبتها أو قام الخاطب بإعداد مسكن خاص ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة، أو ترتب عليه لحوق ضرر معنوي، كجرح الشعور والإحساس وتعريض الطرف الآخر للأقارب والافتراء عليه وما أشبه ذلك" (1273). ويضيف عبد الرحمن الصابوني كل ما يمس الشرف والخلق لأنواع هذا الضرر (1274).

وعموما فإنّ العدول في حق كل واحد من الطرفين قد يتسبب في العديد من الأضرار التي لأحد الخاطبين دخل فيها، فمنها المادي مثل تفويت المنافع، ومنها المعنوي الذي يمس جوانب السمعة والخلق والإحساس بكلا الطرفين.

ضياح المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية". وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1982، ص 15.

1271- مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 62/1.

1272- محمد بلناجي: دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، (دط)، 1990، ص 215 بتصرف.

1273- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ليبيا، ط 6، 1996، ص 79.

1274- انظر، عبد الرحمن الصابوني: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1987، ص 87.

الفرع الثاني: اتجاهات الفقه الإسلامي القديم والحديث في التعويض عن ضرر العدول

أولاً: في الفقه الإسلامي القديم

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة ولا عند فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول⁽¹²⁷⁵⁾، ولعل ذلك راجع لأسباب متعددة منها:

1- أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحوٍ من البساطة واليسر؛ لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة، ولم يكن أحد الطرفين قد تكلف في معظم الأحوال ما يستحق التعويض من مال أو غيره، كما أن التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن لتفسح المجال لطلب التعويض القضائي⁽¹²⁷⁶⁾.

2- ثم إن كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن حق العدول مقرر له شرعاً فكان لزاماً عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له وليس اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يترث حتى تتبين له حقيقة الأمر ولا يتسرع في شراء جهاز البيت أو الاستقالة من الوظيفة بالنسبة للمرأة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبت في أمر العقد⁽¹²⁷⁷⁾.

3- كما أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل من كل من الرجل والمرأة، فلو لزم الحكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إضراراً ضمناً للطرفين بالزواج من مخطوبته مع رغبتها عنها، وهذا لا يجوز في العقود مطلقاً، فكيف في عقد الزواج؟⁽¹²⁷⁸⁾.

4- كما أن الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم يكن من شأنها أن تترك مجالاً للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته بحضور المحارم، ولا يتصور في مجتمع يقوم على الآداب الإسلامية أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا بحضور أحد محارمها. أما الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من إضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، ولكن لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع مخطوبته وحدهما.. ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمخطوبة عند عدول الخاطب.⁽¹²⁷⁹⁾

1275- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 86.

1276- انظر، محمد بلتاجي: دراسات في أحكام الأسرة، ص 215-216.

1277- محمد فهميم الجندي: محاضرات في الأحوال الشخصية، مكتبة النصر، القاهرة، 1998، ص 30.

1278- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 63.

1279- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 79-80.

لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافاً لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين، نظراً لتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض، تطبيقاً لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹²⁸⁰⁾، وعملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق، فما هو رأي الفقه المعاصر في ذلك؟.

ثانياً: في الفقه الإسلامي الحديث

اختلف الفقهاء حديثاً في هذا الموضوع، وبانت اتجاهاتهم بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقاً، واتجاه ثالث ذهب إلى القول بالتفصيل، ولكل وجهة نظره فيما ذهب إليه، وفيما يأتي بيان ذلك:

الاتجاه الأول: عدم التعويض

يؤيد أصحاب هذا الاتجاه مبدأ عدم التعويض عند العدول عن الخطبة. وممن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد نجيت المطيعي - من كبار علماء الأزهر - حيث يقول في فتواه لأحد السائلين: "ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض؛ لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج بمن شاء"⁽¹²⁸¹⁾.

وبناء على هذا الاتجاه ليس لقاض أن يحكم بالتعويض؛ لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا، ولأن المقرر فقهاً وقانوناً أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره، ولم يغرر به أحد، والضمان عند التغير، لا عند الاغترار؛ ولأنه لو حُمّل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية⁽¹²⁸²⁾.

1280 - أخرجه الإمام مالك: كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 2171. الموطأ، 2/290. والبيهقي: كتاب الصلح، باب لا

ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11384. السنن الكبرى، 6/115.

1281 - محمد نجيت المطيعي: مجلة المحاماة الشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، (د ت)، القاهرة، ص 44-45.

1282 - انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 35 وما بعدها.

كما أنه من المقرر في الفقه الإسلامي "أن الجواز ينافي الضمان"؛ أي أن من يمارس حقاً مشروعاً له لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول⁽¹²⁸³⁾.

الاتجاه الثاني: وجوب التعويض مطلقاً

أصحاب هذا الاتجاه يقولون بوجوب التعويض مطلقاً، وممن تبني هذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت⁽¹²⁸⁴⁾، إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر؛ لأنه من المقرر في الشريعة أنه "لا ضرر ولا ضرار" كما ورد في الحديث الصحيح، والضرر يزال وطريقة إزالته هو التعويض⁽¹²⁸⁵⁾. ولأن الخطبة وإن لم تكن عقداً فهي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقاً، وبين تعويض الضرر؛ لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب، فالأحوال التي أحاطت بالعدول وللخاطب العادل دخل فيها، هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض، فليس التعويض لأنه استعمل حقاً، ولكن لأنه استعمل في وقت يتزل فيه الضرر بغيره⁽¹²⁸⁶⁾.

وقد سار على هذا النهج مصطفى السباعي حيث يقرر أن مبدأ التعويض مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة في أصليين شرعيين:

الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق⁽¹²⁸⁷⁾، وهو مبدأ مسلم به في الفقه الإسلامي، وقد أصبح مسلماً به اليوم في قوانين معظم البلاد العربية وفي أكثر قوانين العالم، ومن المعترف به في تاريخ هذه النظرية أن فقهاء الإسلام سبقوا إلى القول بها فقهاء الغرب حديثاً بقرون.

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى في بعض أقواله لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار⁽¹²⁸⁸⁾. وعليه فإن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعد بعمل ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه

1283- انظر، فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 541/2.

1284- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 64/1.

1285- انظر، محمد عبد الفتاح النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 163 وما بعدها.

1286- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 36 وما بعدها.

1287- انظر، محمد عبد الفتاح النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 87 وما بعدها.

1288- الوعد عند الإمام مالك فيه أربعة أقوال: أولها: أنه لا إزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه بشيء، والثاني: أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال، والثالث: أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سبباً لأمر لا يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد، الرابع: أنه يجب

ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد، هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية. (1289)

الاتجاه الثالث: التعويض عن الضرر مع التفصيل فيه

ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى التفصيل في التعويض عن الضرر، ويمثل هذا الرأي الوسط الشيخ أبو زهرة من خلال قوله: "أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض؛ لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمنحطبة، لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول (1290)، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، إذ الأول كان فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغرير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه والاعترار لا يوجب الضمان" (1291).

ولم يفرق هنا بين نوعي الضرر المادي والأدبي، يظهر هذا واضحا في اعتبار أن رأيه هذا مشابه للقرار الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية عام 1939م، والتي تعتبر أنه "إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا بحكم أهمما مجرد وعد بالزواج فعدول عنه، وتكون هذه الأفعال موجبة للتضمنين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة عن العدول" (1292).

وقد عدل أبو زهرة عن هذا الرأي وقصر التعويض على الضرر المادي دون الأدبي حين العدول عن الخطبة، حيث قال: "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في

الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف، ودخل من بذل له الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 35.

1289- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 64/1-66.

1290- ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية. انظر، توفيق حسن فرج: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، ص 134.

1291- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 36-37.

1292- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، (دط، دت)، 830/1.

الأضرار المادية؛ لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء⁽¹²⁹³⁾، ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي⁽¹²⁹⁴⁾.

أما عبد الرحمن الصابوني فيرى عدم التفريق بين الضرر المادي والمعنوي، لأن المرء كما يتضرر ماديا يتضرر معنويا، كما يرى أيضا أن الإغواء الذي يوجب التعويض هو الذي يرافقه الغش والخديعة، فإذا كان بعلم المخطوبة وأقاربها فلا تعويض⁽¹²⁹⁵⁾.

ومن ثم فالتعويض عن العدول يلازمه ثلاثة شروط مجتمعة لتقريره:

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

ثانياً: أن العدول قد أضر بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي.

ثالثاً: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج⁽¹²⁹⁶⁾.

الترجيح

بعد عرض الاتجاهات الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة، والذي يتفق ومقاصد الشريعة في رفع الضرر هو الاتجاه الثالث القائل بالتعويض للضرر الناشئ عن العادل، لا مجرد العدول عن الخطبة لما يلي:

أولاً: مراعاة هذا الاتجاه للتشريع الإسلامي بكون الخطبة وعدا غير ملزم، ومن ثم جواز الفسخ لها والرجوع عنها، وإن كان لغير مبرر.

ثانياً: أن هذا الاتجاه يعد أعدل الآراء وأوسطها، بين الذين يمنعون التعويض عن العدول مطلقاً، سواء لحق المعدول عنه ضرر أم لا، وبين الذين يجوزون التعويض مطلقاً عند وقوع الضرر سواء أكان العادل سببا فيه أم لا، وذلك بتقييده إلزام العادل بالتعويض عند كونه سببا حقيقيا في إلحاق الضرر بالمعدول عنه.

1293- يقول السباعي تعقيبا على ذلك: "غير أن الضرر الأدبي لا ينحصر في ذلك، بل كثير منه يقع في حالات مباحة، ومن أمثلتها أن تكون الفتاة في سنّ يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم، ثم تمتد الخطبة سنين-كما يقع كثيرا- ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلا وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيرا". شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 67.

1294- أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 75.

1295- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 1/55.

1296- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 68.

ثالثا: أن الأخذ بهذا الرأي فيه مراعاة لما تقتضيه المصلحة والقواعد الشرعية؛ لأن العادل الذي نشأ الضرر بسببه يصير مغررا للمعدول عنه، والتغدير يوجب الضمان، أما إذا لم يكن سببا في الضرر فلا يكون مغررا، ومن ثم لا يلزم التعويض.

ثانيا: الجانب القانوني

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض".

من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد وليست عقد، وأن العدول عنها مقرر لكل من الخطيبين؛ لكونه مباحا شرعا، جائزا قانونا، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته. والحكمة من هذا التجويز تمكين الخطيبين من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المقصودة، وإزالة الإكراه والضغط على الإرادة قبل انعقاد العقد.

وهذا الجواز في العدول تعارضه الفقرة الثانية من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته، وهو يتنافى أيضا مع القواعد الفقهية والقانونية التي تنص على أن "الجواز ينافي الضمان"، وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أو تصرف أجازه القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية أو معنوية.

ولكن قد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضرر ينال الطرف الآخر الذي لم يعدل، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل، لأنها أعدت الجهاز مثلا، فهل يغرم العادل من ماله عوضا للأضرار المالية وغير المالية؟.

جاء موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن على إطلاقه دون تحديده للأضرار المادية والمعنوية، على أساس أن التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر وليس هو استعمال الحق في العدول في حد ذاته؛ لأن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد غير ملزم بالزواج، وهو ما أكدته المادة الخامسة بالنص على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها".

ومنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عند الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية كسائر الأفعال غير المشروعة الأخرى والتي تقع لأسباب مختلفة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما قرر الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمعدول عنه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للضرر المعنوي في حالة الاستهواء الجنسي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرم الذي نهى الله عنه، فلا يستحق تعويضا بل توجب العقوبة

على ذلك كما هو معلوم شرعا، فليس مما يتفق مع مبادئ الإسلام في شيء أن يُحكم للمعدول عنها بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات نفسية طائشة غير متبصرة بالعواقب، ولا متقيدة بحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق⁽¹²⁹⁷⁾.

ولأن الحكم بالتعويض في مثل هذه الحالة يشجع مرتكبيها على التماذي فيها؛ لكونها إحدى صور الضرر المعنوي ضمن إطلاق النص القانوني في الحق في التعويض.

وعلى ذلك كان الأجدد بالمشروع الجزائري تقييد إطلاق المادة الخامسة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة. وذلك بتعديل الفقرة الثانية من المادة الخامسة على النحو الآتي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي - غير مخالف لأحكام الشريعة ومبادئها - لحق بأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

ثالثا: موقف القضاء

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة الخامسة من قانون الأسرة، دون تقييد صور الضرر المعنوي الموجب للتعويض⁽¹²⁹⁸⁾.

ومن أمثلة ما ورد في ذلك: القرار الصادر عن المحكمة العليا و المؤرخ في 1989/12/25: "من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدّعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال؛ أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹²⁹⁹⁾. وعليه فإن المستقر عليه في هذا الشأن في الجزائر قضاء أن:

1- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 67/1. وممن قال بذلك الشيخ أبو زهرة في كتابه محاضرات في عقد الزواج وآثاره، حيث قصر الضرر المعنوي على حالة الاستهواء الجنسي ومخالفة الآداب الإسلامية التي لا تستوجب التعويض بل العقوبة عليها. انظر، ص 75.

1298- ولعل السبب في ذلك قد يرجع إلى قلة الدعاوى المطروحة على القضاء في هذا الشأن.

1299- ملف رقم 56097: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 102. وانظر، عمر بن سعيد: الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 10.

1- الخطبة ليست بعقد ملزم.

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض.

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

المطلب الخامس: اقتران الفاتحة بالخطبة

نصت المادة السادسة على ما يلي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"⁽¹³⁰⁰⁾.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اعتمد النص على هذه المادة تماشيا مع العرف الجاري في المجتمع الجزائري، وذلك بنية التفريق بين الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما، وتفصيل ذلك يكون على النحو الآتي:

الفرع الأول: الجانب الفقهي

يعتبر الزواج صحيحا إذا استكمل أركانه وشروطه، وانتفت عنه جميع موانع الصحة، سواء اقترنت به الفاتحة أم لا. جاء في معني المحتاج: "يستحب تقديم خُطبة عند الخُطبة، وهي الكلام المفتوح بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ، المحتتم بالوصية والدعاء.. كما يستحب تقديم خُطبة أخرى قبل العقد وهي أكد من الأولى، وتسمى خطبة الحاجة"⁽¹³⁰¹⁾. وجاء في الروض المربع: "ويسن أن يخطب قبله-أي العقد-"⁽¹³⁰²⁾.

وعلى هذا فإن الفقهاء لم يعتبروا الفاتحة من ماهية عقد الزواج ولا من شروطه، وإنما تستحب تركا لقدسية عقد الزواج في نظر الشريعة الإسلامية. ومنه فاقتران الفاتحة بالخطبة لا يرتقي بها إلى العقد، كما أن تخلف الفاتحة في العقد التام الأركان والشروط لا يرتب عليه البطلان ولا الفساد، فيكون العقد نافذا ولازما.

1300- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه". وقد سبق تحليل ومناقشة مضمون هذه المادة -قبل تعديلها- في الفصل التمهيدي.

1301- الشريبي: معني المحتاج، 3/186-187.

1302- البهوتي: الروض المربع، ص 510.

غير أنه اصطلاح على تسمية عقد الزواج المقترن بالفاتحة بالزواج العرفي، فيه دلالة على أن هذا العقد اكتسب مسمّاه من كونه عرفا اعتاد عليه الناس، منذ عهد النبي ﷺ وصحابته الكرام، وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة، فلم يكن التوثيق أمرا ملزما ومهمّا بالنسبة لهم⁽¹³⁰³⁾.

ولذلك يعرف الزواج العرفي من الناحية الشرعية بأنه: " ما يتم بإيجاب وقبول من الطرفين بمباشرة الولي لعقد الزواج لمن تحت ولايته وحضور شاهدي عدل مع إعلان وإشهار هذا الزواج وعلم الناس به"⁽¹³⁰⁴⁾.

وإن كان يعاب عليه من الناحية القانونية عدم توثيقه رسميا. ومنه فلا فرق بين الزواج العرفي والزواج الشرعي⁽¹³⁰⁵⁾.

كما أنه لا فرق بين الزواج العرفي والزواج الرسمي من حيث شرعيتهما، إلا أنهما يفترقان في أن الزواج الرسمي تصدر به وثيقة رسمية من الدولة بخلاف الزواج العرفي الذي يعقد مشافهة، أو تكتب فيه ورقة عرفية⁽¹³⁰⁶⁾.

وتسجيل عقد الزواج يجعله عقدا رسميا يحتج به في مواجهة الغير، وبه تحفظ الحقوق ويحفظ الزواج من الجحود والنكران.

وهذا الأخير يعدّ من الشروط القانونية، إلا أنه لا يؤثر في شرعية العقد وصحته عند تخلفه.

الفرع الثاني: الجانب القانوني

جرت عادة كثير من الناس أن يقرأوا الفاتحة عند قبول الخطبة، مع عدم توافر أركان الزواج وعدم تحقق شروطه، فقراءة الفاتحة في هذه الحالة لا تعدو أن تكون تأكيدا للوعد بالزواج⁽¹³⁰⁷⁾، وعليه فما تزال المخطوبة أجنبية، فلو عدل الخاطب لم يكن ذلك رجوعا؛ لأنه لم يتم أي عقد بينهما حتى يعتبر ذلك رجوعا عن عقد، بل إخلاف لوعد قطعه.

1303- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 130.

1304- انظر، عمران فارس محمد: الزواج العرفي، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 21.

1305- الزواج العرفي غير الشرعي (نكاح السر)، له صورتان: الصورة الأولى وهي الغالبة، وفيها أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما، مع حضور شاهدين مستأجرين، أو من أصدقاء الزوجين، يوقعان على العقد العرفي، مع عدم إعلان وإشهار هذا الزواج العرفي، أو علم الأهل به، إذ غالبا ما يتم في سرية تامة، وغالبا ما يؤمر الشاهدين بكتمانه. أما الصورة الثانية: فهي أن يتم عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول من الطرفين من خلال ورقة عرفية فقط، دون حضور شهود للتوقيع عليه، ودون إعلان وإشهاره بين الناس، ويتم هذا الزواج في سرية تامة جدا، لا يعلم به أحد إلا الزوجين فقط. انظر، عمران فارس محمد: الزواج العرفي، ص 20.

1306- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 130 وما بعدها.

1307- المقصود بالفاتحة هنا قراءة السورة من باب التبرك والدعاء بالتوفيق.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السادسة: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يُعدّ زواجاً" فيكون اقتران الفاتحة بالخطبة تبرّكاً لا عقداً. ويستوي في ذلك أن يكون الاقتران قبل الخطبة أو بعدها. أما إذا اقترنت الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد بحضور إمام - كما هي العادة غالباً - وحضور شهود، وغالباً ما يكون ذلك في المسجد، ففي هذه الحالة تعتبر المرأة زوجة شرعية لتوافر أركان الزواج وشروطه، فلو توفي ورثته، وعليها العدة، ولو توفت ورثتها⁽¹³⁰⁸⁾.

وهذا ما عدّته الفقرة الثانية من المادة السادسة بقولها: "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"، حتى ولو لم يكن مسجلاً في سجلات الحالة المدنية قبل الدخول⁽¹³⁰⁹⁾. أما بعد الدخول فيجب تسجيله وتوثيقه⁽¹³¹⁰⁾.

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما اعتبر العقد الشرعي المتوفر على الأركان والشروط - كذكر الصيغة وتسمية المهر، وحضور ولي المخطوبة والخطاب والشهود - زواجاً صحيحاً استناداً منه إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر الزواج في حال توافر أركانه وشروطه صحيحاً؛ لذلك جاء التعديل الجديد توضيحاً للمادة القديمة؛ ذلك أن الفاتحة في العرف الجزائري عقد شرعي تختلف في الحكم عن الخطبة.

1308- وهنا تطرح قضية الزواج العرفي وحكمه: فقد اجتمعت الآراء الفقهية على تعريف الزواج بأنه: "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع". وأهم أغراض الزواج من هذا التعريف هو امتلاك المتعة المتبادلة بين العاقدين وذلك بالطريق الشرعي وبالأسلوب القويم. وبالنظر إلى تعريف الزواج فإنه لم يفرق بين ما إذا كان الزواج موثقاً أو غير موثق رسمياً أو عرفياً مكتوباً أو غير مكتوب، فنلك ليست فروق في تعريف الزواج. لأن الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا فرق في التعريف بين الزواج الموثق والزواج العرفي خاصة من النواحي الشرعية، وذلك لأن الزواج عقد رضائي وليس من العقود الشكلية التي يستلزم لها التوثيق، فالتوثيق غير لازم لشرعية الزواج أو لصحته أو لنفاذه أو للزومه، غاية ما يشترط فيه الإشهاد والإشهار كنعصر شكلي، وإنما تقوم مشكلة التوثيق كشرط في حالة سماع الدعوى عند الإنكار فقط. انظر، حامد عبد الحليم الشريف: الزواج العرفي من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية، المكتبة القانونية، القاهرة، ط1، 1987، ص 15 وما بعدها.

1309- وقد أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمية إدارية موجهة للأئمة مفادها عدم قراءة الفاتحة وإبرام عقد الزواج الشرعي إلا بعد تقديم شهادة عقد الزواج المدنية، وقد انتقد الشيخ عبد الرحمن شيبان - رئيس جمعية العلماء المسلمين الجزائريين - فحوى هذه التعليمية بشدة.

1310- التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي لا يتم إلا قبل الدخول لإعطاء العقد المبرم الصفة الشكلية والقانونية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. (المواد: 18 من قانون الأسرة، و 71-72 من قانون الحالة المدنية)، أما إذا حصل دخول بالزوجة فإنه يجب لتسجيل الزواج تقديم الأدلة والإثباتات من أجل الحصول على حكم من رئيس المحكمة. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/143.

غير أن النص على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا جاء غير موفق لسببين⁽¹³¹¹⁾:

الأول: أن قراءة الفاتحة وقت الخطبة أو بعدها - سواء وقت مجلس العقد أو بعده - لا يعتبر ذلك من الزواج في شيء، ولم يتعرض الفقهاء لمسألة اقتران الفاتحة بالخطبة أو العقد إلا من باب التبرك⁽¹³¹²⁾.

الثاني: أن المشرع قد خرج على عرف الناس وعاداتهم في اعتبار قراءة الفاتحة من قبيل التبرك والدعاء بتيسير أمر الزواج واستمراره، وليس من قبيل انعقاده - فأراد المشرع أن يعطي قراءة الفاتحة جزءا من انعقاد الزواج - وهذا ليس من الشرع في شيء.

وعلى ذلك فالعبرة بتوافر أركان الزواج وشروطه، فيكون بذلك عقدا صحيحا مرتبا لآثاره الشرعية، حتى ولو لم يقترن بالفاتحة، أو لم يسجل إداريا⁽¹³¹³⁾.

الفرع الثالث: موقف القضاء

استقر القضاء على اعتبار اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد مع توافر الأركان والشروط زواجا صحيحا طبقا للمادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري.

فقد جاء الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1992/3/17: "من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها، و أن لصحة عقد الزواج لا بد من توفره على جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين و صداق. و لما ثبت - من أوراق الملف الحالي - أن شهود القضية أكدوا و صرّحوا حضورهم للوليمة، أو فاتحة الخطبة، و اكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهم - القاضي بصحة الزواج - على ذلك، علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج و إنما هي من باب التبرك و الدعاء و أن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد. لذا فإن القرار المنتقد جاء حاليا من الأساس القانوني السليم و يتعين نقضه"⁽¹³¹⁴⁾.

1311- انظر، أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص 25. غير أنه يستحسن إعادة مراجعته وتصحيح أخطائه الإملائية وإعادة صياغة لغته القانونية والفقهية، لما يشوب هذه الطبعة من نقائص وأخطاء يلحظها القارئ في مواضع كثيرة.

1312- قراءة الفاتحة في عرف المجتمع الجزائري تعدّ عقدا شرعيا؛ فلا بد من التفريق بين عدّة حالات وهي: - اقتران الفاتحة بالخطبة من غير عقد ليست عقدا شرعيا - اقتران الفاتحة بالعقد تعتبر عقد شرعيا - اقتران الخطبة بالعقد وبالفاتحة تعتبر عقدا شرعيا - العقد من غير اقتران بالخطبة ولا بالفاتحة يعدّ عقدا شرعيا.

1313- كما يعتبر عقدا صحيحا إذا تم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بتوافر شروطه الشرعية والقانونية حتى ولو لم يقترن بالفاتحة. وعلى هذا يحتمل أن يكون قصد المشرع الجزائري هو الاعتراف بالزواج العرفي التام الأركان والشروط، والذي يستوجب تسجيله بحكم قضائي.

1314- ملف رقم 81129: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1994، 62.

- وكذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19: "إن إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع طالما كان ذلك قائما على النحو الشرعي، ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه وتحققت أركانها. ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا"⁽¹³¹⁵⁾.

وجاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/4/14: "إن اقتران الخطبة مع الفاتحة بمجلس العقد لا يعدّ خطبة بل هو زواج صحيح؛ لتوافر جميع أركانها بقراءة الفاتحة بعد الخطبة أو اقترانها مع الخطبة في مجمع أو مجلس يعدّ بمثابة زواج صحيح وينتج كافة آثاره ولا ينقص سوى الدخول وتسجيل العقد الإداري بالحالة المدنية للبلدية"⁽¹³¹⁶⁾.

وعلى هذا يمكن القول بأن المحكمة العليا في قراراتها بهذا الشأن جعلت المعول عليه في قيام عقد الزواج وصحته هو توافر أركانه وشروطه، وبغيرها لا ينعقد الزواج حتى ولو قرئت الفاتحة. وهناك قرارات ومبادئ قضائية مشابهة كثيرة، ومنه يلاحظ بأن مبادئ الاجتهاد القضائي قد استندت فيما أقرته من مبادئ وأحكام تعتبر من خلالها أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجا صحيحا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

1315- ملف رقم 34046: المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 67.

1316- ملف رقم 81877: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 33.

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج

بداية لا بد من التمهيد بالكلام عن أركان عقد الزواج وشروط صحته ببيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح العلماء، وذلك لأن ملاحظة العلماء لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركاناً في النكاح وبعضها شروطاً فيه، وتبعاً لذلك فقد اختلفوا في بعض الآثار الشرعية المترتبة على الاختلاف في تحديد الأركان والشروط، وفيما يلي تفصيل ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تحديد أركان عقد الزواج في الفقه والقانون

قبل الحديث عن أركان عقد الزواج في المذاهب الفقهية وفي قانون الأسرة الجزائري، لا بد أولاً من معرفة حقيقة الركن، وذلك من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الركن لغة واصطلاحاً

أولاً: في اللغة

الركن بالضم: "الجانب الأقوى من كل شيء، والجمع أركان وأركان، وأركان العبادات: جوانبها التي عليها مبناها وبتركها بطلانها. والمعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، كأركان البيت وهي زواياها التي تمسك ببناءه"⁽¹³¹⁷⁾.

ثانياً: في الاصطلاح

خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في تعريف الركن على النحو الآتي:

أ- عند الجمهور: "هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما كان منه، أو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كان جزءاً منه أم خارجاً عنه"⁽¹³¹⁸⁾. أو هو ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده.

ب- عند الحنفية: "هو ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو جزء من ماهيته كالقيام والركوع والسجود"⁽¹³¹⁹⁾. والإيجاب في النكاح ركن لأنه جزء منه ولا يوجد النكاح إلا به وكذلك القبول⁽¹³²⁰⁾. وهكذا كل ما كان ركناً لشيء لا يكون وجوده في نظر الشارع إلا إذا تحقق ذلك الركن.

1317- المعجم الوسيط: ص 370-371.

1318- البرديسي: الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، (دط، دت)، ص 39-40.

1319- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 94.

1320- انظر، زكريا البرديسي: الأحوال الشخصية، ص 39.

وبناء على اختلافهم في تحديد معنى الركن، لم يتفق الفقهاء على أركان الزواج بصفة مطلقة، حيث ذكر كل فريق ما يراه أركاناً للزواج، وإن كان منها ما هو محل اتفاق بينهم.

الفرع الثاني: أركان الزواج في المذاهب الفقهية

أولاً: الجانب الفقهي (عند الفقهاء)

أ- أركان الزواج عند الجمهور: عدد الجمهور من المالكية والشافعية وبعض الحنابلة أركان الزواج على اختلاف ظاهري فيما بينهم.

فذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي الولي، والصدّاق، والمحل والصيغة⁽¹³²¹⁾، ولم يعدوا الشهود من الأركان؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليهم. ويعللون هذا الرأي - كما هو تعبّر الشيخ محمد البناي - بأن العقد لا يتصور من دون عاقدين وهما شرعاً الولي والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة، والعوض فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره⁽¹³²²⁾ ولا يتصور العقد إلا بصيغة⁽¹³²³⁾.

وإذا كان بعض فقهاء المالكية يعدّون أركان الزواج خمسة (العاقدان - زوج وزوجة - الولي، الصدّاق، الصيغة)⁽¹³²⁴⁾، فإن بعضهم يعدّونها ثلاثة كما ذهب إلى ذلك العلامة أحمد الدردير، فإنه قد صرح بأن أركان النكاح ثلاثة هي: المحل والولي والصيغة، وإن كان قد اعتبر الزوج والزوجة ركناً واحداً وعبر عنهما بالمحل، فهي في الحقيقة تعتبر أربعة. وقد علّل انحصار الأركان فيما ذكره من الولي والمحل والصيغة بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، ولم يعتبر المهر ركناً كما اعتبره بعض علماء المذهب⁽¹³²⁵⁾، حيث يقول: "وأما الصدّاق فلا يتوقف عليه العقد، بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع⁽¹³²⁶⁾، وإن كان لا بد منه فيكون شرطاً في صحته"⁽¹³²⁷⁾.

1321- أحمد بن أحمد الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986، 22/3. عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 277/1.

1322- لا ينعقد النكاح بإسقاط المهر، ولا يشترط ذكره عند العقد لصحة نكاح التفويض والتحكيم. عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، 277/1.

1323- محمد البناي: حاشية البناي على شرح الزرقاني، دار الفكر، بيروت، (دط، دت)، 168/2.

1324- الخطاب: مواهب الجليل لشر مختصر خليل، 419/3. ابن جزري: قوانين الأحكام الشرعية، ص 195.

1325- حيث يزيد الدسوقي ركناً رابعاً وهو الصدّاق، فقد جاء في حاشيته على الشرح الكبير: "أركانه أربعة: الأول ولي والثاني صدّاق والثالث محل زوج وزوجة، والرابع صيغة". انظر، حاشية الدسوقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (دط، دت)، 220/2. ولم يعد الشهود من الأركان لأن ماهية العقد لا تتوقف على الشهادة. ويرد عليه أن الصدّاق كذلك فالأولى جعلهما شرطين. انظر، الدردير: الشرح الصغير، 375/1. البرديسي: الأحوال الشخصية، ص 39-40.

1326- نكاح التفويض: هو ما عقد دون تسمية مهر ولا صرفه لحكم أحد. الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1993، ص 256.

1327- الدردير: الشرح الصغير، 375/1.

قال الخطاب: "أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاحا شرعيا إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان". وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدّوا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد" (1328).

كما يذهب بعض الفقهاء وهم غالبية الشافعية - إضافة إلى الأركان المذكورة - إلى اعتبار الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج، ويعتبرونهما ركنا واحدا لا ركنين كما فعلوا بالنسبة للزوجين، إذ عدّوا الزوج ركنا مستقلا والزوجة كذلك ركنا مستقلا. إما لأنهم نظروا إلى أن أحد الشاهدين لا يختص بشروط دون الشاهد الآخر، وإما لأن عقد الزواج يتعلق بالشاهدين معا، ولا يتعلق بواحد منهما فحسب. فعُدّوا أركان الزواج خمسة وهي: الصيغة والزوجة والشاهدان والزوج والولي (1329). وأما الصداق فقد جعلوه حكما من أحكام الزواج (1330).

ويرى بعض من الشافعية أن حضور الشاهدين شرط ولكن تساهل العلماء في تسمية الشاهدين ركنا (1331)، ولعلمهم في هذا نظروا إلى أن الشاهدين وإن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج، فإن لهما مع هذا زيادة تعلق واعتبار في عقد الزواج، بحيث صاروا بمرتبة الجزء فاعتبروهما ركنا نظرا إلى هذا المعنى. هذا هو الاتجاه بالنسبة للفقهاء الشافعية في عدّ أركان الزواج (1332).

وذهب بعض الحنابلة إلى عدّ الأركان ثلاثة وهي: الزوجان والإيجاب والقبول، جاء في الروض المربع: "وأركانه - أي النكاح - ثلاثة، أحدهما: الزوجان، والثاني: الإيجاب، والثالث: القبول" (1333)؛ لأن ماهية النكاح مترتبة منها ومتوقفة عليها، ولا ينعقد النكاح إلا بها. وجاء في شرح منتهى الإرادات: "ركناه - أي النكاح - إيجاب وقبول" (1334) وهو رأي الحنفية (1335).

1328- الخطاب: مواهب الجليل لشر محنصر خليل، 419/3.

1329- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 188/3.

1330- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 291/3.

1331- ذكره الغزالي في الوسيط في المذهب، 53/5. وانظر، الشريبي: مغني المحتاج، 194/3.

1332- انظر، محمد رأفت عثمان: عقد الزواج - أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي - دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1977، ص 298.

1333- البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 511.

1334- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 119-118/5.

1335- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 229/6.

ب- أركان عقد الزواج عند الحنفية: يرى الأحناف أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط⁽¹³³⁶⁾، وبه قال بعض الحنابلة⁽¹³³⁷⁾. وقولهم أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول يتضمن في الواقع كون الأركان أربعة هي: العاقدان والصيغة والمعقود عليه وهو الزوجة، وذلك لأن وجود الصيغة التي هي الإيجاب والقبول يقتضي وجود من صدر عنه الإيجاب ووجود من صدر عنه القبول⁽¹³³⁸⁾، والصيغة لا بد أن تكون مبينة للمعقود عليه.

وسبب الاختلاف بين الفقهاء في عدد أركان عقد الزواج يرجع إلى:

أولاً: اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، ولذلك اعتبر المالكية والشافعية والحنابلة الولي مما لا بد منه في النكاح بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته فعدّوه ركناً من أركان النكاح. بخلاف الحنفية فإنهم لا يعدّون الولي مما لا بد منه في النكاح فلم يعتبروه ركناً فيه.

ثانياً: كذلك فإن الفقهاء مع اتفاقهم في أمر من الأمور على اعتباره مما لا بد منه في النكاح فإنهم قد يختلفون في المراد بالركن هنا، فلعل بعضهم قد أراد بالركن حقيقته اللغوية، وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، وعلى هذا يمكن أن يحمل قول بعض المالكية أن الزوج والزوجة ركنان؛ لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولي والصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح، قال الزرقاني: "وأما الصداق والشهود فلا ينبغي عدّهما من الأركان ولا من الشروط لوجود النكاح بدونهما، لأن المضر إسقاط الصداق والدخول بلا شهود"⁽¹³³⁹⁾.

وبعض العلماء أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به، ولهذا فإن بعضاً آخر من المالكية يعدّون الزوجة والزوج والولي والصيغة والصداق أركاناً في النكاح⁽¹³⁴⁰⁾.

ثالثاً: التجوز في لفظ الركن من باب زيادة التعلق والاعتبار في الشيء بحيث صار بمرتلة الجزء، كما ذكر الدسوقي المالكي في حاشيته أن الصداق ركن⁽¹³⁴¹⁾، وكما جاء في مغني المحتاج⁽¹³⁴²⁾ أن الشهادة ركن عند الشافعية بخلاف الحنفية الذين يعتبرون الشهادة من الشروط.

1336- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/229.

1337- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/118-119.

1338- وإن كان يجوز عندهم كما يجوز عند بعض المذاهب الأخرى أن يتعقد النكاح في بعض الأحوال بعاقده واحد كما إذا زوج الجد ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، فهنا يكون العاقد الواحد قد قام بما يقوم به عاقدان. وسيأتي الحديث عن ذلك لاحقاً.

1339- الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 2/168.

1340- البناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني، 2/168. ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية، ص 195.

1341- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/220.

1342- الشريبي: مغني المحتاج، 3/194.

ومن ثم فقد اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، على أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف ظاهري في الألفاظ لا حقيقي في المعاني⁽¹³⁴³⁾.

ثانياً: الجانب القانوني

لقد حدّد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"⁽¹³⁴⁴⁾. وعليه فإذا اختل ركن الرضا يترتب عليه حكم البطلان، وفقاً للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"⁽¹³⁴⁵⁾. ومما يمكن ملاحظته في هذا الصدد ما يلي:

أولاً: لقد سار المشرع الجزائري وفق مذهب الحنفية وما ذهب إليه بعض الحنابلة في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل. وقد عني الفقهاء عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف الركن الوحيد في انعقاد العقد، كما عني بها الجمهور كذلك باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، والرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه وتنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره لأنها هي التعبير عنه وهي الشكل الذي يعتد به وتتخذ هذه الصيغة شكل الإيجاب والقبول⁽¹³⁴⁶⁾.

ومنه فإن الرضا لا يعدّ ركناً من الأركان؛ لأنه أمر معنوي داخلي نفسي لا مجال لإدراكه ولا الإحساس به، وإنما يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن، والمعبر عنها بالإيجاب والقبول؛ لأن الرضا في حقيقته شرط انعقاد وليس ركناً، ذلك لأن شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي يطلب توافرها في أركان العقد عند انعقاده، والرضا مطلوب توافره عند الزوجين حال إبرام عقد الزواج⁽¹³⁴⁷⁾. ومن هنا

1343- انظر، رشدي شحاتة أبوزيد: الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2001، ص 35-36. وسيأتي بيان أثر تخلف الركن والشرط في العقد عند الحديث عن حكم الزواج. وللإشارة فلا فرق عند الجمهور بين تخلف الركن والشرط، فالكل باطل لا أثر له، وأما الحنفية فيفرقون بين تخلف الركن الذي يجعل العقد باطلاً، وتختلف الشرط يجعله فاسداً.

1344- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 كما يلي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّاق".

1345- بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 كما يلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صدّاق يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

1346- انظر، محمد أحمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص41.

1347- انظر، محمد محدة: دراسات قانونية في قانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور.

يتبين أن الركن الحقيقي للعقد هو المعبر عنه بالقول أو الفعل أو الكتابة أو الإشارة.. وإلى هذا المعنى تشير عبارات الفقهاء القدامى، جاء في الوسيط: "الصيغة هي الإيجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة"⁽¹³⁴⁸⁾، وجاء في مواهب الجليل: "الصيغة المطلوبة من الزوج هي كل ما دل على القبول، كقبلت. وقال في الشرح الكبير: ورضيت واخترت"⁽¹³⁴⁹⁾.

وعليه يكون من الأفضل صياغة المادة التاسعة على اعتبار أن ركن الزواج هو الصيغة وفق النحو الآتي: "ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول الدالين على الرضا".

على أنه بالرجوع إلى المادة العاشرة التي جاءت مفسرة لمعنى الرضا بنصها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"⁽¹³⁵⁰⁾. فإن المشرع الجزائري قد سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج، ما إذا كان التعبير عن الرضا صادرا عنهما شخصا في مجلس العقد، أو عن طريق الولي أو المفوض أو الوكيل الخاص⁽¹³⁵¹⁾.

ثانيا: أن المشرع الجزائري يجعله الرضا (الإيجاب والقبول) الركن الوحيد الذي ينعقد به الزواج، فإنه بذلك يكون قد عدل عن اعتماده مذهب المالكية الذين يعتبرون الولي كذلك من أركان الزواج، كما كان عليه الأمر في ظل قانون 84-11 في المادة التاسعة منه قبل تعديلها: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدقا". وهو بذلك يتجه إلى إلغاء دور الولي في عقد الزواج تدريجيا - كما سيأتي بيان ذلك في موضعه-.

ثالثا: أن المشرع الجزائري قد ذكر تحت عنوان أركان الزواج الشروط اللازم توافرها في عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر، والتي نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصدقا، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"⁽¹³⁵²⁾. وكان عليه أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

وعلى هذا يكون الحديث في هذا المبحث عن أركان عقد الزواج وفق ما انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بقصره أركان الزواج على ركن الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول،

1348- الغزالي: الوسيط في المذهب، 44/5.

1349- الخطاب: مواهب الجليل، 422/3.

1350- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11.

1351- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 39.

1352- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11. وهي مادة جديدة.

وذلك من خلال المادتين التاسعة والعاشرية. إلا أنه لم يبين عناصره ومكوناته، مما يستدعي الرجوع إلى أحكامه المقررة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه

نصت المادة التاسعة على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"⁽¹³⁵³⁾. ونصت المادة العاشرة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة". اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون في مختلف التشريعات الوضعية، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ويتوقف عليه وجوده، واختلفوا في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة، وهذا اختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

والمختار أن يقال: إن ركن عقد الزواج هو الإيجاب والقبول، فإذا تحقق هذا الركن وجد عقد الزواج، بعد توافر شروطه الأخرى، فيكتفى بذكره؛ لأنه يستلزم وجود العاقدین (الزوج والزوجة)، فلا حاجة لذكرهما عند بيان ركن أو أركان عقد الزواج.

الفرع الأول: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وبعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يمكن الرجوع إلى التعريف الفقهي له.

ومن بين تلك التعريفات ما عرفه به السيد سابق بقوله: "بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولاً"⁽¹³⁵⁴⁾، وعرفه بدران أبو العينين بدران بقوله: "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما"⁽¹³⁵⁵⁾.

ومن خلال الوقوف على هذه التعاريف ونص الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة يمكن القول بأن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في عنصرين أساسيين هما الإيجاب والقبول.

1353- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق".

1354- السيد سابق: فقه السنة، 2/22.

1355- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964، ص 56.

الفرع الثاني: الإيجاب والقبول

إن نص المادة 10 في فقرتها الأولى جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول، لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما، ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة فالمعول عليه ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، وبيان ذلك يكون وفق الآتي:

أولا: تعريف الإيجاب والقبول (الصيغة)

تعريف الصيغة: "هي اللفظ الدال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا"⁽¹³⁵⁶⁾.

والمراد بالإيجاب هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا، ولفقهاء الشريعة الإسلامية مذهبان

في تحديد معنى الإيجاب والقبول:

المذهب الأول: يرى أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدین بما يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر ويسمى بالتالي موجبا. وأن القبول هو الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب بما يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل⁽¹³⁵⁷⁾.

وهذا مذهب الحنفية، وبناء عليه فالمعول عليه عندهم في تحديد كون اللفظ إيجابا أو قبولا هو وقت الصدور بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها، فما صدر أولا هو الإيجاب، وما صدر ثانيا هو القبول. جاء في فتح القدير: "الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة أولا، والقبول هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة ثانيا من أي جانب كان منهما"⁽¹³⁵⁸⁾.

المذهب الثاني: أن الإيجاب ما صدر من ولي المرأة في عقد الزواج، وأن القبول ما صدر من الزوج. وبهذا يقول الجمهور من المالكية⁽¹³⁵⁹⁾ والشافعية⁽¹³⁶⁰⁾ والحنابلة⁽¹³⁶¹⁾، فالعبرة على رأيهم بجهة الصدور بصرف النظر عن الوقت، إلا أنهم قالوا إذا تقدم القبول على الإيجاب صح العقد⁽¹³⁶²⁾. قال الخرشي المالكي: "إنه لا يشترط الترتيب في صيغة النكاح، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون كلام الزوج بعد

1356- انظر، محمد رأفت عثمان: عقد الزواج - أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي - ص 106.

1357- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/182.

1358- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/182.

1359- الدردير: الشرح الصغير، 1/380.

1360- الشربيني: معني المحتاج، 9/188-189.

1361- البهوتي: الروض المربع، ص 511.

1362- غير أنه لا يصح تقديم القبول على الإيجاب عند الحنابلة. ابن قدامة: المغني، 9/462.

كلام ولي المرأة، فلو بدأ الزوج فقال لولي المرأة: زوجني وليتك بكذا، فقال الولي: زوجتكها به، فإن النكاح ينعقد بذلك⁽¹³⁶³⁾. وجاء في الروض المربع الحنبلي: "والإيجاب هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، والقبول هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه"⁽¹³⁶⁴⁾.

وأما القبول فهو: "موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي ضمنها، دون تعديل، ويترتب عليه انعقاد العقد"⁽¹³⁶⁵⁾.

الفرع الثالث: شروط صحة الإيجاب والقبول

لصحة الإيجاب والقبول اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن تتوافر فيهما شروط معينة منها ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها وهي كالاتي:

أولاً: صيغة الإيجاب والقبول

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، وما يستخلص من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فقد أفاض الفقهاء في الحديث عن هذه المسألة وهي كالاتي:

أ- الألفاظ المعبرة شرعاً عن النكاح

اختلف الفقهاء في الألفاظ المعبرة شرعاً عن النكاح، والتي يمكن التعرض لها في نقطتين أساسيتين وفقاً لما يأتي:

1- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعاً

اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح، مستدلين في ذلك بأن معظم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالزواج جاءت بمهذين اللفظين، كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجارة، وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقاً، ولا تقتضي البقاء مدة الحياة⁽¹³⁶⁶⁾.

1363- الحرشى: الحرشى على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، (دط،دت)، 174/3.

1364- البهوتي: الروض المربع، ص 511.

1365- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، ص 115.

1366- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 81/6.

2- الألفاظ المختلف في أدائها لمعنى النكاح

ذهب الحنفية⁽¹³⁶⁷⁾ إلى القول بأنه: يجوز ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التالية: الهبة، التملك، البيع، الصدقة، شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة. في حين ذهب الشافعية⁽¹³⁶⁸⁾ والحنابلة⁽¹³⁶⁹⁾ إلى القول بعدم صحة الإيجاب والقبول بغير لفظي التزويج والإنكاح، وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء والزهري، وربيعة⁽¹³⁷⁰⁾. وذهب الظاهرية⁽¹³⁷¹⁾ إلى جواز الإيجاب والقبول بلفظ التملك إضافة إلى لفظي التزويج والإنكاح لورود لفظ التملك في الحديث⁽¹³⁷²⁾. وعند المالكية الألفاظ من جهة انعقاد النكاح بها أربعة أقسام⁽¹³⁷³⁾:

الأول: تصلح للإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح مطلقاً، سواء سمي معها مهر أم لا، وهذه الألفاظ هي الإنكاح والتزويج.

الثاني: يصح بها الإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح إن ذكر معها المهر، وهذه الألفاظ هي لفظ وهبت، قال الصاوي: "ومحل ندبه-أي ذكر الصداق- إن كانت الصيغة أنكحت وزوجت لا وهبت فيجب"⁽¹³⁷⁴⁾.

الثالث: ما في صحة الإيجاب والقبول به خلاف، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة، كبعث أو ملكت، فبعض المالكية جعلها مثل وهبت، وبعضهم لم يجعلها بمنزلة وهبت فلا ينعقد بها. **الرابع:** ما لا ينعقد به النكاح مطلقاً، ولا يصلح أن يعبر به عن الإيجاب والقبول، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدى الحياة، كلفظ الإجارة والعارية.

1367- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/229. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/185-186.

1368- الشربيني: مغني المحتاج، 3/190.

1369- ابن قدامة: المغني، 9/460.

1370- وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه، أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول قبلت أو رفضت، وهو ما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أن يقول الموجب جئت أطلب ابنتك مثلاً فيقول القابل إني قبلت. انظر، الدردير: الشرح الصغير، 1/380.

1371- ابن حزم: المحلى، 9/464.

1372- لحديث سهل بن سعد الساعدي، وفيه أن النبي ﷺ قال للرجل: "ملككها بما معك من القرآن". البخاري: كتاب فضائل القرآن، باب القراءة عن ظهر قلب، حديث رقم 5030. الجامع الصحيح، 3/347.

1373- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، 1/380. الخطاب: مواهب الجليل، 3/420.

1374- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، 1/376.

واختار ابن تيمية صحة الإيجاب والقبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجاباً وقبولاً في النكاح، وبالتالي ينعقد النكاح به، فقد قال -رحمه الله-: "وينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ كان ومثله كل عقد" (1375).

ب- لغة إبرام عقد الزواج

كما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص إطلاقاً على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، في حين لم يُغفل جمهور الفقهاء التطرق إلى هذه المسألة، فقد جاء في المعني: "من قدر على لفظ النكاح أو الزواج باللغة العربية لم يصح بغير هذين اللفظين" (1376)، وعند أبي حنيفة يصح وينعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية، ولأن العبرة في العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، وأن الزواج ليس أمراً تعديداً حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية (1377). واحتج ابن قدامة بقوله: "بأنه من عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح كما لو استعمل لفظ الإحلال" (1378). أما من لا يعرف العربية فيصح منه عقد النكاح بلغته، لأنه لا يعرف العربية، فتسقط عنه كالأخرس، وليس على من لا يعرف العربية تعلم ألفاظ النكاح بالعربية (1379).

وذهب الشافعية إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها، ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها أن يعقد بغير اللغة العربية، وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه (1380).

وما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها العقد هو أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو موقف وفق فيه - حسب رأيي - وذلك تيسيراً على من أراد الزواج.

1375- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987، 450/5.

1376- ابن قدامة: المعني، 461/9.

1377- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 79.

1378- ابن قدامة: المعني، 461/9.

1379- البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، 39/5.

1380- قال الشافعية يصح عقد النكاح باللغة غير العربية في الأصح من أقوالهم، وإن عرف قائلها اللغة العربية اعتباراً بالمعنى، لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكنتي بترجمته. انظر، الشربيني: معني المحتاج، 190/3.

ثانيا: صيغة الفعل

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عند الإيجاب والقبول، والمعول عليه في هذه المسألة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد صيغة الإيجاب والقبول. فلا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي، كقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت التزويج، وهذا هو الأصل في العقود، وإنما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، دون اللفظ الموضوع للمستقبل⁽¹³⁸¹⁾، لأن صيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل⁽¹³⁸²⁾. وكذلك يتحقق الإيجاب والقبول إذا كانت صيغة العقد إحداهما بالماضي والأخرى بصيغة المضارع، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت، وذلك إذا كانت دلالة الحال على أن صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت فالعقد صحيح⁽¹³⁸³⁾.

ثالثا: التللف بصيغة العقد

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا"، حيث اقتصر النص في هذه الفقرة على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة، ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة أو الرسول، كما أنه لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم من طرف شخص واحد، وفيما يلي عرض لهذه المسألة من خلال ما أقره الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

أ- التعبير بالإيجاب والقبول من طرف العاجز عن الكلام

يشترط لانعقاد الزواج أن يتلفظ العاقدان بصيغة العقد، والتي تتكون من الإيجاب والقبول، لعدم انعقاد زواج العاقدين اللذين يمكنهما النطق إلا بالتعبير عن ركني العقد لافتقار الزواج إلى التصريح ليقع الإشهار عليه⁽¹³⁸⁴⁾.

ولكن قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم ولا يعرف الكتابة، فمثل هذا يكون إيجابه وقبوله بالإشارة المعلومة والمفهومة والمعبرة عن قصده، لأن

1381- ابن عابدين: رد المختار، 9/3. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 221/2.

1382- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 41/7-42.

1383- الكاساني: بدائع الصنائع، 231/2. الدردير: حاشية الشرح الصغير، 380/1.

1384- الشريبي: مغني المحتاج، 3/189. ابن قدامة: المغني، 9/459. الخطاب: مواهب الجليل، 3/419.

اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن بالاتفاق⁽¹³⁸⁵⁾. على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة؛ لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة؛ لأنها أوضح وأدل على المراد وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة⁽¹³⁸⁶⁾.

وفي مذهب الحنفية⁽¹³⁸⁷⁾ في المسألة قولان: أحدهما: أنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، لأن كل من الكتابة والإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية والمقصود ما دام يلتقيان في تحقيق الإفهام. وثانيهما: أنه لا يصح من الأخرس الإشارة إذا كان قادرا على الكتابة، لأن الكتابة أبين وأوضح من الإشارة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى⁽¹³⁸⁸⁾.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر فإنه قد أخذ بالرواية الأولى عن المذهب الحنفي، أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة باعتبار أن الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الاختيار التام من خلال عبارة "كالكتابة أو الإشارة".

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من أن الأخرس الذي يستطيع الكتابة يعقد زواجه بها دون الإشارة، لكونها الأحوط والأبعد عن الشك والارتياب.

ب- التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول والمراسلة

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة في حالة عدم حضور أحد العاقدان مجلس العقد. والمعول عليه في هذه المسألة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي أجاز الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة. وقد اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بالمراسلة (الكتابة) على مذهبين:

الأول: ذهب الحنفية إلى أن من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيابه مثلا، فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتاب الموجب، وكذا ردّ القابل عن طريق القول أو المكاتبة⁽¹³⁸⁹⁾. جاء في بدائع الصنائع: "ولو أرسل إليها رسولا-أي في طلب زواجها منه- فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول

1385- الشريبي: معني المحتاج/3/190. ابن قدامة: المعني، 462/9.

1386- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/189. الشريبي: معني المحتاج، 3/191.

1387- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/190.

1388- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 80.

1389- ابن عابدين: رد المحتار، 3/12-13. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/190. الرافي: الشرح الكبير، 7/495-496.

جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى، لأن كلام الرسول كلام المرسل، لأنه ينقل عبارة المرسل، فكان سماع قول الرسول سماع قول المرسل معنى⁽¹³⁹⁰⁾.

الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاده بالكتابة مع القدرة على النطق؛ لأن الكتابة من الكناية، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم. جاء في بلغة السالك: "ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"⁽¹³⁹¹⁾، وفي مغني المحتاج: "ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية"⁽¹³⁹²⁾، وجاء في شرح منتهى الإرادات: "ولا يصح إيجاب ولا قبول بكتابة ولا إشارة مفهومة إلا من أحرص"⁽¹³⁹³⁾.

ج- التعبير عن الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال الحديثة

لم ينص المشرع الجزائري على انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، مما يستوجب الرجوع إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة.

فعقد الزواج كسائر العقود قد يتم بين حاضرين في المجلس أو غائبين عنه، وفي حالة انعقاده بين غائبين ينطبق عليه ما ينطبق على إجراء عقد البيع بين غائبين، يقول بدران أبو العينين بدران: "والزواج بالهاتف جائز، وتعتبر المحادثة مجلس العقد، ما دام الكلام من المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقل من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويطل الإيجاب"⁽¹³⁹⁴⁾.

غير أن عقد الزواج يتميز بشرط خاص يخالف به سائر العقود، وهو اشتراط الشهود، وبالتالي حتى يكون جائزاً لا بد من مراعاة هذا الشرط⁽¹³⁹⁵⁾. يقول شليبي: "وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأن السماع ممكن فيها، أما في التكلم في الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط، وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد، وكذلك لو شهدا اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر، لأن الشهادة لم توجد على العقد، وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد

1390- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/233.

1391- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، 2/223.

1392- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/190.

1393- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/120.

1394- بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، مصر، (دط، دت)، ص 41.

1395- راجع هذه المسألة بتفصيل أكثر عند محمد عقلة الإبراهيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1986.

متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر، ووضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها"⁽¹³⁹⁶⁾.

رابعاً: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الإيجاب والقبول، كما هو الشأن في بعض قوانين البلاد العربية⁽¹³⁹⁷⁾، بل جاء النص عاماً، مما يفهم منه أن المرجع في ذلك هو الشريعة الإسلامية.

الفرع الرابع: أثر تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج

أولاً: الجانب الفقهي

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدماً لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يخلّوا به الدخول، واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زناً، لكنهم اختلفوا في وجوب إقامة حدّ الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد يقولون بإقامته⁽¹³⁹⁸⁾، إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم، في حين يرى أبو حنيفة بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما⁽¹³⁹⁹⁾، وذلك يثبت في كل الأنكحة المختلف فيها، أما الدخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر في الوصف أو في الحد لأنه لا توجد شبهة في التحريم قط، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقد الأهلية، أو لا يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لا حقيقة ولا حكماً فإن هذا العقد لا وجود له، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبي حنيفة الذي يعتبر صورة العقد شبهة، إذ العبارات ملغاة لا اعتبار لها، فلا وجود للعقد لا صورة ولا حكماً، فالدخول في هذه الحال يوجب عقوبة الزنا المقدرة في الشريعة الإسلامية، إذ لا شبهة قط⁽¹⁴⁰⁰⁾.

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة، باتفاق أبي حنيفة وأصحابه، لأن حرمة المصاهرة تثبت في المذهب الحنفي. محض الزنا⁽¹⁴⁰¹⁾.

1396- مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 107-108.

1397- كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفاهماً أن المقصود به الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب".

1398- انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 118-119.

1399- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.

1400- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.

1401- انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص 119.

ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد عليه الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه، فالجمهور⁽¹⁴⁰²⁾ يرون عدم ثبوته على عكس الحنفية الذين قالوا بثبوته⁽¹⁴⁰³⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف عنصر الرضا⁽¹⁴⁰⁴⁾ في نص الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"⁽¹⁴⁰⁵⁾؛ ومفادها أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا، ولا ينتج عن العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الآخر، سواء قبل الدخول أم بعده.

وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء⁽¹⁴⁰⁶⁾.

غير أن مقصود المشرع من تخلف عنصر الرضا، يشمل بالأساس تخلف رضا المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، وأما عند جمهور الفقهاء فإن تخلف عنصر الرضا بالنسبة للصغيرة والمجنونة -ومن في حكمهما- لا يبطل به العقد.

والأجدر بالمشرع أن يعبر "بالإيجاب والقبول" بدل استخدامه عبارة "الرضا"؛ لأن الإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج وتخلفه يعرض العقد للبطلان. أما تخلف عنصر الرضا؛ فمعناه الإكراه (ولاية الإكراه) على الزواج، وهذه مسألة خلافية بين الفقهاء يتم تناولها عند الحديث عن الولاية في الزواج وأقسامها.

1402- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/526.

1403- أما ثبوت النسب فموضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي، فبعضهم أثبت النسب احتياطا لمصلحة الولي، ولأن الشبهة إذا أسقطت الحد كان ذلك دليلا على اعتبارها في الجملة، وبعضهم قال لا يثبت، وقد استظهر ابن الهمام عدم ثبوت النسب ورجح ذلك، لأن الزنا لا يثبت النسب، ووصف الزنا لم يزل بهذه الشبهة، فالنسب كالعدة على السواء عنده. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.

1404- يشترط الفقهاء لصحة الرضا في عقد الزواج أن تكون الإرادة جدية، واعية وحررة أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل و مؤبدة. ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل، وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة، مما يستوجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني طبقا للفقرة الثانية من المادة 82 والمواد من 86 إلى 88، وعموما فإن العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط والتدليس.

1405- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1406- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 77.

المبحث الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها مقارنة بقانون الأسرة

يتناول هذا المبحث الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها، وفقا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وما نص عليه المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة وما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: شروط عقد الزواج

قبل الحديث عن شروط عقد الزواج، لا بد أولا من تعريف الشرط، وبيان اختلاف الفقهاء في تحديدهم للشروط الخاصة بعقد الزواج، بناء على اختلافهم في تحديد أركانه- كما سبق بيانه- وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحا

أولا: لغة

الشرط بفتحين هو العلامة، وهو إلزام شيء والتزامه، وجمعه شروط وأشراط، ومنها أشراط الساعة؛ أي علاماتها⁽¹⁴⁰⁷⁾، كما في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾⁽¹⁴⁰⁸⁾. وهو عند النحاة: ترتيب أمر على آخر بأداة.⁽¹⁴⁰⁹⁾

ثانيا: اصطلاحا

"هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر، ويلزم من عدمه العدم للحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وهو خارج عن حقيقة المشروط. أو هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب"⁽¹⁴¹⁰⁾؛ بمعنى أنه أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا، مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء، فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحا في نظر الشارع عندهم، فقد يوجدان ولا يوجد الزواج، وكون المرأة محلا للزواج بالألا تكون محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا عند الفقهاء جميعا، فإن هذا أمر خارج عن حقيقة العقد، وهكذا كل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يعتد به إلا إذا تحقق الشرط، وإن لم يكن جزءا من حقيقة ذلك الشيء⁽¹⁴¹¹⁾.

1407- ابن منظور: لسان العرب، 329/7.

1408- محمد: الآية 18.

1409- المعجم الوسيط: ص 478-479.

1410- الآمدي: الأحكام في أصول الأحكام، 379/2-380. الزركشي: البحر المحيط، 327/3.

1411- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 95. البرديسي: الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، ص 68.

فالركن والشرط يتفقان في أن الحكم يتوقف على وجودهما، فعدم كل منهما يستلزم عدم الحكم، ويفترقان في أن الركن جزء من ماهية الشيء، والشرط خارج عنه؛ بمعنى ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلا في حقيقته.

الفرع الثاني: شروط الزواج عند فقهاء المذاهب الأربعة

بالنظر إلى الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج في المذاهب المختلفة فإن بعضها متفق عليه عند الجميع، وبعضها الآخر مختلف فيه، وهناك شروط أخرى عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر، والشروط المتفق عليها مختلف في نوعها، ولا يسع المجال للتفصيل في ذلك⁽¹⁴¹²⁾.

هذا وينعقد الزواج صحيحا نافذا لازما إذا تحققت مجموعة من الشروط على خلاف بين الفقهاء فيها وهي: شروط الانعقاد⁽¹⁴¹³⁾، وشروط الصحة⁽¹⁴¹⁴⁾ وشروط النفاذ⁽¹⁴¹⁵⁾ وشروط اللزوم⁽¹⁴¹⁶⁾. وتنوع هذه الشروط إلى هذه الأنواع الأربعة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج، فجعلوا للانعقاد شروطا يترتب على تخلفها البطلان، وجعلوا للصحة شروطا يترتب على تخلفها الفساد.

1412- راجع، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 113 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 80/7 وما بعدها. الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 571/2.

1413- تعرف شروط الانعقاد بأنها: تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الانعقاد والإنشاء وذلك بسبب ارتباطها كليا بالأركان التي يقوم عليها العقد. ويعرفها البعض بأنها: الشروط التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد. فإذا تخلف أحدها فإن العقد لا يكون له وجود شرعي، ولا يترتب عليه أي حكم من أحكام العقد، ومن هذه الشروط ما يتعلق بالعاقدين كإسلام الزوج إذا كانت الزوجة مسلمة، وأن تكون المرأة محققة الأنوثة مسلمة أو كتابية إذا كان الزوج مسلما وغير محرمة عليه تحريما قطعيا، وكالبلوغ، وأما الشروط المتعلقة بالصيغة فقد سبق بيانها. انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 113.

1414- اشترط المالكية لصحة عقد النكاح بالإضافة إلى شرط الولي والصداق والإشهار، (عدم التواطؤ مع الشهود على كتمان النكاح)، وألا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا، لما فيه من إدخال وارث في تركة أحدهما على ورثته، وخلو الزوجين من الموانع كالإحرام والحرمة الثابتة بدليل قطعي أو ظني. انظر، القرافي: الذخيرة، 208/4. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 80/7-82. عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007، ص 54 وما بعدها.

1415- تعرف شروط النفاذ بأنها: "تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كل من عاقديه بغير وجودها". وذلك بأن تكون لمثولي إنشاء العقد ولاية إنشائية، فإذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد فلا يكون نافذا ويكون موقوفا على إجازة وليه مثلا. وألا يكون العاقد ولها أبعدا مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: فهنا إذا أبرم الولي الأبعد عقد الزواج للمثولي عليها فيكون هذا العقد موقوفا على إجازة الولي الأقرب. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 86/7. وعبد الكريم زيدان: الفصل، 125/6.

1416- تعريف شروط اللزوم بأنها: "تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره"، وعلى ذلك فالعقد غير اللازم هو الذي لا يستطيع أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون موافقة الطرف الآخر"، كتحقق شرط الكفاءة، وخلو الزوجين من العيوب. انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 137-138.

أما الجمهور الذين لم يفرقوا بينها وجعلوا العقد غير الصحيح نوعا واحدا يسمى بالباطل أو الفاسد، فليس عندهم شروط الانعقاد، وأخرى للصحة، بل كلها شروط للصحة، فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة⁽¹⁴¹⁷⁾.

ويتوقف على هذه الشروط وصف العقد تبعا لنوع الشروط المتخلفة⁽¹⁴¹⁸⁾، فتختلف شروط الانعقاد أو بعضها يجعل العقد باطلا، وتختلف شروط الصحة أو بعضها يجعل العقد فاسدا، بينما تختلف شروط النفاذ يجعل العقد موقوفا، وأما تختلف شروط لزوم العقد فيجعل العقد جائزا غير لازم، أي قابلا للفسخ باختيار من له حق الخيار⁽¹⁴¹⁹⁾.

ويقصد بشروط الصحة: الشروط التي تتوقف عليها صلاحية العقد وصحته إن كانت هذه الشروط صحيحة، أو فساد العقد عند الحنفية، وبطلانه عند الجمهور إن كانت غير صحيحة، ولا تترتب على ذلك أية آثار شرعية، وإن كانت الشروط صحيحة، فإن جميع الآثار الشرعية تترتب على هذا العقد⁽¹⁴²⁰⁾.

أما الشروط الخاصة بعقد الزواج، -والمقصودة في هذا البحث- فهي الشروط التي تمثل أركانا للزواج عند الجمهور، وعلى الخصوص الملكية والشافعية خلافا للحنفية وبعض الحنابلة- كما سبق بيانه- حيث ذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي الولي، والصداق، والمحل والصيغة⁽¹⁴²¹⁾، كما عدّها بعضهم خمسة (العاقدين -زوج وزوجة- الولي، الصداق، الصيغة)⁽¹⁴²²⁾، في حين صرح العلامة أحمد الدردير بأن أركان النكاح ثلاثة، وهي المحل والولي والصيغة، ولم يعتبر المهر ركنا كما اعتبره بعض علماء المذهب⁽¹⁴²³⁾. وفي المقابل فإن بعض المالكية جعل الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصداق فغاية الأمر فيهما أنه يشترط في المهر عدم إسقاطه، وفي جواز الدخول للإشهاد كما قال الخطاب⁽¹⁴²⁴⁾.

1417- انظر، مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 114.

1418- وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن حكم عقد الزواج وأنواعه.

1419- وفي الجملة فقد اعتبر الفقه الإسلامي هذه الشروط موضوعية لأنه يجمع ما يلزم لتكوين الزواج تحت عبارتي "أركان الزواج وشروطه" ومع ذلك لا يمنع من تمييز الشروط الموضوعية عن الشروط الشكلية في عقد الزواج وفقا للفقه الإسلامي، لأنه يبقى شرط حضور الشاهدين الذي يتعدى وصفه بالشرط الموضوعي، لأنه وإن كان في الأصل عقد رضائيا، إلا أنه مشوب بشكالية العلانية.

1420- انظر، شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 120. السيد سابق: فقه السنة، 2/37.

1421- أحمد بن أحمد الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل. عبد السميع الآبي الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، 277/1.

1422- الخطاب: مواهب الجليل، 3/419.

1423- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.

1424- الخطاب: مواهب الجليل، 3/419.

في حين فإن المذاهب الثلاثة الأخرى يجعلون الشهود شرط لصحة الزواج، وأما الصداق فهو حكم من أحكام الزواج.

وفي الجملة يمكن تجاوزاً أن يقال بأن الفقهاء متفقون على اشتراط الولي وعلى عدم إسقاط الصداق وعلى حضور الشهود، عدا الحنفية في مسألة عدم اشتراط الولي في الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من كفاء ومهر المثل. وعليه يقتصر الحديث - في هذا المقام - على شروط صحة الزواج الشرعية⁽¹⁴²⁵⁾ وفقاً لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"⁽¹⁴²⁶⁾.
أما توفر شرط الأهلية فيعد من الشروط القانونية التي حدّد من خلالها المشرع سناً معينة تجعل الشخص أهلاً لإبرام عقد الزواج، بخلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي في عدم تحديد سن معينة للزواج⁽¹⁴²⁷⁾، ومنه فإن الحديث عن الأهلية كشرط في الزواج، يندرج ضمن الحديث عن الشروط الموضوعية القانونية.

ومن هنا كان لزاماً التمييز بين الشروط الشرعية المقررة في الفقه الإسلامي، وبين الشروط الموضوعية القانونية المنصوص عليهما في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري.
أما الشروط الشرعية، فيقصد بها الشروط التي لا يد للمشرع في وضعها، والمتضمنة في المادة التاسعة مكرر وهي: شرط الصداق والولي والشاهدان، بالإضافة إلى شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي تعتبر من المسائل الشرعية المتفق على اعتبار اشتراطها؛ لكونها من الثوابت في مجال أحكام الأسرة، ومنه فإن تناولها يقتصر على الجانب القانوني فحسب.
وفيما يلي تفصيل القول في شروط صحة الزواج وفق ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما استقرت عليه التطبيقات القضائية، وهي الصداق والولي والشهود، وتفصيل ذلك يكون من خلال المطالب الآتية:

1425- إضافة إلى الشروط الشكلية (الإجرائية) التي يتطلبها عقد الزواج، وضع المشرع شروطاً موضوعية أخرى، سيتم تناولها وبيان أثر تخلفها على العقد في الفصل الثاني من هذا الباب.

1426- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1427- تعدّ الأهلية شرط انعقاد لا شرط صحة في الفقه الإسلامي؛ فلا ينعقد زواج الصغير غير المميز، وینعقد زواج الصغير المميز موقوفاً، كما ينعقد زواج البالغ المميز استقلالاً.

المطلب الثاني: الصداق وأثر تخلفه في عقد الزواج

لقد اعتبر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات العربية أن الصداق ليس ركنا ولا شرطا في عقد الزواج، وإنما هو أثر من آثاره بعد تمامه، باستثناء المذهب المالكي الذي اعتبره شرط صحة.

في حين ذهب المشرع الجزائري إلى اعتباره في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة شرطا من شروط عقد الزواج، وقد تناولت موضوع الصداق المواد: 9 مكرر و14 و15 و16 و17 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وعلى هذا يكون تناول موضوع الصداق وأثر تخلفه وفق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، متبوعا بتحليل ومناقشة ما نص عليه المشرع الجزائري وما استقر عليه الاجتهاد القضائي في كل مسألة من مسائله، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الصداق ومشروعيته وحكمته

لبيان مفهوم الصداق في عقد الزواج لا بد أولا من تعريفه لغة واصطلاحا على النحو الآتي:

أولا: تعريف الصداق لغة واصطلاحا

أ- في اللغة: يعرف الصداق لغة بأنه: "دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج، أو هو مهر الزوجة، وجمعه أصدقة وصدق" (1428).

ب- في الاصطلاح: تعددت التعاريف الفقهية للصداق، وكلها تدور حول معنى واحد، وهذه بعضها:

حيث عرفه الحنفية بأنه: "اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع"، واعتراض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة، ومن ثم عرفه بعضهم بأنه: "اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطاء" (1429).

وعرفه المالكية بأنه: "ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها" (1430). أو هو "المال الملتزم للمخطوبة للملك عصمتها" (1431).

وعند الشافعية هو: "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا". سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر (1432). كما عرفوه بأنه: "العوض المستحق

1428- المعجم الوسيط: ص 510.

1429- ابن عابدين: رد المختار، 3/100-101.

1430- الدردير: الشرح الصغير، 1/409.

1431- عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، 1/305.

1432- الشربيني: مغني المحتاج، 3/291.

في عقد النكاح"⁽¹⁴³³⁾. قال البلقييني: "الأحسن أن يقال: هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع. فقولنا: لما وجب يشمل المال وغيره من تعلم صنعة ونحوها، وقولنا بسبب عقد أو وطء واضح، وقولنا: أو تفويت بضع، يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون، والوطء بالشبهة"⁽¹⁴³⁴⁾. وعرفه الحنابلة بأنه: "العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه- أي النكاح- كوطء شبهة"⁽¹⁴³⁵⁾.

وعرفه من المعاصرين بدران أبو العينين بدران بأنه: "اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا"⁽¹⁴³⁶⁾. وعرفه عبد العزيز سعد بأنه: "المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها"⁽¹⁴³⁷⁾.

تعريف المشرع الجزائري

عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه: "هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للصداق

أ- التكييف الفقهي

ذهب الجمهور من الحنفية⁽¹⁴³⁸⁾ والشافعية⁽¹⁴³⁹⁾ والحنابلة⁽¹⁴⁴⁰⁾ إلى عدم اعتبار الصداق ركنا ولا شرطا في صحة الزواج ولا نفاذه ولا لزومه. وإنما هو واجب على أنه حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه وأثر من آثاره التي تثبت بعده. ومن هنا يجب المهر بالزواج، وإن لم يسم وينص عليه في العقد أصلا، فمن تزوج امرأة دون أن يسمي لها مهرا عند العقد، أو سمي في العقد ما لا يصلح مهرا، أو حصل اتفاق بين الزوجين أن يتزوجا بغير مهر⁽¹⁴⁴¹⁾، أو اشترط الزوجان عدم المهر، فإن العقد

1433- الماوردي: الحاوي الكبير، 393/9.

1434- الرافعي: الشرح الكبير، 232-231/8.

1435- البهوتي: كشاف القناع، 128/5.

1436- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، 181/1.

1437- عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 46.

1438- قال الحنفية أن المهر هو شرط جواز نكاح المسلم. الكاساني: بدائع الصنائع، 274/2.

1439- تقي الدين الحصني الشافعي: كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تحقيق وتعليق كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001، ص 490.

1440- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 233/5.

1441- لا يملك الزوج ولا الزوجة ولا أولياؤها إخلاء الزواج من المهر، فلو اتفقوا على عقد زواج بغير مهر فلا قيمة لاتفاقهم، وكان المهر لازما، ويكون الواجب حينئذ مهر المثل، فلا يجوز أن يصطلح الناس على أن تكون عقود الزواج بغير مهر يدفعه الرجل للمرأة. انظر، عبد الرحمن العدوي: الوسيط في الفقه الإسلامي- أحكام الأسرة- المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1996، ص 62.

في كل تلك الصور صحيح والشرط باطل، ويجب للزوجة في كل هذه الصور مهر المثل؛ لأن عقد الزواج لا يخلو من الصداق سواء ذكر في العقد أم لم يُذكر⁽¹⁴⁴²⁾.

ويستدلون لرأيهم هذا بأن خلوّ العقد من تسمية المهر لا يؤثر فيه لا من حيث الصحة والنفاذ، ولا من حيث اللزوم، وذلك في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁴⁴³⁾، فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصداق ولا تسميته في العقد، قال الماوردي: "الصداق في عقد النكاح واجب فإن تزوجها على غير صداق سمّياه في العقد صح العقد، وإن كرهنا ترك التسمية فيه"⁽¹⁴⁴⁴⁾. وقال ابن قدامة: "ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق؛ لأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلي ذلك من صداق"⁽¹⁴⁴⁵⁾. غير أن بعضا من فقهاء المذهب المالكي كيفه على أنه ركن من أركان عقد الزواج، وذلك بعدم صحة العقد الذي يتم فيه اشتراط إسقاط المهر، فعقد الزواج هو عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض، حيث يجعله الدسوقي ركنا رابعا، فقد جاء في حاشيته على الشرح الكبير: "أركانه أربعة: الأول: ولي، والثاني: صداق، والثالث: محل زوج وزوجة، والرابع صيغة"⁽¹⁴⁴⁶⁾. ولم يعتبره الدردير ركنا بل جعله شرطا، فقال: "وشروط صحة النكاح أن يكون بصداق ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو تقرير صداق المثل بالدخول"⁽¹⁴⁴⁷⁾. وهو ما مال إليه الخطاب بقوله: "وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدّا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد"⁽¹⁴⁴⁸⁾. وقال ابن جزري في حكم الصداق: "وهو شرط بإجماع، ولا يجوز التراضي على إسقاطه، ولا اشتراط

1442- انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، 1/183. رمضان علي السيد الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د، دت)، ص 163. غير أن الاتفاق على إسقاط المهر، أو الزواج بغير مهر يجعل العقد باطلا عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد، والحنفية يجعلون العقد صحيحا والشرط باطلا؛ لأن العقد لا يبطل بالشرط الفاسد، وفي هذه الصورة يتقرر مهر المثل بعد الدخول أو الموت عند أبي حنيفة. وفي الموت للشافعي قولان: أحدهما؛ يجب، والثاني لا يجب، وهو قول مالك في صورة نفي المهر. العيني: البناية شرح الهداية، 4/659.

1443- البقرة: الآية 236.

1444- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/393.

1445- ابن قدامة: المغني، 10/98.

1446- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/220.

1447- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.

1448- الخطاب: مواهب الجليل، 3/419.

سقوطه" (1449). وإذا وقع العقد على شرط إسقاطه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل (1450). وهو مذهب الظاهرية أيضا (1451).

ب- التكيف القانوني

وكما سبق ذكره أيضا فإن المشرع الجزائري كيّف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي ونص صراحة في المادة التاسعة من القانون 84-11 على أن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج، وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998: "ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصدّاق" (1452). وعن طريق تعديل المادة التاسعة بموجب الأمر 05-02 لم يعدل المشرع عما هو مقرر عند بعض فقهاء المالكية فجعل الصداق شرطا لصحة عقد الزواج. بموجب المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وذلك على غرار ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية (1453).

و هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة من نفس القانون بقولها: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل" (1454)، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 33 على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصدّاق المثل".

ثالثا: دليل مشروعية الصداق وحكمته

ثبتت مشروعية الصداق بالكتاب والسنة والإجماع:

أولا: الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (1455)؛ أي عطية من الله تعالى مبتدأة أو هدية. والمخاطب بها الأزواج عند الأكثرين، وقيل الأولياء لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ويسمونهم نحلة، وهو

1449- ابن جزري: قوانين الأحكام الشرعية، ص 200.

1450- الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، (دط، دت)، 441/2.

1451- ابن حزم: المحلى، 466/9.

1452- ملف رقم 188707: المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 50.

1453- مثل ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 53: "يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمى عند العقد أم لم يسم أو نفى أصلا".

1454- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

1455- النساء: الآية 4.

دليل على أن المهر رمز لإكرام المرأة والرغبة في الاقتران. وقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁴⁵⁶⁾، أجورهن أي مهرهن، وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁴⁵⁷⁾.

ثانيا: السنّة النبوية

فقد وردت في شأن الصداق أحاديث كثيرة منها: قوله ﷺ: "إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا"⁽¹⁴⁵⁸⁾، وقوله أيضا: "التمس ولو خاتما من حديد"⁽¹⁴⁵⁹⁾. كما ثبت عنه ﷺ أنه لم يخل زواجا من مهر⁽¹⁴⁶⁰⁾.

ثالثا: الإجماع؛ فقد أجمع المسلمون على مشروعية المهر في النكاح⁽¹⁴⁶¹⁾.

والحكمة من وجوب المهر هي إظهار خطر هذا العقد ومكانته وإعزاز المرأة وإكرامها وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، ودوام الزواج، وفيه تمكين المرأة من التهيأ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة⁽¹⁴⁶²⁾.

كما أنه شرع لإظهار شرف محل عقد النكاح، ولم يشرع عوضا أو بدلا كالثمن للمبيع أو كالأجرة للمأجور، لأنه لو كان كذلك لوجب تقديم تسميته، ولما صح عقد النكاح بدون هذه التسمية⁽¹⁴⁶³⁾.

1456- النساء: الآية 25.

1457- النساء: الآية 24.

1458- الإمام أحمد: (مسند عائشة) حديث رقم 24999. المسند: دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995، ص 519. البيهقي: كتاب الصداق، باب يستحب القصد في الصداق، حديث رقم 14356. السنن الكبرى، 7/384-385.

1459- الإمام مالك: كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحياء، حديث رقم 1498. الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1997، 28/2. البخاري: كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، حديث رقم 5087. الجامع الصحيح، 3/359.

1460- انظر، ابن قدامة: المغني، 10/98.

1461- ابن قدامة: المغني، 10/97.

1462- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/253.

1463- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 228.

الفرع الثاني: أحوال الصداق في عقد الزواج

ويتضمن هذا الفرع الحديث عن أحوال الصداق بذكر مقداره وأنواعه وحالاته على النحو

الآتي:

أولاً: مقدار الصداق

أ- الجانب الفقهي

ليس للمهر حدّ أقصى بالاتفاق؛ لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحدّ أعلى لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽¹⁴⁶⁴⁾، كما اتفق الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالاة في المهور⁽¹⁴⁶⁵⁾، واختلفت آراؤهم في تقدير الحدّ الأدنى للصداق على النحو الآتي:

ذهب الحنفية⁽¹⁴⁶⁶⁾ إلى أن أقلّ المهر عشرة دراهم لقوله ﷺ: "لا مهر أقل من عشرة دراهم"⁽¹⁴⁶⁷⁾، وقياساً على نصاب السرقة وهو ما تقطع به يد السارق، أما حديث "التمس ولو خاتماً من حديد"، فحملوه على المهر المعجل⁽¹⁴⁶⁸⁾.

وعند المالكية⁽¹⁴⁶⁹⁾ أقله ربع دينار أو ما يساويها، مما يُقوّم بها من عروض أو من كل طاهر لا نجس، متمولاً شرعاً من عرض أو حيوان أو عقار منتفع به شرعاً مقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدره وصنفاً وأجلاً⁽¹⁴⁷⁰⁾، ودليلهم أن المهر وجب في الزواج إظهاراً لكرامة المرأة ومكاتها، فلا يقل عن هذا المقدار الذي هو نصاب السرقة عندهم⁽¹⁴⁷¹⁾.

1464- النساء: الآية 20.

1465- لا ضرورة من باب السياسة الشرعية لتحديد المهور، كونها من الأمور المباحة التي لم يرد نص في أدائها ولا أعلاها. وقد فصل القول في هذه المسألة الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 7/75 وما بعدها.

1466- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/275-276. العيني: البناية في شرح الهداية، 4/647. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/305.

1467- البيهقي: كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً، حديث رقم 14384. السنن الكبرى، 7/392. الدارقطني: كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم 3601. سنن الدارقطني، 4/358.

1468- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/276.

1469- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/18. ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص 201.

1470- الدردير: حاشية الشرح الصغير على بلغة السالك، 1/409-410. قال الباجي: "إذا وقع الفساد في النكاح لفساد المهر لا خلاف في منعه ابتداءً، فإن وقع فيه روايتان، إحداها أنه يفسخ قبل البناء وبعده، والأخرى يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويجب صداق المثل، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أن النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل". المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، 5/57.

1471- إن قلّ المهر عن ربع دينار يفسخ قبل الدخول إن أبي الزوج تكملة المهر إلى ربع دينار، وإن دخل بها أكمل لها ربع دينار عند الإمام مالك. المدونة، 2/152.

وقال الشافعية⁽¹⁴⁷²⁾ والحنابلة⁽¹⁴⁷³⁾ لا حدّ لأقل المهر، ولا تتقدر صحة الصداق بشيء، فصح كون المهر ما لا قليلا أو كثيرا، قال الماوردي: "فهو يعتبر بما تراضى عليه الزوجان من قليل وكثير"⁽¹⁴⁷⁴⁾. وجاء في التهذيب: "وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد"⁽¹⁴⁷⁵⁾.

وضابطه كل ما صح كونه مبيعا - أي له قيمة - صح كونه صداقا، ما لم ينته في القلة إلى حدّ لا يتمول، فإن عقد بما لا يتمول فسدت التسمية ووجب مهر المثل، ودليلهم أن المهر حق المرأة شرعه الله إظهارا لمكانتها، فيكون تقديره برضا الطرفين؛ ولأن المهر بدل الاستمتاع بالمرأة فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعتها⁽¹⁴⁷⁶⁾، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك⁽¹⁴⁷⁷⁾.

ب- الجانب القانوني

أما المشرع الجزائري فلم يجعل للصداق حدّا أدنى ولا أعلى، آخذا في ذلك بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وفقا للمادة 14 من قانون الأسرة التي جاءت مطلقة في هذا الشأن، يفهم ذلك من عبارة "ما يدفع نحلة للزوجة من نقود ونحوها". وهذا الموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج، بما يتناسب و جميع طبقات المجتمع غنيها و فقيرها، أي أنه لا يُعجز الفقراء، ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق.

ثانيا: أنواع الصداق

أ- الجانب الفقهي

يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين: مسمى وغير مسمى.

1- **المهر المسمى**: هو ما سُمّي في العقد أو بعده بالتراضي بين الزوجين، بأن اتفق عليه صراحة في العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضي، أو فرضه الحاكم⁽¹⁴⁷⁸⁾، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لِهِنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَارَضْتُمْ﴾⁽¹⁴⁷⁹⁾. ونص المالكية على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد يعدّ من المهر، ولو لم يشترط، وكذا ما أهدي إلى وليها، قبل العقد فلو طلقت قبل الدخول كان

1472- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/292.

1473- ابن قدامة: المغني، 10/99.

1474- الماوردي: الحاوي الكبير، 9/400.

1475- مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، ص 168.

1476- الشريبي: مغني المحتاج، 3/292.

1477- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/18.

1478- مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 370. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/265-266.

1479- البقرة: الآية 237.

للزوج أن يرجع بنصف ما أهداه، أما ما أهدي للولي بعد العقد فيختص به، وليس للزوجة ولا للزوج أخذه منه⁽¹⁴⁸⁰⁾.

ويستحب تسمية المهر في النكاح، فإن لم يسمَّ صحَّ العقد⁽¹⁴⁸¹⁾. قال الشافعي: "ذكر الله الصداق والأجر في كتابه وهو المهر، قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾"⁽¹⁴⁸²⁾، فدلَّ على أن عقدة النكاح بالكلام، وأن ترك الصداق لا يفسدها، فلو عقد بمجهول أو بجرام ثبت النكاح ولها مهر مثلها"⁽¹⁴⁸³⁾. واستدل الكاساني لذلك بالآية نفسها فقال: "ولا خلاف في أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه (عدم تسميته) لقوله تعالى: "لا جناح" رفع - سبحانه - الجناح عن من طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد النكاح فدلَّ على جواز النكاح بلا تسمية"⁽¹⁴⁸⁴⁾.

قال الباجي: "وعندي أن وجه التعلق من الآية أنه بمعنى نفي الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة، وهذا يقتضي رفع المأثم بعقده، وإذا ارتفع المأثم دلَّ على إباحته"⁽¹⁴⁸⁵⁾.

وقال مالك عند عدم تسمية المهر: "النكاح جائز ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق فلا متعة لها ولا صداق ولها الميراث"⁽¹⁴⁸⁶⁾.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"⁽¹⁴⁸⁷⁾، وما يفهم أيضا من عبارة "يجدد" من نص المادة 15 بعد تعديلها أنه يجوز تسمية المهر بعد إبرام العقد.

2- المهر غير المسمى: فقد عرفه الحنفية بأنه: "مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والسن والعقل والدين"⁽¹⁴⁸⁸⁾، وتعتبر المماثلة باتفاق المذاهب في التدين والمال والجمال

1480- انظر، الدردير: حاشية الشرح الصغير، 1/419.

1481- انظر، أبي بكر بن محمد الحصري الدمشقي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص 489. مصطفى ديب البغا: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، ص 167.

1482- البقرة: الآية 236.

1483- المرني: مختصر المرني في فروع الشافعية، وضع حواشيه، محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص 239.

1484- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/274. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/304.

1485- الباجي: المنتقى، 5/36.

1486- الإمام مالك: المدونة، 2/163.

1487- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/17، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

والعقل والأدب والسن والبركة والثبوت والبلد والحسب⁽¹⁴⁸⁹⁾، وهو ما يعدّ من مفاخر الآباء من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها من كل ما يختلف لأجله الصداق. وتلاحظ هذه الأوصاف في النكاح الصحيح يوم العقد، وفي النكاح الفاسد يوم الوطاء، لأنه الوقت الذي يتقرر به صداق المثل كوطء الشبهة فإنه يجب صداق المثل فيه بحسب الأوصاف يوم الوطاء⁽¹⁴⁹⁰⁾.

قال مالك: "لا ينظر في هذا إلى نساء قومها ولكن ينظر في هذا إلى نساء في قدرها وجمالها وموضعها وغناها، قال ابن القاسم: والأختان تفترقان ها هنا في الصداق"⁽¹⁴⁹¹⁾.

ب- الجانب القانوني

يطبق صداق المثل متى لم يتفق في العقد على تحديد الصداق طبقاً للمادة 15 من قانون الأسرة، أو عند إبرام العقد بدون صداق، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، حيث قرنت استحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها بدون صداق.

ثالثاً: حالات الصداق

أولاً: الجانب الفقهي

اتفق الفقهاء على أن للصداق ثلاث حالات: إما أن يكون معجلاً كلياً أو مؤجلاً كلياً، أو معجلاً في جزء ومؤجلاً في الجزء الآخر⁽¹⁴⁹²⁾.

فذهب الحنفية⁽¹⁴⁹³⁾ إلى أنه يصحّ كون المهر معجلاً أو مؤجلاً كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين -الطلاق أو الوفاة- عملاً بالعرف، ولكن بشرط أن لا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة في القدر أو الصفة. وإذا اتفقا صراحة على تقسيط المهر عمل به؛ لأن الاتفاق من

1488- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/286. شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 370.

1489- قال الباجي: "أما ما يعتبر في مهر المثل فإنه أربع صفات: الدين والجمال والمال والحسب، ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها في هذه الصفات ردت إليها في مهر المثل، وإن لم تكن من أقاربها". المنتقى، 5/39.

1490- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/268.

1491- الإمام مالك: المدونة، 2/162.

1492- معرفة مقدار المعجل والمؤجل من المهر مهمة من ناحيتين: الأولى: معرفة ما تستحقه المرأة من معجل مهرها، وبالتالي لها أن تمتنع عن تسليم نفسها إلى زوجها ما لم تستلم معجل مهرها. الثانية: معرفة وقت استحقاق المؤجل بالتصريح بوقته أو بالرجوع إلى العرف في تعيين وقته حتى يمكن المطالبة بالمؤجل حين حلول وقته. عبد الكريم زيدان: المفصل، 7/85.

1493- العيني: البناية في شرح الهداية، 4/701-702. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، 4/138-139.

قبيل الصريح، والعرف من قبيل الدلالة، والصريح أقوى في الدلالة، وإذا لم يتفقا على تعجيل المهر أو تأجيله عملاً بعرف البلد - لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً - وإذا لم يكن هناك عرف بالتعجيل أو التأجيل استحق المهر حالاً؛ لأن حكم المسكوت عنه يأخذ حكم المعجل، ولأن الأصل - أي المهر - يجب بتمام العقد؛ لكونه أثراً من آثاره، فإذا لم يؤجل صراحة أو عرفاً عمل بالأصل؛ لأنه عقد معاوضة، فيقتضي المساواة بين الجانبين⁽¹⁴⁹⁴⁾.

وفصل المالكية في حكم التأجيل فقالوا⁽¹⁴⁹⁵⁾: إن كان المهر معيناً حاضراً في البلد وجب تسليمه للمرأة أوليها يوم العقد، ولا يجوز تأجيله في العقد ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريباً كالأيومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط، ويكون تعجيله من حقها، وإن كان المهر المعين غائباً عن بلد العقد صح النكاح، وإن أجل قبضه بأجل قريب، بحيث لا يتغير فيه غالباً وإلا فسد النكاح.

وإن كان المهر غير معين فيجوز تأجيله كله أو بعضه، ويجوز التأجيل إلى الدخول إن علم وقته، والتأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنياً؛ بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، وإن كان فقيراً لم يصح العقد، ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو تأجيل للميسرة، وعليه يشترط لجواز التأجيل أن يكون الأجل معلوماً وغير بعيد⁽¹⁴⁹⁶⁾.

وأجاز الشافعية والحنابلة تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة⁽¹⁴⁹⁷⁾، فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول، وإن أُجِّلَ لأجل مجهول لم يصح، وإن أُجِّلَ ولم يذكر الأجل فالمهر عند الحنابلة صحيح ومحله الفرقة أو الموت، قال ابن قدامة: "المهر صحيح ووقت حلوله هو وقت الفرقة، لأن الإمام أحمد - رحمه الله - قال: إذا تزوج على مهر عاجل وآجل لا يحل الأجل إلا بموت أحد الزوجين أو بالفرقة في حال حياتهما"⁽¹⁴⁹⁸⁾.

1494 - السيد سابق: فقه السنة، 2/105. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/138. عبد الكريم زيدان: المفصل، 7/84.

1495 - الصاوي: بلغة السالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، 2/280.

1496 - انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/139-140.

1497 - الشربيني: معني المحتاج، 3/304. ابن قدامة: المغني، 10/115.

1498 - ابن قدامة: المغني، 10/115.

ثانيا: الجانب القانوني

نصت المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"⁽¹⁴⁹⁹⁾.

يتضح من خلال نص هذه المادة أن تحديد الصداق في العقد قد يكون مؤجلا أو معجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل. وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه⁽¹⁵⁰⁰⁾. وعليه يمكن عرض أوضاع الصداق من حيث التعجيل والتأجيل في ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: الصداق المعجل كليا

ويقصد بهذه الحالة أن يدفع الصداق كاملا قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة، وهو ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة "سواء كان معجلا".

الحالة الثانية: الصداق المؤجل كليا

وهو أن يتفق طرفا العقد على أن يؤجل الصداق -بعد تسميته وتحديد قيمته أو نوعه أثناء إبرام العقد- إلى ما بعد الدخول أو إلى تاريخ لاحق، وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقا لنص المادة 15 "أو مؤجلا".

الحالة الثالثة: الصداق المؤجل في جزء منه والمعجل في الجزء الآخر.

وهو أن يتفق طرفا العقد على دفع جزء من الصداق قبل الدخول، وتأجيل الباقي منه إلى تاريخ محدد بعد الدخول، يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "وإذا لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل، فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة"⁽¹⁵⁰¹⁾. وهذا ينطبق على حالة الاتفاق بين الزوجين على أن مؤخر الصداق يكون عند وقوع الطلاق.

ذلك أن الصداق يجب كاملا بالدخول إذا لم يتفق الطرفان على التاريخ، كما يجب بالوفاة وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁵⁰²⁾؛ لأنه دين في ذمة الزوج، والدّين المعجل يصير حالا بالموت، ويجب أدائه من

1499- عدلت بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

1500- وهو بذلك يعدل عن أخذه بمذهب المالكية الذين يرون كراهية تأجيل الصداق عندما حذف عبارة (يجب) واستبدالها بعبارة (يحدد) عند تعديله للمادة 15 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1501- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 47-48.

1502- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22.

التركة قبل الوصية والميراث⁽¹⁵⁰³⁾. ولا يقاس الموت على الطلاق؛ لأن الموت يتم به النكاح كالدخول فيكمل به الصداق، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق قبل الدخول، وكمل الصداق المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق⁽¹⁵⁰⁴⁾.

الفرع الثالث: استحقاق الصداق

تناول الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة مسألة استحقاق الزوجة للصداق، وفيما يلي عرض لموقف الفقه الإسلامي من استحقاق الزوجة للصداق ثم تنظيمه في قانون الأسرة.

أولاً: الجانب الفقهي

اتفق الفقهاء على بعض مؤكدات المهر، واختلفوا في البعض الآخر، فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين:

أولاً: الدخول الحقيقي بالزوجة؛ لأن الزوج بدخوله بزوجه يستوفي حقه منها، فيتقرر حقها كاملاً في المهر، سواء كان مسمى وقت العقد أو قدر بعده بالتراضي بينهما، أو بقضاء القاضي. أما إذا لم يكن مسمى، فيجب لها مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفرقة بينهما باتفاق جميع الفقهاء⁽¹⁵⁰⁵⁾. ويترتب على استقرار المهر بالدخول: أنه لا يسقط شيء منه بعدئذ إلا بالأداء لصاحبه، أو الإبراء من صاحب الحق⁽¹⁵⁰⁶⁾.

ثانياً: موت أحد الزوجين قبل الدخول في نكاح صحيح، باتفاق المذاهب الأربعة، وإن قصره المالكية على المهر المسمى، حيث لا يوجبون لها شيئاً عند عدم التسمية؛ أي في نكاح التفويض، قياساً للموت على الطلاق، والطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل تسمية المهر، لا شيء فيه، فمثله الموت⁽¹⁵⁰⁷⁾.

1503- انظر، عبد الرحمن العدوي: أحكام الأسرة، ص 70-71.

1504- ابن قدامة: المغني، 10/149-159.

1505- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22. ابن جزري: قوانين الأحكام الشرعية، ص 201-202. الشريبي: مغني المحتاج، 3/297.

الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/101. شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 391.

1506- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/289.

1507- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/22. الشريبي: مغني المحتاج، 3/297. انظر، الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/101. شليبي: أحكام

الأسرة في الإسلام، ص 392. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/290.

واختلفوا في تأكده بالخلوة⁽¹⁵⁰⁸⁾ بعد العقد الصحيح، فذهب المالكية والشافعية⁽¹⁵⁰⁹⁾ إلى أنها لا تقوم مقام الدخول في تأكيد المهر، فإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول وجب بها نصف المهر المسمى، فإن لم يسم لها مهرا وجبت لها المتعة، غير أن المالكية قالوا: لو أقامت معه في بيت الزوجية سنة، وكان بالغا، وهي تطبيق المخالطة، ولم يفعل شيئا وجب لها كل المهر لو انفسخ العقد بعد ذلك⁽¹⁵¹⁰⁾. وذهب الحنفية⁽¹⁵¹¹⁾ والحنابلة⁽¹⁵¹²⁾ إلى أن الخلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله⁽¹⁵¹³⁾، وتسمى عندهم بالدخول الحكمي، غير أن الحنفية يشترطون في الخلوة أن تكون صحيحة⁽¹⁵¹⁴⁾، فإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو مُحْرما بحج فرض أو نفل أو بعمره، أو كانت حائضا، فليست الخلوة صحيحة⁽¹⁵¹⁵⁾، وأما الحنابلة فلا يشترطون ذلك، بدليل أنهم قالوا: لو لمسها بشهوة ولو بحضرة الناس تأكد لها كل المهر ولا يسقط، بل زادوا على ذلك وجعلوا الخلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في إحدى الروايتين⁽¹⁵¹⁶⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصدّق في الفقرة الثانية من المادة 15 المعدلة، والمادة 16 من قانون الأسرة، ويمكن تقسيمها إلى حالات ثلاثة:

أولا: حالة استحقاق كامل الصّدّق

وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن الزوجة تستحق الصّدّق كاملا بالدخول أو بالوفاة.

1508- المراد بالخلوة الصحيحة: اجتماع الزوجين وحدهما بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول الغير عليهما، أو اطلاعه على سرهما، ويشترط في اعتبار الخلوة مؤكدة للمهر كله للزوجة ألا يكون هناك مانع يمنع الزوج من التمتع الكامل بها. انظر، محمود محمد الطنطاوي: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1972، ص 207-208.

1509- ابن رشد: بداية المجتهد، 22/2. الشريبي: مغني المحتاج، 3/297.

1510- ابن جزّي: قوانين الأحكام الشرعية، 201. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/102. شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 394.

1511- العيني: البناية في شرح الهداية، 4/668.

1512- ابن قدامة: المغني، 10/153.

1513- وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18/6/1991: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد". ملف رقم 74475: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 61.

1514- أما الخلوة الفاسدة فلا تعتبر كالدخول باتفاق الفقهاء، وأوجب فقهاء الحنفية العدة في الطلاق بعد الخلوة الفاسدة في العقد الصحيح احتياطاً، وفي العقد الفاسد لا تجب العدة إلا بالدخول. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/192.

1515- العيني: البناية في شرح الهداية، 4/670.

1516- ابن قدامة: المغني، 10/157. شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 395.

- **الدخول:** تستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة، وذلك بعد إبرام عقد الزواج صحيحا وتمام الدخول بالزوجة، و قد أخذ المشرع الجزائري في هذه الحالة بما ذهب إليه عامة الفقهاء.

- **الوفاة:** وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة أعطى المشرع الجزائري للزوجة كامل الصداق بالوفاة؛ أي وفاة أحد الزوجين، والمشرع لم يفرق بين الوفاة الطبيعية والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. حيث لم ينص المشرع الجزائري في حالة ما إذا كانت وفاتها غير طبيعية كالانتحار أو القتل على حكم استحقاقها للمهر⁽¹⁵¹⁷⁾.

ثانيا: استحقاق نصف الصداق

نصّ المشرّع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة ، وهو حالة الطلاق قبل الدخول. ومؤدّى ذلك أنه يوجد عقد زواج صحيح شرعا؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زواج صحيح. وقد كُرّست هذه الحالة في التطبيقات القضائية، وكمثال على ذلك جاء الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1993/10/16: "من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق.." ⁽¹⁵¹⁸⁾. وكذا القرار المؤرخ في 1994/9/24 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسحا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه.." ⁽¹⁵¹⁹⁾. وعليه فإن هذا القرار قد جاء موافقا لما عليه المذهب المالكي من استحقاق المطلقة قبل الدخول نصف الصداق المسمى ⁽¹⁵²⁰⁾.

1517- وقد اختلفت الآراء الفقهية فيما إذا قتلت الزوجة نفسها عمدا قبل الدخول بها، فيرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر؛ لأنه حق للورثة فلا يسقط بفعلها ويرى زفر - من الحنفية- أنه ليس لها شيء على أساس أنّ القتل جنائية، وبهذه الجنائية تكون قد فوتت على الزوج حقه في الدخول بها. أما إذا قتلت زوجها عمدا فيرى المالكية والشافعية أن حقه يسقط و تحرم في هذا الصدد من الميراث. بينما يرى الحنفية والحنابلة أنه لا يسقط حقه في المهر بل يتأكد؛ لأنها قد ارتكبت جنائية أو جريمة، وهذه الجريمة ليست عقوبتها إسقاط المهر و إنما لها عقوبة القصاص. انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 393-394.

1518- ملف رقم 26801: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 266.

1519- ملف رقم 143725: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 269.

1520- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 600/2.

ثالثا: استحقاق الزوجة لصدّاق المثل

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 15 من قانون الأسرة حالة استحقاق صدّاق المثل، وتكون عند عدم تحديد الصدّاق أو تسميته بعد الدخول، فهنا تستحق الزوجة صدّاق المثل، وجاء في نص الفقرة الثانية من المادة 33 أنه يثبت صدّاق المثل بعد الدخول إذا تم الزواج دون صدّاق.

غير أن المشرع لم يبيّن ماهية صدّاق المثل، وكيفية تحديده، وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صدّاق المثل - والذي سبق بيانه -.

ولقد جسّد الاجتهاد القضائي ذلك في قراره المؤرخ في 1998/11/17 إذ جاء فيه "أن عدم تحديد الصدّاق لا يبطل الزواج؛ لأنه عند التزاع يقضي للزوجة بصدّاق المثل"⁽¹⁵²¹⁾.

وما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض إطلاقا إلى أحكام الخلوة وهو ما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. إلا أنه يُفهم من ذلك أن المشرع قد اعتمد المذهب المالكي في عدم جعل الخلوة سببا لاستحقاق الصدّاق⁽¹⁵²²⁾.

وهذا ما كرّسه الاجتهاد القضائي في قراره المؤرخ في 1984/11/19 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بما تستحق كامل صدّاقها، أما إذا لم يقع الدخول بما فلا تستحق إلا نصفه، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، وعليه فإنه لا وجود لأي تناقض لإثبات الزواج ونفي نسب الولد عن الزوج.

ولما كان القرار المطعون فيه قد قضى بتصحيح عقد الزواج بعد إثبات توافر أركانه وبنفي نسب الولد، فإنه بقضائه هذا كان مطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. أما من حيث قضائه بكامل الصدّاق للزوجة المطلقة قبل الدخول بما فإنه يعدّ خروجاً عن هذه المبادئ مما يؤدي إلى نقضه وإبطاله في هذه الجزئية فقط"⁽¹⁵²³⁾.

1521- ملف رقم 210422: المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص 53.

1522- الأخذ بمذهب الحنفية يجعل الخلوة مقام الدخول، ومن ثم فإن استحقاق الزوجة جميع الصدّاق قبل الدخول قد يفتح بابا للاستغلال من طرف المرأة، فقد لا يكتمل الزواج بالدخول، ويحصل الطلاق الذي يكون الأصل فيه أن المرأة تأخذ نصف ما فرض لها. إلا أن الإشكال يكمن في حال الطلاق قبل الدخول وحصول الخلوة بين الزوجين بعد العقد وقبل الدخول على سبيل الزيارة والتزهر، فهل يكون لها كامل المهر أم نصفه؟.

1523- ملف رقم 34046: المجلة القضائية، العدد الأول، 1990. انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصوصها وتطبيقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 34.

كما أن القانون لم يتطرق لحالات سقوط حق المرأة في الصداق، ومن هذه الحالات ما يأتي ذكره بإيجاز⁽¹⁵²⁴⁾:

الحالة الأولى: أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب من جهة الزوجة، كأن تردت عن الإسلام.

الحالة الثانية: أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علة في الزوجة، فإنه يسقط جميع المهر؛ لأنها كالفرقة من جهتها، فكأنها هي الفاسخة للعقد.

الحالة الثالثة: أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوجة لعيب أو علة في الزوج.

الحالة الرابعة: أن تقع الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة من جهة الزوجة بسبب عدم كفاءة الزوج.

الحالة الخامسة: أن تقع الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون.

الفرع الرابع: الاختلاف في الصداق

الاختلاف في المهر له أحوال تناولها الفقه الإسلامي، فقد يكون الاختلاف في أصل التسمية، وقد يكون في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته، كما قد يكون الاختلاف في قبضه -على ما سيأتي بيانه-

أمّا المشرّع الجزائري فقد نص في المادة 17 من قانون الأسرة على الاختلاف بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر، وفرق في الحكم فيه بما إذا حصل قبل الدخول أم بعده. ويمكن التعرض لمسألة الاختلاف في الصداق من خلال ما يأتي:

أولاً: الجانب الفقهي

إذا اختلف الزوجان في الصداق وتنازعا، فلا يخلو إما أن يكون الاختلاف في تسمية المهر، أو في قدره، أو في صفته.

1- الاختلاف في أصل التسمية

وصورته: أن يختلف الزوجان في تسمية المهر وقت العقد، فيدّعي أحدهما تسمية المهر وقت العقد، فالواجب المهر المسمى، ويدّعي الآخر عدم تسمية المهر وقت العقد، فالواجب مهر المثل. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

1524- انظر، الموصلية: الاختيار لتعليل المختار، 102/3.

المذهب الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁵²⁵⁾ إلى القول بأنه يجب مهر المثل؛ لأنه هو الأصل عند اختلاف الزوجين، وعند تعذر القضاء بالمسمى يصار إليه.

المذهب الثاني: ذهب المالكية إلى أنه على المدعي البينة فإن أقامها قضي له، وإن لم يقيمها كان القول لمن يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه⁽¹⁵²⁶⁾.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية⁽¹⁵²⁷⁾ في الصحيح إلى القول بأنهما يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل. كما ذهبوا - في قول - إلى أنه يصدق الزوج بيمينه لموافقته الأصل ويجب مهر المثل.

المذهب الرابع: ذهب الحنابلة⁽¹⁵²⁸⁾ إلى القول بأنه إذا كان الاختلاف في أصل التسمية بعد الدخول، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه وجب ذلك من غير يمين؛ لأنها لو صدقته في ذلك لوجب لها مهر المثل، فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك، ويجب لها مهر المثل.

أما إن كان الاختلاف بعد الدخول فقد ذهب الحنابلة إلى أن لها مهر المثل ما لم يطلقها، فإن طلقها فقد اختلفوا - الحنابلة - في ذلك إلى قولين: أحدهما، القول قول من يدعي مهر المثل منهما بيمينه، والثاني: القول قول الزوج ولها المتعة.

2- الاختلاف في مقدار الصداق

وصورته: أن يتفق الزوجان على أصل التسمية ويختلفان في مقدار المهر المسمى، بأن تدعي الزوجة مهرا ويدعي الزوج مهرا أقل منه. وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على النحو الآتي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والحنابلة - في رواية - إلى أن القول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت الزوجة مهرا مثلها أو أقل منه فالقول قولها، وإن ادعى مهر المثل أو أكثر منه فالقول قوله، وذلك قياسا على المنكر في سائر الدعاوى، أما إذا أقاما البينة قدمت بينة الزوجة⁽¹⁵²⁹⁾.

1525- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 723/4. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 151/4. شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 423.

1526- انظر، الإمام مالك: المدونة، 165/2-166. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 602/2.

1527- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 319/3. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 308/7.

1528- انظر، ابن قدامة: المغني، 137/10. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 268/5. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 308/7.

1529- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 724/4. ابن قدامة: المغني، 132/10.

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة - في رواية - وأبو يوسف من الحنفية إلى أن القول قول الزوج بكل حال، إلا أن يدعي مستنكراً، بأن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله عادة⁽¹⁵³⁰⁾.

المذهب الثالث: ذهب المالكية إلى القول بأنه إذا كان الاختلاف قبل الدخول يؤيدان اليمين ويقضى لمن قوله أشبه بالمتعارف و المعتاد بين أهل بلديهما ومن لم يحلف قضي ضده، أما بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه⁽¹⁵³¹⁾.

المذهب الرابع: ذهب الشافعية إلى القول بأنهما يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل، لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن، أما إذا كان مدعي الزيادة الزوج فلا تحالف لأنه معترف بما يدعيه ويبقى الزائد في يده⁽¹⁵³²⁾.

3- الاختلاف في قبض الصداق

وصورته: أن يدعي الزوج أنه سلم زوجته المهر أو قدرها منه وتنكر الزوجة أنه سلمها شيئاً منه، أو أن يدعي الزوج أنه سلم زوجته قدرها من المهر، وتدعي أنه سلمها أقل منه. فإذا كان الخلاف بين الزوجين قبل الدخول، فقد اتفق الفقهاء على أن القول قول الزوجة مع يمينها، وعلى الزوج أن يقيم البينة على صحة دعواه.

أما إذا كان الخلاف بين الزوجين بعد الدخول، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:
المذهب الأول: ذهب الشافعي وأحمد وسفيان الثوري⁽¹⁵³³⁾ وأبو ثور⁽¹⁵³⁴⁾ إلى أن القول قول الزوجة⁽¹⁵³⁵⁾.

المذهب الثاني: وذهب الإمام مالك في المشهور⁽¹⁵³⁶⁾ إلى أنه إذا كان الاختلاف في أصل القبض فادعى أنه سلمها معجل الصداق، وأنكرت ذلك، فلا يُسمع قولها والقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن

1530- انظر، ابن قدامة: المغني، 132/10.

1531- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 30/2. ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص 203. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 153/4.

1532- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح، الشيخ زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، 472/2-473. ابن قدامة: المغني، 132/10. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 309/7.

1533- هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي من تابعي التابعين، ولد سنة 97هـ وتوفي سنة 161هـ، كان بارعاً في الفقه والحديث، مشهوراً بالزهد والورع وقول الحق، من كتبه الجامع الكبير. أبي نعيم: حلية الأولياء، 356/6.

1534- هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أخذ الفقه عن الإمام الشافعي، توفي سنة 240هـ. الشيرازي: طبقات الفقهاء، تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان، (دط، دت)، ص 101.

1535- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 31/2. الشيرازي: المهذب، 473/2. ابن قدامة: المغني، 134/10، 135.

العادة جرت بدفع معجلّ الصداق قبل الدخول إن جرى عرف أهل البلد على أن الزوج لا يدخل بالزوجة حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف فالقول قول الزوجة مع يمينها، فإن أقام الزوج بينة حكم بها، وإن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين، وهو مذهب الحنفية أيضا⁽¹⁵³⁷⁾. وإن كان الاختلاف في مقدار المقبوض بأن ادعى مقدار معيناً، وادّعت أقلّ منه فعلى الزوج إقامة البينة، وإلا فالقول قولها بيمينها؛ لأن الظاهر يشهد لها، حيث ثبت حقها في المهر بمقتضى العقد⁽¹⁵³⁸⁾.

ثانياً: الجانب القانوني

تناول المشرع الجزائري الاختلاف في الصداق في نص المادة 17 من قانون الأسرة: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". حيث قسمت هذه المادة الاختلاف حول الصداق إلى ما قبل الدخول وبعده، دون أن تحدد ما هي الخلافات المتعلقة بالصداق التي تطبق عليها قاعدة الإثبات المنصوص عليها في نص المادة نفسها، وبالتالي تطبق هذه القاعدة المذكورة على جميع حالات النزاع سواء كان متعلقة بتسمية الصداق أو مقداره أو صنفه أو نوعه أو في قبضه، ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

1- حالة الاختلاف في الصداق قبل الدخول

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 17 على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين..."⁽¹⁵³⁹⁾. وما يمكن استخلاصه من هذه المادة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين، ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه، فالقول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين. وهذا ما جسده التطبيق القضائي، والتي منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/06/1991 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين..."⁽¹⁵⁴⁰⁾.

1536- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 31/2.

1537- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 427. جميل فخري: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 204.

1538- انظر، جميل فخري: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 204.

1539- الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27.

1540- ملف رقم 73515:مجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 69.

2- حالة الاختلاف في الصداق بعد الدخول

لقد نص المشرع الجزائري أيضا على هذه الحالة في نص المادة 17 من قانون الأسرة" ... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

وهذا يعني أنه إذا كان نزاع حول الصداق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين، ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو ورثته مع اليمين، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 والذي قضى "... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"⁽¹⁵⁴¹⁾.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه خالف في نص المادة 17 من قانون الأسرة الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النزاع المتعلقة بالصداق في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية - كما سبق ذكره - خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بها⁽¹⁵⁴²⁾.

الفرع الخامس: أثر تخلف الصداق في عقد الزواج

إن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف الصداق أدى إلى اختلافهم في الآثار المترتبة عن تخلفه، في حين ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة إلى ترتيب آثار أخرى غير التي ذهب إليها جمهور الفقهاء، وعليه يمكن التطرق لأثر تخلف شرط الصداق من خلال ما يأتي:

أولا: الجانب الفقهي

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الصداق هو حكم من أحكام الزواج، وبالتالي إذا لم يسم أثناء إبرام العقد، أو اتفق على إسقاط التسمية يكون العقد صحيحا وتستحق الزوجة مهر المثل، غير أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط المهر؛ لأنه ﷺ لم يخل نكاحا عنه، ولأنه أدفع للخصومة، ولثلا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي ﷺ كما قال الشريبي⁽¹⁵⁴³⁾، وجاء في منتهى الإرادات: "وكان له ﷺ أن يتزوج بلا مهر"⁽¹⁵⁴⁴⁾؛ يعني بذلك أن خلو الزواج من المهر من خصوصيات النبي ﷺ.

بينما ذهب الحنفية إلى صحة النكاح بمهر المثل إن خلا من المهر، (أي اتفق على إسقاطه)؛ لأن وجوبه ليس لصحة النكاح؛ وإنما إظهارا لشرف المحل⁽¹⁵⁴⁵⁾.

1541- ملف رقم 73515:مجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 69.

1542- إلا أن المشرع الجزائري قد اتفق مع ما ذهب إليه المذهب المالكي في التفريق في النزاع بين الزوجين قبل الدخول وبعده.

1543- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/291-292.

1544- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/235.

1545- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/647.

أما المالكية الذين يعتبرون - كما سبق ذكره - الصداق ركنا من أركان عقد الزواج (أو شرطاً صححة في رأي بعض علمائهم)، وبالتالي فتخلفه بعدم تسميته أو بالاتفاق على إسقاطه يجعل العقد غير صحيح⁽¹⁵⁴⁶⁾، غير أنه في رواية عن الإمام مالك أنه قال فيمن نكح بغير صداق: "إن دخل بها ثبت النكاح و لها صداق مثلها، و إن لم يدخل بها فرق بينهما، فهذا رأيي و الذي استحسنت"⁽¹⁵⁴⁷⁾.

ثانياً: الجانب القانوني

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في نص المادة 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

أ- في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق. وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/03/09 والذي جاء فيه: "أنه من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها و لم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق"⁽¹⁵⁴⁸⁾.

كما جاء في القرار المؤرخ في 1986/9/24 أنه: "من المقرر قانوناً أنه تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن الزوجة طلقت قبل البناء، فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الطلاق المحكوم به فسخاً والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه خالفوا أحكام المادة 16 من قانون الأسرة. مما يستوجب نقض القرار فيه"⁽¹⁵⁴⁹⁾.

ب- في حالة ما إذا تخلف شرط الصداق و لم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح. وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 والذي جاء فيه: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العربي، ما عدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج"⁽¹⁵⁵⁰⁾.

1546- كما هو الحال في نكاح الشغار المنهي عنه شرعاً. قال ابن جزي: "فإن وقع فسخ النكاح قبل الدخول وبعده على المشهور، ويدفع لمن دخل بها صداق المثل، وتقع به الحرمة..". قوانين الأحكام الشرعية، ص 203.

1547- الإمام مالك: المدونة الكبرى، 164/2.

1548- ملف رقم 45301: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992. انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصاً وفتحاً وتطبيقاً، ص 35.

1549- ملف رقم 143725: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 269.

1550- ملف رقم 210422: المجلة القضائية، عدد خاص، 2000، ص 53.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد رتب على تخلف الصداق فسخ العقد إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول فإنه يثبت بمهر المثل، وكون الصداق في قانون الأسرة الجزائري شرط صحة فإن تخلفه في العقد يجعله قابلاً للإبطال⁽¹⁵⁵¹⁾. وهو بذلك قد أخذ بالرأي المستحسن عند الإمام مالك والذي يفرق في حكم تخلف الصداق في النكاح قبل الدخول وبعده⁽¹⁵⁵²⁾.

وما يلاحظ أيضاً أن المشرع لم يتحدث عن المتعة كبديل عن الصداق في بعض الأحوال، كما في حال عدم تسمية المهر في العقد ولا بعده، وحصلت الفرقة بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، فلا يجب للمرأة شيء من المهر؛ وإنما تجب لها المتعة⁽¹⁵⁵³⁾، ودليل وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعَّرِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽¹⁵⁵⁴⁾.

المطلب الثالث: الولاية في عقد الزواج

إن من شروط صحة عقد النكاح ألا يكون كل من العاقدين أو أحدهما فضولياً، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان العاقدان لهما ولاية إنشاء، وهذه الولاية إما أن تثبت بالأصالة أو بإبادة الشرع وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي باسم الولاية.

وللولاية في النكاح أهمية كبيرة؛ لكثرة الأحكام المترتبة عليها، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشاً حاداً وطويلاً بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام بمختلف توجهاته.

لذا لا بدّ من تعريف الولاية وبيان أقسامها، وشروطها، ومعرفة موقع ودور الولي في التزويج من خلال ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وتنظيمه في قانون الأسرة الجزائري، وكذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي. وذلك بالتركيز على أهم المسائل التي تمثل محورا للنقاش والجدل الفقهي والقانوني وحتى القضائي، تبعاً لما نص عليه المشرع الجزائري، ويكون ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج وبيان أقسامها وشروطها

أولاً: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: الولاية مأخوذة من الفعل "وَلِيَ" بفتح الواو وكسر اللام، وهي بكسر الواو: الولاية؛ فتأتي إما بمعنى النصر والحب، والولي هو الناصر والحب والمعين، أو بمعنى القائم بأمر الشخص

1551- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/117.

1552- الإمام مالك: المدونة الكبرى، 2/164.

1553- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 409.

1554- البقرة: الآية 236.

والمتولي لشؤونه، وكلا المعنيين مراعى في الولاية؛ لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه والنسب أدعى إلى تحقيق هذا⁽¹⁵⁵⁵⁾. ويسمى متولي العقد الولي ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْلِكْ وَليُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁵⁵⁶⁾. وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

ب- في الاصطلاح: من التعريفات التي وردت في الولاية في الاصطلاح الفقهي ما يأتي:

الولاية هي: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"⁽¹⁵⁵⁷⁾، أو هي "سلطة شرعية تحول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"⁽¹⁵⁵⁸⁾. والولي في عقد الزواج هو: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"⁽¹⁵⁵⁹⁾.

وعلى هذا فإن الولاية في عقد الزواج تتمثل في قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره بسلطة حولها له الشارع⁽¹⁵⁶⁰⁾.

ج- في الاصطلاح القانوني: لم يختلف تعريفها قانونا عن تعريفها اصطلاحا؛ فهي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا. وهي تشمل سلطة التزويج والتربية والتعليم وغيرها من الحقوق الشخصية⁽¹⁵⁶¹⁾.

والذي يهم في هذا المقام هو الولاية على النفس التي هي باب من أبواب الأحوال الشخصية.

ثانيا: حكمة مشروعية الولاية

تبدو حكمة مشروعية الولاية في الزواج من خلال ما يأتي بإيجاز:

1555- ابن منظور: لسان العرب، 407/15.

1556- البقرة: الآية 282.

1557- ابن عابدين: رد المحتار، 55/3. وفي الحقيقة لا يوجد هناك وجه لأن يقال في التعريف شاء أو أبي، وذلك لأن المولى عليه إما أن يكون عديم الأهلية كالجنون أو ناقصها كالصبي المميز، ففي الحالة الأولى ليس له مشيئة أو إباء في نظر الشرع لإلغاء تصرفاته القولية شرعا. وأما في الحالة الثانية فلا تعتبر مشيئته ولا إباؤه من حيث النفاذ. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 120.

1558- محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967، ص 170.

1559- أبي عبد الله الرصاص: شرح حدود بن عرفة، ص 241. ويلاحظ من خلال هذا التعريف ترتيب الأولياء عند عدم وجود الأقرب.

1560- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 153.

1561- انظر، عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 601.

1- تحقيق مصالح المغلوبين على عقولهم، كالصغار والمجانين بالمحافظة على حوائجهم وقضائهم، فقد تحتاج المجنونة إلى الزواج لإعفافها أو لطلب شفائها، ولكنها لا تقوى القيام بهذا الأمر على وجه الصحة والرشاد، فكان للولي معها دور.

2- أن في مشروعية الولاية حماية للمرأة، فالولي حين يقوم على تولى مصالح موليته كتزويجها يحتاط لنفسه ولها، ولا يقدم على تزويجها إلا ممن يتحقق فيه شرط الكفاءة والكفاية صيانة لنفسه من حقوق العار به وبالأسرة كلها.

3- تولى الولي لأموال موليته خاصة عقد زواجها يحميها ويصونها عما يُشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها للرجال إذا ما انفردت بمباشرة عقد زواجها، والأمر مأمون مع الولاية.

ثالثا: أقسام الولاية

قد تكون الولاية قاصرة وهي: ولاية الشخص على نفسه ما دام أهلا للتعاقد فهي لا تنفك عن الأهلية مطلقا، كإجراء عقد الزواج⁽¹⁵⁶²⁾.

وقد تكون الولاية متعدية وهي: ولاية الشخص على الغير، فتكون ولاية على المال أو على النفس أو عليهما معا. وهي إما أن تكون مستمدة من الشارع ابتداء كولاية الأب والجد الصحيح فلا يملك أحدهما التنازل عنها⁽¹⁵⁶³⁾، وإما أن تكون مستمدة من الغير كولاية القاضي والوصي والوكيل.

وتنقسم إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار. وهذا هو المقصود بالبحث والمناقشة من خلال عرض أهم الاجتهادات الفقهية التي عاجلت موضوع اشتراط الولي في عقد الزواج، وبيان مدى تماشي قانون الأسرة الجزائري وفق ما يقره الاجتهاد القضائي الشرعي في هذا الموضوع، وإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في الاستناد إلى آراء واجتهادات فقهية قوية بما يحقق عدم الخروج عن القواعد الكلية المرعية في الشريعة الإسلامية، وبما يساير مقتضيات العصر. وبما أن موضوع الولاية متشعب، فإن الحديث يقتصر على أهم المسائل المتعلقة بولاية التزويج، والمنصوص عليها في قانون الأسرة فحسب.

رابعا: شروط ولاية التزويج

لم يحدد المشرع الجزائري الواجب توافرها في الولي، ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وهذه الشروط على الجملة كالآتي:

1562- تثبت الولاية القاصرة في عقد الزواج في حق الرجل البالغ العاقل الراشد فله أن يزوج نفسه بمن ارتضت الزواج منه، وعلى ما اتفق عليه من مهر، كما تثبت وفق مذهب الأحناف للمرأة العاقلة البالغة الرشيدة، كما سيأتي تفصيل ذلك لاحقا.

1563- ابن عابدين: رد المحتار، 55/3.

- أن يكون الولي بالغا⁽¹⁵⁶⁴⁾، عاقلا، ذكرا⁽¹⁵⁶⁵⁾ أي كامل الأهلية فلا تثبت هذه الولاية لمجنون أو معتوه أو صبي ولو مميزا، إذ لا ولاية لهم على أنفسهم.

- اتحاد الدين بين الولي ومن في ولايته، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁵⁶⁶⁾، وكذا فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽¹⁵⁶⁷⁾، غير أن هذا لا يشترط في الولاية العامة فإن الحاكم تثبت ولايته على رعاياه من غير المسلمين أيضا⁽¹⁵⁶⁸⁾.

- العدالة: اشترطها المالكية - في رواية⁽¹⁵⁶⁹⁾، والشافعية - في رواية⁽¹⁵⁷⁰⁾ كما روي عن أحمد بن حنبل⁽¹⁵⁷¹⁾ اشترطها أيضا مستدلين بحديث "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"⁽¹⁵⁷²⁾، وقالوا: إن الفاسق ليس بمرشد⁽¹⁵⁷³⁾، ولكن الحنفية⁽¹⁵⁷⁴⁾ ومن وافقهم لا يشترطون في الولي العدالة؛ لأن أساسها الشفقة والحرص على تحقيق المصلحة، وهو المقصود من لفظ مرشد في الحديث المذكور، وهذا لا يتوقف على العدالة، وأما إذا كان مستهترا ماجنا فإنه ليصح عقده يشترط أن يكون الزواج بالكفاءة وبمهر المثل⁽¹⁵⁷⁵⁾.

الفرع الثاني: ولاية التزويج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

- 1564- يرى الإمام أحمد - في رواية - أن البلوغ لا يعد شرطاً لثبوت الولاية مخالفاً بذلك جمهور الفقهاء. ابن قدامة: المغني، 367/9-368.
- 1565- ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الذكورة في ثبوت الولاية في التزويج، ومرجع هذا صحة انفراد المرأة بعقد زواجها إذا كانت بالغة عاقلة. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 196/7.
- 1566- آل عمران: الآية 28.
- 1567- الأنفال: الآية 73.
- 1568- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 196/7.
- 1569- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 12/2.
- 1570- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 209/3.
- 1571- ابن قدامة: المغني 368/9.
- 1572- البيهقي كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم: 13650، السنن الكبرى، 182/7. ابن حجر: فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، ط1، 2005، 456/11.
- 1573- اختلف الفقهاء في اشتراط الرشد في الولي فذهب الحنابلة إلى اعتبار الرشد شرطاً في الولي لضرورة كمال النظر والتدبر منه في أمر الزواج لموليه، وهو الأمر المعتمد لدى السفيه الذي لا يلي عقد نفسه، فكان غيره أولى بعدم ولايته لقصوره. انظر، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 135/5. وذهب الحنفية والمالكية في رواية على المشهور، والشافعية في أحد القولين إلى أن الرشد لا يشترط لثبوت الولاية. انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 239/6. ابن رشد: بداية المجتهد، 12/2. الشريبي: مغني المحتاج، 209/3.
- 1574- الكاساني: بدائع الصنائع، 239/6.
- 1575- والراجح في اشتراط العدالة ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن فسق الإنسان في نفسه لا ينعكس بالضرورة على الموجودين من حوله، بل قد يكون داعياً لتوخي الحذر والمراقبة في اختيار الكفاءة.

إن الطريق السليم والسبيل الأرشد لتقرير لزوم هذه الولاية أو عدم لزومها إنما هو التماس ذلك في مصادر الشرع وأصوله، والتمسك بحجته وإقراره، وذلك لترجمة التصور الإسلامي لنظام الأسرة وارتباطها بالمجتمع، واعتبار الولي عنصرا أساسيا من العناصر التي تتكون منها الحقيقة الشرعية للزواج، يضفي على هذا البناء الأسري معاني الوحدة والتماسك والترابط الأسري.

ولاشك أن المعنى المقصود من اعتبار الولي في التزويج إنما هو معنى ثابتا بما يحققه من جلب المصالح ودرء المفاسد عن الأسرة والمجتمع.

ولعلّ مسألة الولاية في التزويج من أهم المسائل التي تتجاذبها التيارات الفكرية والإيديولوجيات المختلفة في الحجج والبراهين تبعا لاختلافها في المصادر والمؤثرات، فكان قانون الأسرة في هذه المسألة وسطا بين طرفي نقيض بناء على عوامل خارجة عن الأطر الشرعية التي تحكم هذه المسألة التي تتفرع عنها قضيتين أساسيتين ينبغي معالجتهما بكل جزئياتهما الهامة من منظور الاجتهاد الفقهي الشرعي، ومن ثم التحقيق في وجهة نظر المشرع الجزائري وذلك على النحو الآتي:

القضية الأولى: زواج المرأة الراشدة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 11 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"⁽¹⁵⁷⁶⁾.

يستشف من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكرا أو ثيبا كما فرق الفقهاء في حكم كل منهما، وأطلق دلالة "تعقد المرأة الراشدة زواجها"؛ بمعنى هل مراده بذلك أن للمرأة البالغة الراشدة كامل الحرية في الاختيار والرضا بموافقة الولي، أم أنه أجاز لها مباشرة عقد زواجها بنفسها وأهمل بذلك أي دور للولي سوى الحضور؟.

كما يفهم من خلال تأويل معنى الحضور بالنسبة للولي أنه يحتمل أن يكون حضوره مطلوبا على سبيل الإلزام لمباشرة العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكليا.

كما أن نص هذه الفقرة "بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" قد ساوت بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها، وذلك بحرف "أو" التي تفيد التخيير في

1576- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". فقد حاول المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل أن يرضي بعض الأطراف ممن كانت لهم دعوات بإلغاء الولي، وفي المقابل حاول أن يرضي الطرف المصر على إبقاء شرط الولي، فاختار أن يجمع بين المتناقضين، فجاء موقفه متذبذبا، فلا هو ألغى الولي صراحة ولا أبقى عليه صراحة، فهذه المادة وإن كانت تنسجم مع التشريعات الفرنسية، فإنها لا تنسجم مع تقاليد وموروثات الأمة الجزائرية. انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 41-42.

هذا السياق، وكذا لفظ "تختاره"، كما أنه لم يبين فيما إذا كان ذلك في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأقارب، أو حتى في حالة وجودهم، وسواء امتنعوا عن تزويجها أم لا؟. ومما يُفهم أيضا من نص هذه الفقرة أنه لا سبيل للولي في عضل موليته إذا أرادت كفؤا وأراد هو غيره.

وعليه فإن هذه الفقرة تطرح عدة إشكاليات ومسائل تخص دور الولي في عقد الزواج يجيب عليها الاجتهاد الفقهي من خلال عرضها ومناقشتها والاحتكام إلى الراجح فيها، وذلك من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى: إجبار البكر البالغة

اختلف الفقهاء في جواز تزويج الولي المجرى للبالغة البكر على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁵⁷⁷⁾ والشافعية⁽¹⁵⁷⁸⁾ والحنابلة⁽¹⁵⁷⁹⁾ إلى أنه يجوز للولي تزويج البكر البالغة وإجبارها على الزواج، فيزوجها بغير إذنها على أن يكون الزوج كفؤا، والمهر مهر المثل. جاء في بداية المجتهد: "فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى: للأب فقط أن يجبرها على النكاح"⁽¹⁵⁸⁰⁾. وجاء في مغني المحتاج: "وللأب الولي ولاية الإجماع، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة- إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة- بغير إذنها"⁽¹⁵⁸¹⁾. وجاء في شرح منتهى الإرادات: "ويجبر أب بكرا ولو بالغة مكلفة"⁽¹⁵⁸²⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي على جواز تزويج الولي المجرى البكر البالغة بالأدلة الآتية:

أ- من السنة: ما روي عن النبي ﷺ: "الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"⁽¹⁵⁸³⁾.

فدلّ قوله ﷺ "الأيّم أحق بنفسها من وليها" على أن البكر ليست كذلك، فيكون وليها أحق منها بها، فيكون الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة الذي يعتبر دليلا عند هؤلاء⁽¹⁵⁸⁴⁾. قال

1577- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/8-9.

1578- الشريبي: مغني المحتاج، 3/200.

1579- ابن قدامة: المغني، 9/345.

1580- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/5.

1581- الشريبي: مغني المحتاج، 3/200.

1582- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/124.

1583- مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1421. صحيح مسلم، 1/641.

الترمذي: كتاب النكاح، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب، حديث رقم 1108. سنن الترمذي، 3/408.

1584- الشافعي: الأم، 6/47.

البهوتي: "فقسم النساء قسمين: وأثبت الحق لأحدهما، فدلّ على نفيه عن الآخر، وهي البكر؛ فيكون وليها أحق منها بها" (1585).

ونوقش استدلالهم بأن قوله ﷺ "الأيّم" هي امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، ومن ثم صراحة الدليل في إثبات الأحقية للبكر في نفسها، كما يثبتها للثيب، ثم تخصيصها بالاستئذان (1586).

ب- القياس: جعل الشافعي العلة في إجبار الصغيرة البكر هي البكارة، ثم قاس عليها الكبيرة البكر، والمالكية يجعلون العلة في الإجبار هي أحد الوصفين الصغر والبكارة.

ج- دليل المصلحة: كما أن العلم بمصالح النكاح لا يتحقق في البكر وإن كانت عاقلة بالغة؛ لأن العلم بها يقف على التجربة والممارسة التي تتحقق بالثبوت.

ونوقش هذا الوجه من الاستدلال بأن الجهل بأمر النكاح وعاقبته علة غير حقيقية، بل علة منتفية؛ لأن البالغة العاقلة البكر قلما تجهل معنى عقد النكاح وحكمه (1587).

المذهب الثاني: ذهب الأحناف (1588) وأحمد (1589) - في رواية - والظاهرية (1590) إلى وجوب استئذان البكر البالغة وإلى عدم جواز إجبارها، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ- السنة: ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن جارية بكرا أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فرد النبي ﷺ نكاحها (1591). فدل ذلك على اعتبار إذن البكر البالغة العاقلة التي يراد تزويجها (1592). ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث مختلف في وصله وإرساله فلا يصح الاستدلال به، ويحتمل كون المرأة التي خيرها النبي ﷺ أن الزوج لم يكن كفوا لها، يفهم ذلك من قولها "ليرفع بي خسيسته" في الحديث الذي روته عائشة -رضي الله عنها- (1593).

1585- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/ 124.

1586- الشوكاني: فتح القدير، 3/ 254.

1587- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/ 252.

1588- السرخسي: المبسوط، 2/ 5. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/ 252.

1589- الاستئذان عند الحنابلة مستحب غير واجب. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/ 124.

1590- ابن حزم: المحلى، 9/ 459.

1591- ابن ماجه: كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1783. سنن ابن ماجه، 2/ 423-424. النسائي: كتاب

النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، حديث رقم 5366. السنن الكبرى، 5/ 176-177.

1592- الشوكاني: نيل الأوطار، 12/ 87.

1593- النسائي: كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، حديث رقم 5369، السنن الكبرى، 5/ 177. ابن ماجه: كتاب

النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1874. سنن ابن ماجه، 5/ 424.

ب- **القياس**: قياس انتفاء ولاية الولي بالتصرف في مال موليته البكر البالغة العاقلة إلا بإذنها على ضرورة إذنها لعقد زواجها. (1594)

ج- **المعقول**: أن مشروعية استئذان البكر العاقلة يحقق مقصود مشروعية الزواج بانتظام المصالح بين الزوجين، فإذا قام سبب انتفاء المقصود الشرعي من الزواج قبل الشروع فيه بعدم رضا المرأة وجب عدم إجبارها على الزواج، لأنه حينئذ يصبح عقدا بلا فائدة ظاهرا (1595).

الترجيح

أرى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وهو ثبوت الاستئذان للبكر البالغة عند تزويجها، فالحياة الزوجية لا يمكن استمرارها إلا بوجود المودة والرحمة بين الزوجين التي لا تتحقق إلا بالرضا، والذي يعني كامل إرادتها في الاختيار حتى يتحقق الغرض المقصود من الزواج. وأما المشرع الجزائري فلم يعتبر البكر والبلوغ أسبابا كافية لجواز أن تعقد المرأة لنفسها، أو يعقد لها أبوها، لأن العبرة عنده ببلوغ الزوجة السن القانونية المحددة لأهلية الزواج وهي 19 سنة.

المسألة الثانية: انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها

أولا: الجانب الفقهي

اتفق الفقهاء على أن المرأة الحرة البالغة العاقلة إذا عقد وليها الشرعي نكاحها برضاها وبإذنها كان هذا العقد صحيحا وناظرا.

ووقع الخلاف بين الفقهاء في حكم مباشرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بالإرادة المنفردة على أقوال نوردها فيما يأتي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة - في رواية - و الإمام أبي يوسف - في رواية - (1596) إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي في حقها إلا أن الولي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة بعد اتفاقهما على الزواج. جاء في بداية المجتهد: "أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا يُنكح المرأة إلا وليها" (1597)، وجاء في المهذب: "لا يصح النكاح

1594- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 255/3.

1595- ابن الهمام: المصدر نفسه، 255/3.

1596- ابن قدامة: المغني، 399/9.

1597- ابن رشد: بداية المجتهد، 8/2.

إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح⁽¹⁵⁹⁸⁾، وفي المغني: "النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في الزواج، فإن فعلت، لم يصح النكاح"⁽¹⁵⁹⁹⁾.

واستدل على ذلك بجملة من الأدلة منها:

أ- الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁽¹⁶⁰⁰⁾.

ووجه الاستدلال في هذه الآية أنه لا يجوز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه، لإضافة الأمر- الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرج عنه- في قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا﴾ للأولياء الرجال دون النساء⁽¹⁶⁰¹⁾.

قال القرطبي⁽¹⁶⁰²⁾: "والخطاب للأولياء، وقيل للأزواج، والصحيح الأول، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي وهو قول أكثر العلماء"⁽¹⁶⁰³⁾. وقال في موضع آخر: "فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن"⁽¹⁶⁰⁴⁾.

ونوقش هذا الدليل بأن توجه الخطاب للأولياء بالتزويج لا يدل حتماً ووجوباً على أن الولي شرط جواز الزواج وصحته، وإنما خرج الخطاب بالأمر بالإنكاح للأولياء مخرج العادة والعرف على الندب والاستحباب؛ لأن النساء لا يتولين عقد الزواج بأنفسهن عادة؛ لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال ومن نسبتهن للوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون العقد عليهن بعد تحصيل رضاهن⁽¹⁶⁰⁵⁾.

وأجيب عن ذلك بأن الخطاب لا يتوجه حقيقة إلا لمن يؤدي الفعل على الوجه الصحيح، ومن ثم فالخطاب يتوجه للأولياء؛ لأن أمر التزويج لو كان للنساء حقاً لتوجه الخطاب إليهن مباشرة من غير

1598- الشيرازي: المهذب، 2/426.

1599- ابن قدامة: المغني، 9/345.

1600- النور: الآية 32.

1601- ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 3/1376.

1602- هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي، من كبار المفسرين، توفي سنة 671هـ. ابن فرحون: الديباج، ص 406.

1603- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 15/229.

1604- القرطبي: المصدر نفسه، 3/463.

1605- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/248.

واسطة، أما كون الأمر خرج مخرج العرف والعادة فإنه لا يخرج عن الوجوب؛ لأن ما كان ممنوعاً إذا جاز وجب، والواجب لا يترك إلا بالواجب⁽¹⁶⁰⁶⁾.

2- وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽¹⁶⁰⁷⁾.

ووجه الدلالة من هذه الآية اعتبار الولي شرط في الزواج، وأنه هو الذي يتولى ويباشر عقد زواج موليته دونها، وإلا لما عاتب الله مانعه، أو لما كان لمنع الولي لعقدها أثر في صحته، ولثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها ومباشرته دون الحاجة إلى وليها. فالخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء، والأمر إليهم بالتزويج مع رضاهن⁽¹⁶⁰⁸⁾.

ورُدّ عليهم بأن مقصود الآية الحقيقي هو نهي الأولياء عن منع النساء عن مباشرة العقد مما يدل على أن المرأة تملك الزواج والانفراد بإجراء عقد زواجها⁽¹⁶⁰⁹⁾.

3- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁽¹⁶¹⁰⁾. حيث تدل الآية على أن الولي شرط في الزواج لصحته، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير الولي للنهي الصريح الوارد في حق الأولياء بعدم تزويج المسلمات بالمشركين، ولولا ثبوت هذا الحق لهم لما نهى الله عز وجل عن ذلك⁽¹⁶¹¹⁾.

قال الشوكاني: "وأجمع القراء على ضمّ التاء من (تُنكِحُوا)"⁽¹⁶¹²⁾، وهذا القول من الله تعالى دلالة على أن أولياء المرأة أحق بتزويجها من المرأة⁽¹⁶¹³⁾.

ونوقش استدلالهم بالآية على أنها خطاب للأولياء بتزويج نساءهن من المؤمنين لا المشركين، بأنه استدلال في غير موضعه؛ لأنها لو كانت خطاباً لهم لبين الله صفاتهم ومراتبهم، وإنما مقصود الآية الحقيقي هو اشتراط الكفاءة في الدين بين الزوجين، فإيمان الرجل شرط في حق المرأة المؤمنة، بل ويحرم

1606- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2005، ص 244.

1607- البقرة: الآية 232.

1608- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/104.

1609- انظر، ابن الهمام، فتح القدير، 3/249.

1610- البقرة: الآية 221.

1611- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/158.

1612- الشوكاني: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، 1/224.

1613- الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، 2/379.

ترويج المؤمنة بغير المؤمن، ومن ثم لا يعد الولي شرطا لصحة زواج المرأة، ولا مانع من جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بدونها.

وأجيب عن هذا بأن هذا المعنى مجازي لا يصار إليه إلا بدليل فكان الخطاب في هذه الآية للأولياء⁽¹⁶¹⁴⁾.

وبالجمع بين الرأيين في توجيه الآية فإن النهي نهي لجميع المسلمين عن تزويج بناتهم للمشركين نظرا لشركهم، وهو نهي للنساء أيضا أن يزوجن أنفسهن للمشركين، إذ النهي موجه لجميع المسلمين⁽¹⁶¹⁵⁾.

4- وقوله تعالى أيضا: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾⁽¹⁶¹⁶⁾.

ووجه الدلالة في الآية أن تولي عقد الزواج ومباشرته يكون للولي ولا حق فيه للمرأة بالانفراد والانعقاد؛ لأن شعيبا-عليه السلام- هو الذي تولى تزويج ابنته⁽¹⁶¹⁷⁾.

ونوقشت هذه الآية بأنها خالية من استدلالهم، فليس بها ما يدل على مباشرة الولي لعقد الزواج دون صحة انفراد المرأة به، حيث إن مراد الآية ومقصودها جواز عقد الزواج بغير مهر أو تسمية له⁽¹⁶¹⁸⁾.

ب- السنة

1- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا نكاح إلا بولي"⁽¹⁶¹⁹⁾.

ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن⁽¹⁶²⁰⁾.

وعورض استدلالهم بهذا الحديث من وجهين:

1614- انظر، نجلاء جمعة محمد حسانين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 245.

1615- انظر، محمد الزفراف: الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1966، ص 112.

1616- القصص: الآية 27.

1617- ابن العربي: أحكام القرآن، 3/1467.

1618- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 3/349.

1619- البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13603. السنن الكبرى، 7/170. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا

نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880. سنن ابن ماجه، 2/428. الترمذي: كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1101.

سنن الترمذي 3/399. ابن حبان: كتاب النكاح، باب نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، حديث رقم 4075. صحيح ابن حبان،

تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، 9/386. الدارقطني: كتاب النكاح من السنن، حديث رقم 3514. سنن

الدارقطني، 4/310.

1620- الصنعاني: سبل السلام، دار المنار، القاهرة، مصر، 3/157/2002.

الأول: أن استدلالهم به في غير موضعه لعدم تعرضه لموضوع الخلاف؛ لأن انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها ليس زواجا بغير ولي لصيرورتها وولية نفسها عند إجراء العقد كما هو الحال في الرجل الذي يلي عقد زواجه⁽¹⁶²¹⁾.

الثاني: أن هذا الحديث لم يصح عن النبي ﷺ ولهذا لم يخرج في الصحيحين.

ويمكن ردّ هذا الوجه: بأن عدم تخريج الحديث في الصحيحين لا يوجب نفي الصحة عنه.

2- ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإذا دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽¹⁶²²⁾.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه يعتبر الولي في الزواج شرطا لصحة العقد؛ لما للولي من حق مع المرأة في نفسها، ومن ثم عدم صحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها، ويتأكد ذلك بتكرار حكم العقد عند انفرادها به⁽¹⁶²³⁾. قال ابن قدامة: "فمفهومه -أي الحديث- صحته بإذنه-أي الولي-"⁽¹⁶²⁴⁾.

ونوقش استدلالهم بأن الحديث لا يصح الاحتجاج به؛ لأن الزهري -راوي الحديث- حين سئل عنه لم يعرفه وأنكره مما يدل على ضعف ثبوته وسقوطه من الاعتبار⁽¹⁶²⁵⁾. كما أن عائشة-رضي الله عنها- عملت بخلاف ما روت بتزويجها حفصة بنت أخيها عبد الرحمن، وهو غائب من المنذر بن الزبير، وعمل الراوي بخلاف روايته يسقطها؛ لأنه يدل على نسخ الحديث⁽¹⁶²⁶⁾.

وأجيب على هذا النقاش بأن الحديث صحيح ثابت فقد رواه الجماعة عن الزهري، ولم يذكروا نسيانه، كما أن النسيان لم يُعصم منه إنسان⁽¹⁶²⁷⁾. وأن قولهم بأن عمل الراوي بخلاف ما روى يسقط

1621- انظر، الحصص: المصدر نفسه، 1/402.

1622- أبو داود: كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2083. سنن أبي داود، 2/391-392. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102. سنن الترمذي، 3/399-400. البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13599. السنن الكبرى، 7/169. الدارقطني: كتاب النكاح، حديث رقم 3520. سنن الدارقطني، 4/314.

1623- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 12/75.

1624- ابن قدامة: المغني، 9/346.

1625- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 3/158.

1626- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/249.

1627- انظر، ابن قدامة: المغني، 9/345-346.

روايته مردود بأن الله -عز وجل- ورسوله ﷺ أمرنا بوجوب اتباع وقبول ما صح عندنا عن رسول الله ﷺ وبسقوط اتباع قول من دونه ﷺ.

ومع افتراض صحة قولهم بمخالفة عائشة-رضي الله عنها- ما روت من أنه لا يجوز انفراد المرأة بعقد زواجها فإنها قد رجعت عن عملها؛ لما روي أنها أنكحت رجلا من بني أخيها جارية من بني أخيها، فضربت بينهم سترا، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فزوج، ثم قالت: ليس إلى النساء النكاح⁽¹⁶²⁸⁾.

3- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"⁽¹⁶²⁹⁾. ووجه الدلالة في نهي النبي ﷺ عن انفراد المرأة بتزويج نفسها، ومن ثم عدم جوازه، بل ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة لعدم صحة عبارتها في الزواج إيجابا وقبولا، ولأن من لا يملك تصرفه بنفسه لا يملكه لغيره من باب أولى⁽¹⁶³⁰⁾.

ونوقش هذا الدليل بأن النهي الوارد في الحديث غايته الكراهة والتنفير لا تحريم مباشرة المرأة العقد لنفسها، وذلك لما يتطلبه الانعقاد من اجتماع الناس للأمر بإعلانه وإشهاره وكراهة حضور المرأة لمجلس الرجال.

وأجيب عنه بأن النهي ظاهر في عدم صحة انفراد المرأة ومباشرتها لعقد زواجها، وليس المراد منه الكراهة والتنفير⁽¹⁶³¹⁾.

ج- المعقول

إن المرأة بطبيعتها شديدة العاطفة وسرعان ما تتأثر بزخرف القول ومظاهر الأمور مما قد يوقعها في زواج لا تتحقق فيه الغاية من الزواج، بينما الرجال أقدر على تفهم ذلك والتعرف على أحوال من يتقدم للزواج من أسرهم⁽¹⁶³²⁾. قال ابن قدامة: "ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح؛ لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها"⁽¹⁶³³⁾.

1628- ابن حزم: الخلى، 9/454.

1629- ابن ماجه: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882. سنن ابن ماجه، 2/429. البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 13634. السنن الكبرى، 7/178. الدراقطني: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 3535. سنن الدارقطني، 4/325.

1630- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 3/160.

1631- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/198.

1632- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 175.

1633- ابن قدامة: المغني، 9/346.

كما أن أنوثة المرأة وما يفترض أن تكون عليه من حياء يقتضي ابتعادها عن مثل هذه المجمع للرجال، أو مشاركة الرجل إجراء عقد الزواج حتى لا تنسب إلى الوقاحة، ناهيك عما يلحق أسرتها من آثار سلبية نتيجة لزواج قد يكون فاشلا بسبب عدم الكفاءة ونحوه.

وفي المقابل تكون هذه المساوئ محاسن إذا ما تولى الرجال عقد الزواج لقرهم من الزوج من حيث الطبيعة، فيستطيعون الوقوف على حاله دون الاغترار الذي قد تتعرض له المرأة إذا ما انفردت بعقد زواجها، ولأجل هذا الاختلاف الطبيعي بين الرجل والمرأة وتداركا لتحصيل مقاصد الزواج على الوجه الأكمل، والبعد عن شروره ومفاسده لم يجز تفويض العقد إليها⁽¹⁶³⁴⁾.

ويُجاب عن هذا بأن هذا النوع من النقصان للأنوثة لا يمنع العلم بمصالح الزواج ومقاصده، فلا يسلب أهلية الزواج كما أنه لا يسلب أهلية سائر التصرفات المالية، والتي للمرأة الانفراد بها ما قد يحف بها من بعض الخيانات الخفية والتي لا تدرك إلا بالتأمل والنظر، بل ويؤخذ منها الإقرار بالحدود والقصاص، مما يدل على أن ما لها من العقل كاف للانفراد بعقد زواجها ومباشرته.

ويؤكد ذلك اعتبار عقلها في اختيار الأزواج، فلو طلبت من الولي أن يزوجه من كفاء يُفرض عليه التزويج، فإن امتنع عن ذلك يصبح عاضلا، وينوب عنه القاضي في العقد والتزويج⁽¹⁶³⁵⁾.

ويمكن ردّ هذا بأن الآثار السلبية للتصرفات المالية التي تقوم بها المرأة بمفردها يعود ضررها عليها فحسب، بخلاف ما قد ينجم من آثار وخيمة عن عقد زواج فاشل تباشره المرأة بنفسها فإنها تعود على الأسرة بأكملها.

القول الثاني: ذهب الحنفية⁽¹⁶³⁶⁾ إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أو ثيبا بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها. إلا أن لزومه بانتفاء حق الأولياء في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي مقيد بشرطين: كفاءة الزوج ومهر المثل⁽¹⁶³⁷⁾.

واستدل الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بأدلة متعددة

منها:

1634- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/198.

1635- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/252.

1636- الكاساني: المصدر نفسه، 2/247.

1637- ابن الممام: شرح فتح القدير، 3/284. واستثنى الحنفية من هذا الحكم ما إذا ولدت المرأة من الزوج فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عن يرييه. انظر، العيني: البناية في شرح العناية، 4/620.

أ- الكتاب

1- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَعْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ (1638).

ووجه الدلالة من هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين:

الأول: أن الله تعالى أضاف ونسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ﴾ وهذا صريح في أن الزواج صادر منها.

الثاني: أن الله تعالى نهي الأولياء عن منع المرأة من مباشرتها العقد إذا تراضى الزوجان (1639).

ونوقش استدلالهم بأنه في غير موضعه، فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الولي لأن سبب نزول هذه الآية (1640) ما روي عن معقل بن يسار قال: كانت لي أخت تُحُطِبُ إلي فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقاً لارجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما حُطِبْتُ إلي أتاني يخطبها فقلت: لا والله لا أنكحها أبداً، قال: ففي نزلت هذه الآية "وإذا طلقتم النساء"، قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه (1641).

ومن هنا فإن الولي شرط في الزواج ولو لم يملك منعها منه لما نهى الله - عز وجل - عنه، ولما بادر معقل بالتكفير عن يمينه وتزويج أخته، فلو كان لا سبيل للأولياء لأبأن الله عز وجل ذلك، بل على الخلاف من هذا كرر الله تعالى كون الأمر في مباشرة عقد الزواج للأولياء في عدة آيات ولم يأت ما يدل على أن للمرأة الانفراد بعقد زواجها، فلو كان يثبت لها في هذا إرادة لأمرها النبي ﷺ بالتزويج ولأبأن لمعقل دوره وأنه لا ولاية له عليها ولم ييح له التكفير عن يمينه (1642).

2- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (1643).

ووجه الدلالة من الآية جواز فعل المرأة في نفسها وانتفاء شرط الولي لصحة العقد، ومن ثم جواز انفرادها بعقدتها على نفسها بنفسها (1644). ونوقش الاستدلال بالآية من وجهين:

1638- البقرة: الآية 232.

1639- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 402/1.

1640- انظر، أبو الحسين النيسابوري: أسباب النزول، دار التقوى، القاهرة، ص 48-49.

1641- البخاري: كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5130. الجامع الصحيح، 370/3.

1642- ابن العربي: أحكام القرآن، 201/1. الصنعاني: سبل السلام، 161/3.

1643- البقرة: الآية 234.

1644- الجصاص: أحكام القرآن، 400/1.

الأول: أن سياق الآية يقتضي خلاف ما استدلوا به من أن المراد منها انفراد المرأة بتزويج نفسها، لأن سياق الآية قبل قوله تعالى ﴿فيما فعلن في أنفسهن﴾ في عدة الوفاة، والتي تكون المرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج؛ لأنها مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة⁽¹⁶⁴⁵⁾ بقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾.

الثاني: أن مراد الآية ثبوت إرادة المرأة فيما هو جائز شرعا في الزواج، كاختيار الأزواج وتقدير الصداق والعقد عليها بإذنها دون الانفراد بمباشرة عقدها، لأنه للأولياء⁽¹⁶⁴⁶⁾.

وأجيب عن هذا الوجه: بأن هذا غلط من وجهين⁽¹⁶⁴⁷⁾:

أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره.

ثانيهما: أن اختيار الأزواج لا يحصل للمرأة به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يترتب عليه أحكام النكاح.

3- قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمِئَةً إِنَّ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁶⁴⁸⁾. ووجه الاستدلال أن الآية تدل بصريح النص على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بلفظ الهبة⁽¹⁶⁴⁹⁾. ونوقش هذا الاستدلال بأن الزواج بلفظ الهبة خصوصية للنبي ﷺ ولا يجوز انعقاد الزواج به لغيره⁽¹⁶⁵⁰⁾.

4- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽¹⁶⁵¹⁾.

فقد دلت الآية على ثبوت إرادة المرأة في إجراء عقد الزواج وذلك من جهتين⁽¹⁶⁵²⁾:

الأولى: أن الله تعالى أضاف عقد الزواج للمرأة في قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾.

الثانية: أنه تعالى نسب التراجع في الزواج إلى الزوجين من غير ذكر الولي في قوله تعالى "فلا جناح عليهما أن يتراجعا"، ومن ثم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها.

1645- الرافعي: الشرح الكبير، 527/7.

1646- ابن العربي: أحكام القرآن، 212/1.

1647- الجصاص: أحكام القرآن، 400/1.

1648- الأحراب: الآية 50.

1649- الكاساني: بدائع الصنائع، 248/2.

1650- الشربيني: معني المحتاج، 190/3.

1651- البقرة: الآية 230.

1652- الجصاص: أحكام القرآن، 400/1.

ونوقش الاستدلال بأن إضافة النكاح للمرأة إضافة الإسناد المجازي، لا النص في جواز انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه⁽¹⁶⁵³⁾. قال بن العربي: "أن النكاح ها هنا هو الوطاء فلا يصح الاستدلال به"⁽¹⁶⁵⁴⁾.

ب- السنة

1- ما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: "الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"⁽¹⁶⁵⁵⁾. ووجه الدلالة في الحديث من وجهين⁽¹⁶⁵⁶⁾:

الأول: أن النبي ﷺ شارك بين المرأة والولي ثم قدمها عليه بقوله "أحق بنفسها"، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا باشرته وانفردت به دون غيرها.

الثاني: يدل الحديث بروايته صراحة على توقف العقد على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وليس من المعقول ولا المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص في صحة تصرف ثم يُحكم عليه بالفساد إذا ما باشره بنفسه، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها.

ونوقش هذا الاستدلال بأن الحديث يدل على اعتبار الولي فأثبت لكل من المرأة والولي أحقيته في عقد الزواج، فللولي حق الولاية وللمرأة حق نفسها في أن الولي لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، أما كون حقها أكد من حقه يرجع لتوقف حقه على رضاها، لا أنها تباشر العقد بنفسها لنفسها⁽¹⁶⁵⁷⁾.

2- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "ليس للولي مع الثيب أمر"⁽¹⁶⁵⁸⁾.

ووجه الاستدلال بالحديث أن فيه رفعا ومنعا لولاية الولي عن المرأة، ومن ثم صحة انفراد المرأة بعقد زواجها لصحة عبارتها ولعدم اعتبار الولي شرطا في صحة العقد⁽¹⁶⁵⁹⁾.

ونوقش استدلالهم بأنه في غير محله؛ لأن مراد الحديث ليس انفراد المرأة بعقد زواجها، وكذلك عدم إجبارها عليه، بل المراد إذنها بالزواج مع ترك تولي العقد للولي⁽¹⁶⁶⁰⁾.

1653- الرافعي: الشرح الكبير، 526/7.

1654- ابن العربي: أحكام القرآن، 198/1.

1655- سبق تخريجه، ص 331.

1656- الكاساني: بدائع الصنائع، 248/2.

1657- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 159/3.

1658- النسائي: كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، حديث رقم 5370. السنن الكبرى، 178/5. البيهقي: كتاب النكاح، باب

ما جاء في إنكاح الثيب، حديث رقم 13680. السنن الكبرى، 191/7-192.

1659- الجصاص: أحكام القرآن، 401/1.

1660- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 160/3.

3- ما روي عن أم سلمة-رضي الله عنها- أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال رسول الله ﷺ: "ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني" فقالت لابنها: قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ فزوجه (1661).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث تزوج أم سلمة-رضي الله عنها- النبي ﷺ بغير ولي، لقولها: "ليس أحد من أوليائي شاهد"، يدل على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها بغير ولي أو وكيل (1662).

ونوقش استدلالهم هذا من جهتين:

الأولى: أن الحديث من خصوصيات النبي ﷺ فقد كان من خصائصه ﷺ الزواج بغير ولي، لأنه ﷺ لا يفتقر في نكاحه لولي لأنه ولي أم سلمة وغيرها من المؤمنين (1663) بقوله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ (1664).

وأجيب عن هذا بأن النبي ﷺ أولى بالمؤمنين فيما يلزمهم من اتباعه وطاعته فيما يأمرهم به وينهاهم عنه، فأما أن يتصرف عليهم في أنفسهم وأموالهم فهذا لا يلزم (1665).

الثانية: أن شرط الولي في عقد الزواج شرط لرعاية مصلحة المرأة؛ لأنها قد تنخدع لطبيعة أنوثتها من نقصان عقل وسرعة عاطفة، الأمر الذي ينتفي في حق النبي ﷺ بقوله: "ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني"، ومن ثم فهو خير زوج، فلا يصح لأحد أن ينظر بعد نظره أو يقاس عليه في هذه المسألة غيره من الرجال (1666).

ج- القياس

ويستدل به من وجهين:

الأول: لما كان للمرأة البالغة الرشيدة أن تستقل بالبيع بغير إذن وليها، كبيع أمتها وهو تصرف في رقبتهما وسائر منافعها صح منها الانفراد بعقد زواجها وانعقاده بعبارتها لأنه عقد على بعض منافعها

1661- النسائي: كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، حديث رقم 5375. السنن الكبرى، 5/179-180. البيهقي: كتاب النكاح،

باب الابن يزوجه إذا كان عصبية لها بغير البتة، حديث رقم 13752. السنن الكبرى، 7/212.

1662- الجصاص: أحكام القرآن، 1/402.

1663- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/204.

1664- الأحزاب: الآية 6.

1665- الجصاص: أحكام القرآن، 1/402.

1666- الشريبي: مغني المحتاج، 3/204.

فصار أولى⁽¹⁶⁶⁷⁾. ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن عقد الزواج يختلف عن التصرفات المالية من بيوع ونحوها في أمور⁽¹⁶⁶⁸⁾:

أ- أن خطر الزواج أشد وأعظم أمرا من المال؛ لذا وجب أن يتم بمشاركة الولي المرأة في اختيار الزوج وتولية العقد، والمسبوق بإذن ورضا موليته.

ب- أنوثة المرأة في طبيعتها نحو الرجال أو الزواج يستتر معها العقل بخلاف الحال مع المال، فهي لا تتصرف فيه إلا بعد كثير من التفكير والتدبر.

ج- أن الضرر الناشئ عن الزواج والذي يلحق غالبا الجانب المعنوي بغير كفاء لا يقتصر على المرأة بل يتعداها إلى أوليائها، لأن مشروعية الزواج في الأصل هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض⁽¹⁶⁶⁹⁾. أما ضرر خسارة المال أو فقده تلزمها بمفردها، ومن ثم فهو قياس فاسد الاعتبار إذ هو قياس مع نص⁽¹⁶⁷⁰⁾.

الثاني: قياس إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بثبوت إرادتها في إقرارها بالنكاح لصحته.

ويمكن ردّ هذا بأن إمضاء المرأة لعقد زواجها بإقرارها بعد تولي الولي ومباشرته له خلاف انفراد المرأة بعقدها وانعقاده بعبارتها من الأصل، لأن رضاها لما قام به الولي لا يشترط أن يكون في مجمع من الناس، في حين أن هذا المجمع يعدّ شرطا لإجراء العقد، لذلك فهو قياس مع الفارق، فلا يثبت للمرأة الانفراد بعقد زواجها دون ولي أو وكيل.

د- المعقول

إن انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لنفسها من التصرف في خالص حقها لكمال أهليتها بكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال وكذلك اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه صحيح، أما مطالبة الولي بتولي عقد الزواج فهو من باب صيانة المرأة عن النسبة إلى الوقاحة⁽¹⁶⁷¹⁾.

ونوقش استدلالهم هذا بأن مباشرة المرأة لعقد زواجها بإرادة منفردة لا يعد تصرفا في خالص حقها لما للولي من حق الاعتراض والفسخ عند زواجها بغير كفاء، ولأن مشروعية الزواج في الأصل إنما

1667- ابن قدامة: المغني، 345/9.

1668- ابن رشد: بداية المجتهد، 11/2.

1669- انظر، الرافي: الشرح الكبير، 527/7.

1670- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 157/3.

1671- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 249/2.

هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراس والتي لا يصونها إلا ولي خاص يؤمن على العرض من تلويثه وهذا لا يتحقق-غالبا- مع انفراد المرأة بتزويج نفسها فوجب ردّه مقدما⁽¹⁶⁷²⁾.

القول الثالث: رأى الإمام مالك⁽¹⁶⁷³⁾- في رواية- التفرقة بين المرأة الشريفة و المرأة الوضيعة، فالشريفة لا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها ، ولا ينعقد زواجها بعبارتها مطلقا بخلاف الوضيعة فيجوز لها أن تستخلف رجلا من الناس ليزوجها و من ثم يجوز لها الانفراد بعقد زواجها لجواز توكيلها غيرها ليعقد لها لأن من ملك التوكيل ملك المباشرة للشيء.

ويناقش هذا القول بأنه قول مردود لغياب الدليل من الكتاب أو السنة أو غيرهما؛ لأن التشريع لم يفرق بين شريف و وضيع، فالجميع أمام الله في الأعمال سواء⁽¹⁶⁷⁴⁾ مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾⁽¹⁶⁷⁵⁾.

القول الرابع: ذهب الإمام محمد بن الحسن -في رواية- و أبو يوسف -في رواية- و الحنابلة - في رواية- و أبو ثور والأوزاعي⁽¹⁶⁷⁶⁾ و ابن سيرين⁽¹⁶⁷⁷⁾ إلى جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، إلا أنه يكون موقوفا على إجازة الولي إن رضي نفذ، و إن لم يرض لم ينفذ⁽¹⁶⁷⁸⁾.
جاء في بدائع الصنائع: " فقال محمد ينعقد النكاح بعبارتها وينفذ بإذن الولي و إجازته، و ينعقد بعارة الولي و ينفذ بإذنها و إجازتها"⁽¹⁶⁷⁹⁾.

و استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة و المعقول :

1672- الرافعي: الشرح الكبير، 527/7.

1673- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 9/2.

1674- انظر، ابن حزم: المحلى، 456/9. النووي: المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، السعودية، (دط،دت)، 244/17.

1675- الحجرات: الآية 13.

1676- هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو من قبيلة الأوزاع، ولد سنة 88هـ و توفي سنة 157هـ، أجمع العلماء على جلالته وإمامته وعلو مرتبته وكمال فضله، إمام مجتهد، له كتاب السنن في الفقه والمسائل. الذهبي: سير أعلام النبلاء، 107/7.

1677- هو أبو بكر محمد بن سيرين البصري، التابعي الكبير والإمام القدير في التفسير والحديث والفقه وتعبير الرؤى، ولد في خلافة عثمان-رضي الله عنه- و توفي سنة 110هـ. الذهبي: سير أعلام النبلاء، تهذيب أحمد فايز الحمصي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1991، 170/1.

1678- انظر، ابن حزم: المحلى، 455/9.

1679- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 247/2.

أ- من السنة

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل" (1680).
فالحديث يدل بمفهومه (1681) على صحة انفراد المرأة العاقلة البالغة الرشيدة بتزويج نفسها بعد تحقق إذن
وليها بغض النظر عما إذا كان الإذن سابقا أو لاحقا للعقد، ومن ثم إرادة المرأة في الانفراد بعقد
زواجها إرادة ناقصة أو مشتركة لتوقفها على إذن الولي ورضاه لعقدتها. ونوقش هذا الدليل من وجهين:
الأول: أن المراد بالإذن غير المرأة من الرجال ممن يتولون إجراء العقد، فإذا الولي لا يصلح إلا
لمن ينوب عنه، والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها، حيث أن الولي لو أذن لها في تزويج نفسها
صارت كمن أذن لها في البيع من نفسها وهذا لا يصح (1682). ويؤكد ذلك قوله ﷺ: "لا تزوج المرأة
المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" (1683) بغير تفريق بين أن يكون تزويج المرأة لغيرها أو لنفسها بإذن الولي
أو بغير إذنه (1684).

الثاني: أن الاستدلال في الحديث بالمفهوم، والمفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراط
الولي لصحة العقد (1685) في قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي" (1686).
وأجيب عن هذا النقاش بما يلي (1687):

أولاً: أن قوله ﷺ "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" يمكن حمله على قيام المرأة بإنشاء
عقد النكاح لنفسها أو لغيرها من النساء بغير إذن الولي.

ثانياً: إن اشتراط الولي لصحة العقد شرط متحقق مع إذن الولي بتولي المرأة إجراء عقد الزواج
بعبارتها لنفسها أو لغيرها من النساء؛ لأن العقد موقوف لحين إذنه، كما أن شرط الولي والمنطوق به في
حديث "لا نكاح إلا بولي" يحتمل وجهين من الدلالة هما:

أ- أن المراد منه لا نكاح إلا بعبارة الولي وتوليئه العقد.

ب- أن المراد لا نكاح إلا بإذنه.

1680- سبق تخريجه، ص 337.

1681- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 3/158.

1682- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 12/92.

1683- سبق تخريجه، ص 338.

1684- انظر، النووي: المجموع شرح المذهب، 17/240-241. قال القرافي: "ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت
أو ثيبا رشيدة أو سفیهة أذن الولي أم لا". الذخيرة، 4/201.

1685- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 7/527. الصنعاني: سبل السلام، 3/158.

1686- سبق تخريجه، ص 336.

1687- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل 6/455.

ب- المعقول: ويستدل به من وجوه ثلاثة:

الأول: يُعدّ الزواج حقا مشتركا بين المرأة وأوليائها بدليل ثبوت حقهم في الاعتراض والفسخ عند زواجها من غير كفاء، ومن لا حق له في عقد كيف يملك فسخه؟ والتصرف في حق الإنسان يقف جوازه على جواز أداء صاحب الحق له، لذا فصحة انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها وانعقادها بعبارتها يكون موقوفا على إذن الولي وإجازته⁽¹⁶⁸⁸⁾.

الثاني: أن قصور عقل المرأة والذي لا يؤمن معه انخداعها، ومن ثم وقوعها في ضرر تنقلب معه مقاصد الزواج ومصالحه إلى مفسد، يكون مأمونا إذا تحقق إذن الولي بانفراد المرأة بعقد زواجها⁽¹⁶⁸⁹⁾.

الثالث: أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة من أهل التصرف فيجوز انفرادها بإجراء عقود البيع والإجارة وغيرها، وإنما منعت من الانفراد بعقد الزواج بنفسها لنفسها لحقّ الولي، فإذا ما انفردت بإجرائه وبإذن الولي زال المانع ونفذ العقد لتحقق الشرط المذكور⁽¹⁶⁹⁰⁾ في قوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي"⁽¹⁶⁹¹⁾.

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن السبب في عدم ثبوت إرادة المرأة في الانفراد بعقد زواجها ليس مقصورا على نقصان عقل المرأة وطبيعتها أو عدم تحقق الكفاءة في الزوج الأمور التي تقلب مصالح الزواج إلى مفسد يمكن منعها بإذن الولي وإجازته للعقد، بل هناك سبب آخر هو الحياء المفترض بالمرأة في مثل هذه الأمر الذي يغيب مع شرط الإعلان والإشهار الذي يتطلب حضور المرأة محافل الرجال مما يعقبه نسبتها إلى الوقاحة.

القول الخامس: ذهب محمد بن الحسن الشيباني⁽¹⁶⁹²⁾ - في رواية ثالثة - إلى التفريق في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها تبعا لوجود الولي وانعدامه، فلا يجوز انفرادها بتزويج نفسها إذا كان لها ولي إلا بإذنه، ومنه تثبت إرادتها في مباشرة عقد زواجها وانعقادها بعبارتها إذا لم يكن لها ولي.

1688- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/247.

1689- انظر، ابن قدامة: المغني، 9/346.

1690- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/242.

1691- سبق تخرجه، ص 336.

1692- هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الفقيه الحنفي، نشأ بالكوفة، وطلب الحديث، ولقي جماعة من أعلام الأئمة، تفقه على أبي حنيفة وإبي يوسف. وصنف كتبا كثيرة منها: الجامع الكبير والجامع الصغير. الذهبي: سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ، 9/134.

والسبب في وقوف العقد الذي انفردت المرأة بمباشرته على إذن الولي وإجازته يرجع لحقّ الولي في إجراء العقد لا لحقّ نفسها، أما نفاذ عقدها إذا تزوجت نفسها مع انعدام الولي سببه أنها تصرفت في خالص حقها⁽¹⁶⁹³⁾.

ونوقش هذا بأن الحق في الزواج للمرأة على الولي لا للولي عليها، بدليل أنها إذا غاب الولي غيبة منقطعة تُزوج عليه، بينما إذا كان حاضرا وأرادت الزواج من كفاء يجبر على تزويجها، فإن أبي وامتنع تزوجت بدونه، على الخلاف من ذلك أنها إذا أبت الزواج وأراد الولي، فإنها لا تجبر مما يدل على ثبوت الحق لها عليه.

أما حق الولي فأثره يبدو في المنع من لزوم العقد إذا تزوجت من غير كفاء لا في نفاذ العقد وجوازه⁽¹⁶⁹⁴⁾.

القول السادس: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف - في رواية ثالثة - إلى جواز انفرد المرأة بإجراء عقد زواجها إذا تزوجت من كفاء وعدم انعقادها بعبارتها عند الزواج من غير كفاء⁽¹⁶⁹⁵⁾، ويستدل لهذا القول بالمعقول وهو: لما كان كل ولي لا يحسن المرافعة إلى القاضي لدفع ضرر العار لانفراد موليته بإجراء عقدها وتزويج نفسها بعبارتها من غير كفاء، ولا كل قاض يعدل في حكمه بدفع الأشياء بعد الوقوع وجب الاحتياط عن هذه المفاسد لفساد الزمان بعدم جواز عقدها عند الزواج من غير كفاء⁽¹⁶⁹⁶⁾.

القول السابع: ذهب الظاهرية إلى التفريق بين البكر والثيب في حكم انفرد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، فالبكر لا يجوز انفرداها بتزويج نفسها، وإنما يتولى عقدها بإذنها وليها، أما الثيب فيجوز عقدها بعبارة منفردة. مستدلين على ذلك بقوله ﷺ: "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماها"⁽¹⁶⁹⁷⁾، ووجه الدلالة في الحديث أنه دلّ صراحة على جواز انفرد الثيب بمباشرة إجراء عقد زواجها بدون ولي لكونها أحق بنفسها منه، هذا بخلاف البكر فالولي يتولى مباشرة

1693- انظر، السرخسي: المبسوط، 5/12. الكاساني: بدائع الصنائع، 2/247.

1694- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/249.

1695- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/283-284.

1696- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 4/620.

1697- مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، صحيح مسلم، 1/461. النسائي: كتاب النكاح، باب استثمار البكر في نفسها، حديث رقم 5355. السنن الكبرى، 5/172-173.

عقدها بعد تحصيل إذنها، ومنه لا يجوز للبكر أن تنفرد بعقد زواجها بغير ولي⁽¹⁶⁹⁸⁾. و اعترض على هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن المراد بالحديث - خلاف المستدل به- أن النبي ﷺ أثبت للثيب حقا في عقدها بقوله "أحق بنفسها" هو أن لا يعقد عليها الولي بغير صريح إذنها ورضاها مع بقاء حقه في تولي إجراء العقد ومباشرته- لا كما قالوا- أن الثيب أحق بنفسها في الانفراد بمباشرة عقدها بعبارتها وبغير ولي⁽¹⁶⁹⁹⁾.

الثاني: أن الأدلة لم تُشر إلى هذا التفريق في انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل تبعاً لحالتها من الثوبه والبيكاره.

الترجيح

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم في حكم انفراد المرأة البالغة العاقلة بمباشرة عقد زواجها، تبين لي - والله أعلم- أن الراجح هو قول الجمهور، وهو القول الذي يرى أن الولي شرط في صحة عقد النكاح، ولا يجوز للمرأة أن تستقل بعقد زواجها بنفسها من غير رضا وليها، لقوة أدلتهم التي قام عليها موقفهم، وهذا هو رأي كبار الصحابة والتابعين. ولعدم سلامة أدلة المذاهب في هذه المسألة حيث لم تخل من قول، وضعف ما تمسك به الحنفية وذلك في أمور:

- حقيقة النكاح، فالحنفية يرون أن الأصل في النكاح أنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، فقولهم هذا يعدّ حجة عليهم في هذه المسألة، لأن الإسناد إلى المرأة حينئذ يكون الوطاء لا العقد، وعلى فرض التسليم أن المراد بالإسناد العقد فالمقصود منه رضا المرأة ومباشرة الولي للعقد.

- وما استدل به الحنفية من إسناد النكاح إلى المرأة كما في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹⁷⁰⁰⁾ فإنه يراد به الإنكاح بعقد الولي.

- وقياس النكاح على التصرفات المالية، قياس غير صحيح؛ لأنه قياس مع وجود نص، ومعلوم أنه لا اجتهاد مع النص. حيث أن دلائل القرآن والسنة أبين دلالة لاشتراط الولي، فهي أدلة واضحة مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁽¹⁷⁰¹⁾.

- هذا بالإضافة إلى أن التاريخ الإسلامي بأجياله المتتابعة والمتلاحقة لم يألّف مباشرة المرأة لعقد زواجها، إذ أن حضورها محافل الرجال يتنافى وطبيعتها، وهي صيانة كفلها للإسلام للمرأة لم تكن لها في أي ديانة أخرى⁽¹⁷⁰²⁾.

1698- انظر، ابن حزم: المحلى، 460/9-461.

1699- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 527/7.

1700- البقرة: الآية 230.

1701- البقرة: الآية 221.

وهذه النظرة من الجمهور ليست نابعة من نظرهم إلى نقص أهلية المرأة، وإنما نظروا إلى ولاية النكاح بأنها تم المرأة وأولياءها وهم يشتركون في تحمل نتائج هذا العقد فيما إذا لم يحقق أهدافه، ولذلك أعطي الأولياء حق إنشاء هذا العقد، وأعطيت المرأة حق الرضا والإذن الكامل.

هذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل، فأدلة الجمهور من الكتاب والسنة ناهضة على دعواهم في حين أن أدلة المخالفين لم تستطع أن تصمد أمام المناقشة والرد من جهة، ومن جهة العقد فإن عقد النكاح لا ينكر خطره أحد فلا يمكن قياسه على الأموال، كما أن الأولياء يشاطرون المرأة في مشاكلها وأضرارها حيث يعود عليهم العقد إما بالاستقرار وإما بالألم⁽¹⁷⁰³⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

يتخذ المشرع الجزائري موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة (التي بلغت السن القانونية لأهلية الزواج). بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، ويتبين ذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور"-الولي- لا تدل على الفعل⁽¹⁷⁰⁴⁾، والدليل على ذلك ما يلي:

أولاً: نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع قد قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، (دون اعتبار شرط رضا الولي)، فإذا كان عقد بين رجل وامرأة فأى دور للولي؟.

1702- وقد ذهب إلى ترجيح رأي الجمهور كثير من الباحثين المعاصرين. انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 146-147. ناصر أحمد إبراهيم النشوي: موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 512-516. و عبد العظيم محمد الأجلط: المقاصد الشرعية في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة مع القانون الوضعي في باب النكاح-أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006، ص 369. وأحمد بن سعيد بن محمد قليصي: ولاية المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2003، ص 105.

1703- انظر، محي الدين علي القرداعي: مبدأ الرضا في العقود، 312/1-313.

1704- الدليل على تذبذب المشرع في هذه المادة أن القارئ لها قراءة بسيطة يتبين له أن المشرع قد أخذ بالرأي القائل بأنه يجوز للمرأة أن تنفرد بعقد زواجها بشرط إذن الولي -وهو رأي لبعض الفقهاء- فيكون إذن الولي هو المعبر عنه في المادة 11 بـ (حضور وليها)، فحضوره معناه؛ إذنه وموافقته، وإلا لما كان لهذا الحضور أي معنى. غير أنه بتحليل نص المادة كاملا واستقراء آراء الفقهاء في هذه المسألة يتضح أن مراد المشرع بحضور الولي مجرد إجراء شكلي؛ لأن للمرأة أن تختار أي شخصا بديلا عن وليها الأصيل.

ثانيا: نص المادة العاشرة: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر"، فإذا كان الرضا - المعبر عنه بالإيجاب والقبول- ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في نص المادة العاشرة هما الزوجين، فأبي دور للولي طبقا للمادة 11 التي عبرت عن دوره بالحضور؟.

ثالثا: فرّق المشرع في التعبير عن الولاية على الراشدة بالحضور، وفي الولاية على القاصرة بالتولي، مما يفهم منه أنه قصد إلغاء أي دور أو تأثير لسلطة الولي في إنشاء عقد الزواج.

رابعا: كما يفهم من إغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"⁽¹⁷⁰⁵⁾، أنه لم يُبق للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

خامسا: ومما يُستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في التزويج أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد زواجها؛ فمن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا برضاها إذا كانت بالغة راشدة، وتعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي، ومن ثم جواز تولي المرأة عقد زواجها و انعقاده بعبارتها منفردة، مادام يُفهم من المادة 33 من قانون الأسرة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁽¹⁷⁰⁶⁾. أنه عند غياب الولي أو تغييبه عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقا للمادة 11 عدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.

هذا و على اعتبار أن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فإنه يعترض عليه من أوجه:

- الوجه الأول: بالرغم من تعدد الروايات في المذهب الحنفي⁽¹⁷⁰⁷⁾ في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، إلا أن المشرع الجزائري لم يتقيد بواحدة منها جملة وتفصيلا.

1705- أُلغيت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1706- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

1707- ذكر ابن الهمام في عدم اشتراط الولي في المرأة البكر البالغة العاقلة سبع روايات للحنفية. انظر، شرح فتح القدير، 3/246. ولم يأخذ المشرع الجزائري بواحدة منها، بل عمد إلى التلفيق بين أضعف الروايات عند الحنفية، مع عدم مراعاة ترتيب الأولياء من جهة القرابة، فسوّى بين الولي القريب والبعيد والأجنبي، بصرف النظر عن وجود الولي من عدمه، وهذا مخالف لما عليه الجمهور. والتلفيق هو: أن يأتي المقلد في

- **الوجه الثاني:** أن الحنفية بقولهم بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل، وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري.

- **الوجه الثالث:** أن بعض الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها، ومنهم محمد بن الحسن لا يكون لها ذلك إلا عند انعدام الولي، فإن كان لها ولي فلا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها إلا بإذنه.

- **الوجه الرابع:** في رواية لأبي وحنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز للمرأة الانفراد بعقد زواجها إذا كان من غير كفاء.

- **الوجه الخامس:** أن انفراد المرأة بتولي عقد زواجها موقوف على إجازة وليها، وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن - في رواية - وأبو يوسف - في رواية -.

ومنه يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعتمد رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، ولا أخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج.

ومن وجهة نظر أخرى فإن هذه المسألة تلعب فيها الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دورا فعّالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا، وذلك بتأكيد دور الولي - سواء كان أبا أم قريبا مفوضا - في عقد زواج موليته.

المسألة الثالثة: تزويج الأبعد مع وجود الأقرب

جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة "بمحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

والحقيقة أن هذا النص يحتاج إلى مناقشة وتعقيب، يستدعي التطرق إلى بيان معنى القرابة ومعرفة موقع الشخص المختار من قبل المرأة لتولي تزويجها، ذلك أن أسباب الولاية شرعا لا تخرج عن القرابة أو الملك أو الولاء أو الإمامة⁽¹⁷⁰⁸⁾ أو الوصية⁽¹⁷⁰⁹⁾، وعند انعدام هذه الأسباب فهل تنتقل

مسألة ذات فرعين مترابطين فأكثر بكيفية لا يقول بما مجتهد ممن قلدتهم في تلك المسألة. انظر، جابر عبد الهادي الشافعي: التلفيق بين الرضى والقبول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 21.

1708 - الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 312/1.

1709 - يقول بما المالكية والحنابلة - في رواية - وسيأتي الحديث عنها عند ذكر اختلاف الفقهاء في تزويج الصغار بين الولي والوصي.

الولاية إلى أي شخص تختاره المرأة؟ للإجابة على ذلك لا بد من بيان مراتب الأولياء، وحالات تزويج الأبعد سواء في حضرة الأقرب أم في غيبته، وذلك من خلال ما يأتي بإيجاز:

أولاً: الجانب الفقهي

الفرع الأول: أسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد

إن الداعي للوقوف عند هذه المسألة هو ما جاءت به المادة 11 من قانون الأسرة، وبالتحديد عبارة: "أو أي شخص تختاره"، والتي تستدعي معرفة أسباب انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد. فقد توجد حالات تكون فيها الولاية للأبعد⁽¹⁷¹⁰⁾ مع وجود الأقرب لأسباب تدعو إلى ذلك، وهي كالتالي:

السبب الأول: فقد بعض شروط الولاية في الولي الأقرب

والمقصود بذلك أن تتحقق هذه الشروط في الولي ثم تزول كلها أو بعضها عنه، وهذه الحالات تختلف عن حالة عدم توفر شروط الولاية في الشخص ابتداءً، ومن ثم عدم ثبوت الولاية له أصلاً، أما في حالة فقد شروط الولاية كلها أو بعضها فيترتب عليه فقد الولاية، وبالتالي انتقالها إلى الولي الأبعد الذي يليه. جاء في مغني المحتاج: "ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات المانعة للولاية، فالولاية للأبعد لخروج الأقرب عن أن يكون ولياً، فأشبهه المعدوم"⁽¹⁷¹¹⁾.

وزوال شروط الولاية قد يكون بسبب فقد العقل⁽¹⁷¹²⁾ أو الفسق⁽¹⁷¹³⁾، أو اختلاف الدين، أو ارتداد الولي المسلم، أو عدم الرشيد⁽¹⁷¹⁴⁾ أو إحرام الولي⁽¹⁷¹⁵⁾.

السبب الثاني: غيبة الولي الأقرب

ذهب الحنفية إلى أنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة بأن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة، فللأبعد أن يزوج المولى عليها؛ لأن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق

1710- المراد بالأبعد المؤخر في الرتبة، والمراد بالأقرب المتقدم فيها ولو كانت جهتهما متحدة.

1711- الشريبي: مغني المحتاج، 3/208.

1712- ذهب الحنفية - في رواية - والحنابلة إلى أن الجنون غير المطبق لا يؤثر في الولاية. انظر، السرخسي: المبسوط، 4/228. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/133. أما الشافعية فتزول الولاية عندهم بالجنون غير المطبق، ولكن إذا كان زمن الجنون المتقطع قصيراً جداً لم تنتقل الولاية إلى الأبعد، حيث قالوا: "أو قصر زمن الجنون كيوم في سنة لم تنتقل الولاية بل ينتظر إفاقته كالإغماء". الشريبي: مغني المحتاج، 3/208.

1713- لا تزول الولاية بالفسق عند الحنفية بخلاف الشافعية فإنها تزول.

1714- قال ابن قدامة: "والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الخط لها لا ولاية له". المغني، 9/367. وقال الشريبي: "لا ولاية لرقيق وصبي ومجنون أو مختل النظر بهرم أو خبل". مغني المحتاج، 3/207-208.

1715- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/558.

المولى عليها، ولأنه أقدر على تحصيل مصالحها في النكاح من الأقرب الغائب، فكان أولى بثبوت الولاية له دون السلطان⁽¹⁷¹⁶⁾.

وعند المالكية تفصيل بحسب غيبة الولي المحبر وغيبة الولي غير المحبر، فإن كانت غيبة الولي المحبر وهو الأب أو وصيه قريبة فلا تزوج المرأة التي في ولايته حتى يعود، وإن كانت بعيدة- أي الغيبة- ولم يُرج قدومه، فللقاضي دون غيره من الأولياء أن يتولى تزويجها إن كانت بالغة، فإن لم تكن بالغة لا يزوجه ما لم يخف عليها الفساد، فإن خيف فسادها زوجها ولو جبراً على المعتمد، سواء كانت بالغة أم غير بالغة حتى ولو كانت غيبة الولي قريبة.

وإن كان الغائب هو الولي غير المحبر كالأخ والجد، وكانت الغيبة قريبة ودعت إلى الزواج بكفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة زوجها الحاكم دون الولي الأبعد؛ لأن الحاكم ولي الغائب. ولكن لو زوجها الأبعد فعلاً صح تزويجه، هذا إذا لم يكن للغائب وكيل، فإن كان له وكيل مفوض تولى الزواج؛ لأنه مقدّم على غيره إذ هو بمثابة الأصيل⁽¹⁷¹⁷⁾. وأما الشافعية فقالوا: أنه إذا غاب الولي الأقرب ولا وكيل له حاضر في البلد، كان للسلطان أو نائبه تزويج مولية الولي الغائب، ولا تنتقل إلى الولي الأبعد، ويعللون قولهم هذا بأن الغائب لا يزال متمتعاً بصفة الولي، وولاية التزويج حق له، فإذا تعذر استيفاؤه من قبله قام السلطان أو نائبه القاضي مقامه وناب عنه، وهذا على القول الأظهر في مذهب الشافعية⁽¹⁷¹⁸⁾.

وعند الحنابلة إذا غاب الولي غيبة منقطعة ولم يوكل وكيلاً عنه ليزوج موليته انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد دون السلطان، لقوله ﷺ: "السلطان ولي من لا ولي له"⁽¹⁷¹⁹⁾، وهذه لها ولي، والغيبة المنقطعة عندهم هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، وتكون فوق مسافة قصر الصلاة، كذلك تكون غيبة منقطعة إذا لم يعرف مكانه أو تعذرت مراجعته⁽¹⁷²⁰⁾.

والراجح في ذلك أن يقال: أن هذه الغيبة تتحقق حيث يكون الولي الأقرب في مكان لا يمكن الاتصال به، أو مراجعته واستطلاع رأيه، إما لتعذر السفر إليه؛ لبعده المسافة أو لخفاء مكانه وعدم معرفته مع خشية فوات الخاطب الكفء إذا انتظر قدوم الولي الغائب.

1716- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 277/3-279. العيني: البناية في شرح الهداية، 612/4-613.

1717- ابن رشد بداية المجتهد، 14/2-15. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 566/2.

1718- انظر، الرافعي: الشرح الكبير، 561/7.

1719- سبق تخريجه، ص 337.

1720- ابن قدامة: المغني، 385/7.

السبب الثالث: عضل الولي

إذا كان الولي شرطاً في عقد زواج البالغة عند جمهور الفقهاء، والصغيرة عند الحنفية - كما سبق بيانه - فهل يكون للولي عضل موليته أم لا؟ ومنه ثبوت إرادة المرأة في عقد زواجها مع عضله أم لا؟ الأمر الذي يتم تناوله على النحو الآتي:

أولاً: تعريف العضل لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: الحبس و المنع يقال: عضل المرأة عن الزواج، بمعنى حبسها و عضل الرجل موليته يعضلها؛ أي يمنعها من الزواج ظلماً⁽¹⁷²¹⁾ ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾⁽¹⁷²²⁾.

ب- في الاصطلاح: "منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، و رغب كل واحد منهما في صاحبه الآخر"⁽¹⁷²³⁾. والعاضل هو الراد الأكفاء مرة بعد مرة، وقيل الراد أول كفء⁽¹⁷²⁴⁾.

ثانياً: حكم عضل المرأة البالغة

اتفق الفقهاء⁽¹⁷²⁵⁾ على أن الولي ليس له عضل موليته غير المجبرة إذا دعت إلى زواجها من كفء ومهر مثلها، بل يجب عليه تزويجها منه، ومنه ثبوت إرادة المرأة مع عضل الولي، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾⁽¹⁷²⁶⁾.

وبما روي عن معقل بن يسار قال: زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك و أفرشتك و أكرمتك فطلقتها، حتى جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً و كان رجلاً لا بأس به و كانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى قوله ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال ﷺ فزوجها إياه⁽¹⁷²⁷⁾.

1721- المعجم الوسيط، ص 607.

1722- البقرة، الآية: 232.

1723- ابن قدامة: المغني، 383/9.

1724- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 246.

1725- الكاساني: بدائع الصنائع، 248/2. المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل (بهاشم مواهب الجليل)، 3/439. الشريبي: مغني

الاحتاج، 3/207. ابن قدامة: المغني، 384/9.

1726- البقرة: الآية: 232.

1727- سبق تخريجه، ص 340.

ووجه الدلالة في الآية و الحديث أنهما ينهيان جميع الأولياء عن الظلم بحبس و منع مواليهن عن زواجهن أو بالرجعة لأزواجهن إذا تراضى الزوجان بالرجوع، ومن ثم ليس للولي منع موليته عن الزواج⁽¹⁷²⁸⁾ وثبوت إرادة المرأة فيه مع العضل⁽¹⁷²⁹⁾.

ثالثا: عضل الولي الأقرب موليته واختيارها لنفسها

اتفق الفقهاء⁽¹⁷³⁰⁾ على أنه إذا ما عضل الولي الأقرب موليته تنتقل الولاية إلى غيره، فيكون للمرأة اختيار نفسها عند منع الولي تزويجها، وذلك برفع أمرها إلى القاضي إذا طلبت التزويج بمهر مثلها.

جاء في بداية المجتهد: "واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل موليته إذا دعت إلى كفاء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان"⁽¹⁷³¹⁾.

وبالرغم من هذا الاتفاق إلا أنهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه ولاية التزويج على قولين:

القول الأول: يرى الجمهور⁽¹⁷³²⁾ من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة- في رواية- أن المرأة التي منعها وليها من الزواج بالكفاء الذي ارتضته تنتقل الولاية عليها من الولي العاضل إلى القاضي الذي لا يزوج إلا بعد أن يأمره بالرجوع عن العضل، فإن أجابه فذاك، وإن أصر على عضله زوجها⁽¹⁷³³⁾.
واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أولا: السنة

أ- ما روي عن النبي ﷺ قوله: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽¹⁷³⁴⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه إذا وقع التنازع بين الأولياء والمولى عليهن فإن الأمر في هذه الحالة يرجع إلى القاضي للنظر في الخلاف، ولما كان عضل الولي لموليته مما يوقع التنازع، فالأمر يرفع للقاضي الذي يتولى عقد زواجها.

1728- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/283.

1729- الولاية حق شرعي للولي كما هي حق للمولى عليه، لذلك يجب على الولي أن يستعملها على النحو المشروع، ولا يسيء استعمالها بحيث يضر بمصالح المولى عليه، فلا يمنع من الزواج دون مبرر مشروع ودون وجه حق، وخاصة إذا كانت المولى عليها امرأة مطلقة، فلا يجوز له عضلها دون سبب مشروع. انظر: الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، ط1، 1989، ص 93.

1730- ابن قدامة: المغني، 9/384.

1731- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/15.

1732- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/248. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/232. الشريبي: مغني المحتاج، 3/206. ابن قدامة: المغني، 9/384.

1733- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 12/92.

1734- سبق تحريجه، ص 337.

ونوقش هذا الاستدلال بالآتي⁽¹⁷³⁵⁾:

أولاً: أن الحديث ليس بحجة في رأيهم؛ لأن الحديث فيه "فالسلطان ولي من لا ولي له" والمرأة لها ولي وهو الولي الأبعد فوجب تقديمه على القاضي.

ثانياً: أنه يمكن حمل الحديث إذا ما كان العضل من جميع الأولياء؛ لأن ضمير الجمع في "اشتجروا" يتناول كل الأولياء، وليس الولي الأقرب على وجه الخصوص.

ب- ما روي عن معقل بن يسار قال: "زوجت أختا لي..."⁽¹⁷³⁶⁾. فهذا الحديث يدل على أن السلطان يزوج بعد أن يأمر وليها بالرجوع عن العضل، فإن امتنع زوج عنه⁽¹⁷³⁷⁾.

ثانياً: المعقول

يستدل به من وجهين:

الوجه الأول: أن تزويج المرأة ممن رغبت فيه ورضيت به حق على الولي، فإن امتنع عن أدائه قام القاضي مقامه، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه، فإنه ينتقل إلى الحاكم الذي يقوم بدفعه من مال المدين الممتنع عن الدفع⁽¹⁷³⁸⁾.

الوجه الثاني: أن العضل ظلم منهى عنه لقوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن﴾ والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع الولي عن تزويج موليته أضر بها وظلمها، والقاضي نُصّب لدفع الضرر فتنقل الولاية إليه⁽¹⁷³⁹⁾.

ونوقش الوجه الأول من المعقول بأن الولاية تختلف عن الدين من حيث أنها حق للولي والدين حق عليه، كما أن الدين لا ينتقل عنه بخلاف الولاية فإنها تنتقل عنه إذا ما أصابه عارض من عوارض الأهلية، وكذلك فإن الدين ليس من شروط بقاءه على المدين بقاء صفة العدالة فيه، ولكن الولاية من شروطها أن تبقى صفة العدالة في الولي، وقد زالت صفة العدالة بعضله.

واعترض على هذا بأن ولاية الأقرب لو زالت لما صح منه عقده على موليته إذا رضي بعد ذلك بتزويجها⁽¹⁷⁴⁰⁾.

1735- انظر، ابن قدامة: المغني، 383/9.

1736- سبق تخريجه، 340.

1737- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 92/12.

1738- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 212/3. وابن قدامة: المغني، 383/9.

1739- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 248/2.

1740- انظر، ابن قدامة: المغني، 383/9.

وأجيب عن ذلك بأن فسق الولي نتيجة لامتناعه من تزويج موليته والعقد عليها، فإذا رضي بالتزويج فقد ترك المعصية ورجع إلى الحق، ومن ثم زال فسقه فصح تزويجه⁽¹⁷⁴¹⁾.

القول الثاني: يرى المالكية⁽¹⁷⁴²⁾ - في رواية ثانية - والحنابلة⁽¹⁷⁴³⁾ - في رواية أخرى - أن الولاية عند عضل الولي الأقرب لموليته تنتقل للولي الأبعد ولا يزوج الحاكم إلا إذا عضل الأولياء كلهم. جاء في حاشية الدسوقي: "إنما يزوجه الحاكم عند عدم الولي غير العاضل، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد، لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم فينتقل الحق للأبعد"⁽¹⁷⁴⁴⁾.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول من وجهين⁽¹⁷⁴⁵⁾:

الوجه الأول: أنه لما تعذر التزويج من جهة الولي الأقرب ملكه الأبعد كما لو جُنّ الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد لانعدام ولاية الأقرب.

الوجه الثاني: أن الولي الأقرب يصير فاسقاً بعضله لموليته، الأمر الذي تنتقل الولاية معه كما لو شرب خمراً.

الترجيح: الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، والذي يرى انتقال الولاية إلى القاضي عند عضل الولي الأقرب لموليته؛ لأن انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الأبعد داعٍ إلى وقوع النزاع والخلاف بين الأولياء إذا ما عارض الولي الأبعد الولي الأقرب بالموافقة في مقابل رفض الولي الأقرب للخاطب الكفء.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 11 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 من إسناد العقد إلى المرأة وإلغاء سلطة الولي في الإجماع والمنع بالنسبة للمرأة البالغة، استلزم إلغاء المادة 12 من القانون 84-11 لعدم جدوى العضل من الولي.

1741- ابن قدامة: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

1742- الدسوقي: حاشية الدسوقي ، 2/232.

1743- انظر، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

1744- الدسوقي: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

1745- ابن قدامة: المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

الفرع الثاني: انتقال الولاية لأي شخص من المسلمين

اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد عند توفر شروط الولاية في الأقرب، كما اتفقوا على عدم جواز انتقالها إلى الأبعد دون عذر، فيكون ترتيب الأولياء وفق مذهب الحنفية بتقديم العصبية النسبية ثم العصبية السببية ثم الأقارب غير العصابات ثم السلطان⁽¹⁷⁴⁶⁾.
وأما ترتيبهم عند المالكية فالولي المحبر عندهم هو الأب ثم وصيه، وأما الذي ليس له سلطة الإيجابار على من تحت ولايته فالولي المقدم من القرابة جهة البنوة فالأبوة، فالأخوة فالعمومة، ثم مولى العتاقة، ثم الكافل إن وجد ثم السلطان، فإن عدموا جميعا فلرجل من المسلمين بعد إذن المرأة⁽¹⁷⁴⁷⁾.
وعند الشافعية أحق الأولياء في ولاية الزواج جهة الأبوة ثم البنوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، فإن لم يوجد أحد من العصبية النسبية فلمولى العتاقة، ثم لعصبته بحق الولاء، ثم للسلطان في محل ولايته⁽¹⁷⁴⁸⁾.
وأما عند الحنابلة فالأولى للعصبية النسبية ثم للعصبية السببية ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه، ثم الشخص الذي يكون له السلطان في المكان الذي توجد فيه المرأة، فإن تعذر هذا أيضا زوجها رجل عدل بإذنها⁽¹⁷⁴⁹⁾.

وفي هذه الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية، ما يصلح أن يكون ضابطا لانتقال الولاية من الأقرب إلى أي شخص تختاره المرأة، وتفصيل ذلك عند المالكية أنه إن لم يوجد للمرأة أحد من العصبية ولا مولى عتاقة ولا كافل ولا حاكم شرعي تولى عقد نكاحها أي رجل من عامة المسلمين بإذنها، حيث علم خلوها من موانع النكاح، ويدخل في هذه الولاية الخال والجد من جهة الأم، والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة بإذنها ورضاها.

جاء في الذخيرة: "إذا عدم الأولياء انتقلت الولاية إلى السلطان، ويستحب للمرأة إذا لم يكن لها ولي أن توكل عدلا"⁽¹⁷⁵⁰⁾.

وعند الشافعية كما قال الماوردي: "إذا عدت المرأة وليا مناسبا لها، وكانت في بلد لا حاكم فيه وأرادت نكاح زوج ففيه وجهان. أحدهما: ليس لها أن تنكح حتى تجد وليا بحكم أو بنسب، كما لو عدت الشهود لم يجوز أن تتزوج حتى تجد الشهود. الوجه الثاني: يجوز للضرورة أن تتزوج؛ لأن الولي

1746- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 2/250-251.

1747- القرافي: الذخيرة، 4/246.

1748- الشربيني: مغني المحتاج، 3/203 وما بعدها.

1749- راجع تفصيلا أكثر في ترتيب الأولياء عند الحنابلة. ابن قدامة: المغني، 9/355 وما بعدها. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 131/5 وما بعدها.

1750- القرافي: الذخيرة، 4/248.

يراد لنفي العار عنه بتزويج غير الكفاء، فإذا عدم زال معناه وخالف الشهود المعقود بهم الاستيثاق لحفظ الأنساب. فعلى هذا إذا جوز لها التزويج ففيه وجهان. أحدهما: أنها تتولاه بنفسها؛ لأن فقد الولي قد أسقط حكمه، والوجه الثاني: أنها تولى أمرها رجلا يكون بدلا من وليها حتى لا يخلو العقد من عدده" (1751). وجاء في معني المحتاج: "لو عدم الولي والحاكم فولت مع مخاطبها أمرها رجلا مجتهدا ليزوجها صح؛ لأنه محكم، والمحكم كالحاكم، وكذا لو ولت معه عدلاً صح على المختار، وإن لم يكن مجتهدا لشدة الحاجة إلى ذلك" (1752).

وأما الحنابلة فيرون انتقال الولاية لأي شخص تختاره المرأة في حال انعدام أسباب الولاية من القرابة والإمامة وغيرهما، فإن عدموا جميعا فإن الولاية تنتقل للسلطان في المكان الذي توجد فيه المرأة التي يراد تزويجها، كوالي البلد أو كبيره، أو أمير القافلة ونحو هؤلاء ممن له سلطة في مكانه، فإن تعذر هذا أيضا ولم يوجد زوجها رجل عدل بإذنها لأن اشتراط الولاية في هذه الحالة يمنع النكاح بالكلية، فلم يجز لما فيه من ضرر يلحق بالمرأة (1753).

وأما الظاهرية فقد ذهبوا إلى أنه إذا لم يكن للمرأة ولي من نسب أو سبب ولم يكن إمام أو حاكم أو كانوا موجودين وحصل عذر في عدم إمكان ممارسة ولايتهم، وأرادت المرأة أن تزوج نفسها، فإنها توكل رجلا بالغا عاقلا يزوجها إذا كانت بالغة عاقلة، وأما إذا كانت صغيرة فوليها رجل صالح من المسلمين (1754).

ثانيا: الجانب القانوني

يتضح من نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" أن المشرع الجزائري قد خالف مذهب الجمهور في انتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب أو حال غيبته، وذلك باعتبار أن للولي دورا في إنشاء العقد، فقد اتفق الفقهاء على عدم انتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد إلا في حالة عدم توافر شروط الولاية في الأقرب وهي فقد بعض شروط الولاية أو كلها، أو غيبة الأقرب المنقطعة أو عضله

1751- الماوردي: الحاوي الكبير، 50/9.

1752- الشريبي: معني المحتاج، 198/3.

1753- ابن قدامة: المغني، 362/9-363. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 133/5. وعبد الرحمن النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، المطابع الأهلية للأوفست، القاهرة، ط1، 1978، 269/6.

1754- ولكن كيف يمارس رجل صالح من المسلمين هذه الولاية على الصغيرة دون إذن من أحد؟ ويبدو في هذه الحالة إعطاء الولاية على الصغيرة لذوي الأرحام باعتبارهم من عامة المسلمين، ويزيدون عليهم بصلة القرابة، وتكون الولاية لهم الأقرب فالأقرب من الصغيرة. انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 371/6.

لموليته البالغة الراشدة. واختلفوا في الجملة في انتقال الولاية إلى السلطان (القاضي)، أو إلى الولي الأبعد حال عدم وجود الولي الأقرب كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد.

ومن هنا يمكن القول أن المشرع قد انفرد بهذا الرأي عندما اعتبر صحة اختيار المرأة لأي شخص أو الإذن له بتزويجها حال وجود الولي الأقرب أو الأبعد، كما هو على إطلاقه في قانون الأسرة. وهذا الذي ليس عليه جمهور الفقهاء الذين حرصوا على اختيارها العدل والأصلح أو كبير القوم - وليس أي شخص - حال انعدام الولي الأقرب والأبعد ومن له صلة قرابة بالمرأة من ذوي الأرحام، وحال انعدام الكافل والقاضي كما سبق بيان ذلك عند أئمة المذاهب.

وبذلك فإن المشرع قد خالف ما عليه جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها ومراتب الأولياء في انتقالها، وضوابطها عند انتقالها لشخص من المسلمين.

وهذا يتناسب مع إلغاء أي تأثير للولي في العقد، فيكون حضوره وعدمه سواء، ومن ثم صحة انفرادها بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فيستوي الأمر حينئذ في اختيارها للولي أيًا كانت صفته⁽¹⁷⁵⁵⁾.

ومما سبق بيانه وتفصيله في مسألة حضور الولي عقد موليته البالغة الراشدة، وانتقال الولاية من الأقرب إلى الأبعد القريب والأجنبي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، يمكن على غرار ذلك القول:

- أنه إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي: "يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعا، فعلى من المسلمين".

- أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي: "تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل".

1755- قد يتناسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري في حال العقد الجديد على المطلقة الراشدة - التي انقضت عدتها - وأرادت الرجوع إلى زوجها.

القضية الثانية: تزويج القاصرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نصت الفقرة الثانية من المادة 11: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"⁽¹⁷⁵⁶⁾. يُفهم من نص هذه الفقرة أنه ليس للقاصر أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بل يتولى ذلك وليها وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج..."⁽¹⁷⁵⁷⁾, على خلاف المرأة الراشدة التي يمكنها اختيار من يتولى عقد زواجها ممن تأذن له به. كما يفهم من نص المادة 13: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁽¹⁷⁵⁸⁾. أنه ليس للولي أبا كان أو غيره إجبار القاصر على الزواج، ولا يكون ذلك إلا بموافقتها ورضائها⁽¹⁷⁵⁹⁾.

إلا أنه في حال رغبتها في الزواج فهل للولي أن يمنعها وبخاصة إذا لم يكن أصلح لها؟. حيث أن المشرع لم يبيّن المقصود بالقاصر صراحة (عدم الأهلية أو ناقصها)، فهل يشمل بذلك القاصر -الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة-؟. وإذا كان الأمر كذلك فهل يملك الولي سلطة الإجبار في تزويج القاصر طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"⁽¹⁷⁶⁰⁾. وبمفهوم المخالفة فهل يجوز للولي عضل موليته القاصر إذا أرادت كفوًا وأراد هو غيره أم لا؟.

ويتفرع من نص الفقرة الثانية من المادة 11، وكذا نص المادة 13 من قانون الأسرة عدة إشكالات وتساؤلات يعالجها الاجتهاد الفقهي من خلال هذه المسائل، وذلك على النحو الآتي:

1756- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

1757- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

1758- عدلت بالأمر 05-02 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"

1759- سيأتي الحديث عن تزويج القاصر في مطلب شرط الأهلية.

1760- الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والتمم.

المسألة الأولى: ولاية الإجمار في التزويج

أولا: ولاية الإجمار

وهي الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها، بمعنى أنّ من تثبت له هذه الولاية يملك الاستبداد بتزويج من في ولايته والجمير على ذلك ويكون العقد نافذا⁽¹⁷⁶¹⁾. ومن ثم فهي الولاية التي لا يكون للموّلّى عليه إرادة في إجراء عقد الزواج، فالرضا والكرهه من المعقود له أو عليه سواء في لزوم العقد ونفاذه مع ثبوت الولاية الكاملة عليه من قبل الولي في تزويجه لانعدام أثر حق الرفض، والاعتراض من المولى عليه⁽¹⁷⁶²⁾.

ثانيا: من تثبت عليها ولاية الإجمار

إذا كان للمرأة ولي فهل يحق للأب إجمار ابنته على الزواج⁽¹⁷⁶³⁾، أم لا بد من استئذائها ومعرفة رضاها؟.

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي المجرى المولى عليها، ومن ثم ثبوت ولاية الإجمار تبعا لاختلافهم في مناط ثبوتها على قولين:

أولا: ذهب الحنفية⁽¹⁷⁶⁴⁾ إلى أن مناط الإجمار هو الصغر والجنون، ومن ثم فعلة الإجمار هي العجز لغياب العقل أو نقصانه. قال الكاساني: "والأصل أن هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعندما في الصغير والصغيرة وفي الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعندما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنوننا أو عارضا بأن طرأ بعد البلوغ"⁽¹⁷⁶⁵⁾.

ثانيا: مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية⁽¹⁷⁶⁶⁾ والحنابلة وفيه تدور علة الإجمار وتثبت مع البكارة في الأنتى والصغر في الغلام، والجنون في الأنتى والذكر وجودا وعندما⁽¹⁷⁶⁷⁾.

1761- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 178.

1762- هذه الولاية يسميها الحنفية "ولاية الحتم والإيجاب" أو الاستبداد. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 154.

1763- ولاية الإجمار لا تكون إلا للأب وكذا الجد وإن علا عند فقد الأب دون غيرهما من الأولياء، فإن الفقهاء قد استدلوا عليها بأن الحديث الذي دلّ على ولاية الإجمار، جعل الأب هو الذي يملكها، والجد أب إذ الأب يطلق على الأصل من الذكور، سواء كان أبا مباشرا أم جدا وإن علا، ولأن مناط ثبوت الولاية للأب هو الإيلاد، والإيلاد متحقق في الجد كما هو في الأب، ولذلك قالوا: يملك الجد ما يملك الأب من ولاية الإجمار بمقتضى حديث "والبكر يزوجه أبوها"، ومن حيث نص على أن التزويج للأب فلا يكون لغير الأب والجد تلك الولاية. انظر، محمد الزفاف: محاضرات في الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، ص 131.

1764- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 252/3. وانظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 179 وما بعدها.

1765- الكاساني: بدائع الصنائع، 241/2.

1766- العلة في ثبوتها على المرأة عند الشافعية هي البكارة فقط، أما المالكية فالعلة عندهم الصغر أو البكارة، ولذا فإنهم وافقوا الحنفية في ثبوت ولاية الإجمار على الصغيرة مطلقا حتى لو كانت أنتى نيبا خلافا للشافعية، ووافقوا الشافعية في ثبوتها على البكر حتى لو كانت بالغة عاقلة خلافا للحنفية. انظر، سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 180.

وأما علّة المنع -وليس الإجماع- وفق موقف المشرع الجزائري فهو الصغر دون بلوغ تسع عشرة سنة بالنسبة للمرأة. وأما الإجماع فليس للولي ذلك سواء كانت المرأة صغيرة أم راشدة.

المسألة الثانية: حكم انفراد القاصرة بعقد زواجها

أولاً: الجانب الفقهي

جاء الرأي الفقهي في انفراد الصغيرة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁷⁶⁸⁾ من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه لا يصح مباشرة المرأة ناقصة أو عديمة الأهلية كالصغيرة والمجنونة عقد زواجها بإرادة منفردة لصحة شرط الولي في زواجها، وثبوت الإجماع في حقها. قال الراجعي: "اتفق العلماء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح أن تباشر عقد الزواج؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن"⁽¹⁷⁶⁹⁾.

المذهب الثاني: للحنفية⁽¹⁷⁷⁰⁾ وفيه تفصيل؛ وهو أن الصغيرة غير المميّزة لا تزوج نفسها لصحة شرط الولي في زواجها، وأما الصغيرة المميّزة أو العاقلة إذا زوجت نفسها من كفاء وبمهر المثل كان عقدها صحيحاً موقوفاً على إذن الأب أو الجد؛ لأنهما يملكان العقد، والقاضي إذا لم يكن لها ولي، وينفذ بإجازتها بعد البلوغ.

جاء في رد المحتار: "صغيرة زوجت نفسها ولا ولي ولا حاكم ثمّة توقف، ونفذ بإجازتها بعد بلوغها لأن له مجيزاً وهو السلطان"⁽¹⁷⁷¹⁾. وجاء في موضع آخر: "صبيّة زوجت نفسها من كفاء وهي تعقل النكاح ولا ولي لها، فالعقد يتوقف على إجازة القاضي، فإن كان في موضع لم يكن فيه قاض، إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإلا فلا ينعقد. وقال بعض المتأخرين: ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ"⁽¹⁷⁷²⁾.

الترجيح: أرى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم صحة انفراد الصغيرة بعقد زواجها بغير ولي لعدم الفائدة المرجوة من ناقصة أو عديمة الأهلية، وإلا ما كان العقد موقوفاً وكان لازماً، سواء كانت مميّزة أم غير مميّزة.

1767- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 6/2.

1768- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 10/2-11.

1769- الراجعي: الشرح الكبير، 7/525.

1770- يراجع ابن عابدين: رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995، 61/3-88.

1771- ابن عابدين: المصدر نفسه، 3/80.

1772- ابن عابدين: المصدر نفسه، 5/228.

ثانيا: الجانب القانوني

يذهب المشرع الجزائري إلى عدم تزويج الصغيرة إلا لضرورة أو مصلحة يقدرها القاضي، مع ثبوت الولاية للأب في هذه الحالة بإعطائه الإذن بالنسبة للقاصر التي لا تتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة من قانون الأسرة، ومن ثم لا يصح انفراد القاصرة بمباشرة عقد زواجها بنفسها شرعا وقانونا طبقا للفقرة الثانية من المادة 11 من الأمر 05-02 "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب..".

المسألة الثالثة: حكم عضل القاصر وانتقال الولاية

أولا: الجانب الفقهي

اختلف الفقهاء في حكم المجبرة إذا أرادت كفوًا وأراد وليها المُجبر كفوًا غيره على قولين:
القول الأول: للحنفية⁽¹⁷⁷³⁾ والشافعية -على الأصح-⁽¹⁷⁷⁴⁾ وفيه يزوج الولي المُجبر موليته المُجبرة ممن أراد هو من الأكفاء، ولا عبرة بإرادتها لأنه أكمل نظر منها وأكثر تدبير لأمرها وشؤونها. وشرط الحنفية هذا الحكم بكون الكفء المتعلق بإرادة الولي به حاضرا فيزوجه موليته المجبرة.
القول الثاني: للحنفية⁽¹⁷⁷⁵⁾ والشافعية⁽¹⁷⁷⁶⁾ -في رواية مرجوحة- وفيه يُلزم الولي المُجبر إذا أرادت موليته المجبرة الزواج من كفاء إجابتها لما أرادت إعفافا لها وإلا كان الولي عاصلا. وقيد الحنفية هذا الحكم بعزل الولي المُجبر إذا كان الكفء الذي يرغب فيه دون موليته المجبرة غائبا.

الترجيح

أقول بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وهو إلزام الولي المُجبر بتزويج موليته ممن رضيت ورغبت من الأكفاء إذا تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل فيمن أرادت المرأة ولا يلحق بالأولياء ضرر؛ ولأن القصد من الزواج السكن والمودة والرحمة، ولا سبيل إلى ذلك إلا بتحقيق رضا الزوجة.

ثانيا: الجانب القانوني

يفهم من إلغاء المشرع للفقرة الثانية من المادة 12: "غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"⁽¹⁷⁷⁷⁾. أنه يجوز للولي عضل موليته البكر (القاصرة)، غير أنه ما دام لا يُسمح بالزواج بالنسبة للقاصر حتى بلوغ السن القانونية المقررة في المادة 7 في فقرتها الأولى: "تكتمل

1773- ابن عابدين: رد المختار، 83/3.

1774- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 207/3.

1775- ابن عابدين: رد المختار، 82/3.

1776- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 207/3.

1777- ملغاة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة⁽¹⁷⁷⁸⁾، استلزم إلغاء المادة 12 من القانون 84-11، لأنه لا معنى لعزل المرأة غير المسموح لها بالزواج أساسا. أما في حال ترخيص القاضي للقاصر بالزواج لضرورة أو مصلحة فإن القانون لم يبين دور الولي صراحة في توليه لعقد موليته القاصر أو منعها. إذ ليس للولي منعها إذا تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، وهو مذهب الحنفية - في رواية - والشافعية - في رواية - كما سبق بيان ذلك. وجاء في بداية المجتهد: "للمرأة أن تمتنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر"⁽¹⁷⁷⁹⁾.

كما أن ترخيص القاضي بالزواج للقاصرة عند المصلحة أو الضرورة يعتبر شأنًا تنظيميًا فحسب، إذ لا ولاية للقاضي على الصغيرة وفقا لمذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، ومنه جواز تزويج الأب لابنته الصغيرة شرعا⁽¹⁷⁸⁰⁾.

الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج

أولا: الجانب الفقهي

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد، وبالتالي يكون العقد باطلا، مستدلين بأدلة كثيرة من ذلك قوله ﷺ: "أما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا"⁽¹⁷⁸¹⁾. أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي، ويذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا على إجازة الولي⁽¹⁷⁸²⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

اختلف المقصود بالولي عما كان عليه الأمر قبل التعديل، إذ أصبح مفهومه كل شخص تآذن له المرأة بتزويجها أو حضور عقد زواجها، سواء بصفته وليا قريبا أم بعيدا، إلا أن المشرع جعل حضوره شرطا لتمام العقد - على الأصح - فلقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الفقرة الثانية من المادة 33 والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

1778- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة".

1779- ابن رشد: بداية المجتهد، 15/2.

1780- وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن الأهلية.

1781- سبق تخريجه، ص 337.

1782- وقد سبق الحديث عن آراء الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشتهم في اشتراط الولي في النكاح.

أ- في حالة ما إذا تخلف شرط الولي و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

ب- إذا تخلف شرط الولي ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح. وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج قبل الدخول وبعده.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد أهمل ذكر الوكالة في عقد الزواج⁽¹⁷⁸³⁾، مع صحة انعقاد الزواج بها شرعا كما هو معروف⁽¹⁷⁸⁴⁾، حيث خصها بالزوج دون الزوجة في المادة 20 من القانون 84-11، والملغاة بالأمر رقم 05-02، والتي كان نصها: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، فأصبح الزوج مجبرا على حضور عقد الزواج بنفسه⁽¹⁷⁸⁵⁾.

لكن بالرجوع إلى نص المادة العاشرة من قانون الأسرة والتي جاء فيها أن الرضا يكون بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر دون أن تقيد ذلك بذات الطرفين، ومنه يمكن أن يكون التعبير عن الرضا شخصيا أو أن يكون بواسطة الوكيل ولا مانع يمنع من ذلك ويكون العقد صحيحا⁽¹⁷⁸⁶⁾.

المطلب الرابع: الإشهاد على النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تنص المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية"⁽¹⁷⁸⁷⁾.

مما يمكن ملاحظته من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر الشاهدين كشرط من شروط صحة عقد الزواج، ولم يُعر أي اهتمام للشروط الواجب توافرها في الشاهدين، والتي نص عليها الفقه الإسلامي منها ما يتعلق بالأهلية وهي البلوغ والعقل والحرية⁽¹⁷⁸⁸⁾، ومنها ما يتعلق بسلامة

1783- إن إلغاء الوكالة يتماشى والتعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة بالنسبة للمرأة البالغة ما دامت قادرة على أن تتزوج مع من تختاره، وبحضور الولي الذي تختاره، غير أنه بالنسبة للزوج فإن إلغاء الوكالة قد يؤدي إلى القول أن في ذلك خرق لأحكام الوكالة.

1784- اتفق الفقهاء على مشروعية و جواز الوكالة في الزواج ، واختلفوا في إطلاقها وتقييدها. انظر، ابن قدامة: المعني، 363/9.

1785- وقد ألغى المشرع الجزائري الوكالة في عقد الزواج، وأجاز للمرأة أن تختار أي شخص وليا لها في تزويجها، وهذا الأخير ينطبق عليه وصف الوكيل لا الولي لعدم اكتسابه لأسباب الولاية المعروفة شرعا وقانونا.

1786- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 80.

1787- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1788- الحرية ليست شرطا في شاهد النكاح وبهذا صرح الحنابلة والظاهرية، خلافا للحنفية والشافعية، فعندهم لا يصح النكاح بشهادة عبيدين. انظر، ابن قدامة: المعني، 351/9. العيني: البناية، 491/4. الشريبي: مغني المحتاج، 194/3.

الحواس، ومنها ما يتعلق بالعدد، بالإضافة إلى شرط الإسلام والعدالة والذكورة⁽¹⁷⁸⁹⁾، وعدم عداوة الشاهد أو بنوته لأحد الزوجين⁽¹⁷⁹⁰⁾.

كما أنه جعل حضور الشاهدين شرطا لصحة الزواج، خلافا للمادة 9 من القانون 84-11 والتي اعتبرت حضور الشاهدين ركنا من أركان الزواج، ومنه فإن تخلف شرط الإشهاد في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق، وإنما يمكن أن ينتج عنه الفسخ طبقا للفقرة الثانية من المادة 33 التي نصت على ما يلي: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁽¹⁷⁹¹⁾. وما ذهب إليه المشرع الجزائري جاء موافقا لما عليه أئمة المذاهب من الحنفية⁽¹⁷⁹²⁾ والمالكية⁽¹⁷⁹³⁾ والشافعية⁽¹⁷⁹⁴⁾ والحنابلة⁽¹⁷⁹⁵⁾، من اشتراط الشهود لصحة الزواج، وإلا كان العقد فاسدا، والأصل في اشتراط الإشهاد في الزواج ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽¹⁷⁹⁶⁾.

يقول السيد سابق: "ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة، ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضورا حالة العقد، ولو حصل الإعلان عنه بوسيلة أخرى"⁽¹⁷⁹⁷⁾.
والسّرّ في لزوم الشهادة في عقد الزواج أن له شأنًا عظيمًا في نظر الإسلام وفي النظام الاجتماعي لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدينية، فهو جدير أن يظهر شأنه ويذاع أمره، وأن يشهده الناس تكريما له وإعلاء لمكانته، ولأن في الشهادة منعا للظنون والشبهات، ودفعًا لمقالات السوء عن الزوجين عندما يرى الرجل مقيما مع المرأة في عشرة واحدة⁽¹⁷⁹⁸⁾.

1789- اشترط الجمهور الذكورة والعدالة ولم يشترطهما الحنفية فأجازوا أن تكون الشهادة برجلين أو برجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف. العيني: البناية في شرح الهداية، 4/491. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/193.

1790- على أن ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم وشروطهم في الشهود واختلافهم في وقت الشهادة مما لا يسع البحث التعرض لها بالتفصيل، فهي مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي للاستزادة في الاطلاع.

1791- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن".

1792- العيني: البناية في شرح الهداية، 4/490.

1793- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.

1794- النووي: المجموع، 17/271. الرافعي: الشرح الكبير، 7/515. أبو حامد الغزالي: الوسيط في مذهب الإمام الشافعي، 5/53.

1795- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/148.

1796- البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين حديث رقم: 13719، السنن الكبرى، 7/202. الدارقطني: كتاب النكاح، حديث رقم 3531. سنن الدارقطني، 4/322.

1797- السيد سابق: فقه السنة، 2/37.

1798- انظر، عبد الرحمن تاج: الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط2، 1952، ص 42.

وبما أن الشهادة يتحقق بها الإعلان المأمور به في عقد النكاح في الحديث: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"⁽¹⁷⁹⁹⁾، فبه ترتفع الشبهات والشكوك، وتنتج على إثر تخلف شرط الشهادة آثار شرعية وقانونية، ويأخذ الزواج في هذه الحالة حكم نكاح السر. وما يهم في هذا الصدد هو معرفة موقع الشهادة في عقد الزواج وأثر تخلفها؛ لذا نقتصر على بيان التكييف الشرعي لها وحكم نكاح السر كأثر لتخلف شرط الشهادة.

الفرع الأول: تكييف شرط الإشهاد في عقد الزواج

أولاً: التكييف الفقهي

الأصل العام في الشريعة الإسلامية أنها تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في غالبية العقود التي تتم بإيجاب وقبول، دون حاجة إلى إجراءات شكلية معينة، وبناء على ذلك فالشريعة الإسلامية لا تعرف بصفة عامة الشكلية في العقود، بخلاف بعض الحالات التي يكون للشكلية فيها أثر واضح في تكوين العقد بجانب الإرادة⁽¹⁸⁰⁰⁾.

ومن أهمها عقد الزواج الذي اختلف الفقهاء في تحديد طبيعته بين الشكلية والرضائية، ومرجع ذلك أنه يشترط لوقوعه صحيحاً بعض الشروط الشكلية بجانب تراضي الطرفين، وهي الإعلان والشهادة، كما اختلفوا أيضاً في تكييف هذه الشروط، فمنهم من اعتبرها ركناً في العقد لا يتم إبرامه إلا بتحققها، ولهذا قرر أنه عقد شكلي خلاف الأصل العام في الشريعة الإسلامية وهو مبدأ الرضائية، ومنهم من اعتبر هذه الشروط شروطاً لصحة العقد، ومن ثم يترتب على تخلفها فساد العقد، وهذا يعني أنهم لم يحددوا بوضوح ما إذا كان هذا العقد شكلياً أو رضائياً، ومنهم من اعتبر هذه الشروط على سبيل الندب دون الاشتراط، فقرر أنه ليس عقداً شكلياً، بل هو عقد رضائي. وعلى هذا يمكن عرض آرائهم المختلفة كالآتي:

الرأي الأول: يذهب أصحابه إلى القول بأن الشهادة شرط لصحة النكاح وليست شرطاً لانعقاده، وهو لأبي حنيفة وأصحابه⁽¹⁸⁰¹⁾، ومن ثم فهل يعتبرونه عقداً شكلياً أم رضائياً؟. يجب عن ذلك أبو زهرة بقوله: "عقد الزواج عند أبي حنيفة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلي، ولأهميته ما يحتج به من أنه يترتب على عدم حضور الشهود أن يكون عقد النكاح فاسداً لا

1799- البيهقي: كتاب الصداق، باب ما يستحب من اظهار النكاح، حديث رقم 14699، 473/7.

1800- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 537/1-538.

1801- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 190/3-191.

باطلا، وذلك لأن من فقهاء الحنفية من لا يفرق بين الفساد والبطلان في نطاق عقد النكاح، كما أنه لا يوجد فرق بين آثار العقد الفاسد والعقد الباطل في عقد النكاح⁽¹⁸⁰²⁾.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن عقد الزواج هو عقد شكلي، ذلك أنه لا يكفي لتكوينه رضا المتعاقدين، بل لا بد أن يتوافر مع الرضا شرط الإشهاد والإعلان، باعتباره غرضا مقصودا في الزواج، صيانة له من الجحود حتى لا يرتاب الناس ويسئوا الظن، وهو اتجاه الشافعية والحنابلة⁽¹⁸⁰³⁾. مستدلين بقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽¹⁸⁰⁴⁾، ويعتبرون أن هذين الشرطين ركنان أساسيان في العقد، وبدونهما يعتبر العقد باطلا، ووافقهم في ذلك الظاهرية⁽¹⁸⁰⁵⁾، حيث قرروا أنه لا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين فأكثر أو بإعلان، مستدلين بقوله ﷺ: "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل"⁽¹⁸⁰⁶⁾.

الرأي الثالث: للمالكية وفيه تفصيل:

الأول: الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد وصحته ابتداءً، بل شرط انتهاء عند الدخول، بمعنى أنها شرط لحلّ الدخول وترتيب آثار العقد، وأنها شرط تمام يؤمر به عند العقد، فالإعلان هنا يجب توافره لانعقاد العقد، أما الشهادة فواجبة لترتيب الآثار على العقد⁽¹⁸⁰⁷⁾.

الثاني: الشهادة لا تجزئ عن الإعلان، ولا بد في الانعقاد من العلانية، فالإعلان يجزئ متى حصل بأية وسيلة⁽¹⁸⁰⁸⁾. وعليه فالمالكية يتفقون مع الجمهور على اشتراط الإشهاد في النكاح على الجملة، إلا أن الجمهور يرون أن الشهادة شرط لصحة العقد، بحيث يكون العقد فاسدا إذا لم يقع الإشهاد عند إجرائه، ويرى المالكية أنه شرط لتمام العقد لا لصحته، بحيث يصير العقد فاسدا إذا لم يقع الإشهاد قبل الدخول⁽¹⁸⁰⁹⁾.

1802- أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ص 231.

1803- الشربيني: مغني المحتاج، 3/194. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/148.

1804- سبق تخريجه، ص 367.

1805- ابن حزم: المحلى، 9/465.

1806- سبق تخريجه، ص 367.

1807- هناك فرق بين الإشهاد والإشهار في عقد النكاح، فالإشهاد هو حضور الشاهدين وسماعهما في مجلس العقد، أما الإشهار فهو ذبوع وشهرة العقد بين الناس، ولا خلاف بين الفقهاء في أن اشتراط الإعلان في عقد الزواج هو الإشهار.

1808- الدردير: الشرح الصغير، 1/376. الخطاب: مواهب الجليل، 3/408.

1809- وذهب آخرون إلى عدم اشتراط الإشهاد في النكاح وأنه مستحب فقط وهي رواية عن أحمد وبه قال أبو ثور. انظر، ابن قدامة: المغني، 9/347، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/18. الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 2/436. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/191.

جاء في بلغة السالك: "حاصله أن أصل الإشهاد على النكاح واجب، وإحظارهما عند العقد مندوب، فإن حصل عند العقد فقد وجد الأمران الوجوب والندب، وإن فقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب، وإن لم يوجد إشهاد عند الدخول والعقد، ولكن وجد الشهود عند واحد منهما فالصحة قطعاً ويأثم أولياء النكاح لعدم طلب الشهود، وإن لم يوجد شهود أصلاً فالفساد قطعاً"⁽¹⁸¹⁰⁾.

يتضح مما سبق بيانه أن المعول عليه في الفقه الإسلامي هو أن عقد الزواج لا يُكتفى فيه بتراضي الطرفين، وإنما يجب توافر شرط الشهود والإعلان، وذلك بغرض استقرار العلاقة الزوجية، ومن ناحية أخرى تتوفر الحماية القانونية اللازمة في حالة الجحود والنيكران، يقول في ذلك السيد سابق: "عقد الزواج يتم بتحقيق أركانه وشرائط انعقاده، إلا أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود، وحضور الشهود خارج عن رضا الطرفين، فهو من هذه الوجهة عقد شكلي، وهو يخالف العقد الرضائي الذي يكفي في انعقاده اقتران الإيجاب بالقبول"⁽¹⁸¹¹⁾. ومنه فإذا أمكن القول بأن عقد الزواج عقد شكلي⁽¹⁸¹²⁾، فما أثر تخلف هذه الشكلية في صحة النكاح؟.

ثانياً: التكيف القانوني

مما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري وفق التعديل الجديد قد كَيّف الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه طبقاً للمادة التاسعة مكرر، وتخلف هذا الشرط يترتب فسخ عقد الزواج قبل الدخول ولا تستحق الزوجة صداقاً، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقاً للمادة 33 من القانون نفسه.

1810- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، 376/1.

1811- السيد سابق: فقه السنة، 39/2.

1812- الشكلية في القانون تعني بيان الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج وتقديم المستندات المطلوبة لذلك، فإن كان مدنياً فالجهة المختصة هي موظف الحالة المدنية كما هو الحال في القانون الفرنسي، وإن كان دينياً فالمختص بعقد الزواج هو رجل الدين كما هو الحال في اليونان، ويترتب على تخلف الشكلية اعتبار العقد معيياً من حيث الشكل. لأن القانون الوضعي يقسم العقود إلى قسمين: رضائية وشكلية. بخلاف الشكلية في الفقه الإسلامي فلا تعني إبرام عقد الزواج أمام موثق رسمي، بل المقصود بها الشهر والإعلان، وأداته الشهادة على مذهب الجمهور، والإعلان بأي وسيلة عند الإمام مالك.

الفرع الثاني: نكاح السرّ

أولاً: الجانب الفقهي

إن ما يتفرع عن موضوع الشهادة في النكاح، حالة التواصي من قبل الشهود أو الولي أو العاقدين على كتمانها، أو أن تتخلف إحدى صفات الشهود كالجنس أو العدد. ولهذه الظاهرة وجود في المجتمعات العربية عموماً؛ لذا يستحسن التوقف عندها لبيان مدى مشروعيتها وآراء الفقهاء في ذلك. ونكاح السرّ هو: "هو ما أسرّ الشهود حين عقده بكتمه"⁽¹⁸¹³⁾. أو هو: "أن يتزوج الرجل بدون شهود أو بشهادة رجل وامرأة واحدة، أو أن يعقد العاقدان عقد النكاح ويوصيا بكتمانه عن الناس"⁽¹⁸¹⁴⁾.

جاء في بداية المجتهد: "اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند العقد؟ واتفقوا على أنه: لا يجوز نكاح السرّ، واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سرّ؟ أم ليس بسرّ؟ فقال مالك: هو سرّ ويفسخ.."⁽¹⁸¹⁵⁾. وقال ابن القاسم عن مالك: لو زوج بينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح؛ لأنه نكاح سرّ، وإن تزوج بغير بينة على غير استتار جاز، وأشهدا فيما يستقبلان، وروى ابن وهب عن مالك في رجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين، ويستكتمهما قال: يفرق بينهما بتطليقة، ولا يجوز النكاح، ولها صداقها إن كان أصابها ولا يعاقب⁽¹⁸¹⁶⁾.

واستدلوا على عدم جواز نكاح السرّ بالأدلة الآتية:

أولاً: قوله ﷺ: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"⁽¹⁸¹⁷⁾، والتواصي بكتمان الزواج مخالف لهذا الحديث.

ثانياً: ما ذكره الإمام مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد فيه إلا رجل وامرأة فقال: "هذا نكاح السرّ ولا أجزئه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"⁽¹⁸¹⁸⁾.

1813- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 246.

1814- انظر، جمال الضمراوي: الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص 172.

1815- ابن رشد: بداية المجتهد، 17/2.

1816- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 472/3.

1817- سبق تخريجه، ص 367.

1818- الإمام مالك: كتاب النكاح، جامع ما لا يجوز من النكاح، حديث رقم 1531. الموطأ، 42/2.

ثالثاً: أن التواصي بالكتمان من صفة الزنا، ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب؛ لأن الزوج قد ينكر النكاح، وتكون المرأة حاملاً فلا يكون لها سبيل إلى إثباته فيؤدي إلى إضاعة النسب⁽¹⁸¹⁹⁾.

غير أن بعض الفقهاء يرون أنه إذا تواصى الشهود بالكتمان فلا يبطل عقد النكاح، حيث يقول البهوتي: "ولا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه؛ لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتوماً، فإن كتّمه الزوجان والولي والشهود قصداً صحّ العقد وكره كتّماتهم له؛ لأن السنة إعلان النكاح"⁽¹⁸²⁰⁾. وقال ابن قدامة: "فإن عقده بولي وشاهدين فأسرّوه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصحّ النكاح"⁽¹⁸²¹⁾.

وسبب اختلافهم حول هذا الأمر كما يقول ابن رشد: "هل الشهادة في النكاح حكم شرعي؟ أم أنّ المقصود منها سدّ ذريعة الإنكار، فمن قال: حكم شرعي، قال: هي من شروط الصحة، ومن قال بأنّ الشهادة هي توثيق، قال: هي من شروط التمام. والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس -رض الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"⁽¹⁸²²⁾ ولا مخالف له من الصحابة، وكثير من الناس رأى هذا داخلاً في باب الإجماع"⁽¹⁸²³⁾. ورأي المالكية هو الراجح خاصة في هذا العصر الذي اتسم بضعف الوازع الديني، وضياع الأمانة وانتشار الخيانة، ذلك على الرغم من وجاهة ما استند إليه الجمهور من أن السر إذا خرج عن اثنين لم يعد سرا، إلا أن ما للزوج من أهمية خاصة وآثار خطيرة توجب أن يكون علنا واضحا لا خفاء فيه ولا كتمان.

ثانياً: الجانب القانوني

لم يعترف المشرع الجزائري بالزواج الذي يُعقد خارج الدوائر الرسمية المنصوص عليها في المادة 18 من قانون الأسرة: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"⁽¹⁸²⁴⁾.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن المشرع من خلال نص هذه المادة قد أوجب على محرري عقد الزواج مراعاة ما ورد النص عليه في المادتين 9 و9 مكرر من نفس القانون، وهو أنه يجب على

1819- انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط1، 2000، 107/1-108.

1820- البهوتي: كشاف القناع، 5/66.

1821- ابن قدامة: المغني، 9/469.

1822- سبق تخريجه، ص 367.

1823- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/17.

1824- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون".

كل واحد منهم أن يتأكد من صحة تطبيق هاتين المادتين تطبيقاً صحيحاً، أي ضرورة توافر رضا الطرفين من خلال المادة التاسعة، وأهلية الزواج والصدّق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج. وعن طريق تحقيق هذه الشروط القانونية فإنه لا يمكن أن يعاب العقد بالسر أو الكتمان. ومن ثم فإنه يكون أمام الزوجين جهتان فقط لإشهار عقد زواجهما، وهما المحكمة والبلدية، وما عداهما لا يعتد به ولا يقوم حجة في مواجهة الغير⁽¹⁸²⁵⁾.

الفرع الثالث : أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج

تناول المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج، كما تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية، ورتبوا آثاراً عن تخلف الإشهاد في الزواج حسب ما كيفوه، ولهذا يمكن التطرق لهذه المسألة في النقطتين الآتيتين:

أولاً: الجانب الفقهي

اعتبر جمهور الفقهاء الإشهاد في الزواج شرط صحة، والمشهور في المذهب المالكي اعتباره شرط نفاذ، ومن ثم فإن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقاً لما عليه الجمهور يجعل العقد غير صحيح، يقول عبد الرحمن الجزيري في ذلك: "اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل"⁽¹⁸²⁶⁾، ويرتب المالكية على تخلف شرط الإشهاد في الزواج البطلان، ولا يقع البطلان إذا تخلف الإشهار أثناء إبرام العقد، وإنما يقع إذا تخلف أثناء الدخول، وبالتالي يجب فسخ عقد الزواج بطلقة بائنة ولا حدّ على الزوجين⁽¹⁸²⁷⁾.

ثانياً: الجانب القانوني

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج في نص المادة 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

- أ- في حالة ما إذا تخلف شرط الإشهاد و تم معرفة ذلك قبل الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصّدّق.
- ب- إذا تخلف شرط الإشهاد ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة 33 قد نصت على أن الزواج يثبت بصدّق المثل، ويرتب العقد آثاره.

1825- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق 1/136. عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 70. غير أنه لا بد من التفريق بين الزواج العرفي التام الأركان والشروط الشرعية والغير موثق رسمياً، فإنه يعتبر صحيحاً شرعاً. ولا ينبغي جعله في حكم زواج السر بنظر قانونية كونه لم يعقد أمام الموظف المختص. إذا الفرق بينهما في حضور الشهود من عدمه، وتوفر الإعلان -على مذهب المالكية - من عدمه.

1826- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 4/28.

1827- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 2/572-573.

المبحث الرابع: الشروط القانونية لعقد الزواج مقارنة بالفقه الإسلامي

باستقراء المواد القانونية المتعلقة بشروط انعقاد الزواج وصحته، يمكن التمييز بينها، وتقسيمها إلى شروط شرعية (وقد سبق ذكرها)⁽¹⁸²⁸⁾، وأخرى قانونية تنقسم بدورها إلى شروط موضوعية وشكلية. **الشروط الموضوعية:** يقصد بالشروط الموضوعية في عقد الزواج؛ الشروط التي تخضع في تكييفها لسلطة القاضي، وتحديد مفهومها يعتبر من الأجزاء الهامة في عملية التكييف. فإذا ثار الاختلاف في تكييف شرط من الشروط بين وصفه بأنه شرط موضوعي أو شرط شكلي، فإن المرجع في ذلك هو قانون القاضي وهو المختص بتكييف شروط الزواج. ومن الشروط الموضوعية التي تنص عليها مختلف القوانين المقارنة شرط الأهلية ورضا الزوجين وموافقة الوالدين حتى سن معينة وضرورة الفحص الطبي بقصد الزواج وعدم وجود زواج سابق قائم، وعدم وجود قرابة أو مصاهرة محرمة⁽¹⁸²⁹⁾. وعليه يمكن حصر الشروط الموضوعية التي نص عليها المشرع الجزائري فيما يلي: توافر الأهلية وفقا للمادة 7، وضرورة الفحص الطبي وفقا للمادة 7 مكرر، والحصول على رخصة القاضي عند وجود زواج سابق قائم وفقا للمواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1، وانعدام الموانع الشرعية طبقا للمادة 9 مكرر.

الشروط الشكلية: ويقصد بها المسائل المتعلقة بضرورة اتباع إجراءات إدارية وتنظيمية لتسجيل عقد الزواج وإثباته عن طريق تقديم الوثائق الإدارية اللازمة وتسجيل البيانات من طرف الموظف المختص بذلك، وفقا للمواد: 18-22-31 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁸³⁰⁾، والمواد من 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁸³¹⁾، ولا يسع -البحث- التفصيل فيها لكونها تخضع للتنظيم الإداري المؤلف⁽¹⁸³²⁾.

1828- أما الشروط الشرعية لصحة عقد الزواج فقد سبق بيانها وفق ما تضمنته المادة التاسعة مكرر: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". ونقصد بها الصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية.

1829- اصطلاح الشروط الموضوعية لصحة الزواج معروف في التشريعات المقارنة المختلفة. ومثال ذلك القانون الفرنسي باعتباره نموذجا للقوانين اللاتينية فقد نص عليها في القانون المدني، وعلى ذلك فهو يجمع الشروط اللازمة لانعقاد الزواج في نوعين من الشروط: موضوعية وشكلية. انظر، مريم عبد الله أحمد الجوفي: القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص 27-28.

1830- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1831- الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/2/19 المتعلق بالحالة المدنية.

1832- أولى المصلحون المحدثون عناية خاصة لموضوع توثيق الزواج في سجلات موثقة تشرف عليها أجهزة إدارية، وذلك لمنع ادعاء الزواج أو جرده وإنكاره بعد اتساع المجتمعات والمدن وصعوبة تحقق القاضي من صحة دعاوى الزواج، والنسب والتوارث، والنفقة، في هذه الظروف وخطورة ضياع الحقوق في هذه المجالات، فمست الحاجة إلى نظام للتوثيق يعين القضاة على الحكم بجهد يسير، ولا يخفى

وأما الشروط الموضوعية فيتم تناولها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الأهلية في عقد الزواج

من الشروط الموضوعية التي تنص عليها مختلف القوانين المقارنة شرط الأهلية، التي تعتبر في طليعة الشروط الموضوعية لصحة الزواج، ونظرا لأهمية عقد الزواج وما يترتب عليه من أعباء، فقد فرضت الدول سنّا لا يسوغ دونه الإقدام على الزواج، وروعي في تحديده الاعتبارات الخاصة بالنمو الطبيعي والأدبي في كل بلد من حيث الجنس، والطقس، والبيئة الاجتماعية⁽¹⁸³³⁾.

كما أن تحديد السنّ القانونية يختلف بالنسبة للرجل عن المرأة من بلد لآخر⁽¹⁸³⁴⁾، ففي الجزائر مثلا لا يختلف الأمر بين الرجل والمرأة في تحديد سنّ الزواج.

حيث تنص المادة السابعة من قانون الأسرة: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"⁽¹⁸³⁵⁾.

فقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامّة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية⁽¹⁸³⁶⁾.

وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سنّ الزواج الوارد في تعديل المادة السابعة أن المشرع قد ساوى بين الرجل والمرأة في سنّ أهلية الزواج⁽¹⁸³⁷⁾.

وضوح الاتجاه في التشريع الإسلامي إلى توثيق الحقوق بالاعتماد على الكتابة في هذا التوثيق، وهذه نظرة استصلاحية اهتم بها المشرع الجزائري وأولاهها عناية فائقة نظرا لأهميتها في ضمان الحقوق وإثبات الدعاوى لحماية مصالح الناس.

1833- انظر، مريم عبد الله أحمد الجوفي: القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص 30.

1834- كما هو الشأن مثلا في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 16: "تكمّل أهلية الزواج في الفتي بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشر من العمر".

1835- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

1836- إن التعديل الجديد فيما يتعلق بالزواج جعل أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية وفق ما تنص على ذلك المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والتي لم تفرق بين الذكر والأنثى. ونصها كالآتي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشر سنة كاملة". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/6/20.

1837- الملاحظ أن التعديل الجديد أعطى للزوج القاصر دون الزوجة أهلية التقاضي فيما يتعلق بالآثار المترتبة على عقد الزواج، مخالفا بذلك أحكام المادة 40 من القانون المدني، والتي تحدد أهلية التقاضي بتسعة عشر سنة كاملة. والسؤال الذي يمكن طرحه هو لماذا لم يعط

وأن الجديد في هذه المادة ما تضمنته الفقرة الأخيرة منها، والتي منحت للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغيره.

كما يلاحظ أيضا على هذه المادة عدم بياها للآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية، مع إغفالها للعقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها. وكذا عدم تحديدها للحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن يتزل دونه عند تقرير الإعفاء للزوجين أو أحدهما. وذلك على عكس ما جاء في القانون رقم 63/224⁽¹⁸³⁸⁾، لذلك كما يقول عبد العزيز سعد: "لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج"⁽¹⁸³⁹⁾.

هذا وإن مسألة تحديد سن معينة للزواج في قانون الأسرة تطرح عدة إشكاليات منها منع الصغار من الزواج قبل بلوغ السن القانونية، ومنها دور القاضي في الترخيص بالتزويج، وإهمال دور الأب في تقدير مصلحة ابنه وابنته، مما يتعارض وأحكام الفقه الإسلامي الذي يعالج هذه الإشكالات على النحو الآتي:

أولا: الجانب الفقهي

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لتحقيق صيغة العقد-التي سبق تفصيل القول عنها- أن يكون المباشر لها متمتعا بصلاحيات إصدارها، وإلا كانت لغوا لا يترتب عليها أثر، يستوي في ذلك أن يكون العاقد أصيلا أو وليا أو وصيا أو وكيفا، أو أنه ليس كذلك بأن كان فضوليا. وقبل التفصيل في شرط الأهلية لا بد من تعريفها أولا:

القانون نفس الحق للزوجة القاصرة ما دام الأمر يقتصر على الآثار المترتبة على عقد الزواج، كما أنه يمكن طرح سؤال آخر يتعلق بحالة رفع الدعوى من قبل الزوج القاصر، فهل تحضر الزوجة إجراءات المرافعة بصفتها زوجة قاصرة أو أن وليها يتولى الحضور والرافعة عنها بهذه الصفة، وهل يمكن لولي الزوجة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا؟ وفي حالة الإجابة بالنفي هل يجوز أن يسمع القاضي الزوجة القاصرة دون حضور وليها. إلا أن الأستاذ عبد العزيز سعد اعتبر عبارة "الزوج القاصر" خاصة بالزوجين القاصرين وبحقهما في التقاضي. انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 25-26.

1838- الصادر بتاريخ: 29 يونيو 1963. راجع المواد: 1-2-3-4 من القانون 63-224.

1839- عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 28.

الفرع الأول: تعريف الأهلية في عقد الزواج

يمكن تعريفها بأنها: "صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص محلاً صالحاً للخطاب التشريعي"⁽¹⁸⁴⁰⁾. أو هي عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق من قبل الغير، وتثبت في ذمته التزامات نحوهم، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق وأداء هذه الالتزامات.

وتتدرج الأهلية في الإنسان منذ أن يبدأ وجوده إلى أن يكتمل نموه فتثبت له بعض الحقوق أولاً كحقوق الميراث الذي يتهيأ له وهو ما يزال جنيناً، ثم تكتمل حقوقه كلها وتجبر عليه بعض الحقوق بعد ولادته، ثم تصح منه بعض التصرفات، فإذا اكتمل نموه الجسمي والعقلي اكتملت أهليته، وتثبت الأهلية في درجاتها المختلفة بتقدير الشارع لأنه هو الذي يعود إليه التكليف بالأحكام⁽¹⁸⁴¹⁾.

وتفصيل ذلك يكون على النحو الآتي:

الفرع الثاني: ثبوت ولاية تزويج على الصغار

أولاً: الجانب الفقهي

ليس في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج، بل أحكامه العامة قاضية ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلاً، أو تقديراً بخمس عشرة سنة على الراجح. والخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه، ويمكن إيجاز أقوالهم فيما يأتي:

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية⁽¹⁸⁴²⁾ والمالكية⁽¹⁸⁴³⁾ والشافعية⁽¹⁸⁴⁴⁾ والحنابلة⁽¹⁸⁴⁵⁾

إلى ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، ويجوز لوليها الشرعي تزويجهما، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: دل على جواز تزويج الصغيرة قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾⁽¹⁸⁴⁶⁾، فهذه الآية جعلت عدة اللائي لم يحضن ثلاثة أشهر والصغيرة التي لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا من طلاق في نكاح أو في فسخ النكاح، فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج وتطلق وزواجها صحيح⁽¹⁸⁴⁷⁾.

1840- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 783/2.

1841- انظر، محمد أحمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص 71-72.

1842- العيني: البناية في شرح الهداية، 597/4.

1843- ابن رشد: بداية المجتهد، 6/2.

1844- الشربيني: معني المحتاج، 201-200/3.

1845- ابن قدامة: المعني، 398/9.

1846- الطلاق: الآية 4.

1847- انظر، ابن العربي: أحكام القرآن، 1838/4. ابن قدامة: المعني، 398/9.

ثانيا: أن النبي ﷺ تزوج عائشة وهي صغيرة ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي ﷺ، بل ورد ما يدل على عدم الخصوصية، وقد نقل عن عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان جائزا عندهم، فقد زوج علي -كرم الله وجهه- ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران، ووجه الدلالة أن وقوع ذلك من الصحابة دليل على جوازه، ولو كان غير جائز لما فعلوه⁽¹⁸⁴⁸⁾.

ونوقش استدلالهم هذا بأن زواج النبي ﷺ من عائشة -رضي الله عنها- في هذا السن المبكر خصوصية له ﷺ وليس تشريعا عاما، كالموهوبة والزواج بأكثر من أربع⁽¹⁸⁴⁹⁾.

وأجيب عن قولهم بأن في الحديث خصوصية للنبي ﷺ لذا لا يصح الاستدلال به، بأنه غير صحيح لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾⁽¹⁸⁵⁰⁾. حيث أن أفعاله ﷺ خصال حسنة لنا أن نتأسى بها ما دام لم يأت نص يقصرها ويخصه ﷺ بها دون غيره من عامة المسلمين، قال ابن قدامة: "ومعلوم أنها -يعني عائشة- لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها"⁽¹⁸⁵¹⁾. ومن ثم صحة الاستدلال بهذا الحديث في جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة لكونه تشريعا عاما.

ثالثا: أجمعت الأمة الإسلامية على جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة وإجباره لها وإن كرهت الزواج. جاء في المغني⁽¹⁸⁵²⁾: "قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن إنكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"⁽¹⁸⁵³⁾.

رابعا: ومن المعقول أن الزواج من جملة المصالح سواء في حق الذكر أو الأنثى لما اشتمل عليه من أغراض ومقاصد، الأمر الذي لا يتحقق إلا بين الأكفاء، ومعلوم أن الكفاء لا يتوفر في كل وقت، وإنما في وقت دون وقت، وعساه يتوفر في الصغر ويفوت بعد البلوغ والحلم، فوجب الاحتياط لمصلحة الصغيرة بتزويجها⁽¹⁸⁵⁴⁾.

1848- ابن قدامة: المغني، 398/9-399. ابن عبد البر: الاستذكار، 59/16. السرخسي: المبسوط، 212/4.

1849- انظر، ابن حزم: المحلى، 459/9.

1850- الأحزاب: الآية 21.

1851- انظر، النووي: المجموع، 264/17. ابن قدامة: المغني، 398/9. عبد الكريم زيدان، الفصل، 390/6.

1852- ابن قدامة: المغني، 398/9.

1853- وقد انتقد السباعي دعوى الإجماع ونسبتها إلى ابن المنذر، والصحيح أن الإجماع رواه جمع من الفقهاء منهم الإمام أحمد في مسانله، والمروزي في كتابه "اختلاف الفقهاء" والبغوي في "شرح السنة" وابن عبد البر في كتابه "التمهيد"، ونقله عنهم عدد من كبار فقهاء المذاهب، منهم الباجي والنووي وابن قدامة، والخرشي والكاساني وابن رشد وغيرهم. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 115/1.

1854- العيني: البناية في شرح الهداية، 598/4.

هذه أدلة الفقهاء في جواز تزويج الصغار، واختلفوا فيمن له حق إجراء هذا العقد ومدى لزومه إلى عدة آراء:

الرأي الأول: أن ولاية تزويج الصغيرة لا تثبت لغير الأب وبه قال سفيان الثوري وأبي ثور وابن أبي ليلى⁽¹⁸⁵⁵⁾، والإمام مالك في المشهور عنه، والإمام أحمد في رواية رجحها أكثر أصحابه. وحثهم في ذلك أن الأصل عدم صحة عقد الصغيرة مطلقاً، لكن الاستثناء جاء بجوازه للأب لفرط شفقتة وصدق رغبته في مصلحة ولده، فلا تثبت الولاية على الصغيرة لغيره من الأولياء⁽¹⁸⁵⁶⁾.

الرأي الثاني: يرى الشافعي أن ولاية الإجماع في التزويج تثبت للجد عند غياب الأب، فالجد كالأب لأن ولايته ولاية إيلاد فملك إجبارها كالأب⁽¹⁸⁵⁷⁾. ولا تصح منهما إذا كانا معروفين بسوء الاختيار أو فساد الخلق أو العداوة للأبناء⁽¹⁸⁵⁸⁾.

الرأي الثالث: تثبت ولاية التزويج على الصغيرة لكل الأولياء، ولكنه عقد غير لازم، فلها الخيار إذا بلغت، سواء باشره الأب أو الجد أو غيرهما، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، إلا أنهم قالوا: لا خيار للصغيرة إذا زوجها جدها لأبيها⁽¹⁸⁵⁹⁾.

الرأي الرابع: يرى إسحاق بن راهويه⁽¹⁸⁶⁰⁾ أنه يجوز لغير الأب أن يزوج الصغيرة ولها الخيار إذا بلغت، وليس للزوج أن يدخل بها قبل أن تبلغ وتختار⁽¹⁸⁶¹⁾.

الرأي الخامس: يرى أبو يوسف - صاحب أبي حنيفة - أنه يجوز لغير الأب أن يزوج الصغيرة ولا خيار لها إذا بلغت لأنه عقد بولاية مستحقة بالقرابة، فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب، لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية، والقريب هنا قائم مقام الأب في الولاية على النفس، كالوصي في الولاية على المال، وكما أن عقد الوصي يلزم، ويكون كعقد الأب، فكذلك عقد الولي⁽¹⁸⁶²⁾.

1855- هو محمد بن عبد الرحمن بن يسار أبي ليلى الأنصاري الكوفي، ولد سنة 74هـ وتوفي سنة 148هـ، ولي القضاء والحكم بالكوفة، وكان أفقه أهل زمانه، جازز الحديث صدوقاً. الذهبي: سير أعلام النبلاء، 6/310.

1856- ابن قدامة: المغني، 9/399. ابن عبد البر: الاستذكار، 16/58.

1857- الرافعي: الشرح الكبير، 7/537. الماوردي: الحاري الكبير، 9/52.

1858- الشريبي: معني المحتاج، 3/201.

1859- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 6/407-408.

1860- هو أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، المعروف بابن راهويه، ولد سنة 166هـ وتوفي سنة 238هـ، محدث فقيه، رحل إلى الحجاز، من تصانيفه: المسند وكتاب التفسير. ابن خلكان: وفيات الأعيان، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت، 1/80/1968.

1861- المروزي: اختلاف العلماء، تحقيق السيد صبحي السامرائي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1975، ص 126.

1862- العيني: البناءة في شرح الهداية، 4/602.

القول الثاني: ذهب ابن شبرمة⁽¹⁸⁶³⁾ وأبو بكر الأصب⁽¹⁸⁶⁴⁾ وعثمان البيهقي⁽¹⁸⁶⁵⁾ إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة حتى يبلغا ويأذنا⁽¹⁸⁶⁶⁾، وهم بذلك لا يفرقون بين الصغير والصغيرة، ولا يفرقون بين الأب وغيره من الأولياء، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر، ودليلهم في ذلك المنقول والمعقول:

أولاً: استدلووا من المنقول بقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽¹⁸⁶⁷⁾. ووجه الدلالة أن الآية جعلت البلوغ علامة لانتهاء الصغر، فلو كان يصح الزواج في سن الصغر لما كان للآية معنى⁽¹⁸⁶⁸⁾.

ثانياً: واستندوا إلى المعقول بقولهم لا فائدة للصغير من هذا العقد، إذ الزواج للمعاشرة والسكن والتناسل، وكل ذلك لا يترتب على زواج الصغار، بل قد يكون فيه إضرار بهم، وإجبار لهم على حياة أبدية دون التأكد من الانسجام بين الزوجين، فما وجه الحكمة في جواز هذا العقد، والولاية إنما شرعت لرعاية مصالح الصغار، ودفع الأذى عنهم⁽¹⁸⁶⁹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأن كون العقد لا تظهر ثمرته إلا بعد البلوغ لا يمنع ثبوت الولاية المالية التي لا تظهر ثمرته إلا بعد الكبر، والحاجة إلى الزواج ثابتة في الصغر؛ لأن الكفاءة قد لا تتوفر في كل وقت، فوجب الاحتياط والمحافظة على مصلحة الصغيرة، الأمر الداعي إلى صحة العقد وجوازه متى وجد⁽¹⁸⁷⁰⁾.

وقد ردّ أصحاب هذا الرأي الاحتجاج بحديث عائشة، وزواجها من الرسول ﷺ وهي صغيرة بأميرين:

الأول: أن هذا الزواج من خصائصه ﷺ، ولا ينكر اختصاصه ﷺ ببعض الأحكام. وقد اعترض ابن حزم على هذا الوجه من الاحتجاج - كما سيأتي -.

1863- هو عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92هـ وتوفي سنة 144هـ. الذهبي: سير أعلام النبلاء، 6/347.

1864- هو عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته: إبراهيم بن إسماعيل بن عليّة. الزركلي: الأعلام، 3/323.

1865- هو أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البيهقي من أهل البصرة، توفي سنة 143هـ، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة. الذهبي: سير أعلام النبلاء، 6/148.

1866- ابن حزم: المحلى، 9/459.

1867- النساء: الآية 6.

1868- العيني: البنائة في شرح الهداية، 4/597.

1869- انظر، السرخسي: المبسوط، 4/212. العيني: البنائة في شرح الهداية، 4/597.

1870- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 109.

الثاني: أن زواج النبي ﷺ بعائشة كان في مكة قبل الهجرة، وذلك قبل أن يتقرر استئذان الأبكار واستثمار الثيبات كما في الحديث المعروف، فلا يكون في زواج عائشة دليل للجمهور. ويمكن ردّ هذا الاعتراض أن الحديث مقيد بالكبيرة، ولا يمتد حكمه للصغيرة، خاصة وأنه يعتبر الإذن، والصغيرة لا اعتبار لإذنها⁽¹⁸⁷¹⁾.

والراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني وهو عدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة، ومن ثم عدم جواز عقدها، حتى وإن لم تسلم أدلتهم من المعارضة؛ لأن زواج الصغيرة زواج لا فائدة لها منه على الإطلاق لأنها ما زالت في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها لقصور عقلها، فأولى بها ألا تزوج لقصورها عن تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها آثارها الخطيرة.

ثانيا: الجانب القانوني

أما الجانب القانوني فقد جاء في المادة 13 من نفس القانون: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". حيث نصت على أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أم غيره أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها، والمراد بالقاصرة هنا حسب سياق نص المادة هو الصغيرة⁽¹⁸⁷²⁾.

ويتضح من تحليل هذا النص أن المشرع الجزائري قد عدل عن مذهب الجمهور القائلين بجواز إجبار الصغيرة على الزواج، وأخذ بالرأي الثاني القائل بعدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة؛ لأن زواجها لا فائدة لها منه على الإطلاق، ولأنها ما زالت في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها لقصور عقلها، فأولى بها ألا تزوج لقصورها عن تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها آثارها الخطيرة، ولعل ما اختاره المشرع فيه نظر وتقدير لمصلحة القاصرة بمنع تزويجها قبل بلوغ السن القانونية.

القول الثالث: فرق بعض الفقهاء في الحكم عند القول بجواز زواج الصغار لاعتبارات متعددة منها: التفرقة بين الصغير والصغيرة، وبين البكر و الثيب، ومنها التفرقة بين الولي والوصي.

أولا: التفرقة بين الصغير والصغيرة

يرى ابن حزم التفرقة بين زواج الصغير والصغيرة، فتزويج الأب للصغيرة جائز عملا بالآثار المروية في ذلك، أما تزويج للصغير فباطل، وإذا وقع فهو مفسوخ، حيث يقول في ذلك: "للأب أن

1871- ابن قدامة: المغني، 407/9.

1872- وأما بالنسبة لتزويج المجنونة فلم يخصها المشرع بالذكر لأنها تدخل في حكم القاصر عموما. مع مراعاة خلاف الفقهاء فيما إذا الولي الجبر هو الأب أو الوصي أو القاضي أو غيرهم.

يزوج ابنته البكر الصغيرة ما لم تبلغ بغير إذنها ولا خيار لها إذا بلغت، وأما الصغيرة البكر التي لا أب لها فليس لأحد أن يزوجها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ⁽¹⁸⁷³⁾.

والحجة لهذا القول أن أبا بكر الصديق -رضي الله عنه- زوج ابنته عائشة وهي صغيرة إلى النبي ﷺ فمن ادعى أن هذا من خصائصه ﷺ لا يلتفت إلى قوله ما لم يأت بدليل الخصوص؛ لأننا مأمورون بالتأسي برسول الله ﷺ، فكل ما فعله ﷺ فلنا أن نتأسى به فيه إلا أن يأتي نص بأنه له ﷺ خاصة، وإنما خصصنا قولنا بالصغيرة البكر التي لا أب لها حتى للحديث: "الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها"⁽¹⁸⁷⁴⁾ فخرجت الثيب صغيرة كانت أو كبيرة، وخرجت البكر البالغ؛ لأن الاستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل، وخرجت البكر التي لا أب لها بهذا الحديث، فلم تبق إلا الصغيرة البكر ذات الأب فقط"⁽¹⁸⁷⁵⁾.

أما الصغير فلا ولاية لأحد عليه في تزويجه، ولا يصح قياسه على الصغيرة؛ لأن القياس لا حجة فيه، ولو كان القياس حقا لكان قد عارض هذا القياس قياس آخر مثله، وهو أنهم قد أجمعوا على أن الذكر إذا بلغ لا مدخل لأبيه ولا لغيره في تزويجه أصلا، وأنه في ذلك بخلاف الأنثى إذا بلغت إذ تبقى الولاية عليها إما ولاية إجبار أو ولاية استحباب⁽¹⁸⁷⁶⁾. وذكر ابن حزم أن هناك من منع تزويج الصغير وذكر منهم سفيان الثوري⁽¹⁸⁷⁷⁾.

ثانيا: التفرقة في الحكم في زواج الصغيرات بين البكر والثيب

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في هذه المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁸⁷⁸⁾ والمالكية⁽¹⁸⁷⁹⁾ وأحمد- في رواية- إلى أنه يجوز للولي أن يجبر الثيب الصغيرة على الزواج، وليس ذلك لغيره من الأولياء. جاء في المغني: "لأبيها -أي الثيب- تزويجها ولا يستأمرها"⁽¹⁸⁸⁰⁾. ويرى وجه في مذهب الحنابلة أنه يجوز تزويج الثيب بنت تسع سنين بإذنها، ولا يجوز تزويجها قبل ذلك؛ لأن من تم لها تسع سنين لها إذن صحيح عندهم، فلا يصح تزويجها بغير

1873- ابن حزم: الخلى، 459/9.

1874- سبق تزويجها، ص 348.

1875- ابن حزم: الخلى، 460/9.

1876- ابن حزم: المصدر نفسه، 462/9.

1877- ابن حزم: المصدر نفسه، 463/9.

1878- السرخسي: المبسوط، 212/4. العيني: البناية في شرح الهداية، 597/4. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 261/3. وعندهم لغير

الأب أن يزوجها، غير أن لها الخيار إذا بلغت.

1879- ابن رشد: بداية المجتهد، 6-5/2.

1880- ابن قدامة: المغني، 407/9.

إذنها⁽¹⁸⁸¹⁾. ويرى وجه آخر في مذهب الحنابلة أن الثيب دون تسع سنين يجوز لأبيها أن يزوجه، أما الثيب بنت تسع سنين فأكثر فلا تزوج إلا بإذنها⁽¹⁸⁸²⁾.

القول الثاني: ذهب الشافعية⁽¹⁸⁸³⁾ والحنابلة⁽¹⁸⁸⁴⁾ - في رواية - والظاهرية⁽¹⁸⁸⁵⁾ إلى أنه لا يجوز للولي تزويج الثيب الصغيرة حتى تبلغ وتختار لوجوب إذنها وهو متعذر مع صغرها، ومن ثم عدم ثبوت ولاية الإجماع في حقها. وهذا صحيح عقلا؛ لأنه لا يعتد برضاء الصغيرة⁽¹⁸⁸⁶⁾. جاء في مغني المحتاج: "فإن كانت تلك الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواء احتملت الوطاء أم لا حتى تبلغ؛ لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ"⁽¹⁸⁸⁷⁾. وجاء في المحلى: "فإن كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجه حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ"⁽¹⁸⁸⁸⁾. وقد استدل أصحاب هذا القول بكل من السنة والمعقول على النحو التالي:

السنة: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها"⁽¹⁸⁸⁹⁾. ووجه الدلالة في الحديث اعتبار رضا الثيب في الزواج على العموم صغيرة كانت أو كبيرة، ومن ثم لا يجوز للولي تزويجها أو إجبارها على الزواج⁽¹⁸⁹⁰⁾. ونوقش بأنه استدلال غير صحيح؛ لأن حق المشاورة وأخذ الرأي في أمر الزواج المخبر به في الحديث للثيب الكبيرة لصحة إذنها، ولذا فإنها أحق بنفسها من وليها، بينما الثيب الصغيرة سلب منها هذا الحق لنقصان عقلها⁽¹⁸⁹¹⁾، ومن ثم يجوز لوليها تزويجها لعدم اتحاد العلة مع الثيب البالغة. **المعقول:** أن الإجماع يختلف بالبكارة والثبوبة لا بالصغر والكبر وهذه المرأة ثيب فلا تجبر، بل تؤخر لأن في تأخيرها فائدة ومصلحة، وهي أن تبلغ فتختار الأصلح لنفسها، ويعتبر إذنها⁽¹⁸⁹²⁾.

1881- ابن قدامة: المصدر نفسه، 404/9.

1882- المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ومعه المنع لموفق الدين بن قدامة، والشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة)، 124-123/20.

1883- الشريبي: مغني المحتاج، 201/3.

1884- ابن قدامة: المصدر نفسه، 407/9.

1885- ابن حزم: المصدر نفسه، 458/9-459.

1886- الشريبي: مغني المحتاج، 201/3. الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 430/2.

1887- الشريبي: المصدر نفسه، 201/3.

1888- ابن حزم: المصدر السابق، 458/9-459.

1889- سبق تخريجه، ص 348.

1890- انظر، الشوكاني: نيل الأوطار، 87/12.

1891- انظر، ابن قدامة: المغني، 407/9.

1892- ابن قدامة: المصدر نفسه، 407/9.

الترجيح

الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وهو عدم جواز تزويج الولي للثيب الصغيرة، ومن ثم امتناع إجبارها على الزواج كالبكر الصغيرة؛ لالتحاد العلة فيهما، وهي قصور الرأي لنقصان عقلهما والذي ينعكس في عجزهما عن تدبير أمورهما الخاصة.

ثالثا: التفرقة في تزويج الصغار بين الولي والوصي

أولا: الجانب الفقهي

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال: فيرى جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁸⁹³⁾ والشافعية⁽¹⁸⁹⁴⁾ والظاهرية⁽¹⁸⁹⁵⁾ أن التزويج خاص بالأولياء، فلا يصح لأحدهم أن يوصي بالتزويج. ويرى المالكية أنه يصح للولي أن يوصي بالتزويج⁽¹⁸⁹⁶⁾، وهو قول شريح، وقد رجح ابن قدامة هذا القول فقال: "فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرا كالأب، وغير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه"⁽¹⁸⁹⁷⁾. وقال الإمام أحمد- في رواية- أنه إن كان للصغيرة عصبية فلا يجوز للوصي أن يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن لها عصبية جازت وصيته⁽¹⁸⁹⁸⁾. وقال أبو ثور: يزوجه الوصي بكل حال استدلالا على ذلك بأمرين: أن للأب ولاية على مالها ونكاحها، فلما جاز أن يوصي بالولاية على مالها جاز أن يوصي بالولاية على نكاحها. وأنه لما جاز للأب أن يستنيب في حياته وكيلا، جاز له أن يستنيب بعد موته وصيا كاملا⁽¹⁸⁹⁹⁾.

أما حكم تزويج الوصي للصغيرة فقد اختلف فيه القائلون بصحة الوصية للتزويج على رأيين: **الرأي الأول:** أن الوصي يقوم مقام الوصي، فإذا كان الوصي يجوز له تزويج الصغيرة الموصى بتزويجها، جاز ذلك للوصي، وبهذا قال أبو حنيفة - في رواية⁽¹⁹⁰⁰⁾ - وهو قول أكثر الحنابلة⁽¹⁹⁰¹⁾.

1893- انظر، الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 93/3.

1894- الماوردي: الحاوي الكبير، 51/9.

1895- انظر، ابن حزم: المحلى، 460/9.

1896- القرافي: الذخيرة، 223/4. أبي القاسم عبيد الله البصري: التفرغ، 30/2.

1897- ابن قدامة: المغني، 366/9.

1898- ابن قدامة: المصدر نفسه، 365/9.

1899- الماوردي: الحاوي الكبير، 51/9.

1900- العيني: البناية في شرح الهداية، 616/4.

1901- ابن قدامة: المصدر نفسه، 366/9.

الرأي الثاني: أن الوصي لا يملك الإيجار إلا إذا عين له الأب الزوج، أو أذن له في الإيجار، ولا يوصي غير الأب، وهذا مذهب المالكية⁽¹⁹⁰²⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

أما الجانب القانوني فيتضح موقف المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 11: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، أنه يجب أن يتولى تزويج الفتاة القاصرة -في حال الترخيص لها- وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين إن وجدوا، وإذا عدموا جميعا ولم يثبت وجود أحدهم، فإن ولي القاصرة بشأن تزويجها هو القاضي باعتبار أن القاضي ولي من لا ولي له.

وما يفهم من هذا النص أيضا أنه يجوز تزويج القاصرة بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة: "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". وهو بذلك يخالف مذهب المالكية الذين يقصرون الولاية على الصغيرة للأب أو وصيه، جاء في بداية المجتهد: "قال مالك لا يزوجه إلا الأب فقط، أو من جعل له الأب ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد"⁽¹⁹⁰³⁾. وذلك لما في الأب من كمال الشفقة والحرص على مصلحتها.

غير أن قانون الأسرة الجزائري-كما سبق بيانه- قد حدد أهلية الزواج في نص المادة 7 منه ببلوغ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة، وأجاز الزواج لمن لم يبلغ السن المحددة لذلك⁽¹⁹⁰⁴⁾، بشرط الحصول على رخصة قبلية من القاضي. وهذا ما يستدعي التطرق لمسألة الأهلية في الزواج وفقا للجانب القانوني من خلال النقاط الآتية:

1902- ابن رشد: بداية المجتهد ، 13/2.

1903- ابن رشد: بداية المجتهد، 6/2. وقال أبو حنيفة: يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك، ولها الخيار إذا بلغت. العيني: البناية في شرح الهداية، 602/4. وقال الشافعي: يزوجه الجد أبو الأب والأب فقط. انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 214/3.

1904- على خلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة من تقسيم المراحل التي يمر بها الإنسان منذ ولادته حتى سن البلوغ إلى ثلاثة مراحل هي: مرحلة الطفولة: وتبدأ منذ الولادة حتى سن السابعة، ويكون الشخص فيها صبيبا غير مميز، وتأتي المرحلة الثانية: وتبدأ من سن السابعة غالبا حتى سن البلوغ، ويكون الشخص فيها صبيبا مميزا، ثم المرحلة الثالثة التي تبدأ منذ البلوغ، الذي اختلف الفقهاء في تحديد سنّه، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن أقل سن البلوغ للذكر اثنتا عشرة سنة، وللأنثى تسع سنوات، وأكثره خمس عشرة سنة للذكر والأنثى، وذهب أبو حنيفة إلى أن نهايته ثمان عشرة سنة للذكر وسبع عشرة سنة للأنثى. انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 121/1-122. جميل فخري محمد جاتم: مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، 198-199.

الفرع الثالث: أهلية الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري

أولا: المقصود بأهلية الزواج

اعتبر المشرع الجزائري تمام الأهلية في الزواج بالسن التي حددها بالنسبة للرجل والمرأة، ولم يعتبرها بالبلوغ، ومنه فهل يقصد بذلك المشرع بالأهلية أهلية إبرام عقد الزواج، أم أهلية صلاحية الرجل والمرأة للزوجية؟. والواقع أن قصد المشرع باكتمال الأهلية بتمام التاسعة عشرة هو اكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية كل منهما لأن يكون زوجا؛ لأن هذه الصلاحية تثبت بالبلوغ، والدليل على ذلك ما يلي (1905):

أ- نصت المادة 222 من قانون الأسرة على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبما أن القانون لم ينص على الحكم إذا تم زواج من لم يكتمل التاسعة عشرة من عمره، فإن هذا يقتضي وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- لو كانت الأهلية المقصودة هي أهلية زواج لما أجازت المادة للقاضي أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة إذا دعت لذلك مصلحة أو ضرورة.

ج- نصت الفقرة الثانية من المادة 11: "يتولى زواج القصر أولياؤهم..". وهذا يعني أن القاصر يجوز له أن يكون زوجا؛ بما مؤداه أن السن المحددة ليست سنا لاكتساب صلاحية الزواج، وإنما لاكتساب أهلية الانعقاد، وهو ما عبرت عنه المادة السابعة بـ "أهلية الزواج".

ثانيا: الغاية من تحديد المشرع للسن القانونية للزواج

إن الموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري في تحديده لسن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للذكر والأنثى (1906) كان يقصد من ورائه إعطاء أهمية كبرى لعقد الزواج، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج؛ لهذا وجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج وذلك لتحقيق سلامة الفرد والمجتمع نظرا لما ثبت في الطب وعلم الاجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها وتترتب عليه أضرار كثيرة على الجسم والنفس، ومن الناحية الاجتماعية صعوبة الحياة المعيشية الحالية، ولهذا فإن ما ذهب إليه المشرع فيه كثير من الصواب في تحديد السن الأدنى للزواج، وتحديد سن الزواج من طرف المشرع لم يكن بصفة جامدة

1905- انظر، أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 31.

1906- والملاحظ أن المشرع قد ساوى من خلال تعديل المادة السابعة بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج، وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، لأن المشكلة التي يعاني منها المجتمع الجزائري لا تتمثل في الزواج المبكر، بل في مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة العجز الناجم عن البطالة وأزمة السكن بالنسبة للرجل.

بل راعى ما قد يستدعيه الوضع في بعض الأحيان حسب ما تتطلبه الضرورة والمصلحة من التزول عن ذلك الحدّ، ونظم المشرع هذه الحالة عن طريق الاشتراط على من يريد التزول عن هذا الحدّ الحصول على ترخيص من طرف القاضي (1907).

وجاء هذا الإجراء من جانب المشرع الجزائري لمعالجة المطالب التي تترتب على زواج صغار السن، وما ينشأ عنه من أضرار أفدحها تلك التي تقع على كاهل طرفي العقد، وما يتسبب عنه من آلام فشل الزوجية في هذه السن المبكرة وأثره على نفسية الزوجين، وما يؤدي إليه في النهاية من ضعف وتفكك بنیان المجتمع (1908).

وإذا كان المشرع قد وضع قيودا على تزويج الصغار ومن في حكمهم، فليس هذا جديدا على الفقه الإسلامي، بل ذهب بعض الفقهاء ومنهم ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم - كما سبق الإشارة إليه - إلى عدم ثبوت الولاية في الزواج على الصغار ذكورا أو إناثا لعدم الحاجة إلى زواجهم قبل البلوغ لما فيه من الإضرار بهم. ولم يهدف المشرع الجزائري من وضع القيود القانونية على تزويج الصغار ومن في حكمهم إلا حرصا منه على حفظ حقوقهم، وعدم ضياعها، كما أن هذه القيود لم تسلب الأولياء حقهم في الولاية، ولم تمنع صحة العقد الذي يجريه هؤلاء الأولياء إذا استوفى شروطه الشرعية والقانونية (1909).

ثالثا: معيار الترخيص القضائي القبلي بالزواج

كما سبق ذكره فإن المشرع لما اشترط سنا معينة لاكتمال أهلية الزواج راعى وضعية وحالة بعض الأشخاص ونص في الفقرة الثانية من المادة السابقة على أنه "... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ومن خلال هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي:

1- من حيث القاضي المختص

إن المادة السابقة في فقرتها الثانية قد نصت على أن القاضي هو المخول بمنح الترخيص بالزواج من دون أن تحدد القاضي المختص أهو القاضي المكلف بالأحوال الشخصية أم رئيس المحكمة؟ غير أن التطبيقات القضائية جرت في الغالب على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم

1907- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 25-26.

1908- يقول السباعي: "إنني من أنصار الزواج المبكر نسبيا، فالزواج المبكر أحفظ لأخلاق الشباب وأدعى إلى شعورهم بالمسؤولية، وهو أفضل لصحة الزوجين وللزوجة بصورة خاصة". المرأة بين الفقه والقانون، ص 40. غير أن هذه المسألة تحكمها الظروف البيئية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وعوامل أخرى قد تكون خارجية.

1909- غير أنه لا توجد فائدة من تدخل القاضي في هذا الموضوع فالآباء الراغبون في زواج أولادهم قبل بلوغهم سن الزواج القانوني يلتمسون من الحيل ما يفسد احتياط القانون لذلك.

يلغوا السن القانونية، باعتبار أن منح هذه الصلاحية لرئيس المحكمة يحقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع الترخيص لما فيه من سرعة في تحصيل الترخيص بالزواج، لأن الأصل في الخروج عن السن المحدد قانوناً للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة.

2- من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة من قانون الأسرة الحد الأدنى الذي يجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج أن لا يتزل عنه، بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، إلا أن موقف المشرع الجزائري هنا غير موفق فيما ذهب إليه؛ لأن الزواج بغير البالغة أو بغير البالغ تنتفي فيه الأغراض من الزواج المتمثلة أساساً في الإنجاب وتكوين الأسرة، وبالتالي كان من الأجدر أن يجعل حدًا أدنى في حالة منح الترخيص على نحو ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج بـ 15 سنة للذكر و 13 سنة للإنتى⁽¹⁹¹⁰⁾.

3 - من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة والضرورة

جاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة: "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

حيث قيد المشرع منح الترخيص بالزواج بالنسبة للقاصر بما تتطلبه المصلحة والضرورة، غير أنه لم يبين حدود هذه المصلحة ولم يقدر الضرورة بقدرها، كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديدهما، وترك المجال في ذلك للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية. وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظراً لتغير كل من المصلحة والضرورة بتغير الزمان والمكان والظروف والأحوال. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 326 من قانون العقوبات⁽¹⁹¹¹⁾ - حالة خطف القاصر والاعتداء عليها - فهذه الحالة تدخل

1910- طبقاً للفقرة الأولى من المادة 18: "إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلب الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما" قانون الأحوال الشخصية السوري. المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7.

1911- بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، حيث نصت على أن: "من خطف أو أبعده قاصراً لم يكمل الثامنة عشرة، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل، أو شرع في ذلك، فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج. وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من حاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله". وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 3/1/1995 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن يعاقب كل من اختطف أو أبعده قاصرة دون الثامنة عشر من عمرها، بغير عنف أو شرع في ذلك، وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من حاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة إبطال العقد المذكور، ومن ثم فإن قضاة الموضوع يادانتهم للمتهمين طبقاً للنص المذكور بالمرجع دون مراعاة الزواج الذي أبرمه المتهم مع الضحية على أساس الوجه المثار من قبل النائب العام ومأخوذ من اشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج قبل الحكم وجيه وينجر عنه نقض القرار المنتقد". ملف رقم 128928: المجلة القضائية، العدد الأول، 1995.

ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد بالزواج بالجاني، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون إلى استبعاد تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة السابعة على هذه الحالة مطلقاً⁽¹⁹¹²⁾.

لكن الملاحظ أن المادة لم تنص على اعتبار إذن الولي من عدمه عند ترخيص القاضي للزواج بالنسبة للقاصر. فرأى البعض أنه يجب أن يلاحظ في هذا المقام أن السماح بالزواج لدون السن عن طريق القضاء لا يعني استقلاله بإرادته وحده في عقد الزواج إذا كان دون سن الرشد المالي، بل يكون في هذه الحالة خاضعاً لقواعد الأهلية والولاية على المال، فلا يكون زواجه نافذاً دون موافقة ولي المال أباً أو جدّاً عصبياً، فإذا كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي⁽¹⁹¹³⁾.

وقد عُقب على هذا الطرح بأنه ليس له ما يبرره قانوناً، ذلك أن القانون قد حول للقاضي أمر التزويج عن طريق الترخيص أو المنع، ومن ثم فلا سلطة للولي في الإجازة أو الاعتراض. غاية ما في الأمر أن القاضي لا يصدر ترخيصاً بذلك الزواج إلا بعد أن يتقدم الولي أو الممثل القانوني للقاصر بطلب الترخيص القضائي بالزواج، وللقاضي واسع النظر في ذلك، وإجازته كافية لنفاذ الزواج على رأي أحمد نصر الجندي⁽¹⁹¹⁴⁾.

غير أن هذا التعقيب غير موفق؛ إذ يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة 11 أنه يتولى زواج القاصر وليها وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...". بمعنى أنه يتوقف على إذن القاضي ثم تولي الولي للعقد.

رابعاً: أثر تخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج

لم ينص المشرع الجزائري صراحة ولا ضمناً عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج⁽¹⁹¹⁵⁾، وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون 63/224 الصادر

1912- أما من حيث الإجراءات الواجب اتباعها لمنح الترخيص فلم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات والوثائق المطلوبة لتقديم طلب منح الترخيص بالزواج، ولقد جرت التطبيقات العملية على أن يقدم ولي الطرف القاصر الذي يريد الزواج طلب إلى رئيس المحكمة التي يتواجد بها مسكن صاحب الطلب موقعا ومؤرخا، ويذكر فيه التبريرات التي دفعته لتقديم طلب الترخيص بالزواج قبل السن القانوني ويرفقه بشهادة ميلاد كل من الطرفين اللذين يريدان الزواج مع وصل تسديد الرسوم القضائية، وهناك في بعض الجهات القضائية يطلبون إرفاق الطلب أيضا بشهادة طبية تثبت مقدرة الطرفين على تحمل الأعباء النفسانية والجسمانية للزواج.

1913- انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 21.

1914- انظر، أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 32.

1915- قضى المشرع المصري بعدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة وقت رفع الدعوى تقل عن 16 سنة أو كانت سن الزوج تقل عن 18 سنة. إلا أن النص القانوني لا يبطل الزواج، وبالمقابل لا يحميه بالدعوى، وتعليقه هذا المنع من سماع الدعوى ما رآه المشرع من

في 29 جوان 1963 الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج بـ 18 سنة للذكر و 16 سنة للإنتى، ورتب آثارا معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص، حيث جاء فيه ما يلي:

المادة 1: "ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن".

المادة 2: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي (المأذون) والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربعمئة إلى ألف فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المادة 3: "يظل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب" (1916).

المادة 4: "ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:

أولا: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.

ثانيا: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت".

وبالمقارنة بين ما ورد في قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 وما جاء في القانون رقم 63/224 يمكن الوصول إلى النتائج الآتية:

أولا: تلغي المادة 7 من قانون الأسرة حكم المادة 01 من قانون 63/224.

ثانيا: جواز تطبيق أحكام المواد: 2، 3، 4 وذلك لعدم وجود ما يماثلها من الأحكام في قانون الأسرة الحالي، إضافة إلى عدم وجود نص يلغيها، إذ تقضي المادة 223 بإلغاء الأحكام المخالفة دون غيرها (1917).

أن الزواج قبل السن القانونية تنتج عنه أضرار اجتماعية. انظر، محمد كمال الدين إمام: في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 35.

1916- فهو عقد قابل للبطلان.

1917- فجاء نصها كالاتي " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه ما دام أن قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون 63/224، ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج⁽¹⁹¹⁸⁾.

غير أن المادة 222 من قانون الأسرة نصت على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". وبما أن القانون لم ينص على الحكم إذا تم زواج من لم يكمل التاسعة عشرة من عمره، فإن هذا يقتضي وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وليس إلى أحكام القانون 63/224 كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد العزيز سعد، لأنه لو كان كذلك لجاء النص بذلك.

وعليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول وبعده⁽¹⁹¹⁹⁾، من الناحية الشرعية. ومن الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة: "... في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"⁽¹⁹²⁰⁾.

المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون والطب والفقہ

الفحص الطبي: هو بحث واستقصاء حالة الشخص من المرض وأعراضه لديه عن طريق الكشف عليه وسؤاله عما يجد من أعراض ونحو ذلك.

أما الفحص الطبي قبل الزواج فيعني دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين ، والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك ، ويقتصر الفحص قبل الزواج عادة على الكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثية المنتشرة ..⁽¹⁹²¹⁾.

الفرع الأول: الجانب القانوني

نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه⁽¹⁹²²⁾: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل

1918- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 28.

1919- وذلك لما سبق بيانه من أنه ليس في الشريعة الإسلامية تحديد لسن معينة للزواج.

1920- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1921- انظر، كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006، ص 557.

1922- أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكمففات تطبق هذه المادة عن طريق التنظيم" (1923).

فمن خلال نص هذه المادة في فقرتها الأولى يتعين على طالبى الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أى مرض أو أى عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، كما أنها تنص في فقرتها الثانية على أنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشفه من أمراض أو عوامل تتعارض مع مقاصد الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

وعليه فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير عقد الزواج عند عدم تقديم الشهادة الطبية من أحدهما أو كليهما، والتي تثبت فحصهما وخلوهما من أى مرض يشكل خطرا على الزواج.

وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير عقد الزواج فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفته القانون، ويمكن أن يتعرض للعقاب الإدارى والعقاب الجزائى طبقا للمادة السادسة من المرسوم التنفيذى رقم 154-06: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم" (1924).

ومع ذلك فإنه إذا لم يمثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون وقام بتحرير عقد الزواج دون تقديم الشهادة الطبية فإن العقد يكون صحيحا شرعا، ولا يمكن اعتباره عقدا باطلا أو فاسدا قانونا لعدم النص على ذلك في المرسوم التنفيذى الذى يحدد شروط وكمففات تطبق أحكام المادة 7 مكرر.

كما نص المرسوم التنفيذى في مادته السابعة في فقرتها الأولى على أنه: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التى خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التى قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج" (1925).

فمن خلال نص هذه الفقرة يتعين على الموثق أو ضابط الحالة أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد طرفى العقد في غش أو تدليس، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام عقد

1923- تحدد شروط وكمففات تطبق أحكام المادة 7 مكرر عن طريق المرسوم التنفيذى رقم 154-06 المؤرخ في 11 ماي 2006.

1924- المرسوم التنفيذى رقم 154-06 المؤرخ في 11 ماي 2006.

1925- المرسوم التنفيذى رقم 154-06 المؤرخ في 11 ماي 2006.

الزواج أو الرجوع عنه طبقاً للفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين".

وما ذهب إليه المشرع الجزائري إنما كان بسبب ضعف الوازع الديني والأخلاقي من نقص في الأمانة والصدق، وكذا ما يشهده العصر من انتشار للأمراض الخطيرة و التي تكون سبباً في تعطيل مقاصد الزواج وإلحاق الضرر بأحد طرفي العقد⁽¹⁹²⁶⁾، وهذا ما كشفه الطب الحديث والتقدم العلمي حتى يُتطأ لذلك، وهذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات الوضعية الحديثة، بخلاف ما كان عليه الناس في العصور الأولى للإسلام، أين كانوا يتميزون بالصدق والأمانة في الإخبار عن عيوبهم النفسية والجسدية عموماً.

لذلك كانت هذه المسألة من المستجدات الفقهية التي نالت نصيباً من التأييد والنقد، بحسب ما يكتنفها من إيجابيات وسلبيات، وعليه يمكن مناقشتها ببيان الآراء المختلفة فيها من الجانب الفقهي والطبي وفق ما يأتي:

الفرع الثاني: الرأي الطبي

توصل الرأي الطبي في هذه المسألة إلى إبراز أهم السلبيات والإيجابيات⁽¹⁹²⁷⁾ التي تنتج عن إجراء عملية الفحص الطبي قبل الزواج، فمن أهم إيجابياته أنه وسيلة وقائية فعالة للحدّ من الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة، والذي يشكل حماية للأسرة والمجتمع من حيث أنه يضمن إنجاب أطفال أصحاء عقلياً وجسدياً، مما يحدّ من نسبة المعاقين في المجتمع، كما يحدد قابلية الزوجين للإنجاب من عدمه، ومعرفة الأسباب المحتملة للعقم حتى يطمئن الخاطبين، فيكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج من عدمه⁽¹⁹²⁸⁾.

وأما أهم سلبياته فإن الفحص الطبي قبل الزواج قد يؤدي إلى الإحباط الاجتماعي ويجعل حياة الناس قلقة مكتئبة، ثم تبقى نتائج الفحوصات احتمالية في العديد من الأمراض، مما يفوت فرصة الزواج على الكثيرين نتيجة فحوصات قد لا تكون أكيدة، وقلماً يخلو إنسان من أمراض وراثية على الخصوص،

1926- من جهة أخرى أثارت هذه التعديلات عدداً من المشاكل الاجتماعية منها فيما يخص مسألة الشهادة الطبية التي كان يقصد المشرع بها الوقاية من "الأمراض الخبيثة و الوراثية" والتي كيفها بعض ضباط الحالة المدنية على أنها شهادة عذارة فعدد من عقود الزواج لم تتم بسبب عدم إحضار هذه الشهادة و عدد من العلاقات الأسرية انفكت بسببها. كما اصطدم الأطباء بمبدأ أساسي ينظم أخلاقيات مهنتهم و هو السر الطبي في حالة اكتشاف مرض خطير، فالقانون في الجزائر يمنع على الأطباء البوح بحالة مرضاهم.

1927-راجع مزيداً من التفصيل حول إيجابيات وسلبيات الفحص الطبي: أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، 3/128-129.

1928- انظر، ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، تحرير فاروق بدران وآخرون، جمعية العفاف الأردنية، ط3، 1994، ص 84 وما بعدها.

كما أنه قد يساء إلى الأشخاص الخاضعين للفحص بإفشاء معلومات الفحص واستخدامها استخداما ضارا (1929).

وقد اتجه الرأي الطبي عند إلزام الناس وإجبارهم على إجراء الفحص الطبي إلى ضرورة تحديد أنواع معينة من الأمراض (1930)؛ لأن هذا الإلزام يهدف للحدّ من انتشار بعض الأمراض الوراثية، ويمكن الكشف عن حاملها قبل الزواج مما يحقق سلامة الأطفال.

على أن الأطباء يرون أن الإلزام بالفحص الطبي لا بد فيه من التوعية العامة بأهميته لدى الجمهور قبل فرض القانون لإمكانية التهرب منه، مع ضمان سرية المعلومات فيما يتعلق بحياة الناس بأن تكون هذه الفحوصات من أشخاص مؤهلين يتمييزون بالتزاهة (1931).

الفرع الثالث: الجانب الفقهي

من المعلوم أنه لم تكن هناك حاجة لبحث هذا الموضوع قديما من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لما تميز به المسلمون من صفة الأمانة في الإخبار عن العيوب، ولعدم وجود الإمكانيات العلمية التي تمكنهم من إجراء الفحص الطبي، أما العلماء المعاصرون فقد ذهبوا في ذلك مذهبين بين التأييد وعدمه (1932).

يقول في ذلك الشيخ عبد الرحمن الصابوني في توضيحه لضرورة الفحص الطبي: "إصابة أحد الزوجين بمرض معدٍ ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى، كما أن فيه تغريرا للسليم منهما، إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به، وإني أقترح أن يضيف المشرع إلى هذه الشهادة تقريرا يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين، فقد أثبت الطب الحديث بما توصل إليه المختبر من دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن للطب حاليا أن ينبئ عنها نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين. إن تقريرا من طبيب لا يؤخر زواجا ولكنه يعطي صورة واضحة لكل من راغبي الزواج عن شريك حياته المقبل، والشريعة الإسلامية تتقبل كل ما هو نافع ومفيد للفرد والأسرة في هذا المضمار، ولو لم ينص عليه الفقهاء بعينه" (1933).

1929- انظر، عارف علي عارف: الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، تصدر عن الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، العدد الخامس، السنة الثالثة، فيفري، 1999، ص 130-133.

1930- طبقا للمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006.

1931- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 87.

1932- ترجع أقوال الباحثين المعاصرين في حكم الفحص الطبي قبل الزواج إلى ثلاثة أقوال: بين الجواز والوجوب والمنع، ولكل أدلته فيما ذهب إليه. راجع: كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، ص 558-562.

1933- عبد الرحمن الصابوني: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 237. وهو رأي عارف علي عارف بقوله أن الفحص الطبي: "قد يحقق مصالح شرعية راجحة ويدرأ مفسدة متوقعة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره". المرجع السابق، ص 124.

ومنه فإن الفحص الطبي لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج، ولأن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى ويمكن تنظيمه بحيث لا يترتب عليه ضرر بالرجل أو المرأة⁽¹⁹³⁴⁾.

وفي مقابل هذا الاتجاه الذي يرى الجواز، يرى المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي⁽¹⁹³⁵⁾، بأنه لا حاجة لهذا الكشف الطبي؛ لأنه يعطي نتائج غير صحيحة⁽¹⁹³⁶⁾، ولأن عقد النكاح من العقود التي تولى الشارع الحكيم وضع شروطها ورتب عليها آثارها الشرعية، وفتح الباب للزيادة على ما جاء به الشرع كالإلزام بالفحوص الطبية قبل الزواج أمر غير جائز⁽¹⁹³⁷⁾.

إلا أنه يمكن القول - بنظرة مقاصدية - بأن الفحص الطبي أمر لا تعارضه الشريعة الإسلامية، بل تزيده لما فيه من المصالح العديدة للفرد والأسرة والمجتمع، ولولي الأمر من باب السياسة الشرعية إجبار الناس عليه للمصلحة العامة⁽¹⁹³⁸⁾.

وعليه فإن الراجح في هذه المسألة هو القول بالجواز للاعتبارات التالية:

- نص العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁹³⁹⁾ على القول بأن عقد النكاح يدخله خيار العيب كغيره من العقود المدنية، وإن اختلفوا في تحديد العيوب التي يفسخ بها العقد، مما يدل على أنه من الواجب على الخاطبين معرفة عيوب كل منهما الجسدية حتى لا يحدث الفسخ وما ينبني عليه من إشكالات مادية ونفسية وإنسانية⁽¹⁹⁴⁰⁾.

- الفحص الطبي قبل الزواج يحقق مصالح مشروعة للفرد وللأسرة والمجتمع، ويدراً مفسد اجتماعية ومالية على المستوى الاجتماعي.

- هناك من الأمراض ما يعدّ مخيفاً، ويخشى على الزوجين منه فيُعدّ الإقدام على الزواج دون معرفة من الآخر ضرراً، والقاعدة الفقهية تقول: "لا ضرر ولا ضرار".

1934- انظر، محمد عثمان شبير: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، مجلة الحكمة، تصدر في لندن، العدد السادس، 1995، ص 210.

1935- المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة عشر، لسنة 2003.

1936- من القائلين بمنع هذا الفحص وأنه لا حاجة إليه، لأنه يناهز إحسان الظن بالله، ويعطي نتائج غير صحيحة الشيخ عبد العزيز بن باز-رحمه الله-. انظر: أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، (د.ط.د)، 130/3.

1937- محمد بن حسين الجيزاني: فقه النوازل-دراسة تأصيلية تطبيقية- دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 2006، ص 346-347.

1938- انظر، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 96-97. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة: الفحص الطبي قبل الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 156-157.

1939- ذهب الحنفية إلى أنه للزوجة أن ترد النكاح إذا وجدت بزوجه عيباً تناسلياً يمنع الاتصال الجنسي، أما الزوج فلا يملك هذا الحق. وأما الظاهرية فقالوا: لا تفرق بين الزوجين لعيب في أحدهما. الموصلي: الاختيار، 115/3. ابن حزم: المحلى، 109/10.

1940- انظر، ابن عبد البر: الاستذكار، 100-92/16. النووي: روضة الطالبين، 510/5.

- ومما يؤيد هذا ما توصل إليه الطب الحديث والتقدم العلمي المخبري من اكتشافات علمية جديدة.

ولعلّ الراجح جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج عند ترجح مصالحه وذلك بالنظر لانتشار الأمراض الوراثية وغيرها مما قد تعطل مقاصد الزواج، فيكون الإلزام بالفحص من مسائل السياسة الشرعية.

ومنه فما ذهب إليه التشريع الجزائري بخصوص ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج⁽¹⁹⁴¹⁾ يعدّ نظرة استصلاحية ملائمة للقواعد المقاصدية المرعية في الشريعة الإسلامية، وتماشيا في ذلك مع ما تتطلبه ضرورة الحياة العصرية وما تشهده من تطورات علمية على الخصوص. ويتأكد القول بالإلزام في حالة زواج المرأة بأجنبي، أو زواج الرجل بأجنبية من بلد غير بلديهما.

الفرع الرابع: أثر تخلف الفحص الطبي قبل الزواج

أولا: الجانب الفقهي

نص علماء المالكية على اشتراط خلو أحد الزوجين من الأمراض المخوفة⁽¹⁹⁴²⁾، فإن عقد النكاح بين مريضين مرض الموت، أو كان أحدهما مريضا مرض الموت، كان العقد فاسدا، ويترتب عليه الفسخ فور الاطلاع على المرض قبل الدخول أو بعده، فإذا تم فسخه وحصل التفريق قبل الدخول فلا شيء للزوجة، وإذا فسخ النكاح بعد الدخول فللزوجة الصداق المسمى في العقد، وإذا مات الزوج المريض قبل الفسخ فللزوجة أقل أحد الأمور الثلاثة: الصداق المسمى لها، أو صداق مثلها من النساء، أو ثلث التركة؛ لأن الالتزام بالصداق في المرض تبرع، والمريض لا حق له في التبرع بأزيد من الثلث، فروعيت مصلحة الورثة بإعطاء الزوجة الأقل مما ذكر.

أما إذا كانت الزوجة هي المريضة ونكحت في المرض فلها الصداق المسمى إذا حصل الفسخ قبل الدخول، وكذلك لها الصداق إذا ماتت هي أو هو قبل فسخ النكاح ولو لم يدخل بها الزوج، ولا ميراث لمن بقي حيا بعد موت صاحبه معاملة للناكح في المرض بنقيض مقصوده، فإذا صح النكاح في

1941- لقد كان للفقهاء المالكي السابق في التأكيد على هذا الشرط عندما جعله من شروط صحة الزواج، وذلك لما نص عليه فقهاء المالكية باشتراط أن لا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا. انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 2/548.

1942- وقد ردّ ابن حزم على المالكية بخصوص هذا الشرط بقوله: "أباح الله تعالى ورسوله ﷺ النكاح ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحا وصحيحة من مريض ومريضة، وما كان ربك نسيا، وما نعم للمخالف حجة أصلا لا من قرآن ولا من سنة، ولا قول صاحب، ولا من رأي يعقل". ابن حزم: المحلى، 10/27. إلا أن هذا الشرط يتأكد في هذا العصر لاختلاط الأجناس ومعاملة الأجانب، وانتشار الأمراض الخطيرة التي كشفها الطب الحديث. فلا يعقل أن يذهب الصحيح ضحية المريض.

المرض قبل أن يفسخ النكاح لعدم الاطلاع عليه صح نكاحه وأقر عليه، لأن الخوف من إدخال وارث في حال المرض قد زال (1943).

ثانيا: الجانب القانوني

لم ينص المشرع الجزائري على أثر تخلف الفحص الطبي؛ لكونه لم يسمح بتسجيل عقد الزواج دون تقديم طرفي العقد للشهادة الطبية التي تثبت خلوهما من أي مرض قد يشكل خطر عليهما، وتفوت بذلك مقاصد الزواج، وذلك طبقا للمادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم" (1944).

مما يُفهم منه إمكانية ترتيب العقوبة الجزائية أو الإدارية على الموثق أو ضابط الحالة المدنية في حالة تجاهلها هذا الشرط وقيامهما بتحرير عقد الزواج دون أن يستلما هذه الشهادة. إلا أن العقد يكون صحيحا ولا يمكن اعتباره باطلا أو فاسدا لأن القانون لم ينص على ذلك (1945).

كما أن المشرع لم ينص على حالة ما إذا تم الزواج دون أن يسجل العقد في الحالة المدنية؛ إلا أنه يمكن أن يفهم أنه يتعين عند إثبات الزواج بحكم قضائي اشتراط تقديم وثيقة طبية، تثبت خلو الطرفين من أي مرض، فإن ثبت إصابة أحدهما أو كليهما بأي مرض يشكل خطرا على الزواج، ففي هذه الحالة يتوقف الأمر على رضا الطرفين بعد علمهما بنتائج الفحوصات الطبية قياسا على ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

والأنسب للتطبيق القضائي -حسب رأيي- هو فسخ الزواج قبل الدخول إذا ثبت أن أحدهما مريض مرضا خطيرا يهدد حياة الآخرين، وعدم توقف صحة العقد في هذه الحالة على رضا الطرفين لما قد ينجم عنه من أضرار على حياة ومستقبل الأبناء الذين سيولدون. وأما بعد الدخول فيحق للمرأة كما للرجل طلب التفريق القضائي تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة 53 إذا تبين أن أحدهما مريض، وذلك لأن جملة العيوب الذي ذكرها الفقهاء قديما، تدخل فيها جميع الأمراض التي يشهدها هذا العصر، والتي تشكل خطرا على الزواج، كما هو نص هذه الفقرة: "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

1943- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 549/2.

1944- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006.

1945- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 53.

فالأولى أن تعاد صياغة هذه الفقرة على النحو الآتي: "الأمراض والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

المطلب الثالث: شرط عدم وجود زواج سابق قائم

نال هذا الموضوع قسطاً أوفراً من اهتمام المشرع الجزائري من خلال التطرق إليه في أكثر من موضع من قانون الأسرة، مسائراً بذلك اتجاه حركة التقنين في التشريعات العربية الحديثة إلى استخلاص بعض القواعد التي تنظم الأسرة من الشرائع الدينية والقوانين الوضعية الغربية في علاقات الأسرة وإصدار تشريع لها. ويصاحب هذه الحركة - بصدد تعدد الزوجات - ضجة فكرية تنادي بوضع قيود على تعدد الزوجات غير تلك القيود التي حددها الشريعة الإسلامية، كتقييد ترخيص التعدد بإذن القاضي، وبوجود مبرر شرعي، وإجازة التطبيق بسببه، وقد صدرت قوانين بعض الدول العربية ببعض هذه القيود، ومنها قانون الأسرة الجزائري.

وهذه القيود مصرح بها في قانون الأسرة الجزائري، وقد تضمنتها المادة الثامنة بنصها: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"⁽¹⁹⁴⁶⁾.

أما فيما يخص ما جاء به المشرع الجزائري في هذه المادة من قانون الأسرة فقد ذكر في فقرتها الأولى ما يوافق الشريعة الإسلامية دون أي شك. أما الفقرة الثانية فقد اجتهد المشرع ورأى أن موافقة الزوجة الأولى أمر ضروري وإلزامي؛ لأنه حرص على المحافظة على الزوجة الأولى و حفظ أسرتها، فكثيراً ما تطلب الزوجة الأولى الطلاق لاكتشافها أنه قد تم الزواج عليها، مما يؤدي إلى هلاك الأسر وضياع الأطفال، وهذا ما يدل عليه الواقع المعاش (ظلم زوجة الأب أو ظلم زوج الأم أو عدم كفاية النفقة أو عدم حماية الطفل في الشارع...)، فعلى رأي المشرع فإن موافقة الزوجة الأولى يؤدي إلى الحفاظ على الأسرة بكاملها.

1946- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

أما فيما يخص الفقرة الثالثة ففرض ترخيص رئيس المحكمة من أجل السماح بالتعدد و هو أمر معقول - في نظر دعاة منع التعدد- و ذلك من أجل تنظيم تعدد الزواج، و لم يأت بما يخالف الشريعة. فقد ذكر المشرع لا يحصل على الترخيص إلا من توفرت فيه الشروط المطلوبة، و متى أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية. و يترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول طبقا للمادة 8 مكرر1: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه" (1947).

كما أنه يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة التدليس طبقا للمادة 8 مكرر: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق" (1948). و ما أتى به المشرع الجزائري في المادة 8 مكرر مناقض لأحكام الشرع ومقاصده في الحفاظ على الحياة الزوجية؛ لأن المرأة تعتبر ناقصة عقل و تتميز بالغيرة الكبيرة و إعطائها هذه الفرصة في الحصول على التطليق في حالة الزواج عليها فإنه سيؤدي بكل سهولة إلى هدم أسرة بأكملها- و هذا ما يلاحظ حاليا في الواقع المعاش-. فلا يجب مواجهة خطأ بخطأ فإن أخطأ الزوج بالزواج سرا فلا تُمنح الزوجة أداة لهدم زواجها خاصة إن نتج عن هذا الزواج أبناء.

ومن مجموع النصوص الواردة بهذا الشأن يمكن ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أن المشرع الجزائري بتقييده وتضييقه إباحة التعدد في الزوجات، إنما جاء استجابة لدعاة منع التعدد، بوضعه شروطا تهدف إلى منع أو عرقلة ممارسته.

ثانياً: جاءت هذه القيود مبهمة في كیفياتها وطرق تطبيقها كما هو الحال بالنسبة للمبرر الشرعي، ونية العدل، و كیفية التأكد من علم الزوجة السابقة واللاحقة بالنسبة للقاضي.

ثالثاً: جعل السلطة التقديرية للقاضي مطلقة لتقييم المبررات والتحقق من وجود نية العدل، واتخاذ ما يراه مناسبا وفقا لتقديره ونظره.

رابعاً: أعطى المشرع الجزائري للزوجتين في حال تدليس الزوج الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، وهذا ليس تطليقا للضرر كما تقضي به الشريعة الإسلامية.

1947- أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

1948- أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

خامسا: أن المشرع الجزائري بفسخه الزواج الجديد قبل الدخول بسبب عدم تقديم ترخيص القاضي، إنما فتح بابا للتحايل بالزواج العرفي⁽¹⁹⁴⁹⁾ وكثرة وقوع الطلاق التعسفي في بعض الأحيان⁽¹⁹⁵⁰⁾.

ومن هنا يمكن القول بأن هذه المادة تطرح عدة إشكالات فقهية وقانونية وقضائية واجتماعية يجيب عنها الاجتهاد الفقهي في الشريعة الإسلامية وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

يشن الغربيون المتعصبون من رجال الدين والاستشراق والاستعمار حملة قاسية على الإسلام والمسلمين بسبب تعدد الزوجات، ويتخذون منها دليلا على اضطهاد الإسلام للمرأة، واستغلال المسلمين لها في إرضاء نزواتهم وشهواتهم⁽¹⁹⁵¹⁾، فراحت بعض التشريعات العربية متأثرة بما عليه الغرب بمنع أو تقييد التعدد بدعوى تحقيق المساواة والرفع من مكانة المرأة العصرية، بالرغم من أن الإسلام لم يكن أول من شرع التعدد، بل كان موجودا في الأمم القديمة كلها تقريبا، ولم يكن له عند أكثر الأمم حدّ محدود ولا يحكمه نظام⁽¹⁹⁵²⁾، فجاء الإسلام بنظام تشريعي للتعدد⁽¹⁹⁵³⁾، وفيما يلي بيان ذلك.

1949- من العوائق القانونية التي أفرزتها التعديلات الجديدة على قانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر 05-02: أصبح لزاما على من يريد التعدد الحصول على موافقة الزوجة الأولى، كما أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية يستطيع بموجبها منع تسجيل الزوجة الثانية، وهو الأمر الذي أثار حفيظة أنصار التعدد ودفع بأغلبهم إلى أن يلجأ إلى الاحتيال على القانون عن طريق الزواج العرفي الذي يصبح القاضي أمامه مجبرا على تثبيت هذا القران مكتمل الأركان خاصة في حالة إنجاب الأولاد، طبقا للفقرة الأولى من المادة 22 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

1950- ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم، سيحجمون عن كشف المبرر الذي دفعهم إلى تعدد الزوجات، لما فيه من المساس بأسرارهم، وعندئذ يقدمون على طلاق زوجاتهم ليتزوجوا من جديد، الأمر الذي سيؤدي إلى كثرة الطلاق، وليس في هذا مصلحة للمجتمع ولا للمرأة ولا للأولاد، لأن تعدد الزوجات أقل خطرا من الطلاق بلا شك. انظر، توفيق العطار: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، ص 126.

1951 - انظر، مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 71.

1952- راجع، عبيد منصور الرفاعي: المرأة ماضيها وحاضرها، أوراق شرقية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص 146 وما بعدها.

1953 - قال محمد علي الصابوني: "مسألة تعدد الزوجات ضرورة اقتضتها ظروف الحياة، وهي ليست تشريعا جديدا انفرد به الإسلام، وإنما جاء الإسلام فوجده بلا قيود ولا حدود، وبصورة غير إنسانية فنظمه وهذب وجعله علاجا ودواء لبعض الحالات الاضطرابية التي يعاني منها المجتمع، وفي الحقيقة فإن تشريع التعدد مفخرة من مفاخر الإسلام، لأنه استطاع أن يحل مشكلة اجتماعية هي من أعقد المشاكل التي تعاني منها الأمم والمجتمعات اليوم". صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، 1/261.

أولاً: الجانب الفقهي

أ- مشروعية تعدد الزوجات

لقد أباح الإسلام التعدد في الزوجات، وجاء تشريعه في سورة النساء بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ حَفِظْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾⁽¹⁹⁵⁴⁾، وقوله أيضاً: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾⁽¹⁹⁵⁵⁾. فتفيد هاتان الآيتان إباحة تعدد الزوجات حتى أربع كحد أقصى وعدم الزيادة على ذلك⁽¹⁹⁵⁶⁾. وذلك مشروط بالعدل بين الزوجات، فأصبحت الإباحة مقيدة بعد أن كانت مطلقة في الجاهلية⁽¹⁹⁵⁷⁾. قال الصابوني: "وقوله ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ أي أنكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم ثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء أربعاً"⁽¹⁹⁵⁸⁾. وجاءت السنة مؤكدة لذلك فقد روي عن الحارث بن قيس قوله: "أسلمت وعندي ثمان نسوة فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال النبي ﷺ اختر منهن أربعاً"⁽¹⁹⁵⁹⁾.

كما أجمع العلماء والفقهاء -رحمهم الله- على إباحة التعدد، وعدم الزيادة على أربع. جاء في الفواكه الدواني: "ويجوز للحر والعبد المسلمين نكاح أربع حرائر مسلمات أو كتابيات... وتحرم الزيادة على الأربع بإجماع أهل السنة"⁽¹⁹⁶⁰⁾.

ب- شروط التعدد

اتفق الفقهاء والمفسرون على أنه لا بد من توافر شروط معينة لإباحة التعدد، وهذه الضوابط هي كما يلي⁽¹⁹⁶¹⁾:

1954- النساء: الآية 3.

1955- النساء: الآية 129.

1956- هل الأمر في قوله تعالى "فانكحوا ما طاب لكم من النساء" للوجوب أم للإباحة، ذهب الجمهور إلى أن الأمر للإباحة، وقال أهل الظاهر الأمر للوجوب وهم محجوجون بقوله تعالى: "ومن لم يستطع منكم طولاً". انظر، محمد علي الصابوني: تفسير آيات الأحكام، دار الصابوني، دمشق، ط5، 1986، 426/1.

1957- راجع، عبيد منصور الرفاعي: المرأة ماضيها وحاضرها، ص 155 وما بعدها.

1- الصابوني: صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، 259/1.

1959- البيهقي: كتاب النكاح، باب عدد ما يحل من الحرائر والإماء، حديث رقم 13845. السنن الكبرى، 242/7. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، حديث رقم 1952. سنن ابن ماجه، 464/2. الدراقيني: كتاب النكاح، حديث رقم 3690. سنن الدارقطني، 407/4.

1960- أحمد النفراوى المالكي: الفواكه الدواني على رسالة لأبي زيد القيرواني، مطبعة الحلبي، مصر، 1955، 44/2.

1961- راجع، كرم حلمي فرحات: تعدد الزوجات في الأديان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2002، ص 37 وما بعدها.

الشرط الأول: عدم الزيادة على أربع، لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، قال ابن كثير عند تفسيره لهذه الآية: "أي أنكحوا من شئتم من النساء إن شاء أحدكم اثنين وإن شاء ثلاثا وإن شاء أربعاً، كما قال تعالى: ﴿جَاعِلِ الْمَلَائِكَةَ رُسُلًا أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾" (1962)، أي منهم من له جناحان، ومنهم من له ثلاثة أجنحة، ومنهم من له أربعة أجنحة .. والمقام هنا كما يقول ابن عباس -رضي الله عنهما- وجمهور العلماء هو مقام امتنان وإباحة، فلو كان يجوز للرجال الجمع بين أكثر من أربع زوجات لذكره تعالى" (1963).

وقد ورد في السنة ما يؤكد هذا، من ذلك ما رواه ابن عمر -رضي الله عنه-: "أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهن" (1964).

كما نص الفقهاء على إباحة التعدد وعدم الزيادة على أربع، قال الكاساني: "أمره ﷺ بمفارقة البواقي ولو كانت الزيادة على الأربع حالاً لما أمره، فدل أنه منتهى العدد المشروع وهو الأربع" (1965). وقال الشيرازي (1966): "ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة، لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾، وقال بن قدامة: "وإن أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن، سواء كان أمسك منهن أول من عقد عليها أو آخرهن" (1967).

الشرط الثاني: العدل بين الزوجات، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آذَنِي أَلَّا تَعُولُوا﴾ (1968)؛ أي إن خفتن من تعداد النساء ألا تعدلوا بينهن كما قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ (1969) فمن خاف من ذلك فليقتصر على واحدة. وقوله ﴿ذَلِكَ آذَنِي أَلَّا تَعُولُوا﴾، أي ذلك آذن أن لا تكثر عيالكم (1970)، ولكن الصحيح كما قال ابن كثير هو قول الجمهور أي لا تجوروا، يقال عال في الحكم إذا قسط وظلم وجار (1971).

1962- فاطر: الآية 1.

1963- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 451/1. ومحمد علي الصابوني: تفسير آيات الأحكام، 426/1.

1964 - البيهقي: كتاب النكاح، باب عدد ما يحل من الحرائر والإماء، حديث رقم: 13845، السنن الكبرى، 241/7. ابن ماجه: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، حديث رقم 1953. سنن ابن ماجه، 464/2. الدارقطني: كتاب النكاح، حديث رقم 3683. سنن الدارقطني، 403/4.

1965- الكاساني: بدائع الصنائع، 266/2.

1966 - الشيرازي: المهذب، 445/2.

1967 - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف، السعودية، (دط، دت)، ص 92.

1968- النساء: الآية 3.

1969- النساء: الآية 129.

1970 - مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 98.

1971- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 451/1.

وقد أرشدت السنّة إلى وجوب العدل بين الزوجات وحذرت من الجور والظلم فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: "من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل" (1972).

والمقصود بالعدل هنا هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر على تحقيقه، وهو التسوية بين الزوجات في المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمبيت والمعاملة بما يليق بكل واحدة منهن. أما العدل في الأمور التي لا يستطيعها الإنسان، ولا يقدر عليها مثل المحبة والميل القلبي، فالزوج ليس مطالباً به؛ لأن هذا الأمر لا يندرج تحت الاختيار، وهو خارج عن إرادة الإنسان، والإنسان - بلا شك - لا يكلف إلا بما يقدر عليه (1973)، كما يظهر في قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (1974). لذلك كان ﷺ يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك" (1975).

وبهذا وفق العلماء بين العدل المطلوب في آية إباحة التعدد وبين العدل المنفي في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ (1976)، فالعدل المنفي هنا هو العدل القلبي وبذلك تتلاقى الآيتان، ويكون العدل المطلوب في الآية الأولى غير المطلوب في الآية الثانية التي أكدت نفيه، فلو حمل العدل في الآيتين على معنى واحد لكان الجمع بينهما يدل على التحريم؛ لأن الآية الأولى اشترطت العدل، والثانية أخبرت بأنه لا استطاع (1977). ويحاول بعض الناس أن يتخذ من هذه الآية الكريمة دليلاً على تحريم التعدد، وهذا غير صحيح فشرعية الله لا يمكن أن تبيح الأمر في آية وتحرمه في آية أخرى (1978).

الشرط الثالث: أما النفقة فهي أيضاً من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر القدرة عليها قبل الإقبال على التعدد، وتشمل الطعام والشراب والكسوة والمسكن والأثاث اللازم له، ويجب أن تكون لدى الرجل الذي يقدم على الزواج القدرة المالية على الإنفاق على المرأة التي يتزوجها. وإذا لم يكن لديه من أسباب الرزق ما يمكنه من الإنفاق عليها فلا يجوز له شرعاً الإقدام على الزواج. ويظهر هذا واضحاً

1972- أبو داود: كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2133. سنن أبي داود، 415/2. البيهقي: كتاب القسم والنشوز، باب الرجل لا يفارق التي رغب عنها ولا يعدل لها، بلفظ "وشقه ساقط"، حديث رقم 14738. السنن الكبرى، 485/7.

1973- محمد بن مسفر الطويل: تعدد الزوجات في الإسلام، دار أنصار السنة، القاهرة، ص 34.

1974- البقرة: الآية 286.

1975- البيهقي: كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في قول الله عز وجل: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا...". حديث رقم 14745. السنن الكبرى، 487/7. أبو داود كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2134. سنن أبي داود، 415/2.

1976- النساء: الآية 129.

1977- عبد السلام الشريفي: الزواج والطلاق في القانون الليبي، منشورات جامعة قارونس، ليبيا، ط3، ص 112 وما بعدها.

1978- السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 99.

جليا في قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء" (1979).

وهكذا الأمر بالنسبة للرجل الذي لا يستطيع أن ينفق على أكثر من زوجة واحدة، فإنه لا يجز له شرعا أن يتزوج بأخرى، فالنفقة على الزوجة أو الزوجات واجبة بالإجماع (1980).

ومن هنا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب على الرجل القيام بكل ما يلزم زوجته أو زوجاته من طعام مناسب ولباس ومسكن مناسب وما يتبع ذلك من احتياجات.

ويكن إجمال نظام التعدد بشروطه وقيوده في الشريعة الإسلامية في النقاط التالية (1981):

1- إباحة تعدد الزوجات حتى أربع كحد أقصى.

2- أن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات، ومن لم يكن متأكدا من قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأكثر من واحدة. ولو تزوج الرجل بأكثر من واحدة وهو واثق من عدم قدرته على العدل بينهما فإن الزواج صحيح وهو آثم.

3- العدل المشروط في الآية الأولى هو العدل المادي في المسكن والمأكل والمشرب والملبس والمبيت والمعاملة.

4- تضمنت الآية الأولى كذلك شرطا ثالثا هو القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها، كما يظهر في تفسير قوله تعالى: ﴿ألا تعولوا﴾ أي لا تكثر عيالكم فتصبحوا غير قادرين على تأمين النفقة لهم، والأرجح أن العول هو الجور .

5- تفيد الآية الثانية أن العدل في الحب والميل القلبي بين النساء غير مستطاع، وأنه يجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيذرهما كالمعلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل عليه أن يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها ، وأن الله لا يؤاخذ على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء ، ومال كل الميل عن الزوجة الأولى.

ثانيا: الجانب القانوني

اتجه المشرع الجزائري إلى وضع قيود جديدة غير القيود المنصوص عليها في المادة الثامنة من قانون الأسرة قبل تعديلها بموجب الأمر 05-02.

1979- سبق تخريجه، ص 7.

1980 - انظر، ابن قدامة: المغني، 11/348.

1981 - السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 97-98. وكرم حلمي فرحات: تعدد الزوجات في الأديان، ص 44 وما بعدها.

القيود القانونية للتعدد

جاء قانون الأسرة الجزائري بقيود ضيق من خلالها مجال التعدد في الزوجات، وهذه القيود متضمنة في المواد 8 و 8 مكرر و 8 مكرر 1، انطلاقاً- حسب نظرة المشرع- من كون التعدد مشكلة اجتماعية تهدد حرية المرأة وتمس من كرامتها؛ لذلك لا بد من وضع قيود من شأنها أن تقضي على هذه المشكلة أو تحدّ منها، غير أن الصحيح هو عكس ما تصوره المشرع، فإذا كان مراد المشرع بتقييد التعدد هو التضييق على الرجل عند التفكير في الزواج بأخرى، فلمَ لم يشترط هذه القيود والمبررات عند زواجه بالأولى...؟.

ذلك إن مشكلات الزواج الأول هي غالباً الدافع إلى تعدد الزوجات، فكان الزواج الأول أولى بالتقييد من الزواج الثاني الذي يتم عادة بعد تجربة وخطأ، وعدم تقييد الزواج الأول إنما سببه الإيمان بحرية كل شخص في الزواج، وهكذا يجب أن يكون الحال في تعدد الزوجات. ولمناقشة ما ذهب إليه المشرع الجزائري، لا بد أولاً من بيان هذه القيود المنصوص عليها في قانون الأسرة، ثم مناقشتها والتعقيب عليها، وفق الآتي:

أولاً: وجود المبرر الشرعي

اشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك⁽¹⁹⁸²⁾، وفق الفقرة الأولى من نص المادة الثامنة التي جاء فيها: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة متى وجد المبرر الشرعي"، لكنه لم يوضح ماهية المبرر الشرعي، كما قال الأستاذ عبد العزيز سعد: "لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي.. غير أن ما يمكن أن نضعه ضمن قائمة المبررات الشرعية لإمكانية الزواج بامرأة ثانية أثناء قيام حالة الزواج السابق هو أن تكون الزوجة السابقة عاقراً، ولا توفر أحد أهداف الزواج، أو أنها مريضة مرضاً حاداً لا يسمح لها بالقيام بالالتزامات الزوجية"⁽¹⁹⁸³⁾.

1982 - اشتراط المبرر يؤدي إلى كثرة الطلاق والزواج العرفي، كما يفشل عند التطبيق، ذلك أن كثيرين ممن يرغبون في الزواج على زوجاتهم سيحجمون عن كشف المبرر الذي دفعهم إلى تعدد الزوجات، لما فيه من المساس بأسرارهم وعندئذ يقدمون على طلاق زوجاتهم ليتزوجوا من جديد، الأمر الذي سيؤدي إلى كثرة الطلاق، وليس في هذا مصلحة للمجتمع، ولا للمرأة ولا للأولاد، لأن تعدد الزوجات أقل خطراً من الطلاق بلا شك. انظر، عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسيوط، مصر، ص 126.

1983- عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 86.

غير أن من المبررات ما لا يستطيع القاضي الوصول إلى معرفته والاطلاع عليه، ذلك أنه قد يستند إلى عوامل شخصية بحتة وقد يكون من الأسرار الزوجية التي لا يطلع عليها غير الزوجين⁽¹⁹⁸⁴⁾.

ثانيا: توفر شروط ونية العدل

لقد اشترط المشرع الجزائري لمن يريد التزوج بأكثر من زوجة واحدة توفر نية العدل، دون تحديد المقصود به، ذلك أن النية أمر داخلي في نفس الإنسان ليس بإمكان القاضي الاطلاع والتأكد منه، ثم إن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج، مما يؤدي إلى القول بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولا يُسَلَّم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يُشك في إثباته وتحققه لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا، وواقع فعلا⁽¹⁹⁸⁵⁾.

ثالثا: القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة

تطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في نص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة: "توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، إلا أنه لم يبين المعيار الذي يمكن استعماله لتقييم هذا الشرط، كما أنه لم يوضح المقصود بالشروط الضرورية للحياة، وهذا ما يستقى من أحكام الفقه الإسلامي، إذ المقصود بذلك حسب جمهور الفقهاء القدرة على الإنفاق بأن يكون الزوج قادرا على مؤن الزواج وتكاليفه، والقدرة الدائمة على أداء النفقة الواجبة للأزواج بدليل قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"⁽¹⁹⁸⁶⁾ والباءة في هذا الحديث يقصد به مؤنة النكاح.

رابعا: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة

اشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بأكثر من واحدة أن يعلم كل منهما أو منهن بأنه تزوج بأكثر من واحدة أو أنه متزوج من قبل بالنسبة للزوجة أو الزوجات التي يريد أن يتزوج بهن من دون أن يحدد في نص المادة الثامنة من قانون الأسرة كيفية الإعلام ولا كيفية تأكد القاضي من علمهما.

غير أن البعض يحملون نص المادة الثامنة من قانون الأسرة أكثر مما يجتمل، بحيث يشترطون أن يعطي الزوج للزوجة اللاحقة معلومات عامة عن وضعيته العائلية وهذا ما لا تشترطه المادة الثامنة، ومما رتبته المشرع على تخلف شرط الإخبار حق طلب التطليق للزوجة، ولا تخفى مخالفة ذلك للشرعية التي لم

1984 - راجع تفصيلا أكثر حول المبررات الشخصية والمؤيدات الاجتماعية للتعهد. مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ص 80 وما بعدها.

1985 - انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 87.

1986 - سبق تخريجه، ص 7.

تنص على هذا الشرط أصلا - لأنه شرط ملحوظ وإن لم يكن ملفوظا - ولم تجعله الشريعة الإسلامية سببا في طلب التطليق.

خامسا: طلب الترخيص بالزواج من القضاء

يمكن لرئيس المحكمة إذا تأكد من موافقة الزوجتين واستطاع الزوج أن يثبت المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية وفقا للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، فيقدر القاضي المبررات التي قدمها الزوج، بحيث إذا اقتنع بما أبداه الزوج من أسباب أذن له في التعدد، وإذا لم يقتنع رفض الإذن له بالزواج الجديد، وأصبح هذا الزواج ممنوعا عليه قانونا، فمطلق السلطة التقديرية للقاضي مشوبة بعدم التيقن من حقائق الأمور الخاصة بالظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية للزوج.

ويترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق للزواج الجديد الفسخ قبل الدخول، وفي حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق (1987).

سادسا: إخضاع هذه القيود لتقدير القضاء

إن تقييد التعدد بقيد رقابة القاضي على توفر الشروط المطلوبة قانونا طبقا للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، ليس له فائدة من الوجهة النظرية، ذلك لأن الذي يريد التعدد يكون مستعدا من الناحية المالية بما يتلاءم ووضعه الاجتماعي، وإن القانون يعتبر حال الزوج في النفقة. وأن الإشراف الوحيد المعقول والممكن للمحكمة في موضوع تعدد الزوجات هو إشرافها ورقابتها على قيام الزوج بواجباته الشرعية تجاه نساءه جميعا من عدل وحسن معاملة، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل تشمل حالة الزوجة الواحدة (1988).

ولكون مسألة التعدد في الزوجات تحكمها عوامل مختلفة؛ فقد ظهرت ثلاث اتجاهات عند الفقهاء المعاصرين بخصوص جعل التعدد بيد القاضي مرجعها إلى:

- القول بجواز تقييد التعدد بإذن القاضي مطلقا؛ وقد كان سوء التطبيق، وعدم رعاية تعاليم الإسلام حجة ناهضة للذين يريدون أن يقيدوا تعدد الزوجات، وألا يباح للرجل أن يتزوج بأخرى إلا بعد دراسة القاضي لحالة الشخص ومعرفة قدرته المالية، والإذن له بالزواج.

1987 - يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 29.

1988 - انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 25-26.

- القول بجواز التعدد مطلقا دون التقييد بإذن القاضي؛ ذلك أن الذين ذهبوا إلى حظر التعدد إلا بإذن من القاضي مستدلين بالواقع من أحوال الذين تزوجوا بأكثر من واحدة، جهلوا أو تجاهلوا المفسد التي تنجم من الحظر؛ فإن الضرر الحاصل من تعدد الزوجات أخف من ضرر حظره، والواجب أن يُتقى أشدهما بإباحة أخفهما تبعا لقاعدة ارتكاب أخف الضررين، وترك الأمر للقاضي مما لا يمكنه ضبطه، فليست هناك مقاييس صحيحة يمكن أن يعرف بها ظروف الناس وأحوالهم⁽¹⁹⁸⁹⁾.

- القول بالجواز المقيد بالقضاء (مراقبة القدرة المادية)، والتي تتمثل في العدل والإنفاق، وأساس هذا الاتجاه هو جعل القيد المذكورين في الآية الكريمة يخرجان عن التكاليف الدينية التي تكون بين العبد وربّه إلى التطبيق القضائي، فيمنع القاضي توثيق عقد زواج من له زوجة؛ إلا إذا تأكد من عدالته وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده، وسائر من تجب عليه نفقته⁽¹⁹⁹⁰⁾.

ويبقى أمام الاتجاهين الأول والثالث إجماع المسلمين من لدن النبي ﷺ إلى عصر الشيخ محمد عبده الذي نادى بفكرة تقييد تعدد الزوجات، كما يقول أبو زهرة: "وما علمنا أن النبي ﷺ منع زواج أحد لعدم قدرته على الإنفاق أو لعدم إثباته العدالة، ولم نعرف أحدا من الصحابة أمر أن يتحرى هذا التحري عند التعدد، ولا يمكن أن نفرض العدالة المطلقة، والقدرة المطلقة في عهدهم، فإن الناس في كل عصر فيهم البر والفاجر، والعاجز والقادر"⁽¹⁹⁹¹⁾.

الفرع الثاني: آثار تخلف الشروط المتطلبية في حالة تعدد الزوجات

إن المشرع الجزائري لما اشترط في نص المادة الثامنة من قانون الأسرة على الشخص الذي يود الزواج بأكثر من واحدة الشروط السابقة الذكر، لم يرتب على تخلفها أي أثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا وناظرا ومرتبيا لجميع آثاره، ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في أن تطلب التطلق نظرا لتضررها من ذلك، وهذا ما ورد في نص المادة 53 في فقرة السادسة. وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1995/9/26، والذي جاء فيه: "إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطلق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها، لأن هذا يعتبر ضررا أصابها"⁽¹⁹⁹²⁾.

1989- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 2/80-81.

1990- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 136-137.

1991- أبو زهرة: المرجع نفسه، ص 137-138.

1992- ملف رقم 122443 : نشرة القضاة العدد 55 ص 171. وسيأتي تفصيل أكثر حول موضوع طلب التطلق بسبب التعدد في الفصل الثاني.

وما يمكن قوله بعد استعراض موقف الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه المشرع الجزائري أن نظام التعدد أبيض وأقر لمقاصد وحكم سامية، ومنه كان على المشرع أن لا يضيق من هذه الإباحة المشروطة شرعا، وأن لا يقيد بشروط أخرى من شأنها أن تؤدي إلى مفسدة أكبر. ولا يُنكر أن هناك إساءة في ممارسة التعدد، إلا أن الحل لا يكمن في إلغائه أو تضييقه، ولو ألغي كل أمر أساء الناس استعماله وتطبيقه لصار الناس في حرج كبير، فيكون الواجب معالجة الخلل وتبيين وجه الإساءة في الممارسة، وذلك بنشر الوعي بين الناس بمراعاة شروط وواجبات التعدد. وعلى هذا لا يستوجب الأمر أن يُجعل من هذه القضية مشكلة اجتماعية تستدعي تدخل المشرع لوضع مزيد من الشروط.

المطلب الرابع: شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج وأثر مخالفة ذلك في قانون الأسرة

الجزائري

تعتبر الموانع الشرعية للزواج في الفقه الإسلامي من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها، سواء كانت موانع مؤبدة أم موانع مؤقتة، ومنه يقتصر الحديث عن هذه الموانع وفقا لقانون الأسرة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الموانع الشرعية في قانون الأسرة

من المعلوم أن شرط انعدام الموانع الشرعية، والمقصود به على وجه الدقة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، فلا تكون المرأة صالحة للزواج أو محلا للعقد إلا إذ كانت خالية من الموانع الشرعية للزواج، وهذه الموانع إما أن تكون سببا في حرمتها حرمة مؤبدة بحيث لا تصلح محلا للعقد أصلا، وذلك لبقاء المانع واستمراره على الدوام⁽¹⁹⁹³⁾، وإما أن تكون الموانع سببا في حرمتها حرمة مؤقتة، بحيث لو زالت أصبحت المرأة محلا صحيحا للعقد⁽¹⁹⁹⁴⁾. كما يعتبر هذا من الثوابت الشرعية المشروطة في الشريعة الإسلامية في مجال الزواج التي لا تقبل التغيير أو الاجتهاد، لورود النصوص القطعية من الكتاب والسنة التي تفيد ذلك. ولما كان الأمر كذلك، فإن الحديث على هذا المانع يقتصر على ما جاء به قانون الأسرة في هذا الشأن، وذلك لمعرفة مدى موافقته لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة من عدمه.

جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة للمادة التاسعة بشرط إضافي لإبرام عقد الزواج والمتمثل في انعدام الموانع الشرعية للزواج، وهو ما نصت عليه المادة التاسعة مكرر⁽¹⁹⁹⁵⁾.

1993- ويقصد بذلك المحرمات من النساء بالنسب والمصاهرة والرضاع.

1994- ويقصد بذلك المحرمات من النساء حرمة مؤقتة كاخصنة و معتدة الغير وغيرهما مما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ومنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

1995- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

ويقصد بموانع الزواج تلك المنصوص عليها في أحكام المواد من 23 إلى 32 من قانون الأسرة، حيث تنص المادة 23 على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

وحددت المادة 24 الموانع المؤبدة، بنصها: "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة، الرضاع". ثم جاءت المادة 25 ونصت على المحرمات بالقرابة، والمادة 26 نصت على المحرمات بالمصاهرة، وبينت المادة 27 الأصناف المحرمة رضاعاً⁽¹⁹⁹⁶⁾ والتي جاءت مطابقة لما جاء في الحديث: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"⁽¹⁹⁹⁷⁾.

كما جعل المشرع شرط التحريم بالرضاع لا يقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته واعتبره ولداً للمرضعة وزوجها وأخاً لأولادها وفقاً لنص المادة 28 من قانون الأسرة. كما يستنتج من المادة 29 الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

- 1- يجب أن تكون المرضعة امرأة.
 - 2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام.
 - 3- لا يؤخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلاً أم كثيراً⁽¹⁹⁹⁸⁾، ومنه يمكن القول بأن المشرع قد اعتمد في المقدار المحرم من الرضاع مذهب الحنفية والمالكية.
- كما حددت المادة 30 الموانع المؤقتة بنصها: "يحرم من النساء مؤقتاً: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، والمطلقة ثلاثاً. كما يحرم مؤقتاً الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع. زواج المسلمة من غير المسلم"⁽¹⁹⁹⁹⁾. وهذه الموانع والمحرمات جاءت متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

1996- وقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعاً كما يأتي: الأم بالرضاع مهما علت، الفروع رضاعاً، الأخت رضاعاً، بنت الأخت رضاعاً، بنت الأخ رضاعاً، الحالة رضاعاً، العممة رضاعاً، أم الأخت من الرضاع، أخت الابن أو البنت من الرضاع.

1997- البخاري: كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع، حديث رقم 2645. الجامع الصحيح، 249/2.

1998- نصت المادة 29 بموجب الأمر 05-02 على أنه: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً". حيث أخذ المشرع بمذهب الجمهور في مدة الرضاع.

1999- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يحرم من النساء مؤقتاً المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثاً والتي تزيد على العدد المرخص به شرعاً ويحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع".

كما أن العبارة الأخيرة من المادة 30 جاءت موافقة أيضا لما هو مقرر شرعا في النهي عن زواج المسلمة بغير المسلم نهي تحريم، وهذا يعني أن أي عقد زواج أبرم بين أمة امرأة جزائرية مسلمة، وأي رجل غير مسلم يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح⁽²⁰⁰⁰⁾. حيث ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 30 من قانون الأسرة إلى أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه، أخذا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانتها مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾⁽²⁰⁰¹⁾.

كما نصت المادة 31 على أنه: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية"⁽²⁰⁰²⁾. غير أن ما يمكن ملاحظته أن المشرع اكتفى بإعادة صياغة المادتين 30-31 بشكل سمح بنقل الفقرة الأولى من المادة 31 إلى المادة 30. وبحذف عبارة "والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا" من صلب المادة 30. وهي عبارة تتعلق بالزواج بامرأة خامسة مع بقاء الأربعة، مع أنه وضع نادر الوقوع حاليا، إلا أنه كان على المشرع عدم تعمد حذف هذه العبارة- والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا- من نص المادة 30⁽²⁰⁰³⁾. كما كان الأجدر بالمشرع أن ينص على أنه لا يجوز زواج المسلم بغير ذات الدين⁽²⁰⁰⁴⁾. وعليه تكون المرأة حلالا للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا

2000- إذا وقع إبرام عقد زواج المسلمة بغير المسلم أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، وتم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية فإنه مع ذلك يبقى عقدا باطلا، ولا يمكن أن يحتج به لا من الزوجين ولا من غيرهما، وليست له أي قيمة قانونية أو شرعية، ويمكن لممثل النيابة العامة ولكل ذي مصلحة من الزوجين أو غيرهما أن يطلب الحكم بإعلان بطلانه، وكذا لو حرر في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية فإنه لا يحتج به أمام القضاء الجزائري، ويكون مصيره البطلان المطلق. انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسر الجزائري في ثوبه الجديد، ص 34-35.

2001- البقرة: الآية 221.

2002- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم. يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية".

2003- وهو ما يعكس اتجاه المشرع نحو التضييق ومن ثم عدم الاعتراف بتعدد الزوجات، لذلك تعمد حذف عبارة "والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا".

2004- المقصود بالأجنبيات الكتابيات وهن نساء اليهود والنصارى، هذا هو عرف الشريعة. أما المشرع الجزائري فلم يتطرق للكتابيات على وجه الخصوص بل عبر بالأجنبيات ليشمل الكتابيات وغيرهن ممن لسن جزائريات. كما لا يخفى أن للزواج بالكتابيات أضرار كثيرة على الأسرة والمجتمع والدولة الإسلامية، فمن أضرارها عدم تربية الأولاد تربية إسلامية صالحة وقد تؤثر المرأة على زوجها فتؤثر على دينه وتقاليدته، كما أنها تروج لدينها وتقاليدتها في المجتمع المسلم، ثم إن تكاثرهن له أثر كبير على المجتمع المسلم، كما أنها تؤثر على الدولة الإسلامية حيث يسهل استغلالها في التجسس على المسلمين، وإذا كان زوجها ذا نفوذ تستغل نفوذه في تنفيذ المؤامرات والدسائس على الدولة... إلى غير ذلك من الأضرار.. وكل ذلك يرجع إلى شخصية الرجل قوة وضعفاً. والذي يظهر أن نكاح الكتابيات من أظهر مجالات السياسة الشرعية، حيث ينظر فيه إلى ترجيح المصالح والمفاسد وبعضه بقوة قصة عمر بن الخطاب مع حديفة رضي الله عنهم. وعلى هذا فالقانون الجزائري لا يمنع الزواج من الأجنبيات عموما.

كانت غير محرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً. وإذا تخلف هذا الشرط فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد رتبوا البطلان على ذلك.

الفرع الثاني: أثر الزواج بإحدى المحرمات في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"⁽²⁰⁰⁵⁾ وهذه الآثار تتمثل فيما يلي:

- فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده: وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة أصلية (ثابتة بنص قطعي)، ويفسخ عقد الزواج إذا كانت الحرمة فرعية (ثابتة بنص ظني).

- ثبوت النسب: أي أن الأولاد الذين ينتجون عن هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم لأبيهم وأمهم.

- وجوب الاستبراء: أي يجب على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد حتى تستبرئ رحمها.

والملاحظ أن المشرع لم يفرق بين البطلان والفساد في ترتيب الآثار على الزواج بإحدى المحرمات، حيث لم يميز بين كون التحريم قطعياً أو ظنياً، في المرأة التي يريد الرجل التزوج بها، فإذا كانت حرمتها ثابتة بدليل ظني أو مما يخفى تحريمها للاشتباه في أمره، كتزوج المرأة على عمته أو خالتها فإنه ثابت بدليل ظني، وتزوج المعتدة من طلاق بائن، وتزوج أخت الزوجة التي طلقها في أثناء عدتها لخفاء كل منهما والاشتباه فيه، فهذا الزواج يكون منعقداً لأن المرأة محل للزواج في الجملة، حيث يرى بعض فقهاء الحنفية صحته، لكنه يكون فاسداً لعدم صلاحيته في ذاته لترتب الآثار عليه، وما يترتب عليه من بعض الآثار جاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد، فإن وقع هذا العقد وجب التفريق بينهما إن لم يفترقا باختيارهما، ولا يجب به شيء إن وقع التفريق قبل الدخول، فإن أعقبه دخول ترتبت بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج، وبهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع التحريم.

فإن كان قطعياً متفقاً عليه جعل العقد باطلاً، وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لانعقاد العقد، وإن كان ظنياً أو مختلفاً فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته لترتب الآثار عليه، فإن أعقبه دخول

ترتب على هذا الدخول بعض آثار الزواج لوجود العقد صورة، وكان انتفاء هذه الحرمة شرطا لصحة العقد بحيث إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسدا.

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفساد في الزواج كما يرى فقهاء الحنفية، وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غير الصحيح، وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفساد فقد سوى بين المحرمات كلها وجعل انتفاء المحرمية شرطا لصحة العقد، سواء كانت قطعية أو ظنية مختلفا فيها، أو مما يخفى أمرها للاشتباه فيها⁽²⁰⁰⁶⁾.

2006-انظر، مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص120-121. وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن البطلان والفساد في عقد الزواج.

المبحث الخامس: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الزواج لا يدخله خيار الشروط المعروف في عقد البيع، وذلك كأن يتزوج الرجل المرأة ويشترط أحدهما الخيار لنفسه ثلاثة أيام مثلاً؛ لما في ذلك الشرط من منافاة وضع النكاح للدوام واللزوم -لأن وجوب الخيار يتنافى وأصل المشروعية- ولأن شرط هذا الخيار يفيد التمكّن من فسخ العقد في مدة الاختيار، أما الزواج فلا يمكن فيه الفسخ بهذا الشرط فيلغو⁽²⁰⁰⁷⁾.

لكن يمكن أن يشترط في عقد الزواج غير ذلك من الشروط، ويقبله الطرف الآخر كأن تقول المرأة تزوجتك بشرط أن تعجل جميع المهر، أو يقول الرجل تزوجتك على ألا مهر لك ولا نفقة أو نحو ذلك من الشروط، فهل مثل هذه الشروط يجب الوفاء بها أم لا؟ وهل لها تأثير على العقد أم لا؟.

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"⁽²⁰⁰⁸⁾.

حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز وبصريح النص للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها، وأن لا يمنعها من العمل⁽²⁰⁰⁹⁾. ففي حالة الاتفاق مثلاً على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم تعدد الزوجات، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه واستناداً لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها.

كما يلاحظ أن المشرع قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضرورياً، بغض النظر عن موافقة هذه الشروط للضوابط الشرعية من عدمها، حتى ولو جاءت مقيدة بعدم منافاتها لأحكام

2007- ابن قدامة: المغني، 464/9. وانظر، يوسف محمود عبد المقصود: بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح، دار الطباعة الحمديّة، القاهرة، ط1، 1975، ص 115.

2008- عدلت بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون". والواضح أن المشرع لم يأت بمجديد يذكر عدا النص على شرطي العمل وتعدد الزوجات على سبيل المثال لا الحصر، وذلك راجع في نظر المشرع أن الشرطين الأخيرين هما أساس كل خلاف عائلي، والصحيح غير هذا. إذ أن الوعي والنضج الفكري والتربية الصحيحة لدى الزوجين، كل ذلك كفيل بحل مشاكل العلاقة الزوجية.

2009- ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كثرة وقوع الشقاق والنزاع بين الزوجين بعد قيام الحياة الزوجية بسبب زواج الرجل على امرأته أو منعها من الاستمرار في العمل، إلا أن الإخلال بمهدين الشرطين لا يعطي للمرأة الحق في طلب التظليل وفقاً لرأي الجمهور -كما سيأتي بيانه-.

القانون، إلا أن القانون نفسه جاء منافيا لأحكام الشريعة في هذه الجزئية عندما جعل للمرأة الحق في طلب التطليق من خلال المادة 53 من القانون نفسه لمجرد الزواج عليها، أو لمنعها من العمل لضرورة أو مصلحة.

ومنه يفهم أن للزوج مثلا أن يشترط على الزوجة إسقاط حقها في النفقة أو أن تنفق على نفسها من مالها، أو أن تنازل عن حقها في التصرف في مالها إذا رضيت بذلك⁽²⁰¹⁰⁾.

ولا شك أن التوسع في مجال الاشتراط في عقد الزواج وعدم التقيد بالضوابط الشرعية في نطاق الشروط المختلف فيها بين الفقهاء- التي سيأتي ذكرها- قد تنجم عنه آثارا ومفاسد عند الإخلال بها من أحد الطرفين كما ذهب إلى ذلك المادة 53 في فقرتها التاسعة⁽²⁰¹¹⁾ عندما جعلت طلب التطليق جزاء لإخلال الزوج بأي شرط من الشروط المتفق عليها عند إبرام العقد.

ومنه فإن هذه المادة تطرح عدة إشكاليات فقهية؛ لكونها لم تميز بين أنواع الشروط وأقسامها -بين صحيحها وفاسدها- من حيث وجوب الوفاء بها من عدمه، فلم تفرق بين الآثار المترتبة على جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط المتفق عليها أثناء العقد.

على أنه لا إشكال في بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج بنص المادة 35 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا"⁽²⁰¹²⁾. وعليه لا بد من بيان وجهة الفقه الإسلامي في تقسيمه الشروط المقترنة بعقد الزواج وما ترتبه من آثار عند الإخلال بها على النحو الآتي:

أولا: الجانب الفقهي

المطلب الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج

يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج: أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك.

2010- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 76.

2011- استحدثت هذه الفقرة بموجب الأمر 05-02 ومصدرها في الأساس المادة 19 من نفس القانون المعدلة هي الأخرى. غير أن ما يؤخذ على هذا التعديل أنه جاء غير دقيق في محاولة الربط والانسجام بين المادة 19 المعدلة وكذا الفقرة المستحدثة في المادة 53 المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها، فالمادة 19 المعدلة تحدثت عن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق إذا كانت الزوجية قائمة، وهذا ما لم يراع بدقة في الفقرة التاسعة من المادة 53 التي تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، وليس في عقد رسمي لاحق.

2012- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

ويتميز الشرط المقترن بالعقد بكونه أمرا زائدا على أصل العقد أو التصرف، وأنه أمر مستقبلي يكون في مقدور المشتري عليه⁽²⁰¹³⁾.

وقد حثت نصوص الشريعة الإسلامية على الوفاء بالشروط التي يأخذها العباد على أنفسهم ويلتزمون بها نحو غيرهم على وجه العموم، وما يتعلق منها بعقد الزواج على وجه الخصوص. كما فصل الفقهاء وبينوا أقسام وأحكام هذه الشروط مع تباين بينهم في بعض أنواعها وفي وضع الحدود والقواعد التي بها يعرف صحة الشرط من فساد⁽²⁰¹⁴⁾.

والشروط في الزواج أنواع مختلفة: فمنها ما يجب الوفاء به باتفاق الفقهاء، كاشتراط العشرة بالمعروف، والإنفاق عليها وألا يقصر في شيء من حقوقها ونحو ذلك مما هو من مقتضيات عقد الزواج ومقاصده، ومنها ما لا يجوز الوفاء به باتفاق الفقهاء، كأن تشترط عليه أن يطلق زوجته ونحو ذلك. ومنها ما اختلف الفقهاء فيه، فمنهم من أجازوه ومنهم من لم يجزه، كاشتراط ألا يتزوج عليها، أو تشترط الزوجة خروجها للعمل بعد الزواج أو استمرارها فيه ونحو ذلك. وهذا النوع الأخير هو محل البحث والمناقشة⁽²⁰¹⁵⁾. وأما النوع الأول والثاني فلا بأس من التطرق إليهما بشيء من الإيجاز- بقصد التعريف بهما- على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع.

أولاً: الشروط الموافقة لمقتضى العقد

وهذه الشروط قد تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج، أو مؤكدة لحكم يقتضيه هذا العقد.

أ- الشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج: وهي التي تجب بالعقد من غير شرط، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون ذات دين، أو أن تقر في بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا بإذن منه، أو أن تكون له القوامة عليها، أو أن تكون مطيعة له في غير معصية، أو أن تكون خالية من الموانع

2013- انظر، محمود بلال مهران: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985، ص 15.

2014- راجع تقسيمات الشروط وأنواعها وآثارها عند فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم. كوثر كامل علي: الشروط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الاعتصام، القاهرة، 59 وما بعدها.

2015- قال أبو زهرة: "إذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة، فإن الشروط المقترنة بالعقد لا تكون ملزمة للطرفين، إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس، فما يشترطه العاقدان في الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا ينافي مقاصده". محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 209-210.

الشرعية، فلا تكون زوجة للغير أو في عدتها، ونحو ذلك. وأن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهرا، أو أن ينفق عليها، أو أن يعاشرها بالمعروف ونحو ذلك⁽²⁰¹⁶⁾.

فهذه الشروط إذا اقترنت بعقد الزواج، فهي صحيحة باتفاق الفقهاء والوفاء بها واجب، وذلك لأن كلا منها يوجب حكما من أحكام عقد الزواج، التي رتبها الشارع على هذا العقد، وجعلها من آثاره، فالوفاء بها واجب من الطرف الملتزم بها شرعا، سواء اشترطت في العقد أم لم تشترط⁽²⁰¹⁷⁾.

ب- الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج: وهذه الشروط لا توجب حكما من أحكام عقد الزواج، وإنما تؤكد حكما من الأحكام التي يقتضيتها هذا العقد.

وقد مثل الفقهاء لهذا النوع من الشروط باشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج - مثلا- ضامنا لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، أو يضمن قيامه -أي الزوج- بالإففاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها⁽²⁰¹⁸⁾.

ولما كان هذا الشرط مؤكدا لحكم يقتضيه عقد الزواج، فهو شرط صحيح باتفاق الفقهاء، لأنه يضمن الوفاء بأحكام العقد، وآثاره المالية المترتبة عليه، وهو مما يحرص عليه الشارع باعتباره من العوامل التي تؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها، واستقرار العلاقة بين الزوجين⁽²⁰¹⁹⁾.

ثانيا: الشروط التي دل على اعتبارها دليل شرعي

وهي الشروط التي دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطا من هذا النوع من الشروط، كان شرطا صحيحا معتبرا، والوفاء به واجب باتفاق الفقهاء⁽²⁰²⁰⁾. كأن يشترط الزوج على زوجته أن يكون الطلاق بيده، أو أن يشترط عليها التزام الحجاب خارج البيت أو مع غير المحارم، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها بعد الزواج⁽²⁰²¹⁾ ونحو ذلك.

2016- انظر، يوسف محمود عبد المقصود: بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح، ص 116.

2017- انظر، محمود بلال مهران: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، ص 24.

2018- انظر، يوسف محمود عبد المقصود: بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح، ص 116.

2019- انظر، محمود بلال مهران: المرجع نفسه، ص 30.

2020- انظر، محمود بلال مهران: المرجع نفسه، ص 31.

2021- وهذا شرط صحيح باتفاق الفقهاء إذا وافق عليه الزوج، لأنه حينئذ يكون قد رضي بالاحتباس الناقص، وعليه أن يمكنها من ذلك، طالما لا يؤثر على أدائها لواجباتها نحو رعاية شؤون بيتها، وقد كان هذا الشرط صحيحا باتفاق الفقهاء لأنه يتعلق بطلب العلم الذي دلت على صحته واعتباره كثير من النصوص الشرعية من الكتاب والسنة التي حثت على طلب العلم والسعي من أجله على وجه العموم دون تمييز بين الرجال والنساء.

الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء

الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء، تشمل نوعين من الشروط هما: الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج، والشروط التي ورد نهي الشارع عنها، وبيانها كآتي:

أولاً: الشروط المناقضة لمقتضى العقد

وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجزها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلاً باتفاق الفقهاء، كأن يشترط الزوج على زوجته ألا يكون لها مهر، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يعاشرها بالمعروف. وكأن تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضرثما عند القسم⁽²⁰²²⁾. فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء⁽²⁰²³⁾؛ لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به⁽²⁰²⁴⁾. جاء في المعنى: "القسم الثاني: ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من قسم صاحبيتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجملة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح. فأما العقد في نفسه فصحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به، فلم يبطل، كما لو اشترط في العقد صداقاً محرماً، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعقاق"⁽²⁰²⁵⁾.

2022- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص158. يوسف محمود عبد المقصود: بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح، ص

117. عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 212/1.

2023- غير أن هناك من الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج ما يترتب عليه بطلان العقد نفسه، وهو اقتران العقد بشرط الخيار أبداً أو لمدة معينة، سواء كان الخيار للزوجين أو لأحدهما أو لشخص آخر، فهذا الشرط يناقض مقتضى عقد الزواج، لأنه عقد شرع لتترب عليه آثاره فور إنشائه بدون تأخير، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة في الإنشاء في الحال. انظر، ابن قدامة: المعنى، 488/9.

2024- انظر، ابن قدامة: المعنى، 486/9. السيد سابق: فقه السنة، 33/2-34.

2025- ابن قدامة: المعنى، 486/9-487.

ثانيا: الشروط المنهي عنها شرعا

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة⁽²⁰²⁶⁾، مثل أن تشترط الزوجة طلاق ضرقتها⁽²⁰²⁷⁾، أو يزوج شخص ابنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار⁽²⁰²⁸⁾، وكأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت⁽²⁰²⁹⁾، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لزوجها، وهو ما يسمى بنكاح المحلل⁽²⁰³⁰⁾.

فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه.

الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها

وهي ما عدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير الصحيحة باتفاق الفقهاء كذلك، وهي التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم

2026- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 2/35-36.

2027- لورود النهي عن ذلك في قوله ﷺ: "لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها فإن لها ما قدر لها". البخاري: كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، حديث رقم 5152. الجامع الصحيح، 3/375-376. قال ابن قدامة: "والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح". المغني، 9/486. وقال ابن القيم: "إذا تزوج امرأة فشرط عليها ألا يبيت عندها إلا ليلة الجمعة، فإن طالبتة كان لها المقاسمة، وإن أعطته مالا واشترطت عليه ألا يتزوج عليها يرد عليها المال إذا تزوج". جامع الفقه، 5/183.

2028- فأما نكاح الشغار فإنهم اتفقوا على أن صفته هو: أن ينكح الرجل موليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر موليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه، واختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: لا يصح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إن سمي لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمياه فاسد، وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري. ابن رشد: بداية الاجتهاد، 2/57. الشريبي: مغني المحتاج، 3/192-193. الغزالي: الوسيط في المذهب، 5/48.

2029- نكاح المتعة: تواترت الأحاديث بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، ففي بعض الروايات أنها حُرمت يوم خيبر، وفي بعضها يوم الفتح، وفي بعضها في غزوة تبوك، وفي بعضها في حجة الوداع، وفي بعضها في عمرة القضاء، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها. ابن رشد: بداية الاجتهاد، 2/58. السيد سابق: فقه السنة، 2/27 وما بعدها.

2030- وهو نكاح عقده الزوج الثاني قاصدا تحليل المطلقة المثلثة. الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 251. قال مالك: أنه نكاح مفسوخ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح، وسبب اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ: "لعن الله الخلل"، فمن فهم من اللعن التأيم فقط، قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التأيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال: النكاح فاسد. ابن رشد: بداية الاجتهاد، 2/58-59. قال ابن قدامة: "وحكمه أنه باطل وعلى ذلك جمهور الفقهاء". انظر، ابن قدامة: المغني، 10/49. وقال السرخسي: "نكاح الخلل، إن لم يشترط ذلك في العقد صح النكاح وبُيئت الحل للأول، فإن شرط أن يحللها للأول فعند أبي حنيفة يكره هذا الشرط، وعند أبي يوسف النكاح جائز ولكن لا تحل به للأول، وعند محمد النكاح فاسد". المبسوط، 6/10.

يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط⁽²⁰³¹⁾. كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج. وكأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو نسيبة أو متعلمة ونحو ذلك⁽²⁰³²⁾.

فهل هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها أم غير صحيحة لا يلزم الوفاء بها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول: أن هذه الشروط لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حقّ المشترط فسخ العقد، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة والأوزاعي وإسحاق بن راهويه⁽²⁰³³⁾. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽²⁰³⁴⁾.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

أولاً: قوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحلتتم به الفروج"⁽²⁰³⁵⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص؛ لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به⁽²⁰³⁶⁾.

ثانياً: قوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁽²⁰³⁷⁾. وهذه الشروط لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث.

ثالثاً: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه، وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال عمر: "لها شرطها"، فقال

2031- انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 313/1.

2032- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 34/2-35.

2033- ابن قدامة: المغني، 483/9-484.

2034- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، 461/5. ابن القيم: جامع الفقه، 176/5.

2035- البخاري: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151. الجامع الصحيح، 375/3. مسلم: كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم 1418. صحيح مسلم، 641/1.

2036- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 160.

2037- البخاري: كتاب الإجارة، باب أجره السمسرة، بلفظ "المسلمون عند شروطهم". الجامع الصحيح، 135/2. البيهقي: كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 14433، السنن الكبرى، 406/7.

الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقته، فقال عمر: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم"⁽²⁰³⁸⁾.

رابعاً: أن ما يشترطه الزوج أو الزوجة على الآخر عند إجراء عقد الزواج لا يخلو من منفعة للمشترط⁽²⁰³⁹⁾، وكان رضاه بالعقد على أساسها، وهي لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لا بد من الوفاء بما إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه، وهو وجوب الوفاء بالعهود والعقود، وإن حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد، فكان حقا أن ينظر في رضا المشترط من جديد، أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد⁽²⁰⁴⁰⁾.

المذهب الثاني: أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية⁽²⁰⁴¹⁾ والشافعية وبعض الفقهاء؛ لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد، ولا مؤكداً لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به فيكون شرطاً لاغياً، ولا تأثير له في صحة العقد⁽²⁰⁴²⁾. واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

أولاً: ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط"⁽²⁰⁴³⁾. ومن ذلك يتبين أن كل شرط لم يقر دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى⁽²⁰⁴⁴⁾.

2038- البخاري: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح. الجامع الصحيح، 3/375. ابن حجر: فتح الباري، 11/497.

2039- ابن قدامة: المغني، 9/485. محمود بلال مهراڤ: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/317.

2040- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 160.

2041- غير أن الحنفية يرون أن مثل هذه الشروط لا مانع من الوفاء بها، بل الشارع يطالب بالوفاء بها، نظراً للقواعد العامة التي تأمر بالوفاء بالعهد والتزام المواثيق المتفق عليها، وإن كان إهمالها لا يضر بالعقد ضرراً ما، إلا أنه ينبغي الوفاء بما ديانة لا قضاء. انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1981، ص 86-94.

2042- انظر، الغزالي: الوسيط في المذهب، 5/229. ابن قدامة: المغني، 9/484. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 158. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 174.

2043- البخاري: كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يخل من الشروط التي تخالف كتاب الله، حديث رقم 2561. الجامع الصحيح، 2/225.

2044- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 159.

وقد أوجب عن ذلك بأن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله: الشرط الذي ليس في حكم الله تعالى وشرعه، وهذه الشروط التي هي محل الخلاف ليست كذلك؛ لأنها مشروعة.

ثانياً: قوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"⁽²⁰⁴⁵⁾. ووجه دلالة هذا النص على بطلان الشروط التي لم يرد ما يدل عليها من الشرع، قال أبو زهرة: "ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبت له لكان الشرط محرماً للحلال، إذ يمنع من حق كان لإنسان، ويجعل ما لم يكن لازماً في مرتبة الوجوب"⁽²⁰⁴⁶⁾.

وأوجب عن ذلك بأن الإلزام بالشرط لا يترتب عليه تحريم الحلال؛ لأن الملتزم بالشرط في مقدوره عدم الوفاء به، وحينئذ يكون من حق المشتري أن يفسخ العقد⁽²⁰⁴⁷⁾، فإذا اشترطت ألا يتزوج عليها ثم تزوج فإن العقد الثاني يصح، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه قضاء، كأن تشترط ألا تخرج من بيتها فلها ألا تنتقل إلى منزله، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال، لأن امتناعها بحق شرعي لها⁽²⁰⁴⁸⁾.

ثالثاً: أن آثار عقد الزواج هي من صنع الشارع وترتيبه، وذلك حتى يصاب هذا العقد من أي اضطراب يلحق به، وحتى لا تكون الحياة الزوجية خاضعة لأهواء الناس ومآربهم، فتخرج عن معناها وما أحاطها به الشارع من رعاية وتقديس⁽²⁰⁴⁹⁾.

وأوجب عن ذلك بأنه لا تعارض بين آثار عقد الزواج التي هي من صنع الشارع بالاتفاق، وبين القول بصحة الشروط التي يشترطها الزوجان طالما أنهما لا تتنافى مع مقتضيات هذا العقد، ولم يرد عن الشارع ما يدل على عدم اعتبارها، لأن من يشترط شيئاً من ذلك دافعه إلى هذا الاشتراط هو تحقيق مصلحة لا تتعارض مع مقاصد الشريعة ومبادئها العامة التي قررها الشارع، ولا شك أن احترام هذه الشروط يكون عاملاً هاماً وأساسياً من عوامل استقرار الحياة الزوجية وتماسكها وعدم اضطرابها، أو إصابتها بالخلل وهو ما تسعى النصوص الشرعية المتعلقة بالزواج إلى تأكيده ودعمه ورعايته⁽²⁰⁵⁰⁾.

2045- سبق تخرجه، ص 418.

2046- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 159.

2047- انظر، ابن قدامة: المغني، 485/9.

2048- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 160. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/319.

2049- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 159.

2050- انظر، بلال مهران: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، ص 82.

المذهب الثالث: أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحطّ من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية⁽²⁰⁵¹⁾.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

أولاً: قوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"⁽²⁰⁵²⁾. فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين وقوله ﷺ: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط"⁽²⁰⁵³⁾.

ثانياً: ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي - كرم الله وجهه - فقال: "شرط الله قبل شرطها"، ولم ير لها شيئا⁽²⁰⁵⁴⁾. فجمعا بين هذه النصوص قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب، وإن كان يكره اشتراطها أصلا. قال مالك: "ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته"⁽²⁰⁵⁵⁾.

وأجيب عن هذا بأن التعارض بين النصوص منتف هنا، لأن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله تعالى في قوله ﷺ: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله..⁽²⁰⁵⁶⁾ هو الشرط الذي ليس في حكم الله تعالى وشرعه، وهذه الشروط التي هي محل الخلاف ليست كذلك لأنها مشروعة.

وأما قول علي فلا حجة فيه بجانب قوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"⁽²⁰⁵⁷⁾، فيكون الوفاء بهذه الشروط واجبا وليس مستحبا كما قال المالكية.

الترجيح

بعد عرض مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، وذلك فيما عدا الشروط المتفق على صحتها، والمتفق على بطلانها، والأدلة التي استند إليها كل مذهب فيما ذهب إليه، يتبين أن المذهب القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف

2051- انظر، الباجي: المنتقى 67/5. ابن رشد: بداية المجتهد، 59/2.

2052- سبق تخريجه، ص 418.

2053- سبق تخريجه، ص 419.

2054- انظر، الزرقاني: شرح الموطأ، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1981، 137/3.

2055- الباجي: المنتقى، 68/5.

2056- سبق تخريجه، ص 119.

2057- سبق تخريجه، ص 118.

الآخر، فإن لم يف بها من اشترطت عليه، كان من حقّ المشتري فسخ العقد، ما دام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه، وذلك لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا المذهب، وخلوها عن المعارض الصحيح، وهو مذهب عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين، والإمام أحمد وبعض الفقهاء، وهو ما رجحه الشيخ محمود بلال مهران (2058).

إلا أنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية القائمة على أساس المودة والعشرة بالمعروف.

وأما الشيخ أبو زهرة فيرى عدم لزوم الوفاء بمثل هذه الشروط، إذ يقول في ذلك: "أن الأولى والصالح أن تبقى الشروط خاضعة لمذهب أبي حنيفة، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء، ولو أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترحة بالزواج، لكانت آثار الزواج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الإسلامي من الزواج المدني... ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحا والوفاء بها لازما لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب" (2059).

ولعلّ الرأي الحسن في ذلك ما ذهب إليه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بقوله (2060): "أما الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشتري، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به، ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيّر واجبا، بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود، ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سببا لثبوت حق الفسخ فيه" (2061).

المطلب الثاني: أثر الاختلاف الفقهي في الاشتراط في عقد الزواج

ويتفرع عن هذا مسألتان خصهما المشرع الجزائري بالذكر في نص المادة 19 وهما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة.

2058- انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 322/1-323.

2059- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 161-162.

2060- سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، ص 98.

2061- على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري من جعل حق الفسخ كأثر يترتب على عدم الوفاء بمثل هذه الشروط، كما سيأتي بيانه.

الفرع الأول: شرط عدم تعدد الزوجات

ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزوج عدم الزواج عليها بامرأة أخرى⁽²⁰⁶²⁾، وإذا أحل الزوج بهذا الشرط أثناء قيام الحياة الزوجية كان للزوجة الحق في طلب التطليق وفقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة⁽²⁰⁶³⁾.

وخلاصة المذاهب الفقهية في هذه المسألة على النحو الآتي:

ذهب الحنفية إلى أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وليست مؤكدة له، ولم يرد بها أثر، ولم يجز بها العرف، وإنما اشتملت على منفعة تعود على أحد العاقدين. وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا، ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط⁽²⁰⁶⁴⁾.

أما المالكية فيرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها، ولا يلزم الوفاء به ابتداءً، ولكن إن وقع صح العقد وبطل الشرط، إلا أنه يستحب الوفاء به⁽²⁰⁶⁵⁾. قال ابن جزى: "إذا شرط لها ألا يتزوج عليها، فإن كان دون يمين لم يلزمه، وجاز له أن يتزوج حسبما تقدم"⁽²⁰⁶⁶⁾.

وأما الشافعية فاعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد، إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، والمشهور عندهم أن العقد لا يفسد بفساد الشرط، فيصح النكاح ويفسد الشرط، وذلك لعدم الإخلال بمقصود النكاح وهو الوطاء والاستمتاع⁽²⁰⁶⁷⁾.

ويرى الحنابلة أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه. وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإذا فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه⁽²⁰⁶⁸⁾.

2062- وتعمد النص على هذا الشرط من قبل المشرع الجزائري إنما هو تأكيد على اتجاهه إلى تضييق مساحة التعدد، حيث أكد على هذا التوجه في أكثر من موضع من قانون الأسرة، فجعل بذلك من التعدد مشكلة قانونية واجتماعية، في حين أن الأمر بخلاف ذلك عند التقيد بضوابطه الشرعية.

2063- وسيأتي مناقشة الفقرة السادسة من المادة 53 في الفصل الثاني من هذا الباب عند الحديث عن التطليق وأسبابه.

2064- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 59/2.

2065- انظر، الباجي: المنتقى، 68/5.

2066- ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية، ص 219.

2067- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 570/3 وما بعدها.

2068- انظر، ابن قدامة: المغني، 483/9-484. ابن القيم: جامع الفقه، 176/5.

وذهب الظاهرية إلى أن هذا الشرط لم يرد بجوازه واعتباره نص من كتاب أو سنة أو إجماع. ومن ثم يحرم على المرأة مثل هذا الشرط، ولا يجوز الوفاء به، وإذا اقترن بالعقد أبطله. وذلك كما يعلل ابن حزم بأن العقد لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له لأنه لا دليل عليه فلا صحة لما عُقد، لأن ما انبنى على باطل فهو باطل⁽²⁰⁶⁹⁾.

الترجيح

بناء على ما سبق بيانه من أدلة المذاهب وتباين آرائهم في وجوب الوفاء بالشروط من عدمه، خصوصا بين الحنفية والشافعية من جهة، وبين الحنابلة - الذين توسعوا في الشروط- من جهة ثانية، فإن الرأي الأقرب للواقع التطبيقي هو رأي المالكية الذي يجمع بين الرأيين، فيقرر استحباب الوفاء بهذا الشرط، ولكن إذا لم يف الزوج بهذا الشرط لا يكون للمرأة الخيار في الفسخ. فهذا الرأي أقرب إلى الواقع باعتبار أن الوفاء بهذا الشرط قد تعترضه أسباب خارجة عن إرادة الزوج، كأن تكون متعلقة بالزوجة في ذاتها، بأن تكون عقيما أو تمرض مرضا مزمنا، فليس للزوجة الحق في طلب التطليق بدعوى اشتراطها عدم التزوج عليها، إذ لا ضرر ولا ضرار.

الفرع الثاني: شرط عمل المرأة بعد الزواج

ذهب المشرع الجزائري - كما سبقت الإشارة لذلك- في نص المادة 19 إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل⁽²⁰⁷⁰⁾، وأن الإخلال بهذا الشرط من طرف الزوج يجعل للمرأة الحق في طلب التطليق وفقا للفقرة التاسعة من المادة 53، وقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما لم يجعل عمل المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا للفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة⁽²⁰⁷¹⁾.

ولبيان حكم هذا الشرط والآثار المترتبة على جزاء الإخلال به عند قيام الحياة الزوجية، لا بد من التطرق أولا إلى مسألة خروج المرأة إلى العمل بغير رضا الزوج ودون اشتراطها ذلك عند العقد.

2069- ابن حزم: المحلى، 491/9.

2070- يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يميز في العمل الذي تشترط المرأة الخروج إليه بعد الزواج بين أن يكون مشروعا يلزم الزوج الوفاء به إذا وافق عليه الزوج، أو غير مشروع بحيث يكون اشتراطها باطلا لا يلزم الوفاء به، فلا يكون لها الحق في طلب التطليق.

2071- وسيأتي الحديث عن مسألة سقوط الحق في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة في الفصل الثاني.

أولاً: خروج المرأة إلى العمل الكسبي

الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية، وقيامها على شؤون بيتها و زوجها، وللزوج الحق في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر مادام الزوج قائماً بكفالتها، ولا يوجد رأي فقهي يقرر حق المرأة في العمل دون إذن زوجها؛ لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، وبالتالي فلا يباح للمرأة واجبها، فإن أرادت الخروج للتكسب من عمل مشروع خارج البيت فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج، أو في حالة عدم قيامه بالإلتفاق عليها، فتخرج للضرورة.

جاء في رد المحتار: "أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبي ولو قابلة ومغسلة"⁽²⁰⁷²⁾، فيفهم من كلامه أنه إذا كان له منعها من ذلك فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة ما دامت خارجة وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة. ثم قال: "وينبغي عدم تخصيص الغزل بالذكر، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب؛ لأنها مستغنية عنه لو جوب كفايتها عليه، وكذا له أن يمنعها من العمل تبرعا لأجنبي من باب أولى"⁽²⁰⁷³⁾.

ومن الملاحظ أن الفقهاء لم يفرقوا بين عمل وعمل آخر لاعتبار الزوجة ناشزة - حين خروجها إلى العمل - مادام الزوج لا يرضى لها العمل خارج البيت، حتى ولو كان هذا العمل من الأعمال الضرورية للمجتمع، كالطبيبة والقابلة والمغسلة ونحو ذلك من الأعمال التي يكون الخروج إليها من قبيل فرض الكفاية؛ لأن حق الإقامة في منزل الزوجية فرض عين وهو مقدم على فرض الكفاية، أضف إلى ذلك أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فلا يصح لها الاكتساب، والمرأة التي تحترف وتكتسب لم تفرغ نفسها لزوجها ولم تسلمها تسليماً كاملاً، وبالتالي فله منعها من الخروج⁽²⁰⁷⁴⁾.

أما إذا لم ينفق عليها فلها تحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس للزوج منعها من ذلك، سواء كانت فقيرة أم غنية، - وفي رواية - للشافعية أنه لو أمكنها الإلتفاق من مالها أو كسب في بيته امتنع عليها الخروج. جاء في مغني المحتاج: "ولها الخروج من بيتها نهاراً لتحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال وليس له منعها سواء كانت فقيرة أم غنية؛ لأن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة، فإذا لم يوفها ما عليه لم يستحق عليها حجراً"، قال الشريبي تعليقا على هذا: "قضية كلامه أنه لو أمكنها

2072- ابن عابدين: رد المحتار، 603/3.

2073- ابن عابدين: رد المحتار، 603/3.

2074- انظر، علي محمد علي قاسم: نشوز المرأة - أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص

الإنفاق من مالها أو كسب في بيته امتنع عليها الخروج وهو وجه، والصحيح المنصوص عليه الأول⁽²⁰⁷⁵⁾.

وعلة ذلك أن القرار يعني الطاعة، والاحتراف للعمل في حد ذاته نشوز وعصيان-إذا كان بغير إذن الزوج- والمرأة غير مأمورة بالتكسب بل مأمورة بالقرار في بيت الزوجية، أما بالنسبة للأعمال المتزلية التي تحتمها ظروف الحياة ومتطلبات العصر، كمزاولة مهنة الخياطة وأعمال النسيج وغيرهما فليس للزوج أن يمنع زوجته من القيام بما ما دام أنها لا تتنافى مع قيامها بحقوق الزوجية، وما دامت هذه الأعمال لا تضعفها أو تنقص من جمالها، فإن طلب عدم قيامها بهذه الأعمال وخالفته فله أن يؤديها لعصيانها إياه، غير أنه لا يحكم بنشوزها⁽²⁰⁷⁶⁾.

جاء في رد المختار: "والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته، أما العمل الذي لا ضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصاً في حال غيبته من بيته، فإن ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وساوس النفس والشيطان أو الانشغال بما لا يعني مع الأجانب والجيران"⁽²⁰⁷⁷⁾.

ثانياً: اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل خارج البيت عند العقد

إذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فقد اختلف الفقهاء في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال:

القول الأول: يرى الحنفية أن هذا الشرط فاسد ملغى، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، فإن استمرت رغم منعها فهي ناشزة⁽²⁰⁷⁸⁾.

القول الثاني: يرى المالكية أن هذا الشرط صحيح، ولكنه مكروه، ولا يلزم الوفاء به ولكن يستحب، وبالتالي فلزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإن رفضت رغم منعها فهي ناشزة⁽²⁰⁷⁹⁾.

القول الثالث: يرى الشافعية أن مثل هذا الشرط لا قيمة له؛ لأن النفقة عندهم إنما تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وأن هذا العمل يترتب عليه خروجها من البيت بغير إذن الزوج، وبالتالي فإنها تكون ناشزة⁽²⁰⁸⁰⁾.

2075- الشريبي: معني المحتاج، 3/582.

2076- انظر، علي محمد علي قاسم: نشوز المرأة، ص 73.

2077- ابن عابدين: رد المختار، 3/603.

2078- ابن عابدين: المصدر نفسه، 3/603.

2079- الخطاب: مواهب الجليل، 4/188.

القول الرابع: يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، فيجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط، ولا يحق له أن يمنعها من العمل، فإن أراد منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشئة بناء على هذا الشرط، إذ ليس فيه إخلالا بالطاعة الواجبة عليها، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً⁽²⁰⁸¹⁾.

الترجيح

إن من مقتضى العقد طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، والقرار في البيت من صلب مقتضياته للأمر به في قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾⁽²⁰⁸²⁾ ومنه فلا يلزم الزوج الوفاء بهذا الشرط شريطة أن لا يتعسف في استعمال سلطته في هذا الأمر. فلا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق بمنع الزوجة من العمل أو مطالبته بتركه إذا كان بقصد الإضرار، أو ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرجوة من ذلك، كما ينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو الأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرجوة منه.

وإذا كان الإسلام قد كفل حق المرأة في العمل لكنه يشترط من ناحية أخرى عدم وقوع تعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأمّ، وألا يؤدي خروجها إلى الاختلاط أو الخلوة بأجنبي المنهي عنهما شرعاً، وأن يكون العمل مشروعاً، قال الدسوقي: "ليس للزوج منعها من التجر والبيع والشراء حيث كانت لا تخرج ولا تخلو بأجنبي ولا يخشى عليها الفساد بذلك"⁽²⁰⁸³⁾. فإن كان العمل غير مشروع كان الشرط باطلاً مع صحة العقد، ومن ثم لا يلزم الوفاء بهذا الشرط⁽²⁰⁸⁴⁾؛ إلا أن مخالفة الشروط المختلف فيها بصفة عامة لا يبطل صحة العقد باتفاق الفقهاء وإنما يكون للمشتراط الخيار في طلب الفسخ أو إمضاء العقد على رأي فقهاء الحنابلة.

2080- الشريبي: مغني المحتاج، 3/570 وما بعدها.

2081- انظر، ابن قدامة: المغني، 9/485.

2082- الأحزاب: الآية 33.

2083- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/345.

2084- انظر، محمود بلال مهران: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، ص 89-90. وعلي محمد علي قاسم: نشوز المرأة، ص 75. وفي رأي أن الاحتباس الكامل هو الأصل والقاعدة في الحياة الزوجية؛ لأنه هو الذي يحقق ما شرع الزواج من أجله وهو السكن الذي يتحقق بقرار الزوجة في بيت الزوجية، والاحتباس الناقص - وإن رضي به الزوج وأذن فيه - استثناء من القاعدة - والاستثناء لا يلغي القاعدة الأصلية، فإذا الزوج يوجد الاستثناء في فترة الإذن، والغاؤه هذا الإذن يقطع حالة الاستثناء ويرجع الأمر إلى الحكم الأصلي القاضي بحقه الكامل في دعوتها إلى الاحتباس الكامل، وواجبها في طاعة ذلك على الفور، أما جعل الاستثناء ملغياً للقاعدة الأصلية فأمر لم يعرفه الفكر الفقهي الإسلامي ولا يتفق مع قواعده العامة ولا الأقيسة الصحيحة فيه.

ثالثاً: اشتراط الزوج منعها من العمل وعدم امتثالها

إذا لم يرض الزوج بعملها ونهاها عن الخروج للعمل من أول الحياة الزوجية أو شرط عليها عند العقد ترك الوظيفة، فلم تمتثل، واستمرت في وظيفتها، فعندئذ يسقط حقها عليه في النفقة. وذلك لأن وجوب النفقة على الزوج منوط بالاحتباس الكامل والقرار في بيت الزوجية، لمصالح الزوج وتعهد الأطفال، ولأن الخروج للعمل محل بهذه المصالح، فيسقط بذلك حقها في النفقة.

جاء في المبسوط: "لأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له، فتستوجب الكفاية عليه في ماله، كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم، والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم" (2085).

ثم قال في موضع آخر: "وإذا تغييت أو أبت أن تتحول معه إلى منزله أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاهما مهرها فلا نفقة لها لأنها ناشزة، ولا نفقة للناشزة" (2086).

وجاء في الفتاوى الهندية: "وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله، والناشزة هي الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها عنه، بخلاف ما لو امتنعت عن التمكن في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم" (2087).

وجاء في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: "أن المرأة إذا منعت زوجها الوطاء أو الاستمتاع، أو خرجت من بيت زوجها بغير إذنه إذا لم يقدر على ردّها فإن نفقتها تسقط" (2088).

وجاء في المغني ما نصه: "مسألة: قال: وإذا سافرت زوجته بغير إذنه فلا نفقة لها ولا قسم -أي سافرت في حاجتها- لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فتسقط، وفي هذا تنبيه على سقوطها إذا سافرت بغير إذنه، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى" (2089).

ويظهر مما سبق أن نفقة الزوجة على زوجها إنما شرعت مقابل قرارها في منزل الزوجية وتفرغها لمصالح الزوج. فإذا اشتغلت بعمل خارج منزل الزوجية دون إذنه ورضاه ولو كان ذلك من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة كانت مفوتة حقه فيفوت حقها وتسقط نفقتها؛ لأن الحقوق المترتبة على العقد متقابلة.

2085- السرخسي: المبسوط، 181/5.

2086- السرخسي: المصدر نفسه، 186/5.

2087- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 568/1.

2088- الخطاب: مواهب الجليل، 187/4-188.

2089- ابن قدامة: المغني، 251/10.

ثانيا: الجانب القانوني

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين. وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها- الزوج والزوجة- ضرورة في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما. غير أن المشرع الجزائري قد خص بالذكر صورتين للاشتراط؛ وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

وقد خالف بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القدامى والمحدثين من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء. يمثل هذه الشروط لما ينجم عن ذلك من مفسد وأضرار من جهة- كما سلف بيانه-. ومن جهة أخرى لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه الطلاق طلبا تعسفيا، ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا، وعليه يسقط حقها في التعويض؟.

المطلب الثالث: حكم عقد الزواج وأقسامه

ليس المقصود بالحكم الشرعي لعقد الزواج- في هذا الموضع- الحكم التكليفي؛ أي ما يعتره من أحكام الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة، كما أنه لا يقصد به الأثر المترتب على الزواج بمجرد انعقاده.

إنما المقصود به هنا صفة العقد من حيث الصحة والبطلان والفساد، أو ما يسمى بالحكم الوضعي.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الشارع لا يرتب حقوقا شرعية على عقد من العقود إلا حين يستكمل العقد شروط انعقاده وشروط صحته، فبدونهما لا تترتب عليه الآثار والأحكام، وحكم الزواج بهذا المعنى مختلف باختلاف الأنواع التي يتنوع إليها عقد الزواج تبعا لاستيفاء أركانه وشروطه.

وعليه فإن عقد الزواج إما أن يكون صحيحا أو غير صحيح، وغير الصحيح يقسم إلى باطل وفساد، على خلاف بين الجمهور والحنفية - سيأتي ذكره- أما العقد الصحيح فيقسم إلى عقد صحيح نافذ وعقد صحيح موقوف، والعقد الصحيح النافذ إما أن يكون لازما أو غير لازم.

الفرع الأول: الزواج غير الصحيح

أولاً: الجانب الفقهي

يقسم بعض فقهاء الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد، بينما يذهب الجمهور إلى أن العقد إما صحيح أو باطل⁽²⁰⁹⁰⁾. ومنه لا بد أولاً من بيان الفرق بين الزواج الباطل والفساد⁽²⁰⁹¹⁾:

أولاً: الزواج الباطل

وهو الذي اختل فيه ركن أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد. كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريماً لا يشتهبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم، وكالعقد على إحدى محارمه أو زوجة الغير، وتزوج غير المسلم بالمسلمة لعدم محلية المرأة فيها، أو أن تكون صيغة العقد معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل، فإن الزواج في مثل هذه الحالات يعتبر باطلاً؛ لأنه لم ينعقد أصلاً⁽²⁰⁹²⁾.

حكمه: الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج⁽²⁰⁹³⁾؛ لأن وجوده كعدمه باتفاق الفقهاء، فلا يجل به الدخول، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة، ولا يرد عليه طلاق، ولا يثبت به

2090 - الباطل والفساد بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية، فالزواج الباطل أو الفاسد عند المالكية هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى نوعين: زواج متفق على فساد كالزواج بإحدى المحارم، وزواج اختلف الفقهاء في فساد، وهو ما يكون فاسد عند المالكية وصحيحاً عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قوياً كزواج المريض مرضاً مخوفاً، فإنه لا يجوز على المشهور عند مالك، وإن كان الخلاف ضعيفاً كزواج المتعة وزواج المرأة الخامسة كان من المجمع على فساد. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 112/7، 113/7. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 163/1-164.

2091 - راجع الأحكام المتعلقة بالزواج الباطل. الدردير: الشرح الكبير، 236/2-241.

2092 - انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 112/7. عبد الرحمن الصابري: الأحوال الشخصية، 198/1. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 166/1.

2093 - يذهب الشيخ مصطفى الزرقا إلى تسمية العقد الذي فقد أحد مقوماته بالعقد الباطل، وفرق بين العقد الذي لا يترتب عليه أي أثر، ويسمى بالعقد الباطل غير المشتبه، وأما العقد الذي تترتب عليه بعض الآثار، فيسمى بالعقد الباطل المشتبه، وذلك لأن سبب ترتب بعض الآثار عليه قيام الشبهة كشبهة الحل مثل النكاح بلا شهود أو شبهة الاشتباه، كمن اعتقد أن أخته من الرضاع حلالاً وهو يجهل الحكم أو شبهة العقد مثل صدور الإيجاب والقبول من العاقدين مع كون أحدهما فاقد الأهلية. حيث يقول في ذلك: "فالعقد النكاح الباطل (المشتبه) لا يثبت حكمه الأصلي من حل الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الأحوال، ولكنه إذا أعقبه دخول فإن المرأة تستحق به مهراً، ويثبت به نسب الولد من الرجل، وتجب فيه على المرأة العدة من تاريخ المفارقة، ذلك لأن الشرع يمتنع في إثبات الأنساب وإيجاب العدة بمجرد الشبهة، ويستلزم ذلك لزوم المهر، فإن اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الإسلام لا يمكن أن يخلو عن إحدى نتيجتين: إما عقوبة الحد إذا كان زناً محضاً، وإما المهر إذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة. والعقد - وإن لم يكن صحيحاً - يورث شبهة تثبت بها الأحكام الاحتياطية.. ويلحظ هنا أن هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم تترتب إلا بناء على فعل الدخول، لا على مجرد العقد، ولكنها لم تكن لتثبت لولا هذا العقد الباطل، إذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل والمرأة مجرد زنا لا تأويل فيه لولا استناده إلى هذا العقد، ومن ثم اعتبرت أثراً للعقد الباطل". المدخل الفقهي العام، 716/2-717.

نسب، ولا عدة فيه بعد المفارقة، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنا⁽²⁰⁹⁴⁾. وتعتبر الصلة بين الرجل والمرأة في العقد الباطل صلة غير مشروعة⁽²⁰⁹⁵⁾. وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراما، ويجب عليهما الافتراق، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي بطريق الحسبة، وعلى القاضي أن يفرق بينهما؛ لأن هذا الدخول زنا وهو معصية كبيرة يجب رفعها⁽²⁰⁹⁶⁾.

وقد اختلف الفقهاء في وجوب الحد به: فذهب جمهور الفقهاء ومنهم صاحبان من الحنفية إلى أنه موجب لحد الزنا متى كان الفاعل عاقلا عالما بالتحريم⁽²⁰⁹⁷⁾.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحد؛ لأن صورة العقد شبيهة تكفي لأن يدرأ بها الحد عنه، ومع ذلك لم يعفه من العقوبة بل قال: إنه يعزر أشد أنواع التعزير لقبح فعله. وإذا سقط عنه الحد وجب عليه مهر المثل بالغ ما بلغ، لأن الدخول بالمرأة في الإسلام لا يخلو من حد أو مهر طبقا للقاعدة الفقهية: "الدخول بالمرأة لا يخلو من عُقر-أي مهر- أو عُقر-أي حد-"، ولا تجب العدة بعد التفريق؛ لأنه لا عدة في الزنا حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط، ولا يثبت بهذا العقد نسب يحافظ عليه⁽²⁰⁹⁸⁾.

هذا وقد اتفق الفقهاء فيما إذا دخل بمن تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على أنه لا يجد ولا يلزمه مهرها بهذا الدخول؛ لأنه لا بد من أحد أمرين: الحد أو المهر وحيث لا حد وجب مهر المثل⁽²⁰⁹⁹⁾.

2094- لو حصل دخول في ظل العقد الباطل فإن الحنفية يثبتون به حرمة المصاهرة بسببه، لأن الزنا يثبت به حرمة المصاهرة عندهم. انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 526/4. محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 198. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 166/1.

2095- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 112/7.

2096- انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص 118-119. عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 188-189.

2097- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 198. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 166/1-167.

2098- انظر، عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 198/1-199. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 47/7. محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 198.

2099- انظر، محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 198.

ثانيا: الزواج الفاسد

وهو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط انعقاده. وهو عند الحنفية كل عقد توافرت فيه عناصر الانعقاد ولكن فقد شرطا من شروط الصحة، كالزواج بغير شهود والزواج بمن تحرم عليه وهو يجهل هذه الحرمة ثم علم بها بعد الدخول⁽²¹⁰⁰⁾.

حكم الزواج الفاسد: إن الزواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل به الدخول بالمرأة ولا أثر له قبل الدخول⁽²¹⁰¹⁾، ولما كان فساد العقد يرجع إلى وصف العقد ولا يرجع إلى أصله -أي أركانه وشروط انعقاده- فقد ترتب على الدخول الحقيقي في العقد الفاسد بعض آثار الزواج، فيكون منعقدا لأن المرأة محل للزواج في الجملة⁽²¹⁰²⁾، لكنه يكون فاسدا لعدم صلاحيته في ذاته لترتب الآثار عليه.

فإذا حصل دخول بالمرأة فلا يقام حدّ الزنا عليهما، ويجب المهر لوجود شبهة العقد، وهي كافية لدرء الحدّ، وإذا سقط الحدّ وجب المهر، والمهر الواجب هو مهر المثل مهما بلغ، فإن سمي لها مهرا وجب عليه الأقل من المهر المسمى، ومهر المثل على الرأي الراجح في الفقه الحنفي⁽²¹⁰³⁾، وتجب العدة بعد التفريق بينهما، ويثبت به نسب الولد لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد⁽²¹⁰⁴⁾، ولا تجب نفقة ولا طاعة ولا توارث بينهما، ويلاحظ أن العدة التي تجب بالدخول في الزواج الفاسد عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إن لم تكن حاملا، وهذه العدة تكون في حالة وفاة الزوج أيضا لأنها للتعرف على براءة الرحم وليس لإظهار التأسف على النكاح، ولا تثبت لها نفقة أثناء العدة⁽²¹⁰⁵⁾.

2100- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص191.

2101- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/335. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/179.

2102- ومن هنا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع التحريم، فإن كان قطعيا متفقا عليه جعل العقد باطلا، وإن كان ظنيا أو مختلفا فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته لترتب الآثار عليه. هذا وفق مذهب الحنفية أما الجمهور فإنهم لا يفرقون في التحريم بين القطعي والظني. انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 120-121.

2103- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/335.

2104- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/335. وانظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص120. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/179.

2105- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص 192. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/47. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/165-166.

ومن هنا كان الأولى التفريق بين النكاح الفاسد والباطل حتى لا تخفى صور الزواج الباطل الذي لا تترتب عليه أية آثار شرعية؛ لأجل فصلها وتعيينها وتحديد صور الزواج الفاسد غير الصحيح عن الذي تترتب عليه الآثار الشرعية بعد الدخول، ولا يثبت منها شيء قبله⁽²¹⁰⁶⁾.

غير أن المحققين من الحنفية لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد، حيث يقول في ذلك ابن المهمام: "إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء"⁽²¹⁰⁷⁾، فالحكم واحد سواء أكان الخلل في ركن العقد، وهو ما يعبر عنه بالباطل أم كان الخلل في وصفه، وهو ما يعبر عنه بالفاسد.

وعلى ذلك يكون باطل النكاح هو فاسده، وفاسده هو باطله، فليس النكاح إذن إلا قسمين: أحدهما صحيح والآخر غير صحيح، كما قال أبو زهرة⁽²¹⁰⁸⁾.

وقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف شرط من شروط الصحة فساد عقد الزواج، وبالتالي لا يحل الدخول بالمرأة وإذا تم الدخول يجب التفرقة بينهما سواء اختياراً أو جبراً⁽²¹⁰⁹⁾.

سبب الخلاف بين الجمهور والحنفية

يعود سبب الخلاف إلى أحد أمرين⁽²¹¹⁰⁾:

الأول: إن النهي عند يمنع ترتب آثار العقد.

الثاني: إن فقد الشروط التي أمر بها الشارع لترتيب الأحكام يمنع ذلك الترتيب.

وحجة الجمهور في ذلك⁽²¹¹¹⁾: أن العقد مع وجود النهي عنه عصيان لأمر الشارع، فلا يرتب الشارع أي أثر من الآثار، إذ النهي لا يرد من الشارع على تصرف إلا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن شرعيته.

أما الحنفية فقد اعتبروا الإيجاب والقبول ومحلّ العقد أركاناً للعقد، واعتبروها السبب المنشئ للعقد، فكل خلل يحدث في هذه الأركان، سواء أكان الخلل في ركن العقد أم في شرط مكمل لهذا الركن فإن العقد يكون باطلاً؛ لأن السببية لم تنعقد، إذ ركن العقد هو السبب الذي جعله الشارع

2106- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص121.

2107- ابن المهمام: شرح فتح القدير، 234/3.

2108- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 148. محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 194.

2109- انظر، تفصيلاً أكثر حول آثار عقد الزواج: جميل فخري محمد جاتم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2009، ص 31 وما بعدها.

2110- انظر، أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، (دط، دت)، ص 67-68.

2111- انظر، جميل فخري محمد جاتم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 19.

أمانة على وجود الأحكام، وإذا كان الخلل قد حدث في شرط من الشروط المكتملة للحكم، وهو الأثر المترتب على العقد، فإن العقد لا يكون باطلا لا وجود له، بل يكون العقد موجودا، ولكنه فاسد.

ثانيا: الجانب القانوني

يقسم المشرع الجزائري عقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفساد، وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول، وقد ذهب المشرع إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوي السبب كان الزواج باطلا.

أ- الزواج الباطل: هو كل عقد اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وفق المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"⁽²¹¹²⁾.

كما يبطل بسبب فقدان ركن الرضا وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 33 والتي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا"⁽²¹¹³⁾. والزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو بعد الدخول، ويجب على الزوجين أن يفترقا.

ب- الزواج الفاسد: وهو كل عقد وقع إبرامه مستوفيا الرضا بالإيجاب والقبول وفاقدا لشروط صحته، كالعقد بدون شاهدين أو دون صداق أو دون ولي في حالة وجوبه، ومثله الزواج بإحدى المحرمات.

أما ما يترتب من آثار على إبرام عقد الزوج بدون شاهدين أو بدون صداق أو بدون ولي عند وجوبه فإن الفقرة الثانية من المادة 33 تنص على وجوب التفريق بين الزوجين وفسخ عقد زواجهما إذا اكتشف الأمر قبل الدخول ولا أثر له، وأما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل.

وأما ما يترتب من آثار على إبرام عقد الزواج مع إحدى المحرمات فإن المادة 34 نصت صراحة على وجوب التفريق بين الزوجين، وفسخ عقد زواجهما قبل الدخول، ولا تنتج عنه أية آثار أخرى، وبعد الدخول يترتب عليه ثبوت النسب والاستبراء، كما تجب للزوجة نفقة العدة⁽²¹¹⁴⁾.

2112- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".

2113- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد، ويبطل إذا احتل أكثر من ركن واحد".

2114- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 77-78.

الفرع الثاني: الزواج الصحيح

الزواج الصحيح إما أن يكون نافذاً أو موقوفاً، والنافذ إما أن يكون لازماً أو غير لازم، وفيما يلي بيان آثار كل من هذه الأنواع بعد تعريفها.

أولاً: الزواج اللازم (النافذ)

وهو العقد الذي توافرت له شروط الصحة والنفاد واللزوم، فكان عقداً تاماً، وتترتب عليه الآثار التالية:

- 1- حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً ما لم يمنع منه مانع شرعي.
- 2- وجوب المهر المسمى في العقد للزوجة على زوجها، أو مهر المثل عند عدم التسمية.
- 3- وجوب النفقة بأنواعها ما لم تمتنع الزوجة من طاعة زوجها بغير حق.
- 4- ثبوت حرمة المصاهرة.
- 5- ثبوت نسب الأولاد من الزوج، إذا تم ذلك في مدة الحمل المقررة شرعاً.
- 6- ثبوت حق التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما في حال قيام الزوجية أو ما في حكمها⁽²¹¹⁵⁾.

ثانياً: الزواج الصحيح غير اللازم

وهو الذي استوفى أركانه وشروط الصحة والنفاد ولكنه فقد شرطاً من شروط اللزوم⁽²¹¹⁶⁾. وحكم هذا النوع من الزواج هو بعينه حكم الزواج اللازم ولا فرق بينهما إلا من جهة أن الزواج اللازم لا يملك أحد حق فسخه، أو الاعتراض عليه، والزواج غير اللازم يثبت فيه هذا الحق ويكون قابلاً للفسخ من يملكه كما في الحالات الآتية:

- أولاً: إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاءة، أو دون مهر المثل، فلوليها حق الفسخ.
- ثانياً: إذا زوج الولي غير الأب والجد القاصر من غير كفاءة فلها حق الفسخ حين البلوغ.
- ثالثاً: إذا زوجت المرأة نفسها واشترطت الكفاءة ثم تبين لها أن الزوج غير كفاءة فلها حق الفسخ.

2115- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ص 129-130.

2116- الفرق بين العقد الصحيح الموقوف والعقد الصحيح غير اللازم هو أن رفض العقد الصحيح الموقوف وعدم إجازته يقضي برفع العقد ويلغي وجوده، أما فسخ العقد الصحيح غير اللازم فلا يقضي برفع العقد، ولا يلغي وجوده، ومن هنا فإن العقد الموقوف لا يثبت به حق التوارث، إذا مات أحد الزوجين في العقد الموقوف قبل إجازته، أما في عقد الزواج غير اللازم فإنه يثبت حق التوارث لأن الزوجية قائمة. كما لا تثبت حرمة المصاهرة في العقد الموقوف عند عدم إجازته، لأن البطلان أزاله من أصله، بينما تثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد الصحيح غير اللازم، إذا كان مجرد العقد موجبا للحرمة، وكذلك إذا رفض صاحب الشأن إجازة العقد الموقوف بعد الدخول، فإنه يأخذ حكم العقد الفاسد وما يترتب عليه من آثار، أما فسخ من له حق الفسخ في عقد الزواج غير اللازم بعد الدخول، فإنه يترتب عليه ما يترتب على العقد الصحيح النافذ اللازم من آثار كوجوب المهر والعدة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة وغيرها. انظر، جميل فخري محمد جاسم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 46.

رابعا: إذا تزوجا على شرط السلامة من العيوب والأمراض فلمن وجد صاحبه على خلاف ما شرط الحق في فسخ العقد⁽²¹¹⁷⁾.

كما أن العقد غير اللازم يحل فيه للرجل الدخول بزوجته، وتجب عليها طاعته، ويجب لها المهر والنفقة، وإذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر، ولو كان الموت بعد طلب الفسخ من القضاء، وتترتب على العقد حرمة المصاهرة في الحالة التي يكفي فيها مجرد العقد في التحريم⁽²¹¹⁸⁾.

ثالثا: الزواج الصحيح الموقوف

وهو عقد الزواج الذي استوفى أركانه وشروط صحته، ولكنه فقد من الشروط المعتبرة في النفاذ ما يجعله موقوفا على إجازة من له الولاية بإجازته، كأن يكون العاقد كامل الأهلية، لكنه ليس بصاحب الشأن في هذا العقد كالفضولي⁽²¹¹⁹⁾، وتزويج الولي البعيد مع وجود الولي القريب، أو أن يكون ناقص الأهلية، فيزوج نفسه من كفاء ومهر المثل كالصغير المميز، فيكون عقده موقوفا على إجازة صاحب الشأن⁽²¹²⁰⁾. وهذا الزواج مع كونه صحيحا إلا أنه لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة⁽²¹²¹⁾، فلا يحل فيه الدخول بالزوجة، ولا تجب فيه نفقة ولا طاعة، ولو مات أحد الزوجين لا يرثه الآخر، فإن أجازته من له حق الإجازة أصبح نافذا، وترتبت عليه أحكام الزواج، ولو حصل دخول قبل الإجازة كان معصية، ولكن تترتب عليه الآثار التي تترتب على الدخول في الزواج الفاسد⁽²¹²²⁾.

2117- عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 202/1. جميل فخري محمد جاتم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 45 وما بعدها.

2118- والحكم هنا يختلف عن الحكم فيما إذا كان عقد الزواج على البنت عقدا موقوفا لم يجزه صاحب الشأن في الإجازة، فإن الزواج بالألم في هذه الحالة يكون جائزا، لأن العقد الموقوف لا تترتب عليه الآثار فعلا إلا بالإجازة، ولم تحصل، بخلاف عقد الزواج النافذ غير اللازم، فإن آثاره تترتب عليه فورا بمجرد الإنشاء، ومن آثاره حرمة المصاهرة. انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص 121-122.

2119- ويسمى العقد الفضولي بالافتيات؛ ومعناه: أن يتعدى الولي غير الجبر، فيعقد للمرأة من غير إذنها أو إذن وليها، ثم يستأذنها بعد العقد، وكذلك الأب أو من يزعم في النكاح أنه وكيل الزوج يعقد له من غير إذنه، ثم يستأذنه بعد العقد، والافتيات من غير خوف فوات مصلحة منهي عنه شرعا، لأنه من اشتغال المرء بما لا يعنيه. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 568/2.

2120- انظر، جميل فخري محمد جاتم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 42.

2121- يقول المالكية بالنكاح الموقوف مثل الحنفية، وذلك بأن يعقد الولي نكاح موليته ويوقفه على إجازتها ويذكر أنه لم يعلمها بذلك، أو أن يقع العقد من جانب الزوج والولي وتحصل صورة الإيجاب والقبول، ويبقى موقوفا على خيار الزوجة. الرصاص: شرح حدود ابن عرفة، ص 244/243. كما قالوا بعدم صحة عقد الصغير أو السفهية على نفسه إلا بإذن وليه الرشيد، فإذا عقد أحدهما -أي زوج نفسه- كان عقده موقوفا على إجازة وليه، فإن أمضاه صح وإن لم يُمضه فسخ، وكان طلقا، وكذلك الأمر بالنسبة للسفيه الكبير، فإنه في النكاح مثل الصغير؛ لأنهما متفقان في أمورهما إلا في الطلاق، فلا طلاق على الصغير، بينما يلزم الكبير السفهية طلاقا، وهو مثله في إنكاح الأب إياه، كما لا يعتد بنكاح الفضولي إلا إذا رضي صاحب الشأن. انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 568/2. عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 112-113.

2122- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ص 129-130. عبد الرحمن الصابوني: الأحوال الشخصية، 203/1. جميل فخري محمد جاتم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ص 42 وما بعدها.

المبحث السادس: آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن القاعدة العامة في كل العقود، وخاصة عقد الزواج أن الآثار المترتبة على العقد هي من عمل الشارع، حفظا للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه العاقدان من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ومرماه من ذلك العقد المقدس⁽²¹²³⁾، إلا أنه يجوز لأحد العاقدين أن يشترط شرطا في العقد لا ينافي هذه الآثار، ولا يخالف طبيعة العقد أو أحكام قانون الأسرة.

وعلى هذا، فالمقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده. والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع لما رتبته من آثار ملزمة للطرفين⁽²¹²⁴⁾.

وقد رتب المشرع الجزائري على عقد الزواج - وفقا لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية - جملة من الآثار تتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين. بموجب المادة 36 من قانون الأسرة، ونفقة الزوجة بموجب المادة 74، ونفقة الأولاد بموجب المادتين 75 و76، وإثبات النسب بموجب المواد 40-41-42-43-44-45-45 مكرر- 46، وحرمة المصاهرة بموجب المادة 26، والتوارث كأثر من آثار عقد الزواج بموجب المواد 126-130-131-132 من قانون الأسرة الجزائري⁽²¹²⁵⁾. وما دامت هذه الآثار من عمل الشارع فهي من الثوابت التي لا تتغير كأصل عام.

وعلى ذلك فإن الحديث عن هذه الآثار إنما يخص بعض الجزئيات التي هي محل اجتهاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما كرسته مبادئ القضاء. ومن هنا فإن ما يرتبه عقد الزواج من آثار وفق قانون الأسرة الجزائري، إنما هي آثار شرعية أساسها الكتاب والسنة وإجماع الأمة كأصل عام. ففي موضوع التحريم بالمصاهرة كأثر من آثار عقد الزواج جاءت المادة 26 من قانون الأسرة: "المحرمات بالمصاهرة هي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل ومطلقات فروع الشخص وإن نزلوا"⁽²¹²⁶⁾. وهي بهذا متفقة مع الأمر الثابت في الشريعة الإسلامية، والذي لا مجال للاجتهاد فيه⁽²¹²⁷⁾.

2123- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 209.

2124- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 157.

2125- وما تجدر الإشارة إليه أن معظم الفقهاء قد جعلوا المهر أثرا من آثار عقد الزواج، كونه حكما من أحكامه يثبت للمرأة كحق لها تستحق نصفه بالعقد وكله بالدخول. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 229. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 250/7 وما بعدها. غير أن المشرع الجزائري جعله شرطا من شروط الصحة وفق ما ذهب إليه بعض المالكية- كما سبق بيانه- ومنه فلا يعد أثرا من آثار عقد الزواج.

2126- قانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

2127- انظر، ابن رشد: بداية الاجتهاد، 2/32-33. الشيرازي: المهذب، 2/439.

أما فيما يخص الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين فقد نصت المادة 36 من نفس القانون على أنه: "يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط وواجبات الحياة المشتركة- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف"⁽²¹²⁸⁾.

و الملاحظ أن هذه المادة بعد تعديلها لم تميز بين حقوق وواجبات الزوج، وبين واجبات الزوجة وحقوقها، إلا أن هذه الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما مقررّة وثابتة في الشريعة الإسلامية على الجملة⁽²¹²⁹⁾.

وأما في موضوع التوارث بين الزوجين كأثر من آثار الزواج⁽²¹³⁰⁾، فقد نصت المادة 126 من نفس القانون على أن: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية"⁽²¹³¹⁾، وحق التوارث بين الزوجين من الأمور الثابتة شرعا، ومنه فلا مجال للاختلاف فيها⁽²¹³²⁾.

وفي موضوع النسب كأثر من آثار عقد الزواج، فقد نصت المادة 40 من نفس القانون على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"⁽²¹³³⁾.

كما نص القانون على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وثبوت النسب به وفق شروط وضوابط محددة في نفس القانون، وذلك في المادة 45 مكرر.

2128- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف".

2129- انظر، ابن قدامة: المعني، 10/220. انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 218 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/327.

2130- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 218 وما بعدها.

2131- قانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

2132- وسيأتي بيان اختلاف الفقهاء في حكم توريث المطلقة في مرض الموت في الفصل الثاني.

2133- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

وما يلاحظ من خلال نص هذه المادة - بعد تعديلها- أن المشرع الجزائري قد ساير التطور العلمي ومجمله في إثبات النسب، حيث أجاز للقاضي اللجوء إلى اعتماد الطرق العلمية لإثبات النسب أو نفيه دون قيد أو شرط. ومنه فلا بد من التطرق إلى موضوع إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، وكذا ضوابط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وموقف الفقه الإسلامي من ذلك.

وفي موضوع النفقة كأثر من آثار عقد الزواج نص المشرع في المادة 74 على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

ووجوب نفقة الزوجة على زوجها ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وتفصيل ذلك مدون في كتب الفقه الإسلامي⁽²¹³⁴⁾.

ونصت المادة 78 على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". وهذا يتفق مع ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنهم اختلفوا في نفقة العلاج، مما يستوجب الوقوف عند هذه المسألة وبيان موقف الفقه الإسلامي في ذلك.

كما أن المشرع لم ينص على جزاء الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائياً من خلال المادتين 79 و80 من نفس القانون، مما يستوجب الحديث عن ذلك من خلال نص المادة 331 من قانون العقوبات⁽²¹³⁵⁾. إلا أنه ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 53 أعطى المشرع الحق للزوجة في طلب التطبيق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، وهو ما يستوجب التطرق إليه من خلال ما أقره الفقه الإسلامي بخصوص التفريق بسبب عدم الإنفاق.

ومنه فإن الحديث عن آثار الزواج يقتصر على بعض الجزئيات-المشار إليها- والمختلف فيها بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما ذهب إليه المشرع الجزائري، وذلك في المطالب الآتية:

2134- انظر، ابن قدامة: المغني، 347/11 وما بعدها. الشيرازي: المهذب، 148/3 وما بعدها. الماوردي: الحاوي الكبير، 11/414 وما بعدها. ابن حزم: المحلى، 10/88 وما بعدها. أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، ص 295.

2135- بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006. حيث نصت على أنه: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم". وهذا مقرر من خلال الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 16/4/1995 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمداً ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته ويبقى الافتراض عن عمد الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت صدور أمر قضائي-استعجالي- يلزم المتهم بدفع النفقة فإن قضاة المجلس قد خرّقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المنتقد". ملف رقم 124382: المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995.

المطلب الأول: إثبات النسب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع أو الافتراء، ووضعت أحكاما لثبوت النسب، وجعلته حقا للولد ولأبويه وسائر القربان، حتى تنشأ الأسرة على أسس قوية يجمع بين أفرادها صلة الدم والقربان التي تقوي عزمها وتشد أزرها ليكون لها دورها الفعال في المجتمع، ولتثبت لها الحقوق وتلتزم بالواجبات الشرعية المتبادلة بين أفرادها⁽²¹³⁶⁾.

و نظرا لأهمية الموضوع و منها اختلاط الأنساب لم تعترف الشريعة الإسلامية في موضوع النسب سوى بما ينتج عن الزواج الصحيح و جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، كما أقر الفقهاء بأن النسب يثبت أيضا بالإقرار أو بالبينة، وتطبيقا لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"⁽²¹³⁷⁾.

الفرع الأول: الأسباب المنشئة للنسب

قبل التطرق للأسباب المنشئة للنسب لا بد من التعريف به أولا في اللغة والاصطلاح.

أولاً: تعريف النسب لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: مصدر نسب، يقال نسبته إلى أبيه نسباً من باب طلب، عزوته إليه.

والاسم: النسبة بالكسر، فتجمع على نسب، واستعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقربان، فيقال: بينهما نسب أي قرابة⁽²¹³⁸⁾.

قال ابن السكيت: يكون النسب من قبل الأب أو من قبل الأم⁽²¹³⁹⁾.

2136- طال كلام الفقهاء في موضوع النسب وثبوتها وانتهوا إلى قاعدة عامة هي أنه يحتاط في النسب ما لا يحتاط في غيره، وذلك لأن النسب وإن كان حق الولد فيه ظاهراً حتى لا يكون مجهول النسب، وحتى تثبت له الحقوق على أبويه وأسرتيها، فإنه يتعلق به أيضاً حق الله تعالى لأنه أساس بناء الأسرة وتكوينها، وترتبط به حرمة الزواج الذي شرعه الله وجعل من مقاصده الأصلية التناسل، ولهذا فإنه يثبت بين الزوجين ولو اتفقا عند إجراء عقد الزواج على نفي ثبوت أي حمل يحدث نتيجة هذا العقد، كما أن الشهادة تقبل فيه حسبة، ومع ذلك فإنه يتعلق به أيضاً حق كل من الأبوين. أما الأم فمصلحتها الشخصية في أن لا تلوكها الألسنة ولا يظن بها السوء، وأما الأب فهو السبب المباشر في الإنجاب بما أحدثه من تلقيح فإن من حقه ألا ينسب نتاجه لغيره، وهذا أمر فطري بالنسبة لكل منهما. انظر، محمد سلام مذكور: الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 396-397.

2137- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

2138- المعجم الوسيط، ص 916.

2139- الفيومي: المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 602/2.

ب- في الاصطلاح: هو القرابة وهو الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة⁽²¹⁴⁰⁾. ومن الألفاظ التي لها صلة بالنسب الرضاع والمصاهرة⁽²¹⁴¹⁾.

ثانيا: الأسباب المنشئة للنسب

ثبوت نسب الولد إما أن يكون من أمه وإما أن يكون من أبيه. أما ثبوت نسبه من أمه فإنه يحصل بمجرد الولادة، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطء بشبهة أو من زنا، ولا يمكن نفي النسب من أمه بعد ثبوته بالولادة. أما ثبوت النسب من أبيه فإنه يتم بأحد الأسباب الآتي ذكرها بإيجاز:

أولاً: الفراش

ويراد به الزوجية القائمة حقيقة أو حكماً بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، ولا يكون إلا بالعقد الصحيح، ويلحق بالزواج الصحيح الدخول بالعقد الفاسد⁽²¹⁴²⁾، والوطء بشبهة، ويسمى بشبهة الفراش⁽²¹⁴³⁾. وعلى هذا فعقد الزواج الباطل لا يعد فراشاً، ولا يثبت به نسب، وكذلك الوطء بدون حلّ ولا شبهة لأنه زنا، والزنا لا يثبت به نسب⁽²¹⁴⁴⁾. فإذا حملت الزوجة فإن الولد الذي تأتي به ينسب إلى زوجها صاحب الفراش دون حاجة إلى إقرار منه بذلك، ولا إلى أي بينة لإثباته⁽²¹⁴⁵⁾. والدليل على اعتبار الفراش سبباً يثبت به النسب قوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁽²¹⁴⁶⁾، والحديث دليل على ثبوت نسب الولد بالفراش من الأب⁽²¹⁴⁷⁾. وهو ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 41 والتي تستشف منها شروط ثبوت النسب بالفراش، وذلك كما يأتي:

2140- انظر، حسن موسى: القضاء الشرعي، ص 186.

2141- الموسوعة الفقهية الكويتية: 232/40.

2142- يثبت النسب في النكاح الفاسد إذا كان مختلف في فساده بين العلماء مثل النكاح بغير ولي ونكاح السر والشغار، فإن الولد يلحق بأبيه في النكاح المختلف فيه، لأن الاختلاف شبهة، والشبهة في باب النسب تفسر لصالح الولد صيانة له من الضياع. كما يثبت إذا كان النكاح الفاسد به شبهة تدرأ حدّ الزنا عن الزوجين، كما إذا تزوج الرجل إحدى محارمه غير عالم بذلك، لأن عدم العلم شبهة، وما دامت الشبهة في النكاح تدرأ الحد، فإنها تلحق الولد أيضاً بأبيه صيانة له عن الضياع. الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 62/3.

2143- إذا وطئ الرجل امرأة أجنبية غلطا يظنها زوجته، فهذا الوطء لا هو زنا يجب فيه الحد ولا هو وطء مستند إلى عقد نكاح، فهو وطء مستند إلى شبهة نكاح، ولذلك يلحق فيه الولد بأبيه، لأن الشبهة تفسر لصالح النسب ما لم يكن هناك مانع، كأن تلد قبل ستة أشهر من تاريخ الوطء. الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 62/3.

2144- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 388.

2145- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 484.

2146- البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، حديث رقم 2053. الجامع الصحيح، 75/2.

2147- انظر، النووي: شرح النووي على صحيح مسلم، 37/10-38.

شروط ثبوت النسب بالفراش في قانون الأسرة

حتى يكون هذا الفراش صالحا لثبوت النسب لا بد من توافر شروط نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 41 من قانون الأسرة: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة"⁽²¹⁴⁸⁾. وعليه لإثبات النسب في الزواج الصحيح يجب توافر الشروط الآتية⁽²¹⁴⁹⁾:

1- أن يكون الزواج شرعيا - كما سبق الذكر - أي مطابقا لما هو وارد في المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

2- أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا⁽²¹⁵⁰⁾: وذلك بأن يكون ممن يتأتى منه الحمل، ولا يكون ذلك إلا إذا ثبت بلوغه وقدرته على الإنجاب، فإذا كان صغيرا لا يتصور منه الحمل فلا يثبت نسب الولد منه⁽²¹⁵¹⁾.

3- أن يكون الاتصال ممكنا⁽²¹⁵²⁾: ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين فعلا والذي يتأكد بالخلوة الصحيحة، وهذا عند جمهور الفقهاء بأن يكونا في بلد واحد⁽²¹⁵³⁾ أو بلدين متقاربين، أو متباعدين وكان الاتصال ممكنا عادة⁽²¹⁵⁴⁾.

4- أن لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة: ويقصد بالطرق المشروعة لنفي النسب، نفي النسب باللعان، وذلك إذا لاعن الزوج زوجته اللعان الشرعي، ولا بد من حكم القاضي بنفي النسب؛ لأن اللعان وحده لا ينتفي به النسب⁽²¹⁵⁵⁾.

2148- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2149- من الأمور التي لا يصح الاعتماد عليها في نفي النسب: استعمال المرأة لموانع الحمل، أو العزل بالنسبة للرجل، أو عدم مشاهجة الولد. راجع، محمود محمد حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ط1، 1999، ص 183 وما بعدها.

2150- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص390.

2151- وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري، لأنه يجمع تزويج الصغار، ويشترط البلوغ من خلال تحديده سن الزواج بـ 19 سنة التي يكون فيها الشخص بالغاً في الغالب.

2152- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 391.

2153- وإذا كانا في بلد واحد إلا أن أحدهما كان محبوسا أو مفقودا، فالتلاقي غير ممكن بينهما.

2154- بينما يرى فقهاء الحنفية أن المرأة تكون فراشا بمجرد العقد عليها في الزواج الصحيح، لاعتباره ممكنا عقلا، وأن مجرد مظنة التلاقي كافية- لكن الصحيح أنهم يشترطون تحقق الخلوة-. الفتاوى الهندية، 564/1. ورد عليهم بأن المظنة لا تحصل بمجرد العقد، ولا بد من إمكان الوطاء. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/118. الشوكاني: نيل الأوطار، 536/12-537. ويترتب على هذا الخلاف أنه لو تزوج رجل في الغرب بامرأة في الشرق عن طريق المراسلة والتوكيل بحيث لا يتصور تلاقيهما في العادة، ثم أتت بولد فإنه لا يثبت نسبه عند الجمهور لعدم إمكان التلاقي بين الزوجين، وعند الحنفية يثبت نسب هذا الولد إذا أتت به لسته أشهر من تاريخ العقد. والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الجمهور في جعل الدخول سببا من أسباب ثبوت النسب.

2155- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 391.

ونفي النسب باللعان وإن لم ينص عليه المشرع صراحة إلا أنه يفهم من خلال المادة 138 من قانون الأسرة التي تنص: "يمنع من الإرث اللعان و الردة"⁽²¹⁵⁶⁾.

إلا أن الاجتهاد القضائي أقر به من خلال ما جاء في القرار الصادر في 1992/10/20: "طبقاً للمادة 42 من قانون الأسرة فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فنصت على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً، ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه"⁽²¹⁵⁷⁾.

5- أن يولد الولد بين أقل و أقصى مدة للحمل⁽²¹⁵⁸⁾؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽²¹⁵⁹⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾⁽²¹⁶⁰⁾. وقد ذهب المشرع الجزائري من خلال المادة 42 من قانون الأسرة إلى أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، فلو تم الوضع بعد مرور عشرة أشهر من تاريخ الانفصال بين الزوجين سواء كان بطلاق أو وفاة أو بأي طريق آخر كالحكم عليه بعقوبة فلا يثبت بذلك نسب⁽²¹⁶¹⁾.

ثانيا: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي في الفقه والقانون

ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه العلم الحديث من استعمال التقنيات الجديدة المعاصرة؛ لإيجاد حلٍّ لمعضلة عسر الإنجاب لدى عدد معتبر من الأزواج، فقرر اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب كلما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر.

أ- المقصود بالتلقيح الصناعي: هو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب، ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة

2156- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2157- نشرة القضاة: العدد 54، ص 103.

2158- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 386-387.

2159- الأحقاف: الآية 15.

2160- لقمان: الآية 14.

2161- وقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، واختلفوا في أقصى مدته فذهب الظاهرية إلى أن الحد الأقصى للحمل تسعة أشهر، في حين ذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتين، ويرى الإمام مالك أنها أربع سنين أو خمس، وقال الشافعي أن أقصاها أربع سنين. ابن رشد: بداية الاجتهاد، 117/2-118. وما ذهب إليه المشرع يقترب مما ذهب إليه الظاهرية. قال أبو زهرة: "والحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تكن على النصوص.. وإن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد ما يؤيد التقدير بخمس ولا أربع.. وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة". الأحوال الشخصية، ص 387. وهذا ما رجحه ابن رشد من الفقهاء المتقدمين. بداية الاجتهاد، 117/2.

بين الزوج والزوجة، وإنما بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك، ويلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم، وكتدبير مساعد للحصول على الولد⁽²¹⁶²⁾. والأولاد الذين يولدون بهذه الطريقة يعرفون أو يسمون "أطفال الأنابيب" باعتبار أن تلقيح بويضة الأنثى بمبي الرجل يتم داخل الأنابيب⁽²¹⁶³⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 45 مكرر من الأمر 05-02: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". وأخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية:

1- أن يكون الزواج شرعياً.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.

3- أن يتم التلقيح بمبي الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

4- مع اشتراط أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

يتضح من خلال الفقرة الأولى من نص هذه المادة أن الحكم جاء عاماً ومطلقاً من كل قيد لجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، ومعنى هذا فتح الباب مطلقاً لاتباع هذه الطريقة، ولو لم يكن هناك سبب يدعو لذلك.

إضافة إلى ذلك فإن النص لم يبين إن كانت عملية التلقيح تتم داخل رحم الزوجة، مما يعني أنه يجوز أن يكون التلقيح خارج رحم الزوجة، ثم تعاد اللقيحة إلى رحمها، كما يجوز أن يكون عن طريق إدخال ماء الزوج بآلة معينة في رحم زوجته.

كما أن المشرع لم يوضح الجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط، وهو ما سنعرض له - فيما يأتي - من خلال بيان صور وأساليب التلقيح الاصطناعي المحظورة والمباحة شرعاً.

ب- أثر تخلف إحدى شروط عملية التلقيح الاصطناعي

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ووضع شروطاً لذلك، إلا أنه لم يتعرض للجزاء المترتب على تخلف إحدى هذه الشروط الواردة في المادة 45 مكرر نظراً لاعتبارها شروطاً في غاية الأهمية.

فلو تمت عملية التلقيح الاصطناعي من غير مبي الزوج أو من غير عقد زواج شرعي أو بتخلف شرط موافقة الزوج الصريحة فما أثر ذلك؟ وما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة؟.

2162- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/262-263. انظر، أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 606.

2163- انظر، محمد مرسي زهرة: الإنجاب الصناعي- أحكامه القانونية وحدوده الشرعية- دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2008، 19 وما بعدها. أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 621.

وقد وضع المشرع الجزائري إطارا قانونيا لمسألة التلقيح الاصطناعي دون أن يوضح ما يرتبه تخلف إحدى شروطه من آثار على العلاقة الزوجية من جهة، و بالنسبة لثبوت و نفي النسب من جهة أخرى.

ج- صور التلقيح الاصطناعي وحكمها في الفقه الإسلامي المعاصر

أولا: صور التلقيح الصناعي المحظور

قسّم مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان البحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي⁽²¹⁶⁴⁾ إلى سبعة صور، وهي أهم الطرق المستعملة⁽²¹⁶⁵⁾:

الصورة الأولى: أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج، وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

الصورة الثانية: أن يجرى التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج، وبيضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

الصورة الرابعة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي، وامرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الخامسة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى.

صورتا التلقيح الاصطناعي المباح شرعا

الصورة الأولى: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثانية: أن تؤخذ بذرة الزوج، وتحقن في رحم زوجته، ويتم التلقيح داخليا.

2164- نجح الباحثون في تقسيم أنواع التلقيح الاصطناعي إلى نوعين: التلقيح الداخلي أو الإخصاب الداخلي، وهو ما أخذ فيه ماء الرجل وحقن في محله المناسب داخل رحم المرأة، زوجة أو غيرها. والنوع الثاني: تلقيح خارجي، أو الإخصاب المعلمي، حيث يتم الإخصاب في وسط معلمي، وهو ما أخذ فيه الماءان من رجل وامرأة زوجين أو غيرهما، وجعلا في أنبوب أو طبق اختبار، ثم تزرع في مكانها المناسب في رحم المرأة. بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/262-263.

2165- مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، عمان، 1986، قرار رقم 16، ص 34-35. وانظر تفصيلا أكثر حول صور التلقيح الصناعي وحكمها. أحمد محمد لطفي أحمد: التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 276-277.

ثانيا: موقف الفقه المعاصر

اتفق أكثر الفقهاء المعاصرين على حرمة الصور الخمسة الأولى⁽²¹⁶⁶⁾، وذلك لما تتضمنه من إدخال بيضة زوجة لقحت بماء زوجها، أو رجل آخر، في رحم أجنبية، أو في رحم تلك الزوجة من ماء رجل أجنبي عنها، مما يؤدي إلى التقاء تلك العمليات بحقيقة الزنا المحرم، فالطفل المنتج منها كولد الزنا، فلا يثبت له نسب من زوجها؛ لأن البذرة الذكرية ليست منه، كما لا يثبت للطفل نسب من صاحب البذرة الذكرية؛ لأنه ليس بزواج للحديث: "الولد للفراش"⁽²¹⁶⁷⁾، ولا هو في حالة شبهة، وإنما يلحق نسب الطفل بأمه حينئذ كما في الزنا الحقيقي، والحالات الأخرى أدعى لتحقق صورة الزنا، وضياع نسب الطفل، وإفساد معنى الأمومة كما فطرها الله تعالى عليه.

ومقاصد الشرع جاءت بحفظ العرض والنسب، وهذه الأنواع من التلقيحات الصناعية ضياع لتلك المقاصد، وخطر على كيان المجتمع الإسلامي.

وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽²¹⁶⁸⁾، من منع أساليب التلقيح الصناعي الخمس الأولى، وإباحة الصورتين الأخيرتين، إلا أنه زاد شرطين وهما: عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى، وأن يتم بمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف واللقاح. وهو ما ذهب إليه كثيرا من الفقهاء المعاصرين⁽²¹⁶⁹⁾. واستدلوا بما يأتي:

1- أن عملية التلقيح تتم بين مائي الزوجين وتعاد إلى رحم الزوجة، وهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين؛ لذا يثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش؛ لأن الولد خلق من مائه وولد على فراشه، ولأن الإنجاب بهذه الطريقة يعد عملا مشروعاً لا إثم فيه ولا حرج وهو بعد هذا يكون في تلك

2166- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/269. واختلفوا في حكم الصورتين السادسة والسابعة على أقوال. الأول: تحريم التلقيح بنوعيه الداخلي والخارجي، الثاني الجواز بشروط، الثالث: التوقف، الرابع: أنه من مواطن الضرورات، فلا يفتى فيه بفتوى عامة، وعلى المكلف المبتلى سؤال من يثق بدينه وعلمه. مع اتفاق القائلين بالجواز أن هذه العملية تحفها المخاطر والحاذير، يمكن تكييفها في الخطأ في النسب، بأن تؤخذ عينة من شخص وتنسب لشخص آخر، وفي العرض، فإن هذا المولود الذي حصل بطريقة يكتنفها الإخلال سيعرض هذه البنية الإنسانية إلى توجيه الشكوك حولها وتوسيع دائرة الكلام في الوسط الاجتماعي تصريحا أو تعريضا، والمحافظة على العرض من ضروريات الشرع. انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/271.

2167- سبق تخرجه، ص 440.

2168- المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الثامنة، قرار رقم 2، 1984.

2169- انظر، بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 1/270-271. وقدا اختار الشيخ بن باز-رحمه الله- التوقف في المسألة حيث قال: "إن التلقيح الصناعي أجازته بعض العلماء المعاصرين بشروط مهمة واحتياطات حتى لا يقع ما حرم الله -عز وجل- ولكن أنا ممن توقف في ذلك، وأنصح بعدم فعله، لأنه قد يفتح باب شر لا نهاية له". مجموع فتاوى ابن باز: جمع وترتيب محمد بن سعد الشويعر، إدارة مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ط1، 2002، 192/21.

الحالة سييلا للحصول على ولد شرعي يُذكر والداه به و تمتد به حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية و الاجتماعية، ويطمئنان على دوام العشرة و بقاء المودة بينهما⁽²¹⁷⁰⁾.

2- قواعد الشرع و مقاصده الكلية جاءت بما يكفل للعباد حفظ أنفسهم، و استمرار تعاقبهم، و حفظ نسلهم بأن لا يشوبه اختلاط مياه غير الأزواج أو ضياع أو اضرار الأنساب، و في إباحة الطريقتين الأخيرتين تأكيد على حفظ تلك المقاصد، و تحقق السعادة النفسية و الاجتماعية للزوجين.

أما ما قد يشوب حكم الإباحة لتلك الصورتين من احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبار و لاسيما إذا كثرت ممارسته و شاعت، كذلك ما قد يحصل من تكشف للعورات المغلظة للزوج أو الزوجة أمام الأجانب اشترط مجمع الفقه الإسلامي الآتي⁽²¹⁷¹⁾:

أ- عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى.

ب- أن تكون العملية بمنتهى الاحتياط و الحذر من اختلاط النطف أو اللقائح.

ج- التأكد من خلال أطباء ثقات على نجاح العملية أو حصول غلبة الظن على نجاحها.

د- الحرص على ألا تكشف عورة المرأة إلا طبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها و الضرورة قائمة.

هـ- قياس التلقيح الاصطناعي على مسألة الاستدخال-مصطلح فقهي قديم- وهو حقن ماء الرجل في قبل المرأة، و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى ثبوت النسب بالاستدخال⁽²¹⁷²⁾.

وعلى هذا فلا يثبت النسب عند تخلف إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة.

و بالمقابل فإذا أنكر الزوج أبوته للمولود الناتج من زواج صحيح، أو فاسد و قام نزاع في ذلك بين الزوج و الزوجة، فإن الفقرة الثانية من المادة 40 قد أجازت للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع أن يلجأ إلى كافة الطرق العلمية الممكنة لإثبات النسب، بما في ذلك ما يسمى بالحمض النووي، و يدخل ضمن الأسباب الكاشفة للنسب، و سيأتي بيان ذلك.

ثالثا: ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أغفل التفصيل في جملة أمور أساسية:

2170- انظر، كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، ص 553.

2171- انظر، كمال طه مسلم: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، ص 553-554.

2172- انظر، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 124/4. الشريبي: مغني المحتاج، 4/712.

أولاً: لم يبين المقصود من كلمة "الانفصال"، هل يقصد بها الانفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، أم أن المراد بعبارة "الانفصال" هو حكم الطلاق الصادر بحكم قضائي. غير أن المادة 60 من نفس القانون قد نصت صراحة على أن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

فالقول أن الانفصال هو الطلاق الذي يقع بصدور حكم قضائي به وفقاً للمادة 49 يطرح إشكالية بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور الحكم القضائي بالطلاق، ويترتب على ذلك أن الطفل الذي ينبج قد يكون خلال مدة أكبر من عشرة أشهر إذا تم بدء حساب مدة العشرة أشهر من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب شرعاً وقانوناً. لذلك يكون المعنى الأصح للانفصال والذي يتماشى وأحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين بغض النظر عن الطلاق الذي يصدر بحكم قضائي، والذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين؛ أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته.

وعلى هذا يرجع الأمر إلى القاضي لتفسيره كلمة الانفصال قياساً على القواعد العامة في إثبات النسب.

الثانية: كما أنه لم يفرق بين ما إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعده، فإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول والخلوة، ثم ولدت ولداً بعد الطلاق، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة، وإن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه من الزوج، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا؛ لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها. وإذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً أم توفي عنها زوجها، فإن أتت بالولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة ثبت نسبه من الزوج، أما إن ولده بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفى، وهذا رأي الجمهور⁽²¹⁷³⁾.

الثالثة: لم يميز المشرع الجزائري بين ما إذا كان الطلاق رجعياً أم بائناً كما فعل الفقهاء. حيث فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي والبائن، فقالوا: إن كان الطلاق رجعياً ولم تقرر المرأة بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من الزوج، سواء أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق، أم بعد مضي أقصى مدة الحمل؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها، فيجوز له الاستمتاع بها، ويكون

2173- انظر، مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 709-710. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 685/7.

ذلك رجعة، فإن أقرت المرأة بانقضاء العدة، وكانت المدة تحمل انقضاءها، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها، فإن كانت ستة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادّعاها.

وإن كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج، ولم تقر بانقضاء العدة فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة، أما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ولم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة، فإن أقرت بانقضاء العدة والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار⁽²¹⁷⁴⁾.

هذا، والملاحظ من خلال نص المادة 43 أن المشرع الجزائري قد وضع شرطا واحدا لثبوت النسب في حالة الفرقة بين الزوجين من زواج صحيح، وهو الولادة خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. غير أنه إذا أتت المرأة بالولد بعد مرور أكثر من عشرة أشهر فلا يثبت نسبه إلى أبيه، إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو المتوفى أو ورثته. وعليه يكون لأي شخص ذي مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زورا⁽²¹⁷⁵⁾. وهنا يثور التساؤل حول مدى حجية شهادة الميلاد في ثبوت النسب؟.

الواقع أن المشرع الجزائري من خلال المادة 43 لم يبين المعيار المعتمد في اعتبار النسب من يوم الولادة الحقيقي أم من يوم تسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية. ذلك أنه من المعلوم أن شهادة الميلاد تعدّ ورقة رسمية تشتمل على اسم المولود وجنسه واسم والديه وتاريخ ميلاده ومحل الولادة، وهي حجة على البيانات الواردة بها ما لم يثبت العكس؛ أي أنها ليست حجة قاطعة في ثبوت النسب بل هي قرينة قابلة لإثبات عكسها ما لم يقر الرجل بصحة البيانات المدونة بها، لأنها لم توضع أصلا لإثبات النسب، وإنما الغرض منها أن يكون للمولود اسم يتميز به عن غيره من الأفراد، فيجوز إثبات عكسها أو بطلانها، لأن بياناتها تثبتتها الجهات المختصة طبقا للبيانات التي يقدمها من بلغ عن واقعة الميلاد أيا كان

2174- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 393 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 686/7. العربي بلحاج:

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 193/1.

2175- تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن دعوى النسب حسبة لله تعالى، فلذا يجوز رفعها دون طلب من أحد لأن النسب يتعلق به حق الله تعالى وحق العباد باعتبار أن هذه الحقوق هي مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها.

شخصه وصلته بالمولود دون التحقق من صحتها أو التثبت منها. وعلى هذا لا تصلح بمجرد ثبوت النسب وأن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها⁽²¹⁷⁶⁾.

الفرع الثاني: الأسباب الكاشفة للنسب

وتسمى بالكاشفة؛ لأنها تكشف عن واقعة سابقة، و تتمثل هذه الوسيلة في الإقرار أو البينة أو اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب عند الاقتضاء، وفيما يلي عرض لهذه الأسباب بإيجاز.⁽²¹⁷⁷⁾

أولاً: الإقرار

وهو اعتراف شخص معين بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به، وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه سواء كان ذلك في حالتي الصحة أو المرض، ويثبت له النسب من غير حاجة إلى بيان سبب النسب؛ لأن الإنسان له ولاية على نفسه، وعلى هذا لو أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ثبت نسبه منه، وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على الآباء مثل: النفقة و الإرث متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته⁽²¹⁷⁸⁾.

و يتبين من خلال نص المادة 44 من قانون الأسرة أن الإقرار قد يكون بالبنوة، أو بالأبوة، أو بالأمومة.

ويشترط فيه عدة شروط يأتي ذكرها من خلال التطرق لأنواع الإقرار، وذلك بإيجاز فيما يلي:

1- الإقرار بالبنوة

وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معين ابنه أو ابنته، فهو اعتراف صريح من الأب أو الأم ببنوة المقر له، كقول الرجل هذا ابني أو هذه ابنتي، وحتى يكون هذا الادعاء صحيحا يجب توافر مجموعة من الشروط تسمح بتصديق هذا الإقرار وهي:

- أن يكون المقر بالغاً، عاقلاً، مختاراً.
- أن يكون الولد مجهول النسب؛ فإن كان معلوم النسب لا يصح نسبه إليه.

2176- وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 9 في جلسة 1975/2/24. انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 508-509.

2177- كما يثبت بالقيافة و الحمل الظاهر وحكم القاضي والسماع والتحكيم والقرعة على خلاف بين الفقهاء في ذلك. راجع تفصيلاً أكثر. محمود محمد حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ص 61 وما بعدها.

2178- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 396-397. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 690/7-691.

- أن لا يكذبه العقل و العادة؛ و تكذيب العقل يأتي من كون الشخص المقر له بالنسب أكبر من المقر أو مساويا له في السن أو بينهما فارق نسبي أقل من اثني عشرة سنة، أما التكذيب بالعادة كأن يدعي شخص ببنوة شخص من بلد أجنبي لم يسافر إليه أبدا. (2179)

2- الإقرار بالأبوة أو بالأمومة

و يكون بتصريح شخص معين له به علاقة أو أب أو أم كقوله "فلان أبي" أو " فلانة أُمي" بشروط هي:

- أن يكون المقر مجهول النسب و ليس المقر له.
- أن يوجد بينه و بين المقر بأبوته أو أمومته فارق في السن يسمح باعتباره ابنا له و يقبله العقل و العادة (2180).

3- الإقرار بالأخوة و العمومة

وهذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر و لا فرعا له، وإنما تربطهما قرابة حواشي أي لهما أصل مشترك، و يكون الإقرار بلفظ: "هذا أخي"، "هذا عمي"، و يسمى بالإقرار المحمول على الغير وهو المقر عليه. وحتى ينتج آثاره يجب أن لا يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدقه العقل و العادة وأن يصدقه المقر عليه (2181).

فلا يصدق هذا الإقرار و لا يثبت به النسب إلا بتصديق المقر عليه و هذا ما أكدته المادة 45 من قانون الأسرة: "الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه". و المقر عليه هنا هو الأب عند الإقرار بالأخوة و الجد عند الإقرار بالعمومة.

ثانيا: البينة

يثبت النسب بالبينة الشرعية، وهي مرادفة للشهادة كشهادة الطبيب أو المستشفى ، وسواء أكان لإثبات النسب على النفس أو على الغير، وهي أقوى من الإقرار؛ لأن الإقرار يقوم على التصديق، بينما البينة لا تلزم ذلك، فهي أقوى الأدلة، فإذا ادعى شخص على آخر بأنه ابنه أو أخوه وأنكر المدعى عليه ذلك، فعبد الإثبات على المدعى، فإذا أثبتتها بالبينة فإنه يحكم له ببنوة النسب إذا توفرت شروط صحة هذه الدعوى، وتترتب عليه جميع آثاره الشرعية (2182).

2179- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، 715-716. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 691/7-692.

2180- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 719.

2181- انظر، شلبي: المرجع نفسه، 719-720. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 693/7.

2182- انظر، مصطفى شلبي: المرجع نفسه، 724-725. وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، 695/7.

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالبينة فهل هي جميع ما يكون حجة أم هي ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء على أنها الشهادة و التي تكون برجلين عند المالكية أو رجل وامرأتان كما ذهب إلى ذلك الحنفية. (2183)

ثالثا: اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في الفقه والقانون

أحاطت الشريعة الإسلامية النسب برعاية منقطعة النظير وأولته عناية فائقة، وجعلته من ضمن الضرورات الخمس - حسب تعبير الفقهاء والأصوليين- كما نظمته من خلال علاقة الزواج، إذ يعدّ عقد الزواج الصحيح الذي توافرت أركانه وشروطه وانتفت فيه موانعه سببا لصحة الأنساب، فنسب الولد الذي أنجبته المرأة المتزوجة زواجا صحيحا بعد ستة أشهر من الدخول ثابت بالإجماع لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (2184). يقول ابن القيم في ذلك: "فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة" (2185).

ومنه فإن القاعدة الأساسية في هذا الباب أن لا يعلو على الفراش شيء من الأدلة سوى اللعان الذي حصر الله فيه جواز نفي النسب الثابت منه، وليس في الإسلام طريقة أخرى لنفي النسب بعد ثبوته بالفراش غير اللعان، وهو خاص بالزوج فقط، وبذلك حمى الإسلام النسب والأسرة من الاهتزاز والاضطراب وأغلق أبواب نفي النسب بعد ثبوته بالفراش إغلاقا محكما، ولم يسمح بفتحه إلا من خلال اللعان، وفي هذا يقول ابن رشد: "إنه لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم، وتلك الطرق هي اللعان" (2186).

هذا، ويشهد العصر الحديث بتقنياته العلمية المتطورة أسلوبا آخر لإثبات النسب أو نفيه، مما جعل مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية محلّ جدل فقهي، تباينت من خلاله آراء الفقهاء بين المنع والتوقف والجواز.

2183- اتفق الفقهاء على أن النسب يثبت بالبينة، كما اتفقوا على عدم ثبوته بشهادة عدل واحد ويمين، ولا بشهادة امرأتين ويمين، واختلفوا في ثبوته بشهادة عدل وامرأتين، فذهب الجمهور إلى عدم ثبوت النسب بشهادة عدل وامرأتين، وإنما يثبت بشهادة رجلين عدلين، ووجه ذلك عندهم أن النسب ليس بمال، ولا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص، وذهب الحنفية إلى أن النسب يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن هذا هو الأصل في نصاب الشهادة. انظر، محمود محمد حسن: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ص 90-91.

2184- سبق تخريجه، ص 440.

2185- ابن القيم: زاد المعاد، 410/5.

2186- ابن رشد: بداية المجتهد، 115/2.

ومرجع المنع في ذلك الاعتماد على قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾⁽²¹⁸⁷⁾. باعتبار أن اللعان يعتبر الوسيلة الوحيدة لإثبات النسب، ذلك أن الآية قد ذكرت أن الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان، وأي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو خروج عن الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية. فأهدر بذلك الشبه البين، وهو الذي يعتمد على البصمات الوراثية⁽²¹⁸⁸⁾.

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري أثناء سنه لقانون 1984، إذ لم يعتمد سوى الطرق الشرعية لإثبات النسب الواردة في القرآن والسنة، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي، بالتزامه تطبيق النص القانوني الذي لا يقبل أي تأويل أو اجتهاد، وذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/6/1999 حيث قضى بأن إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طيبا غير جائز. وهذا نص ما جاء فيه: "حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خيرة طيبة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا؟. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك أنه قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفس المجلس⁽²¹⁸⁹⁾."

حيث يتضح من خلال ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا أنهم قد طبقوا النص الحرفي للمادة 40 من قانون الأسرة التي تحدد طرق إثبات النسب قبل تعديلها، إذ تعتبر لجوء القاضي لأي خبرة علمية تستهدف إثبات أو نفي النسب بأي طريقة من الطرق العلمية تجاوزا للسلطة الحاكمة إلى التشريعية. إلى جانب ذلك، لم يكن الرأي -المذكور أعلاه- و الرفض للطرق العلمية لإثبات النسب متفقا عليه بين فقهاء القانون، حيث رأى فريق آخر من فقهاء الشريعة والقانون في استعمال هذه الطرق وسيلة علمية تعطي نتائج صحيحة، طبقا لما أثبتته العلم الحديث.

واعتبارا لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري الاستجابة للتطورات العلمية الحديثة التي نتج عنها استحداث تقنيات جديدة في المعرفة العلمية، فإنه قد أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات

2187- النور: الآية 6.

2188- راجع تفصيلا أكثر حول مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة وموقف الفقه الإسلامي من ذلك: سفيان بن عمر بورقعة:

النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، كنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2007، ص 33 وما بعدها.

2189- ملف رقم 222674: المجلة القضائية، عدد خاص، 2002، ص 88.

النسب أثناء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 في الفقرة الثانية من المادة 40 والتي جاء فيها: "و يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

إلا أن ذلك لا يفهم على إطلاقه؛ لأن إطلاق العنان للقاضي في إثبات النسب بهذه الطرق دون حصرها أو توضيح مجال تطبيقها وحجيتها، قد يفتح الباب على مصراعيه لاختلاف فقهي حول هذه الطبيعة، وتحديد مسألة سلطة القاضي في تقدير اللجوء إلى الطرق العلمية. ذلك أن المادة -السابق ذكرها- قد اكتفت بالإشارة إلى جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب دون تحديد المقصود منها أو حصر لصورها.

وعلى هذا فالأمر ليس على إطلاقه؛ لأن إعمال القضاء للنص القانوني لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا.

- فمن هذه العوائق ما يمس حرمة الحياة الخاصة، إذ تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة"⁽²¹⁹⁰⁾. فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد.

- ومنها ما يؤدي إلى انتهاك السلامة الجسدية، إذ تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان"⁽²¹⁹¹⁾.

- كما أنها تؤدي إلى إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وهذا يتنافى مع ما كرسته مختلف الأنظمة الإجرائية مبدأ عاما لا يجوز بموجبه اللجوء لإجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه⁽²¹⁹²⁾.

وانطلاقا من أن النص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب جاء مطلقا غير منضبط بالشروط الشرعية، مما يستوجب الوقوف عندها من خلال ما أقره الفقه الإسلامي، وذلك فيما يأتي:

2190- الجريدة الرسمية: العدد 25 المؤرخة في 2002/4/14.

2191- الجريدة الرسمية: العدد 25 المؤرخة في 2002/4/14.

2192- إضافة إلى العوائق المادية التي تتمثل في قلة المخابر المتخصصة في مجال البصمة الوراثية، وكذا المصاريف الباهضة التي تنقل كاهل أطراف الدعوى.

أولاً: إثبات النسب ونفيه عن طريق البصمة الوراثية من منظور شرعي

البصمة الوراثية: هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي التي تجعل كل إنسان مختلفاً عن غيره، وهو ما يعرف بالحمض النووي⁽²¹⁹³⁾.

كما يمكن تعريفها بأنها: "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المتمركز في نواة خلية من خلايا جسمه"⁽²¹⁹⁴⁾.

ونظراً لأهمية الموضوع فقد تم عرضه على المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد تم إرجاء اتخاذ قرار بشأن هذا الموضوع في الدورة الخامسة عشرة من دورات المجمع للحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة الطبية والشرعية، ثم صدر القرار في الدورة السادسة عشرة، وخلاصته أنه لا يجوز للزوج أن يعتمد على البصمة الوراثية لنفي نسب من تلده زوجته، وإنما طريق ذلك اللعان بشروطه الشرعية، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية بدعوى الاستيثاق من صحة من ثبت نسبهم شرعاً.

ولكن لا بأس بالاعتماد على البصمة الوراثية في حالات التنازع على مجهول النسب، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أم تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه. وكذلك في حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب. وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين. فكان المجمع الفقهي الإسلامي سابقاً للاعتداد بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، وقد توصل إلى تحديد الضوابط الشرعية التي من خلالها يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب أو نفيه، وهي كما يلي⁽²¹⁹⁵⁾:

2193- لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريف محدد للبصمة الوراثية لحدثة هذا المصطلح، والفقه الإسلامي إنما يتعامل مع الواقع في ضوء القواعد والأدلة الشرعية، وليس هناك ما يمنع من استحداث تعريف فقهي للبصمة الوراثية بعد التعرف على حقيقتها العلمية، وللتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يمكن الرجوع إلى علم الوراثة والإرشاد الجيني، وهو من العلوم الحديثة التي توصل إليها علماء هذا العصر، ولم يعرف سابقاً بتفاصيله ودقائقه، ولعل من العوامل المساعدة على اكتشاف تلك التقنية الحديثة الفائقة الدقة المجهز وأجهزة التحليل والأشعة وغيرها مع الصبر والعمل الشاق لخدمة الإنسانية. انظر، سعد الدين مسعد هاللي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2001، ص 26.

2194- انظر، سعد الدين مسعد هاللي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص 35.

2195- مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5-10/1/2002م. موقع "فاسألوا أهل الذكر". إسلام أون لاين، نت. www.islamonline.net

أولاً: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛ للحديث: "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"⁽²¹⁹⁶⁾. وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانياً: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثاً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب. بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود حث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً: لا يجوز بيع الجينات البشرية لجنس، أو لشعب، أو لفرد، لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفسد. كما يوصي الجمع بما يلي⁽²¹⁹⁷⁾:

أ- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء؛ وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

2196- البيهقي: كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم 17057. السنن الكبرى، 413/8.

2197- مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5-10/1/2002م. موقع "فاسألوا أهل الذكر". إسلام أون لاين، نت. www.islamonline.net

ب- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون، والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

وهذا ما أكدته- سلفا- بحوث المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت من خلال الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة، تحت عنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني: رؤية إسلامية"⁽²¹⁹⁸⁾.

حيث اتفقت البحوث المقدمة للندوة على أن البصمة الوراثية ترقى إلى حجية القیافة⁽²¹⁹⁹⁾، وكادت تتفق على أن البصمة الوراثية لا تغني عن اللعان في إثبات النسب أو نفيه، فتظل أدلة إثبات النسب ونفيه المعروفة في الفقه الإسلامي منذ عصر الرسالة، والمقدمة على القیافة، مقدمة أيضا على البصمة الوراثية.

وتثبت الأمومة بالولادة المشهودة أو المقر بها، كما تثبت الأبوة بالفراش الذي هو علاقة الزوجية، كما تثبت بالإقرار والبينة، فإن وجدت كلها أو بعضها فلا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع؛ لأنه في هذه الحال يحتكم إلى القیافة لحل النزاع، و البصمة الوراثية في حكم القیافة أو أولى.

يقول سليمان الأشقر: "وأما الجواب عن السؤال الثاني، وهو منزلة هذه الوسيلة (يقصد البصمة الوراثية) بين الطرق الشرعية الأربعة لإثبات الأبوة، فنقول: إنها لا يجوز أن تقدم عند التعارض على الفراش ولا على شهادة السامع ولا على الشاهدين، ولكن يجب أن تقدم على القیافة، بل القیافة طريقة بدائية بالنسبة إلى هذه الطريقة المتقنة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها"⁽²²⁰⁰⁾. كما نص على أن مجال

2198- المنعقدة من 13 إلى 15 أكتوبر 1998 بالكويت، وذلك بالتعاون مع المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة "الإيسيسكو"، ومجمع الفقه الإسلامي بمجدة، ومنظمة الصحة العالمية. انظر، سعد الدين مسعد هالالي: المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

2199- القافة: هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، والقائف هو الذي يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقیافة، فذهب الجمهور إلى أن النسب يثبت بها، ويجوز الاعتماد عليها في إثباته عند التنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، وذهب الخنفية إلى أنه لا يثبت النسب بقول القائف، لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القیافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب. انظر، محمود محمد حسن: المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

2200- سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 17.

العمل بالبصمة الوراثية يكون في إثبات أو نفي أبوة من لم تثبت أبوته بطريق شرعي صحيح كحالة الشخص المجهول النسب⁽²²⁰¹⁾.

واعتبر حسن علي الشاذلي أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب بحسب ما نص عليه الفقهاء، فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة، وكذلك البصمة الوراثية ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي⁽²²⁰²⁾. ومعلوم أن القيافة لا تسقط اللعان بالإجماع.

ويقول محمد المختار السلامي: "لا اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب يجب التأكد من ثقة القائمين عليها، ولا تكون إلا عند تنازع الآباء في الأطفال المختلطين، وهذا أمر وإن كان قليل الحدوث إلا أنه ممكن"⁽²²⁰³⁾. وقد ذهب في بحثه إلى أن البصمة الوراثية تغني عن اللعان لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾، قال: فالزوج يلجأ للعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه، فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له، بل أصبح معه شاهد⁽²²⁰⁴⁾.

أما سعد العززي فيقول: "بعد بيان النتيجة العلمية لحقيقة البصمة الوراثية، نقول: إن البصمة الوراثية تعتبر دليلا تكميلا ومساندا لإثبات النسب، وهو اختيار له مصداقية علمية، وخاصة في حالة اختلاف الزوجين في دعوى نسب الابن"⁽²²⁰⁵⁾. وقد ذهب إلى أن البصمة لا تغني عن اللعان، وفرق بين حالتين:

- إذا أثبتت البصمة الوراثية نفي النسب فيتأكد اللعان عند إصرار الزوجة على نسبة الولد لأبيه، وتكون البصمة الوراثية في هذه الحال من الأدلة المساندة لدعوى الأب.

2201- سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص 14.

2202- انظر، حسن علي الشاذلي: البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 27.

2203- محمد مختار السلامي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 10-11.

2204- محمد مختار السلامي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص 12.

2205- سعد العززي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم للندوة الفقهية الحادية عشر المنبثقة عن أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، من 13 إلى 15 أكتوبر 1998، ص 14-15.

- وإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب الولد لأبيه مع إصرار الأب في النفي، فينصح الأب بالعدول عن نفيه، أما إذا استمر الأب في نفيه للنسب فالصحيح بقاء اللعان لثبوته في الشرع⁽²²⁰⁶⁾. ولا شك أن العمل بهذا الرأي الأخير يستوجب تأخير اللعان إلى ما بعد الولادة⁽²²⁰⁷⁾.

وحجتهم في هذا التوجه من ثلاثة أوجه⁽²²⁰⁸⁾:

أولاً: أن اعتماد البصمة الوراثية أساساً لإثبات النسب مطلقاً - أي في حالي الزواج و عدمه - يعني اعتبار النسب لصاحب الماء وليس لصاحب الفراش، والفراش الذي ينسب إليه الولد عند أبي حنيفة هو مجرد عقد الزواج. وعند غيرهم لا ينسب إلى الفراش إلا إذا أمكن الدخول، أما ابن الزنا فلا ينسب لأب في الإسلام على سبيل الأصل حتى لا يحظى الزاني بشرف الأبوة وتستخدم الجريمة لإثبات النسب.

ثانياً: أن اعتماد البصمة الوراثية أساساً لإثبات النسب مقيدة - بحال الزواج - فيه كشف للمستور، وفيه من المخاطر والإشكالات ما لا تحمد عقباه، خاصة إذا كانت الزوجة مخنقة، مما يترتب عليه عدم ثبوت نسب الكثيرين ممن لا تنطبق بصمتهم مع بصمة آبائهم أصحاب الفراش. وهو ما يتعارض مع القاعدة الشرعية في تشوف الشارع لإلحاق النسب و عدم انقطاعه.

ثالثاً: أن الأمر عند النزاع يحتكم فيه للعدل والحق المطلق لتشوف الإسلام إلى وضع الحقائق في مكانها الصحيح كإقرار مبدأ القيافة، فعند تعارض أدلة الفراش والبينة و الإقرار التي هي الأصل في إثبات النسب، يُرجع إلى تحكيم القيافة التي تعتمد على الشبه وذلك لحل النزاع و الخلاف. ولما كانت البصمة تعتمد على الشبه العلمي اعتمدت دليلاً يحل محل القيافة إن توافرت.

وبعد هذا العرض الموجز لمدى اعتبار البصمة الوراثية وضوابط العمل بها في إثبات النسب أو نفيه في الفقه الإسلامي المعاصر، وأنها لا تغني عن اللعان إلا في حالات معينة - سبقت الإشارة إليها - يحسن بالمشروع الجزائي التأكيد على العمل باللعان أولاً، ثم الأخذ بعين الاعتبار هذه الضوابط الشرعية الخاصة بالبصمة الوراثية، وحصص الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب أو نفيه، حتى لا يترك الأمر على إطلاقه لما فيه من المخاطر والمحاذير الشرعية، كما هو الحال بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة.

2206- سعد العتري: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات النسب، ص 21.

2207- انظر، سعد الدين مسعد هلاللي: المرجع السابق، ص 81.

2208- انظر، سعد الدين مسعد هلاللي: المرجع السابق، ص 77-78.

ثانيا: إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل

شرع الله تعالى حدّ القذف لمن يرمي غيره من الناس بالزنا، وشرع اللعان بين الزوجين إذا ما أراد الزوج نفي الولد أو اتهام الزوجة، ولم يكن معه شهود. والتحاكم للبصمة الوراثية جائز إذا كان الطلب من الزوجة؛ لأنه يحقق براءتها وطمأنينة الزوج ونسب الولد، أما إن كان من الزوج فلا يجاب إليه إلاّ إن وافقت الزوجة لأنه يضيع حقها في الستر الذي يكون باللعان.

وقد أجاب الدكتور يوسف القرضاوي عن سؤال بهذا الصدد يستحسن نقله كاملا للاستفادة منه في حكم هذه المسألة المستجدة، حيث يقول في ذلك: "شرع الله حد القذف لمن رمى إنسانا بالزنا -رجلا كان أو امرأة- ولم يُقم بينة على ذلك.

والبينة أن يأتي بأربعة شهداء رأوا عملية الزنى وهي تحدث بأعينهم، دون تجسس منهم على الزاني ومن يزني بها. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (2209).

ولكن القرآن استثنى من هذا الحكم: الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، فمن اتهم امرأته بالزنا، فقد جعل الله له بديلا عن الشهود الأربعة: أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. كما فصل القرآن ذلك في سورة النور. وبهذا يسقط عنه حد القذف. قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (2210). وهذا اللعان مشروع فيما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو اتهمها بنفي الولد منها.

وفائدة اللعان: أن يفترق الزوجان، وينسب الولد إلى أمه، وقد ستر على المرأة، فلم يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب، ولم يعرف إن كان الولد ابنه حقيقة أو لم يكن ابنه. وفي هذا من المصلحة ما فيه.

وبعد أن ظهرت البصمة الوراثية وأصبح ممكنا معها تحليل الدم، ومعرفة الولد إن كان من صلب هذا الرجل أو لم يكن من صلبه. فقد اتفق العلماء على أن الزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة

2209-النور: الآيتين 4-5.

2210-النور: الآيات 6-9.

الوراثية لم يُستجَب له؛ لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى ولدها، وهذا الستر مقصود للشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها. ولكن الذي اختلف فيه العلماء هو ما إذا طلبت المرأة المقدوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية، هل تجاب إلى طلبها أو لا؟
أكثر العلماء قالوا: لا يجاب طلبها، ويكتفى باللعان؛ لأنه هو الذي شرعه الله لعلاج مثل هذه الحالة، فيوقف عنده، ويقتصر عليه، ولا نتعدها.

ولكن الذي أرجحه أن يستجاب للمرأة في هذا الطلب، على أساس أنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها، تدفع التهمة بها عنها، وتحفظ بها حقها، ولا تعتدي على حق إنسان آخر، فهي تطلب بالاحتكام إلى البصمة إثبات أمور ثلاثة في غاية الأهمية شرعا:

أولهما: براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، وهي جازمة بأنها غير كاذبة، وهذا أمر يحرص عليه الشارع ألا يتهم بريء بما ليس فيه.

وثانيهما: إثبات نسب ولدها من أبيه، وهذا حق للولد، والشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن، وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية الخمس.

الثالث: إراحة نفس الزوج، وإزاحة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القطعي: أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقا. وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، والطمأنينة مكان الريبة.

وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة بهذا الإجراء: الزوجة والزوج والولد. وأمر يحقق هذه المصالح كلها، وليس فيه ضرر لأحد، ولا مصادمة لنص لا ترفضه الشريعة، بل هم يتفق مع مقاصدها. وإذا طلبت الزوجة من القاضي الشرعي أو من المحكمة الشرعية الاحتكام إلى البصمة الوراثية، فالواجب أن نستجيب لها، رعاية لحقها في إثبات براءتها، وحق ولدها في إثبات نسبه، وعملا على إراحة ضمير زوجها، وإزالة الشك عنه⁽²²¹¹⁾.

2211- يوسف القرضاوي: إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل. موقع "فاسألوا أهل

الفرع الثالث: نفي النسب باللعان

اللعان بنفي النسب أمر له خطورته البالغة لما يرتبه من حقوق وأحكام تلحق بالآخرين، كحقوق الأبوة والبنوة والحجاب والميراث والمحرمية، ولذلك لا بد للزوج أن يستند إلى برهان قوي -قبل الملاعنة- وليس إلى مجرد شك في أن الولد ليس منه. وقبل بيان الأحكام المتعلقة به، لا بد من تعريفه أولاً.

أولاً: تعريف اللعان لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة، وهو من اللعن، وهو الإبعاد والطرْد (2212).

ب- في الاصطلاح: "حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض" (2213).

أو هو: "أيمان مخصوصة تجري بين الزوجين أمام القاضي مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة" (2214). ويكون ذلك بسبب رمي الرجل امرأته التي دخل بها بالزنا، وينفي نسب ولده منها، وانتفاء البينة التي تثبت ادعاءه (2215).

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (2216).

ثانياً: حالات نفي النسب باللعان

قضت المادة 41 من قانون الأسرة بأنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". فإنه يستفاد ضمناً من هذه المادة أن نسب الولد لأمه ثابت مهما كان الحال، أما الأب فيمكنه نفي ذلك بالطرق المشروعة و نجملها فيما يلي:

2212- المعجم الوسيط: ص 829.

2213- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 301.

2214- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 2/294. أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، 1/529.

2215- واللعان لا يكون إلا بين الزوجين بعقد صحيح وحال قيام الزوجية، فإذا انقطعت الزوجية بطلاق بانن غير رجعي أو نحوه من الفرق، فلا يقع اللعان، كما أن اللعان نفسه لا يقطع النسب وإنما لا بد لذلك من حكم القاضي. محمد سلام مكور: الوجيز في أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 441.

2216- النور: الآيات من 6-9.

- **عدم الوطاء بعد الاستبراء بالحيض:** وذلك بأن تلد المرأة بعد ستة أشهر فأكثر - وهي أقل مدة الحمل - من حيضتها دون أن يطأها الزوج مطلقاً بعد الحيضة.

- **عدم الوطاء بعد الاستبراء بالولادة:** وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد الولادة بستة أشهر فأكثر، ولم يطأها الزوج مطلقاً بعد ميلاد الطفل الأول.

- **الولادة بعد الوطاء بمدة لا يلحق فيها الولد بالزوج:** وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد الوطاء بمدة لا يمكن أن يكون فيها الولد ناشئاً عن ذلك الوطاء، إما لقلتها كخمسة أشهر فأقل، أو لكثرتها كخمس سنين فأكثر.

- **نفي النسب بعدم إمكان الإنجاب:** مثل إثبات التحاليل الطبية بأن الزوج عقيم أو أنه مصاب بمرض جنسي يمنعه من الإنجاب وقد يستعين الزوج في ذلك بالحامض النووي.

- **اتفاق الزوجين على نفي الولد:** وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد النكاح، فينفيه الزوج عنه وتصدقه المرأة في ذلك، فإن الولد لا ينتفي إلا بلعان الزوج، فإن لم يلاعن لحق الولد به؛ لأن النسب لا يسقط بمجرد الاتفاق على إسقاطه من الزوجين⁽²²¹⁷⁾.

ثالثاً: كيفية اللعان ودور القاضي في إجرائه

يتحقق اللعان بأن يقسم الرجل بالله أمام القاضي أربع مرات أنه صادق في رميته لزوجته بالزنا، ويقول في المرة الخامسة أن عليه لعنة الله إن كان كاذباً فيما رماها به من الزنا. وتقسم المرأة أيضاً أربع أيمان بالله أنه كاذب فيما رماها به، ثم تحلف الخامسة وتقول فيها أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين، فإذا تم الحلف بينهما يكون اللعان قد تم. وإنما وجب الابتداء بالرجل؛ لأنه المدعي فبينته بينة إثبات، وبينتها بينة إنكار لأنها منكورة، وإنما كانت أربع شهادات؛ لأن الزنا لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقرّ به صاحبه أربع مرات، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة. فإذا فعل ذلك سقط عن الزوج حدّ القذف، وإذا عارضته بشهادتها سقط عنها حدّ الزنا⁽²²¹⁸⁾.

ولا تقع الفرقة بين المتلاعنين إلا بحكم من القاضي عند أبي حنيفة وصاحبيه، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية قائمة بينهما في بعض الأحكام، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، ولو طلقها وقع عليها الطلاق، ولو أكذب نفسه حلّت له من غير تحديد عقد الزواج⁽²²¹⁹⁾. وذهب الجمهور إلى

2217- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 63/3-64.

2218- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 618-619.

2219- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية، 375/5.

وقوع الفرقة بمجرد الملاعنة، وحكم القاضي منفذ لها، لأن سبب الفرقة هو اللعان، وقد وجد ولولاه ما وقعت (2220).

رابعاً: آثار اللعان

إذا قذف الرجل زوجته وجب عليه حدّ القذف ما لم يلاعنها، فإذا لاعنها أمام القاضي سقط عنه الحد، وعلى المرأة أن تلاعنه هي الأخرى لتنفى عنها التهمة وتسقط الحدّ عنها. ومن هنا يتبين أن حق المطالبة باللعان ثابت لكل من الرجل والمرأة، فالرجل يلاعن من أجل نفي نسب الولد منه، ولإسقاط ما هو ثابت لزوجته من حقوق تتمثل في النفقة من كسوة وغيرها، نتيجة لفسخ الزواج باللعان، كما أن الزوجة تلاعن لإثبات حدّ القذف على الزوج ودفعه عنها، كما أنه يترتب على ملاحقتها للزوج نفي الولد عنه ونسبته إلى أمه، وانتهاء الزوجية بين المتلاعنين (2221). فجمهور الفقهاء يعتبرون الزوجية قد انتهت إلى الأبد بينهما (2222) استناداً لقوله ﷺ: "المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً" (2223).

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اعتبار الفرقة باللعان طلاقاً بائناً لا ترتب تحريماً أبدياً بين المتلاعنين؛ لأن المتلاعن إن عدل عن ملاحقته يصير كاذباً في يمينه وفي قذفه فيقام عليه حدّ القذف، فإن رغب أن يتقدم لها ورضيت عقد عليها بمهر جديد (2224). ولا تقع الفرقة قبل الحكم فلو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر (2225).

خامساً: دور القاضي في اللعان

يتثبت القاضي من شروط اللعان ومدى انطباقها على كل من الزوج والزوجة. فيتم الحلف من كلا الزوجين أمامه وبإذنه، ولا يعتد بحلفه دون إذنه، كما يندب للقاضي أن يقوم بتذكير المتلاعنين بعذاب الآخرة ويحثهما على الصدق، وأن عذاب الدنيا لا يقارن بعذاب الآخرة (2226).

2220- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 121/2. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 623-624.

2221- انظر، أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، 532/1.

2222- ابن رشد: بداية المجتهد، 121/2-122. الشيرازي: المهذب، 3/91. ابن قدامة: المغني، 11/147.

2223- الدارقطني: كتاب النكاح، حديث رقم 3706. سنن الدارقطني، 4/416. باب البيهقي: كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان

الزوج من الفرقة ونفي الولد، حديث رقم 15354. السنن الكبرى، 7/674.

2224- العيني: البناية في شرح الهداية، 5/377.

2225- الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 3/169.

2226- انظر، أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، 1/531.

موقف المشرع الجزائري

أغفل المشرع الجزائري التعرض أو النص على موضوع الملاءنة، بالرغم من أهميته وخاصة في موضوع نفي النسب. وواضح أن المشرع لهذا القانون لا يعالج إلا ما يرى أنه واقع تحت ضغط المجتمع، أو يتماشى وفق توجهات معينة بغض النظر عن الاحتياج لها أو لآثارها السلبية على الأسرة والمجتمع، وإلا فما الفارق بين الاهتمام بموضوع الخلع بعد الارتقاء بحق المرأة فيه من الرخصة إلى الحق الأصيل، وبين غيره من موضوعات شرعية تهم الزوجين. وعليه فمن الأولى دعوة القائمين على التشريع في مجال أحكام الأسرة أن تشمل هذه التشريعات الأمور التي عاجلها الشرع، وتعود بالمصلحة على أطراف الأسرة، ومن بين هذه الموضوعات اللعان خاصة وأن للقاضي دور المراقب والمنفذ.

سادسا: أهمية إدراج موضوع اللعان ضمن قانون الأسرة

قد يقول قائل أن نصوص الشريعة واضحة، وعلى كل مسلم أن يطبقها دون انتظار لتقنيها، ويرد على ذلك أن قانون الأسرة مستخلص من أحكام الشريعة الإسلامية يخاطب به القاضي ليطبقه، وبالتالي فإن ما يهمله التقنين لا يطبق قضاء عند النزاع، وقد ظهرت الحاجة الماسة إلى موضوع اللعان وذلك لكثرة دعاوى النسب ونفيه بين الزوجين، فقد ينفي رجل نسب ولده من زوجته، بالرغم من وجود المخرج الشرعي في الملاءنة، والتي ينتهي فيه الأمر بالفرقة أمام القاضي بعد الأيمان من الطرفين وفي ستر من الشرع⁽²²²⁷⁾.

المطلب الثاني: النفقة كأثر من آثار عقد الزواج

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". وما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد قصر موجبات نفقة الزوج على زوجته بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة، كما أنه لم يتطرق إلى مسقطات النفقة، ومنه فإنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من نفس القانون⁽²²²⁸⁾.

2227- وكان هذا الحل غائب عن المسلمين لعدم تنظيم القانون له، ولذلك فهناك من يذهب إلى ضرورة مواجهة إنكار الزوج لنسب ولده من زوجته بإجراء تحاليل وراثية، بدلا من الملاءنة أمام القاضي التي تكون في صمت وستر، فكيف تستمر الحياة بين زوجين يفرض عليهم هذا التحليل نسبا وإن كان صحيحا مع ما يحيط به من اختراق لستر الأسرة.

2228- أهمل المشرع النص على مسقطات النفقة، وأهمها حالة نشوز المرأة التي تعتبر مسألة أساسية في الحياة الزوجية، ولم يفصل فيها- على أن حالة النشوز تعتبر من موجبات إسقاط النفقة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: التعريف بنفقة الزوجة وبيان حكمها

أ- المراد بنفقة الزوجة: ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وشراب ومسكن وخدمة ونحو ذلك، مما يلزم توفره لها حسبما اعتاده الناس وجرى به العرف الصحيح. وهي حق ثابت للزوجة على زوجها، باعتبارها من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، مقابل احتباسها وتفرغها للزوج، وعدم انشغالها بأي أمر آخر إلا برضاه وموافقته، باستثناء التكاليف والواجبات الشرعية⁽²²²⁹⁾.

ب- حكم نفقة الزوجة: وحكمها أنها واجبة للزوجة على زوجها، ولو كانت غنية وموسرة، بل ولو كانت غير مسلمة؛ لأن استحقاقها للنفقة ثابت لها باعتبارها زوجة، وقد ثبت وجوب نفقة الزوجة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁽²²³⁰⁾.

ج- سبب وجوبها: وسبب وجوبها هو الزوجية الصحيحة، غير أن الوجوب لا يثبت بمجرد العقد، كما في وجوب المهر، بل بما يترتب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها، بشرط ألا يفوت حق الزوج في استقرار الزوجة في بيت الزوجية وتفرغها له، بسبب ليس من جهة الزوج، وأن تكون صالحة للمعايشة الزوجية، والقيام بواجباتها نحو الزوج⁽²²³¹⁾.

وتسقط النفقة بعد وجوبها: إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً، حتى ولو بعد الاحتباس؛ لأن العقد واجب الفسخ، فيكون التسليم بعده غير مشروع، كما تسقط النفقة إذا كانت الزوجة صغيرة غير صالحة للعشرة الزوجية؛ لأن احتباسها وعدمه سواء، أما حالة مرض الزوجة بعد الانتقال إلى بيت الزوجية، فالنفقة واجبة لها على زوجها ما لم تكن ناشزاً⁽²²³²⁾. أما نفقة علاجها فهو محل خلاف بين الفقهاء، وفيما يأتي عرض لآرائهم بإيجاز:

2229- انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/402-403. عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 251.

2230- راجع أدلة وجوب النفقة على الزوج لزوجته: ابن قدامة: المغني، 11/347 وما بعدها. مصطفى شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 438 وما بعدها. محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/403 وما بعدها. محمد يعقوب طالب عبيدي: أحكام النفقة الزوجية، دار الفضيلة، السعودية، 2004.

2231- وقد تحدث الفقهاء عند تعرضهم لهذا الشرط الأخير عن الزوجة المريضة، وفرقوا بين أن يكون مرضها قبل الزفاف أو بعده: فإن كان مرضها قبل الزفاف، ولا يمكنها الانتقال إلى بيت الزوجية فلا نفقة لها باتفاق الفقهاء، وإن أمكنها الانتقال إلى بيت الزوجية فنفقتها واجبة. وأما بعد الزفاف، بأن زفت إليه صحيحة سليمة ثم مرضت، فإن نفقتها واجبة على الزوج ما دامت في بيت الزوجية، ولو كان مرضها مزمنًا، لتحقق الاحتباس، والمرض أمر عارض قابل للزوال، لأنه من المقرر شرعاً أن الحقوق الدائمة لا تسقط بالأمر العارضة. انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 1/406. عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص 257.

2232- انظر، شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 442-443. وقد ذكر الفقهاء حالات أخرى لا تجب فيها النفقة من أهمها: نشوز الزوجة أو حبسها أو سفرها بغير زوجها، أو عملها بغير رضا الزوج أو بسبب ردّها. انظر، عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 255 وما بعدها.

الفرع الثاني: نفقة علاج الزوجة المريضة

أولاً: الجانب الفقهي

لم يختلف الفقهاء في وجوب نفقة الزوج على زوجته المريضة غير الناشز والمحتبسة في بيت الزوجية، وإنما وقع الخلاف بينهم في تعيين ما تشمله النفقة، فحصرها جمهور الفقهاء في المطعم والملبس والمسكن، وتوسع فيها الزيدية من الشيعة فأضافوا نفقة علاج الزوجة إذا مرضت، وإلى رأيهم ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين، وذلك كما يأتي:

أولاً: ذهب جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة إلى أنه لا يجب على الزوج في النفقة على زوجته إلا الطعام والكسوة والسكن. جاء في الفتاوى الهندية: "والنفقة الواجبة؛ المأكل والملبس والسكنى"⁽²²³³⁾، وجاء فيها أيضاً: "وأما الطبيب فلا يجب.. ولا يجب الدواء للمرض ولا أجره الطبيب"⁽²²³⁴⁾، فلا يجب على الزوج غير هذه الأمور من النفقة، وصرح الكاساني بأن الزوجة: "لو مرضت في الحضر كانت مداواة عليها لا على الزوج"⁽²²³⁵⁾. وقال الخطاب عند قول المختصر: "وأجره قابلة"، وأما أجره الطبيب والحجامة.. فعليها"⁽²²³⁶⁾. كما صرح الشافعي أن الزوج: "لا يكلف غير الطعام العام ببلده الذي يقتاته مثلها ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك"⁽²²³⁷⁾، وجاء في الحاوي الكبير: "ليس على رجل أن يضحى لامرأته، ولا يؤدي عنها أجر طبيب، ولا حجام"⁽²²³⁸⁾، وعلّل الشيرازي قول الشافعية بعدم استحقاق الزوجة الدواء للمرض وأجره الطبيب والأدوية وأجره الطبيب والحجام فلا تجب عليه لأنه ليس من النفقة الثابتة، وإنما يحتاج إليه لعارض، وأنه يراد لإصلاح الجسم، فلا يلزم المستأجر إصلاح ما تهدم من الدار"⁽²²³⁹⁾.

وجاء في المغني أن الزوج: "لا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجره الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه... وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم"⁽²²⁴⁰⁾.

ومن مجموع أقوال أصحاب هذه المذاهب فإن الزوج لا يلزمه لزوجه غير إطعامها وإكسائها وإسكانها، وإلى هذا ذهب الشيخ محمد أبو زهرة، فإنه حصر النفقة في الإطعام والكسوة والمسكن،

2233- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 571/1.

2234- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 571/1.

2235- الكاساني: بدائع الصنائع، 20/4.

2236- الخطاب: مواهب الجليل، 184/4.

2237- الشافعي: الأم، 229/6.

2238- الماوردي: الحاوي الكبير، 435/11.

2239- الشيرازي: المهذب، 152-151/3.

2240- ابن قدامة: المغني، 354/11.

حيث قال: "فوجوب التمكين يكون بأن يعد لها النفقة بأنواعها الثلاثة، فيقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه، والكسوة التي تليق بها، ويعد المسكن الذي تسكنه"⁽²²⁴¹⁾. واستدلوا لذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾⁽²²⁴²⁾. احتج بها الشافعي على أن الزوج لا يكلف غير الطعام العام ببلد الزوج الذي يقتاته مثلها من النساء، ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك. وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾⁽²²⁴³⁾، احتجوا بها لإيجاب سكنى الزوجة على قدر طاقة زوجها، فأخذ منها ابن قدامة أنه: "إذا وجبت السكنى للمطلقة، فالتى في صلب النكاح أولى".

أما من السنة: فقولته ﷺ: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽²²⁴⁴⁾، فإنه يفيد وجوب إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، ووردت النفقة فيه محصورة في الرزق والكسوة لأنهما تتجددان، كما ورد تأكيد ذلك في جواب النبي ﷺ لمن سأله عن حق الزوجة، فقال ﷺ: "أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت"⁽²²⁴⁵⁾.

ثانيا: يرى بعض فقهاء الشيعة أن الدواء إذا كان من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مال كثير فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج⁽²²⁴⁶⁾. والذي يستقيم مع مقاصد الشرع ومحاسن العشرة أن نفقة العلاج واجبة على الزوج إن كان موسرا، وتسقط إن كان معسرا بصرف النظر إلى صعوبة العلاج أو يسره، فإذا كان وجوب إطعامها للإبقاء على حياتها، فحاجتها إلى العلاج أشد من حاجتها إلى الطعام والشراب. وهو الرأي الذي رجحه الدكتور يوسف القرضاوي⁽²²⁴⁷⁾ لقوله ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽²²⁴⁸⁾ فظاهره أن ذلك غير مختص بمجرد الطعام والشراب، بل يعم جميع ما يحتاج إليه، فيدخل تحته الكماليات التي قد صارت بالاستمرار عليها مألوفة، بحيث يحصل التعذر بمفارقتها، أو التضجر أو التكدر، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص

2241- أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 304.

2242- الأحزاب: الآية 50.

2243- الطلاق: الآية 6.

2244- البيهقي: كتاب القسم والنشوز، باب حق المرأة على الرجل، حديث رقم 14724. السنن الكبرى، 481/7. ابن حجر: فتح الباري، 254/12.

2245- أبو داود: كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 2142. سنن أبي داود، 418/2-419.

2246- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 445.

2247- موسوعة الاستشارات على شبكة الانترنت. www.istisharaat.com

2248- البخاري: كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم، حديث رقم 2211. 115/2. وفي كتاب الأحكام، باب من رأى للفاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس. بلفظ "لا حرج عليك أن تطعمهم من معروف". حديث رقم 7161. الجامع الصحيح، 333/4.

والأزمة والأمكنة، والأحوال بما فيه الأدوية ونحوها. ولعلّ الأئمة الفقهاء لم يذكروا نفقات التطبيب ضمن ما يجب للزوجة على زوجها؛ لأنّ المداواة لم تكن في عصرهم حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالباً إلى العلاج؛ لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم⁽²²⁴⁹⁾.

ثم إنّ الشرع قد ترك أمر تقدير النفقة إلى العرف، وقد تعارف الناس وساروا على أن الرجل كما ينفق من أجل إطعام زوجته وإسكانها وإكسائها، فإنه ينفق من أجل تطبيبها. وما من شك أن العرف ينكر على الزوج القادر عدم تطبيب الزوجة إذا احتاجت إلى العلاج⁽²²⁵⁰⁾. وهذا ما رجحه الدكتور سعيد رمضان البوطي في إجابة له عن سؤال حول الموضوع نفسه بقوله: "مسألة نفقة العلاج الطبي على الزوجة كمسألة خدمتها المنزلية تابعة للعرف الساري في تلك البلدة"⁽²²⁵¹⁾.

ثانياً: الجانب القانوني

نصت المادة 78 على مشتملات النفقة: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف".

نص المشرع الجزائري صراحة من خلال هذا المادة على أن تطبيب الزوجة وعلاجها مما يجب على الزوج؛ لأن ضرورته أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة، ومعلوم أن الإنفاق على أحد لا يكون إلا لدفع الضرر عنه. وأي ضرر يصيب الزوجة أكبر من أن تمرض مرضاً قد يكون سببه كثرة اشتغالها في بيتها أو يصبها أثناء حملها أو بعد ولادتها، فلا يمكن دفعه بالطعام والكسوة، وإنما يمكن دفعه بالدرجة الأولى بالعلاج، وهذا مما تقره الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية، والأعراف الصحيحة⁽²²⁵²⁾، وهو ما ذهب إليه معظم التشريعات العربية الحديثة⁽²²⁵³⁾.

الفرع الثالث: الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قانوناً وقضاء

قرر الفقهاء أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية، بلا إسراف ولا تقتير في حدود المعروف، وفي حدود طاقة الزوج، مع مراعاة حال الزوجة على ألا تقل عن حدّ الكفاية، ويراعى في تقديرها عرف وعادة أهل البلد، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 79: "يراعى القاضي في

2249- انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي السني، ص 177.

2250- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 642/2.

2251- موقع الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي على شبكة الانترنت www.bouti.net.

2252- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 444-445.

2253- فعلى سبيل المثال ما نص عليه القانون السوري في الفقرة الأولى من المادة 71: "النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم".

تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". وعليه فإن تقدير النفقة من خلال نص هذه المادة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب طبقا للمادة 80: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى". والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب عن الامتناع عن دفع النفقة المستحقة للزوجة عند صدور الحكم بوجوبها إلا من خلال المادة 331 من قانون العقوبات.

وكذا من خلال الفقرة الأولى من المادة 53 التي تعطي الحق للزوجة في طلب التطلق بسبب عدم الإنفاق. وعليه فإن أول أثر يترتب على الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا ويستوجب العقاب، هو ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات، والتي جاء فيها أن كل من امتنع عمدا لمدة تجاوزت الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليها يعاقب بالحبس وبالغرامة⁽²²⁵⁴⁾. فإذا أقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة المختصة وكان الغرض منها إلزام المدعى عليه بالنفقة المستحقة قانونا، وحكمت بإلزامه بالنفقة المطلوبة، وأن هذا الحكم قد بلغ إلى المحكوم عليه وامتنع عن التنفيذ مدة أكثر من شهرين، فإنه من حق الزوجة المحكوم لها بالنفقة أن تتقدم إلى القضاء مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم تكون قد حازت قوة القضية المقضى فيها، وبمحضر امتناع عن التنفيذ يجره العون المكلف بالتنفيذ، وبعد إحالة المحكوم عليه الممتنع عن تسديد النفقة المقررة قضاء، فإن المحكمة بعد تحققها من توفر كل شروط المادة 331 من قانون العقوبات أن تحكم بإدانتها بجنحة الامتناع عن دفع مبالغ النفقة المقررة قضاء، وأن تسلط عليه الجزاء القانوني المناسب. وهذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/4/16 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن يتحمل المسؤولية الجزائية كل من امتنع عمدا ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع العمدي ما لم يثبت العكس. ومتى ثبت صدور أمر قضائي -استعجالي- يلزم المتهم بدفع النفقة فإن القضاة قد خرقوا القانون عندما قضوا بالبراءة لصالحه بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع"⁽²²⁵⁵⁾. ومنه فإن الجزاء المترتب عن عدم الإنفاق يتمثل في الجانب الجزائي الذي يعتبر

2254- قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المتضمن قانون العقوبات.

2255- ملف رقم 124382: المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995، ص 192.

من النظام العام من جهة، كما يتمثل في الجانب الشخصي الذي يعتبر حقا مكتسبا للمرأة يجيز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق من جهة أخرى وفق المادة 53 من قانون الأسرة⁽²²⁵⁶⁾.

نتائج الفصل

يمكن تلخيص نتائج هذا الباب الذي اشتمل على أهم المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره، والواردة ضمن المواد المعدلة - على الخصوص - من قانون الأسرة الجزائري في النقاط الآتية:

أولاً: إن المشرع الجزائري قد راعى في تعديله الجوانب المتعلقة بالمرأة كطرف في عقد الزواج، مدعماً بذلك مركزها القانوني والاجتماعي، بما يتماشى والدعوات المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في كل مناحي الحياة بما في ذلك العلاقات الأسرية التي نظمت أحكامها الشريعة الإسلامية. وكان الهدف من ذلك هو حماية حرية المرأة، ويظهر ذلك جلياً في النقاط الآتية:

1- بالنسبة للأهلية

فقد حدد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة وفقاً للمادة السابعة. ولعل المشرع إنما عمد إلى رفع السن بالنسبة للمرأة من 18 سنة إلى 19 سنة (سن الأهلية المدنية) حتى يعطيها المبرر الكافي للقيام على نفسها في عقد الزواج باعتبار كمال أهليتها على أساس اكتمال الرشد الذي يفترض معه اعتبار إرادة المرأة كاملة الوعي وقادرة على أن تباشر كافة التصرفات القانونية، ومنها الزواج الذي عمد فيه المشرع إلى إلغاء الصلاحيات التقليدية للولي فيه طبقاً للمادة 11 .

إلى جانب ذلك فقد اعترف المشرع للقاصر بأهلية التقاضي في مجال الحقوق و التزامات الناجمة عن عقد الزواج بموجب المادة السابعة.

2256- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن إعسار الزوج بالنفقة يعطي المرأة الخيار بين البقاء مع الزوج والصبر عليه، وبين أن تختار الفرقة، لأن الإمساك بالمرأة مع عدم الإنفاق عليها ضرر بما فُت عنه الشريعة، وإن الإمساك مع عدم الإنفاق مضارة، وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها. كما أنه إذا وقع الاتفاق على جواز التفريق بالعبء الذي لا يفوت معه إلا المتعة، فيجوز التفريق بعدم الإنفاق الذي تقوم به الحياة من باب أولى. أما الأحناف فقد ذهبوا إلى أن الزوجة لا تملك فراقه بسبب كونه معسراً، وإنما يأمرها القاضي أن تستدين ثم تعود عليه بما استدانته عند يساره، أو يأمر القاضي من كان يجب عليه نفقتها من أهلها قبل زواجها أن يقوم بإفراضها ثم يرجع على الزوج عند يساره، ولا يجبس المعسر العاجز عن النفقة لأنه عاجز لا ظالم حتى يزجر بالحبس، أما ابن حزم فيرى عدم جواز الفسخ للإعسار مطلقاً، وهو في هذا كالأحناف، وزاد عليهم أن المرأة إذا كان زوجها معسراً، وكانت قادرة وموسرة وجب عليها الإنفاق عليه. ويقترّب قول ابن القيم من رأي الأحناف حيث ذهب إلى أن الزوجة لو علمت بإعسار الزوج عند زواجها أو تزوجته موسراً، وطراً عليه الإعسار لأمر لا يد له فيه فليس لها حق طلب الفسخ، أما لو غرر بها وأعلمها أنه موسر وفي الحقيقة كان معسراً، فيكون من حقها طلب فسخ الزواج لأنه غرر بها. وهو بذلك يأخذ رأياً وسطاً. والراجح هو مذهب الجمهور لقوة أدلتهم، ودفعاً للضرر عن المرأة، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وهذا رأي الدكتور وهبة الزحيلي. انظر، السرخسي: المبسوط، 5/187. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/52. ابن قدامة: المغني، 11/361. ابن حزم: المحلى، 10/92. ابن القيم: زاد المعاد، 5/521. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/513.

2- بالنسبة للرضا

يعد الرضا من العناصر الأساسية لعقد الزواج طبقاً للمادة التاسعة، ومن ثم فإن عقد الزواج أصبح يحكمه سلطان الإرادة سواء بالنسبة للمرأة الراشدة أم بالنسبة للقاصرة فلا سبيل للإجبار، بما يضمن حرية المرأة الراشدة في توقف انعقاد الزواج على عبارتها، ومكانتها في تحديد مركزها في هذا العقد.

أما القاصر فليس للولي عليها سلطة الجبر، بل له عليها سلطة المنع بشرط ألا تتعارض مع ترخيص القاضي بالزواج بالنسبة للقاصر.

ولهذا عمد المشرع إلى إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة 20 من القانون 84-11. و جعل للمرأة الحق في إبرام عقد زواجها، ما يعني أنه أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في كل الجوانب المتعلقة بإبرام عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية.

3- حق الاشتراط

والمقصود بذلك أن للمرأة طبقاً للمادة 19 - كطرف في العقد- الحق في وضع أي شرط ترى فيه حمايتها من تعسفات الزوج، وقد ساوى المشرع في ذلك بين الرجل والمرأة، إلا أنه أعطى للمرأة الاحتفاظ بحق الطلاق إذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء إبرام العقد.

وعلى هذا فقد جاءت حرية المرأة في الاشتراط مطلقة، فلها أن تضع شرط عدم الزواج عليها وتحتفظ بحق الطلاق عند مخالفة الزوج لهذا الشرط، لذلك خصه المشرع بالذكر، وأخضع مسألة تعدد الزوجات لشروط محددة و لمراقبة القاضي الذي يتمتع بالسلطة التقديرية بموجب المادة الثامنة. كما لها شرط الخروج للعمل وشرط السكن بعيداً عن عائلة الزوج. إلا أن هذه الشروط جاءت مقيدة في الشريعة الإسلامية.

وأما فيما يخص العلاقة بين الزوجين فقد سعى لتحقيق التوازن داخل الأسرة (في الأدوار الأسرية)، بإيجاد توازن بين الزوجين في مجال الحقوق و الالتزامات الزوجية و العائلية و المالية وفقاً للمادة 36.

ثانياً: مسايرة المشرع للتطورات العلمية

- حفاظاً على صحة الزوجين و الأبناء لا يتم الزواج إلا بتقديم شهادات طبية وفقاً للمادة 7 مكرر. وهذا أمر له ما يستند إليه في مقاصد الشريعة الإسلامية وما قرره فقهاؤها.
- أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، دون بيان لضوابطه وحدوده، لذلك لا بد من مراعاة ذلك.

- أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، على أن النص جاء مطلقاً مما يستدعي إعادة النظر فيه، وتقييده بضوابط وقيود من شأنه أن يحقق الغاية منه ويكون وسيلة علمية ناجعة. وعليه يمكن القول أن المشرع بقدر ما عالج من النقائص والثغرات التي كان عليها قانون 84-11 بقدر ما فتح الباب واسعاً أمام مناقشات فقهية عميقة من خلال ما جاء به الأمر 05-02، الذي يُبقي المجال مفتوحاً للتعديل والإثراء والإلغاء.

الفصل الثاني

تصبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي
في مسائل الطلاق وآثاره

تمهيد

الأصل في عقد الزواج أنه للتأييد والاستمرار، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسدا له، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أن الإسلام وهو دين الفطرة والحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ولذا راعى ما قد يعتري الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، وقدّر ما قد يجدر بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأييد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذا العقد، إذا حالت موانع دون بقاءه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج.

وانتهاء عقد الزواج أو الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي قد تكون بالإرادة المنفردة للزوج (الطلاق)، وقد تكون باتفاق الطرفين (الخلع)، أو بحكم الشرع كاللعان أو الإيلاء أو الظهار أو الردة، وقد تكون بحكم القاضي (التطليق) لضرر قد يلحق بالزوجة بسبب إفسار الزوج عن النفقة أو لعب فيه أو لغيبته، أو إيذائه لزوجته بالفعل أو القول، أو غير ذلك من أوجه الضرر المعتبر شرعا. غير أن المتبع للنصوص القانونية الواردة بشأن الطلاق وأحكامه في قانون الأسرة الجزائري، يلحظ بوضوح بعض المخالفات الشرعية في تطبيق بعض الأحكام القضائية من وجهة النظر القانوني. فجاءت بعض هذه المواد في جزئياتها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، إن لم تكن المخالفة لنصوصها فلمقاصدها في تشريع الطلاق بصفة عامة.

ذلك أن موضوع الطلاق وما يترتب عليه من أحكام وآثار قد حددتها ونظمتها الشريعة الإسلامية سلفا، ولم تُبق مجالاً للاجتهاد فيها من باب السياسة الشرعية من حيث تحليل الحرام أو تحريم الحلال، كون هذه الأحكام والآثار تتعلق أساسا بالجانب الديني قبل الجانب القضائي. كوقوع الطلاق بمجرد التلفظ به قصدا من قبل الزوج، وبدء حساب العدة، وتحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن بانقضاء العدة، وحرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى تنكح زوجا غيره.. وما إلى ذلك.

غير أن مجال الاجتهاد يكون في بعض المسائل الجزئية، والتي تبقى محل تقدير ونظر القاضي الشرعي مما لم يأت بشأنها نص، أو جاءت بأدلة ظنية الدلالة أو الثبوت، كاستصلاح وسدّ الذرائع والعرف، فمثل هذه المسائل لا ينكر تغير أحكامها بتغير الزمان والمكان، كما يكون للقاضي السلطة في التقدير والنظر.

ومن هذه المسائل مسألة التعويض في الطلاق التعسفي، وجعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاقة واحدة، وتقدير النفقة، وإسناد الحق في الحضانة، وغير ذلك من المسائل التي لها محل في هذا البحث.

ومن خلال هذا الفصل يمكن معالجة بعض النقائص التي تعدّ ثغرات قانونية يستوجب تداركها، وذلك تماشياً مع ما تقره أحكام الشريعة الإسلامية.

ولهذا يقتصر الحديث - في هذا الفصل - على معالجة أهم النصوص القانونية - وعلى الخصوص المواد المعدلة - المتعلقة بالتطبيق القانوني و القضائي لأحكام الطلاق والرجعة والخلع والتطبيق، وكذا تناول بعض آثار الطلاق التي تعدّ في بعض جزئياتها محل اختلاف الفقهاء، كالحضانة ومسائلها المطروحة باستمرار على القضاء. وذلك بالرجوع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وإلى ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري واستقرت عليه التطبيقات القضائية، قصد معرفة مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري مع ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية أو تناوله فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم، وذلك وفق ما تتضمنه المباحث الآتية:

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الرابع: آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

تناولت المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري طرق انحلال الرابطة الزوجية، حيث جاء فيها: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"⁽²²⁵⁷⁾. ومن هنا يتضح بأن المشرع قد حصر أنواع الفرقة بين الزوجين في الطلاق أو الوفاة كأسباب عامة، غير أن هذه المادة قد أغفلت النص على كون الفسخ صورة من صور انحلال الزواج لاختلافه عن الطلاق⁽²²⁵⁸⁾. أما انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة فليس لإرادة أحد الأطراف دخل في ذلك، ويترتب عنها كافة الآثار الشرعية والقانونية وهذا بالاتفاق. ومن هنا لا بد من بيان طرق انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بصورة موجزة، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الفرق وأنواعها في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: معنى الفرقة وأنواعها

أولاً: معنى الفرقة

الفرقة في باب النكاح هي: "إنهاء عقد الزواج، والتفريق بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما لأي سبب يقتضي ذلك كطلاق، أو خلع، أو لعان، أو بواسطة التفريق القضائي، ونحو ذلك من أسباب الفرقة، كموت أحد الزوجين، أو فسخ عقد الزواج لأي سبب من الأسباب الشرعية التي توجب ذلك"⁽²²⁵⁹⁾.

ومن هنا يتبين أن الفرقة أعمّ من الطلاق؛ لأنها تشملها كما تشمل غيره من أنواع الفرق الأخرى.

ثانياً: أنواع الفرق

تكون الفرقة بين الزوجين بأحد أمور ثلاثة:

أولاً: تكون بالطلاق من الزوج، وقد ثبت حقه فيه بنصوص خاصة قطعية الثبوت والدلالة لا تختمل تأويلاً، ولا تحتاج إلى تفسير، فهي من المحكم الذي لم يتناوله نسخ كلي أو جزئي، ويجب العمل به كما هو، ومن أنكر ذلك فقد أنكر شيئاً علم من الدين بالضرورة.

2257- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2258- تطرق المشرع الجزائري إلى فسخ الزواج في المادتين 33 و34 من قانون الأسرة، وكان الأجدر أن يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية لقيام العقد في بعض الحالات صحيحاً ثم يطرأ عليه عارض يمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً كردة أحد الزوجين. ولعل عدم ذكره في المادة 47 كونه قد خصه بالزواج غير الصحيح في المادتين 33 و34.

2259- انظر، محمود بلال مهران: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، 11/2. محمد سلام مذكور: الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، ص 208.

ثانياً: تكون بالفسخ من القاضي، وقد ثبت حقه في التفريق بأدلة عامة ترجع إلى قاعدة منع الضرر.

ثالثاً: أن يوجد عند العقد ما ينافي قيام الزوجية شرعاً أو يطرأ بعده ما ينافي بقاءها، وحينئذ يفسخ الزواج من غير طلاق من الزوج ولا فسخ من القاضي⁽²²⁶⁰⁾.
ومنه لا بد من بيان الفرق بين الطلاق والفسخ واختلاف المذاهب في ذلك بإيجاز من خلال ما يأتي:

الفرع الثاني: أهم الفروق بين الطلاق والفسخ

لمعرفة الفرق بين الطلاق والفسخ، لابد أولاً من تعريف الفسخ وبيان معناه.

أولاً: معنى الفسخ

هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تاماً صحيحاً⁽²²⁶¹⁾. وفسخ عقد الزواج عبارة عن نقضه ورفع وإزالة ما يترتب عليه من الأحكام في الحال⁽²²⁶²⁾. ويكون فسخ عقد الزواج إما بسبب خلل مقارن للعقد، كما لو تبين أن العقد كان فاسداً بسبب أن المرأة المعقود عليها ليست محلاً للعقد بالنسبة لمن تزوجها بأن ظهر أنها أخته من الرضاع، أو كانت زوجة للغير أو معتدة وقت إنشاء العقد، كما يكون الفسخ بسبب خلل طارئ على العقد بعد تمامه، كارتداد أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام⁽²²⁶³⁾.

ثانياً: الفرق بين الطلاق والفسخ

تختلف حقيقة الطلاق عن حقيقة الفسخ، وفي ذلك يقول أبو زهرة: "إن حقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة، وهو لا يكون إلا في نكاح صحيح، وهو من آثاره التي قررها الشرع حتى لو عقدا عقد النكاح واشترطا فيه ألا يطلق الزوج زوجته كان الشرط لاغياً لأنه شرط فاسد إذ هو مناف لمقتضى العقد. أما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح، أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد فجعله غير لازم، وهذا الفسخ يكون لنقض العقد من أصله، ومثال

2260- انظر، علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1968، ص 20-21.

2261- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 2/202. العربي بلحاج: المرجع السابق، 1/206.

2262- انظر، عبد الحميد الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط3، 1997، ص 114.

2263- انظر، عبد الحميد الشواربي: المرجع نفسه، 1997، ص 114-115.

الأول ردة أحد الزوجين، ومثال الثاني الفسخ بخيار البلوغ⁽²²⁶⁴⁾. ويفترق الفسخ عن الطلاق من وجوه⁽²²⁶⁵⁾:

أ- يعتبر الطلاق إنهاء لعقد الزواج، أما الفسخ فقد يكون نقضا لعقد الزواج لخلل رافق نشوءه أو عارض طراً على الزواج فممنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً، أو حادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ.

ب- يكون الطلاق بائناً لا رجعة فيه، ورجعياً يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

ج- الفرقة التي تعد طلاقاً تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، أما الفسخ فلا يعتبر من الطلقات الثلاث، أي لا ينقص العدد.

د- أن الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح.

ثالثاً: ضابط ما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً

ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق عند أبي حنيفة ومحمد أن كل فرقة من جانب الزوج، ولا يمكن أن تقوم من قبل المرأة فهي طلاق، كالفرقة بسبب الإيلاء⁽²²⁶⁶⁾، وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته⁽²²⁶⁷⁾. إلا أن أبا حنيفة خلافاً لمحمد يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخ؛ لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهدر الدم، فتشبه الفرقة بالموت، والفرقة بالموت لا يمكن جعلها طلاقاً⁽²²⁶⁸⁾.

وأما ضابطه عند المالكية فيتمثل في السبب الموجب للفرقة⁽²²⁶⁹⁾، فإن كان راجعاً إلى الزوجين فهو طلاق، أما إذا لم يكن راجعاً لأحد الزوجين، بحيث لو أراد الاستمرار على حياتهما الزوجية

2264- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 277. انظر، عبد الحميد الشواربي: المرجع نفسه، 116-117.

2265- انظر، أبو زهرة الأحوال الشخصية، ص 277-278. وعبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1968، ص 75. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 348/7.

2266- الإيلاء هو: حلف زوج على ترك وطء زوجته بوجوب خيارها في طلاقه. الرضاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 291.

2267- انظر، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 316/1.

2268- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 350/7.

2269- جاء في بداية المجتهد: "إن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخاً مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة، وإن كان يجوز لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعب كان طلاقاً". ابن رشد: بداية المجتهد، 71/2.

المشتركة لما جاز لهما ذلك كان هذا فسخاً⁽²²⁷⁰⁾. وأما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الفرقة التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاقاً إذا أوقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ⁽²²⁷¹⁾.

رابعاً: الآثار المترتبة على هذه الفروق

تختلف الآثار المترتبة على هذه الفروق باختلاف أسبابها؛ لأن فرق النكاح ليست ذات طبيعة واحدة.

- فبعضها يوجب حرمة مؤبدة، لا تحل المرأة للرجل بعدها أبداً، كالفرقة الحادثة بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه.

- وبعضها يوجب حرمة مؤقتة، تزول بزوال سببها وتعود المرأة حلالاً للزوج متى عقد عليها بعد ذلك، كالفرقة بسبب خيار البلوغ، أو الردة، أو الإباء عن الإسلام، فإنه متى زال السبب حلت المرأة للرجل.

- وبعضها محل خلاف بين الفقهاء في كونه يوجب حرمة مؤبدة، أو مؤقتة، مثل اللعان عند أبي حنيفة ومحمد ومن وافقهما، حيث يرون أن الفرقة به لا تكون مؤبدة وأن للزوجين أن يستأنفا الحياة الزوجية بينهما إذا كذب الرجل نفسه فيما قذف به امرأته، أو فقد أحدهما أهلية اللعان⁽²²⁷²⁾.

بينما يرى جمهور الفقهاء من أصحاب المذاهب المختلفة، وبعض فقهاء الحنفية⁽²²⁷³⁾ أن الفرقة بسببه تكون مؤبدة، لا يحل للمتلاعنين بعدها أن يعودا أبداً⁽²²⁷⁴⁾. كما أن منها ما هو فسخ بالاتفاق، كالردة، ومنها ما هو طلاق بالاتفاق كالفرقة الواقعة بصريح اللفظ أو كنياته، ومنها ما هو محل خلاف بين الفقهاء في كونه فسخاً أو طلاقاً.

موقف المشرع الجزائري

كما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع لم يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، ذلك لأن إنهاء الحياة الزوجية كما يكون بالطلاق يكون بالفسخ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، إنما

2270- انظر، عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص78.

2271- انظر، عبد الكريم زيدان: المفضل، 343/7. الصابوني: المرجع نفسه، ص77.

2272- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 245/3.

2273- قال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد- من فقهاء الحنفية-: هي فرقة بغير طلاق وأنها توجب حرمة مؤبدة. الكاساني: بدائع الصنائع، 245/3.

2274- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 208/2.

الخلاف بينهم فيما يتناوله كل من الفسخ أو الطلاق من فرق الزواج، فما يعدّ فسخاً في بعض المذاهب قد يعدّ طلاقاً في مذاهب أخرى⁽²²⁷⁵⁾ - كما سبق بيان ذلك-.

وأما انحلال رابطة الزوجية بالطلاق فقد تناولته المادة 48 والتي نصت على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"⁽²²⁷⁶⁾.

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد حصر طرق الفرقة بين الزوجين في الطلاق بإرادة الزوج وبالإرادة المشتركة بين الزوجين، و بطلب من الزوجة عن طريق التفريق القضائي طبقاً للمادة 53 ، أو عن طريق الخلع طبقاً للمادة 54. كما أن المادة 55 أضافت حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين كأسباب قانونية. وفيما يلي نتناول الصورة الأولى من صور فك الرابطة من خلال ما يأتي:

المطلب الثاني: الطلاق بإرادة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة 48 من قانون الأسرة: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج". حيث اعتبرت هذه المادة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، واكتفى ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وشروطه وضوابطه، وفي ذلك محاولة منه التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية، وترك ذلك لما هو مقرر في الفقه الإسلامي على غرار مسائل فقهية أخرى⁽²²⁷⁷⁾ ضمنها في المادة 222 من قانون الأسرة عندما نص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²²⁷⁸⁾.

وقد تناول المشرع أحكام هذه الصورة (الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج) من خلال المواد (49-50-51-52). حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 49 على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا

2275- انظر، علي الخفيف: محاضرات في فرق الزواج، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1958، ص1.

2276- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

2277- انظر، باديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 8-7.

2278- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى⁽²²⁷⁹⁾.

ونصت المادة 50 على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"⁽²²⁸⁰⁾.

وما يمكن ملاحظته بشأن الفقرة الأولى من المادة 49 أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونًا، ولا يحتج به تجاه الغير⁽²²⁸¹⁾، كما يفهم أيضًا من هذا النص أنه إذا حصل الطلاق بحكم قضائي ثم راجع الزوج زوجته دون توثيق عقد الزواج من جديد، فإن هذا الزواج لا يحتج به قانونًا تجاه الغير من حيث ترتب الآثار القانونية عليه، وهذا مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي من حيث ترتب الآثار الشرعية على الطلاق أو الرجعة - وسيأتي بيان ذلك في موضعه -.

أما ما يمكن إبداءه كإشكاليات فقهية بشأن المادتين فهو:

أولاً: لم تنص المادتين صراحة على نوعي الطلاق الرجعي و البائن بينونة صغرى. لذلك ينبغي إعادة صياغة مواد الطلاق بالشكل الذي يستجيب لأحكام كل من الطلاق الرجعي والباطن.

ثانياً: يمكن للزوج أن يتلفظ بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقاً للمادة 49، وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادة 50، فقد حصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائناً بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج المطلق لإرجاع زوجته إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50.

ثالثاً: قد يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية.

2279- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

2280- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2281- والواقع فإن ترتب أحكام الطلاق من عدة وغيرها يكون من يوم الوقوع لا من يوم الإجازة (بمعنى بعد صدور الحكم القضائي)، بخلاف طلاق الفضولي إذا أجازته الزوج فإن أحكام الطلاق تعتبر من يوم الإجازة، والفرق بينهما أن الموقع والنجيز هنا واحد، وأما في الفضولي فالواقع له غير النجيز. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 370/2. ومنه فإن صدور الحكم القضائي بالطلاق عن طريق إرادة الزوج المنفردة لا ينشئ حكماً بذلك، بل يثبتته فحسب متى صدر الطلاق من قبل الزوج.

أما ما يتعلق بحكم الرجعة في الطلاق الثلاث فقد نصت المادة 51 على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"⁽²²⁸²⁾.

حيث يفهم من نص هذه المادة عدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وهذا مخالف لمذهب الجمهور القائلين بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث ثلاثاً، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه. وأما فيما يخص استعمال الرجل لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق بحكم أنه محول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يراعى في تقديرها حالة المطلق المالية⁽²²⁸³⁾، فقد نصت المادة 52 على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²²⁸⁴⁾. حيث يفهم من نص هذه المادة أن المشرع قد جعل الأصل في الطلاق الحظر إلا إذا دعت الحاجة إليه، فيعدّ متعسفاً - إلا إذا أثبت العكس - من طلق زوجته دونما سبب معقول. ومنه يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه، إلا أن المشرع لم يبين حدود مجاوزة استعمال الحق في الطلاق بالنسبة للزوج، كما أنه لم يبين الطرف الذي يقع على عاتقه إثبات التعسف من عدمه، ولم يضع حدّاً للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية، وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي، ولحالة الزوج المالية. كما أنه لم يوضح مقصوده من التعويض هل هو حق الزوجة في متعة الطلاق المقررة في الشريعة الإسلامية، أم أنه التعويض بسبب التعسف في استعمال الحق⁽²²⁸⁵⁾؟.

2282- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2283- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، 1/335.

2284- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل أيوائها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيداً. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

2285- غير أن الواقع في المحاكم الجزائرية على غرار ما هو حاصل في باقي محاكم الدول العربية والإسلامية، فإن غالبية الأحكام الصادرة في الطلاق يتحمل الزوج تبعاتها ومسئولياتها، بمجرد إيقاع الطلاق بالإرادة المفرد للزوج، وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك في حالة التطبيق استناداً لطلب الزوجة، فإنه يجوز الحكم لهذه الأخيرة بالتعويض طبقاً للمادة 53 مكرر، غير أنه في حالة نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر.

ومن ثم يمكن القول بأن هذه المواد 49-50-51-52 والمتعلقة بالطلاق تطرح عدة إشكالات فقهية وقانونية وقضائية - بخاصة وقوع الطلاق وأحكام الرجعة ومعيار تقدير التعسف في إيقاع الطلاق - يجب عليها الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

أولاً: الجانب الفقهي

مما لا شك فيه أن فقهاء الشريعة الإسلامية من القدامى والمعاصرين قد تناولوا موضوع الطلاق وبينوا جميع أحكامه وآثاره، وفصلوها على قدر كبير من البيان والوضوح، بما لا يدع مجالاً للبحث والاستقصاء - وهي مثبتة في كتبهم - إلا ما جدّ أو يجدّ من قضايا ووقائع تتطلب حلولاً جديدة ملائمة لروح الشريعة ومقاصدها، فإنها تكون محل بحث واجتهاد. ومنه فإن المسائل التي تكون محل البحث والدراسة - في موضوع الطلاق - هي القضايا التي لها علاقة بما هو منصوص عليه في قانون الأسرة من مواد قد تكون محل مناقشة وتقويم بحسب موافقتها أو مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، والتعرض لبعض ما يخص الطلاق من أحكام إنما يكون بقدر الحاجة وبحسب ما يخدم الموضوع. وقبل الخوض في تحليل هذه الإشكاليات ومناقشتها والإجابة عليها وفق ما قرره أحكام الشريعة الإسلامية، لا بد أولاً من التطرق إلى تعريف الطلاق شرعاً وبيان حكمته وحكمه.

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

أولاً : في اللغة، الطلاق لغة يرجع لعدة معاني⁽²²⁸⁶⁾:

- الترك : ومنه طَلَّقَ البلاد تركها وطلَّقت القوم تركتهم.

- الفراق : ومنه طَلَّقت البلاد فارقتها.

- التخلية : ومنه أَطَلَّقت الأسير أي خَلَّيته .

- الإرسال : ومنه ناقة طالق بلا خطام، وهي التي ترسل في الحي فترعى من جنابهم حيث

شاءت لا تُعقل إذا راحت ولا تُنحى في المسرح.

- من لا قيد عليه : ومنه وحسوه في السجن طَلَّقاً؛ أي بغير قيد، والطاق من الإبل .. التي لا

قيد عليها؛ بمعنى حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق؛ أي مرسله بلا قيد، وأسير مطلق؛ أي حل قيده وخلي عنه.

وطلاق النساء يأتي لمعنيين⁽²²⁸⁷⁾ : أحدهما : حل عقدة النكاح. والآخر: بمعنى التخلية والإرسال

2286- ابن منظور: لسان العرب، 10/225-226.

2287- ابن منظور: المصدر نفسه، 10/226.

لكن العرف خص الطلاق بجل القيد المعنوي وهو في المرأة، فيقال: طلق الرجل زوجته، فهي طالق، وطلّقت المرأة من زوجها طلاقاً؛ أي تحلّت من قيد الزواج وخرجت من عصمته⁽²²⁸⁸⁾.

ثانياً: في الاصطلاح، عرف فقهاء المذاهب الطلاق بتعاريف عديدة متقاربة:

حيث عرفه الحنفية بأنه: "هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح"⁽²²⁸⁹⁾. فيحترز بلفظ "شرعاً" عن رفع القيد الثابت حساً، وهو حلّ الوثاق. ويحترز بالنكاح عن العتق لأنه رفع قيد ثابت شرعاً، لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح. أو هو "رفع قيد النكاح في الحال بالبائن، أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على الطلاق"⁽²²⁹⁰⁾.

وعرفه المالكية بأن: "صفة حكومية ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته"⁽²²⁹¹⁾، أو هو "إزالة القيد وإرسال العصمة لأن الزوجة تزول عن الزوج"⁽²²⁹²⁾.

كما عرفه الشافعية بأنه: "حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽²²⁹³⁾.

وعرفه الحنابلة بأنه: "حلّ قيد النكاح أو بعضه". وبعض قيد النكاح إذا طلقها طلقه رجعية⁽²²⁹⁴⁾.

وعرفه من المعاصرين عبد الرحمن الصابوني بأنه: "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله، قاصداً لمعناه أمام الشهود"⁽²²⁹⁵⁾. وقد راعى في هذا التعريف توضيح نطاق الطلاق كما شرع في الكتاب والسنة.

والمختار في تعريفه أن يقال⁽²²⁹⁶⁾: "إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه"⁽²²⁹⁷⁾.

2288- ابن منظور: المصدر نفسه، 226/10.

2289- ابن عابدين: رد المختار، 227/3. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 447/3.

2290- ابن عابدين: المصدر نفسه، 226/3-227.

2291- الخطاب: مواهب الجليل، 18/4.

2292- الخرشبي: الخرشبي على مختصر سيدي خليل، 11/4.

2293- الشربيني: مغني المحتاج، 368/3.

2294- البهوتي: كشاف القناع، 232/5.

2295- عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 74.

2296- عبد الكريم زيدان: الفصل، 347/7.

2297- أما قانون الأسرة الجزائري فكان متذبذباً بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه، ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها، لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84-11 إذ نص صراحة على أن: "الطلاق حل عقد الزواج...". ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و 54 من

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وحكمته وحكمه

وبيان ذلك بإيجاز فيما يأتي:

أولاً: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الطلاق وحله منها قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²²⁹⁸⁾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽²²⁹⁹⁾.

وأما السنة: ففيها أخبار كثيرة بوقوع الطلاق تدل على مشروعيته، منها: "أن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁽²³⁰⁰⁾.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق. ونقل البهوتي الإجماع على جوازه⁽²³⁰¹⁾.

ثانياً: حكمة مشروعية الطلاق

نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية من محاسنها ومن دلائل واقعيته وعدم إغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم وأحوالهم، إذ طبيعة النفوس وما يعترئها من تغيرات منها ما يؤدي إلى التنافر والخلاف، وقد يستعصى حل الخلاف وإزالة الثفرة فيما بين الزوجين فتكون المصلحة في هذه الحالة هو وقوع الطلاق والفرقة، حيث لا يبقى مصلحة في النكاح ومقاصده فتغلب مصلحة الطلاق؛ لأن في بقاء الرابطة الزوجية بعد فساد الحال بين الزوجين مفسدة ومضرة وسوء معاشرة من غير فائدة. وقد يكون العقم وعدم النسل بسبب من الزوج، والمرأة تتطلع إلى الذرية والنسل فتطلب الطلاق بالخلع أو بدون عوض لتحقق أمنيته مع زوج آخر⁽²³⁰²⁾.

نفس القانون، غير أن التعديل الجديد بموجب الأمر 05-02 لم يتطرق إلى تعريف قانوني للطلاق، واكتفى من خلال المادة 48 بذكر بعض

حالات انحلال الرابطة الزوجية.

2298- البقرة: الآية 229.

2299- الطلاق: الآية 1.

2300- سبق تخريجه، ص 7.

2301- البهوتي: كشاف القناع، 5/232.

2302- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 280. عبد الكريم زيدان: الفصل، 347/7. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، 1/304.

قال الكاساني: "شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى للنكاح مصلحة، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد-أي مقاصد النكاح- فتغلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه"⁽²³⁰³⁾، وقال ابن قدامة: "ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررا محضا بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه"⁽²³⁰⁴⁾.

ثالثا: حكم الطلاق

الطلاق تصرف شرعي يقوم به الزوج، وتعتريه الأحكام الشرعية من الوجوب والحرمة والإباحة والكرهية، فهو يباح عند الحاجة لسوء خلق الزوجة ولسوء عشرتها، ويكره في غير حاجة، ويحرم في الحيض والنفاس، ويجب كطلاق المولي بعد التريص أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفيء، وطلاق الحكيم في الشقاق إذا رأياه، ويستحب عند التفريط في حقوق الله تعالى كترك الصلاة، أو في التفريط في حقوق الزوج أو للبعض الشديد للزوجة⁽²³⁰⁵⁾.

وهنا تعرض مسألة بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر والإباحة، وقد اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق فقال بعضهم بالإباحة، وقال البعض بالحظر، والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة؛ لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز، وذلك على قولين في الجملة:

القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة: قال الإمام القرطبي في تفسيره: "دلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محذور. وقال ابن المنذر: ليس في منع الطلاق خير يثبت". وقال السرخسي: "وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء"⁽²³⁰⁶⁾. وقال ابن عابدين: "إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات وهو المذهب"⁽²³⁰⁷⁾؛ أي عند الحنفية وغيرهم، ولكن هناك من الحنفية من ذهب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر⁽²³⁰⁸⁾.

2303- الكاساني: بدائع الصنائع، 95/3.

2304- ابن قدامة: المغني، 223/10.

2305- انظر، ابن عابدين: رد المختار، 227/3. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 361/2. الرملي: نهاية المحتاج، 423/6. ابن قدامة: المصدر نفسه، 224/10.

2306- السرخسي: المبسوط، 2/6.

2307- ابن عابدين: رد المختار، 227/3.

2308- ابن عابدين: المصدر نفسه، 228/3.

والحجة لهذا الرأي قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾⁽²³⁰⁹⁾، وقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽²³¹⁰⁾، وذلك يقتضي إباحة إيقاع الطلاق، وأن الأصل فيه الإباحة لا الحظر. وقد طلق النبي ﷺ حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي بمراجعتها لأنها صوامة قوامة. كما طلق غير واحد من الصحابة-رضي الله عنهم-⁽²³¹¹⁾.

القول الثاني: أن الأصل في الطلاق الحظر، وبهذا قال أكثر الفقهاء. والحجة لذلك: أن الزواج عقد مسنون، بل هو واجب أحياناً، فكان الطلاق قطعاً للسنة، وتفويتاً للواجب، فيكون الأصل فيه الحظر والكره إلا أنه رخص للتأديب أو التخليص كما قال الكاساني⁽²³¹²⁾. جاء في روضة الطالبين: "وأما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال"⁽²³¹³⁾، وجاء في مغني المحتاج: "ومكروه كمستقيمة الحال"⁽²³¹⁴⁾. فيفهم من هذا القول أن الأصل في الطلاق عند الشافعية هو الحظر، وإلا لما كان مكروهاً بالنسبة للزوجة المستقيمة، وعند سلامة الحال. وجاء في كشف القناع: "ويباح الطلاق عند الحاجة إليه.. ويكره الطلاق من غير الحاجة إليه"⁽²³¹⁵⁾.

وقال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقاً وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة، وإخلاق الإيذاء بها وبأهلها ولأولادها، ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على أصله من الحظر، ولهذا قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾⁽²³¹⁶⁾ أي لا تطلبوا الفراق"⁽²³¹⁷⁾. ومعنى ذلك أن الزوجة إذا تركت النشوز وأطاعت زوجها فإن طلاقها بعد ذلك يكون اعتداءً عليها وظلماً لها، وإيذاءً لأهلها وأولادها، وهذا لا يجوز لعدم وجود سبب⁽²³¹⁸⁾.

2309- البقرة: الآية 236.

2310- الطلاق: الآية 1.

2311- السرخسي: المصدر نفسه، 3/6.

2312- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/95.

2313- النووي: روضة الطالبين، 4/6.

2314- الشريبي: مغني المحتاج، 3/404.

2315- البهوتي: كشف القناع، 5/232.

2316- النساء: الآية 34.

2317- ابن عابدين: رد المختار، 3/228. ورجح هذا الرأي الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 355/7.

2318- انظر، أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 28.

وقال ابن تيمية⁽²³¹⁹⁾: "لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا، وإن الله يبغض الطلاق وإنما يأمر به الشياطين والسحرة كما قال الله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾⁽²³²⁰⁾، وفي الصحيح عن النبي ﷺ قال: "إن الشيطان ينصب عرشه على الماء ويبعث جنوده، فأقربهم إليه منزلة أعظمهم فتنة، فيأتي أحدهم فيقول: مازلتُ به حتى شرب الخمر، فيقول: الساعة يتوب، ويأتي الآخر فيقول: مازلتُ به حتى فرقتُ بينه وبين امرأته فيقبله بين عينيه ويقول: أنتَ أنتَ"⁽²³²¹⁾، ولقوله ﷺ: "أبما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽²³²²⁾.

وهناك اتجاه ثالث يرى بأن الحظر في الطلاق ديانى لا قضائى؛ بمعنى أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون آثما، وعلى هذا فإن الموضوع يتعلق بأمر نفساني قد لا يستحسن معرفته، فالأمر موكل إلى ضمير الزوج. أما قضاء فالطلاق واقع، ولا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة السبب حرصا على سمعة الأسرة⁽²³²³⁾.

وعلى هذا فالراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الرأي الثاني من أن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرار الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلاءم و مقصد الديمومة في الزواج.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي من خلال المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²³²⁴⁾.

2319- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 33/48-49.

2320- البقرة: الآية 102.

2321- مسلم: كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعث سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا، صحيح مسلم، 2/1292.

2322- أبو داود: كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث رقم 2226، سنن أبي داود، 2/463. ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، حديث رقم 2055. سنن ابن ماجه، 2/518. البيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، حديث رقم 14860. السنن الكبرى، 7/517.

2323- انظر، الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 102-103.

2324- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

الفرع الثالث: جعل الطلاق بيد الرجل والحكمة من ذلك

أولاً: تقرير حق الطلاق للرجل والحكمة منه

إن صاحب الحق الأصيل في الطلاق هو الرجل والأدلة على ذلك كثيرة منها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽²³²⁵⁾، فالخطاب في هذه الآية موجه إلى الأزواج.

كما دلّ حديث ابن عمر-رضي الله عنهما- على ذلك وفيه: "مُرّه فليراجعها"⁽²³²⁶⁾.

فليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق حتى وإن كان هو الذي تولى عقد النكاح⁽²³²⁷⁾. فإن قيل: فلمَ اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق؟ قيل لأمرين⁽²³²⁸⁾:

أحدهما: أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح، ولما اختص الزوج بالترام المؤنة جاز أن يختص الزوج بإيقاع الفقرة.

والثاني: أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها؛ لأنّ شهوتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر، والرجل أغلب لشهوته منها، وأنه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر.

فمن الأمور المقررة شرعاً أن الله تعالى راعى في تشريع الأحكام لعباده ما هو غالب من أمورهم وأحوالهم، وما يناسب طبائعهم، وجعل المناط في أحكامه المظان الكلية دون الفردية، وراعى ما هو الشأن في المكلفين من الرجال؛ لأنّ الوقائع الفردية لا تنتهي عند حدّ، فلهذا جعل الطلاق بيد الرجل له حق إيقاعه مستقلاً دون أن يتوقف على رضا الزوجة⁽²³²⁹⁾، ودون أن يكون أمام القاضي. ذلك أن فصم رابطة الزوجية أمر له خطره تترتب عليه آثار لها أهميتها في حياة الجماعات والأسر، فلا بد أن يوضع بيد من يقدر هذه العواقب ويفكر في الأمور ويزنها بميزان العقل، دون تأثر برغبة عارضة أو غضبة تائفة⁽²³³⁰⁾. ولأنّ الله تعالى جعل للرجل القيام على المرأة بسبب قوامته وبما كلف به من دفع المهر لها

2325- البقرة: الآية 236.

2326- سبق تخريجه، ص 7.

2327- وطلاق غير الزوج مسألة خلافية ستأتي الإشارة إليها.

2328- عبد الواحد بن إسماعيل الروياني: بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق أحمد عز وعناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2002، 7/10-8.

2329- الطلاق الذي هو بيد الرجل ليس مطلقاً بغير قيد، بل هو مقيد في عدده ومقيد في زمانه ومقيد في حكم وقوعه، وكل هذه القيود تحمي المرأة من تعسف الرجل أو ظلمه، فإذا خرج الرجل عن حدوده وأساء استعمال حقه، ترد إساءته ويردع على جوره بما يتفق والحكمة التي دعت إلى تشريعه، وبما فيه من منع الإضرار بالمرأة زوجة أو مطلقة. انظر، محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 17-18.

2330- انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية، 1/306-307.

والإنفاق عليها⁽²³³¹⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽²³³²⁾، ومن لوازم هذا أن تكون العصمة بيده، إن شاء أمسك وإن شاء طلق⁽²³³³⁾. ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾⁽²³³⁴⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽²³³⁵⁾، حيث جعل الله الطلاق لمن ينكح، إن شاء أمسك وإن شاء طلق؛ ولأن الرجل أعقل من المرأة وأضبط لعواطفه وأدرى بالتبعات التي تترتب على الطلاق بخلاف المرأة⁽²³³⁶⁾.

كما أن قوله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽²³³⁷⁾، يفيد جعل الطلاق بيد الرجل⁽²³³⁸⁾.

فمن تتبع النصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة يجدها تدل دلالة صريحة على أن الطلاق حق للزوج وليس حقا للزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد حفاظا على الزواج، وتقديرا لمخاطر إنهائه بنحو سريع بحل الرابطة الزوجية التي عقدت في الأصل لتكون طوال العمر، فلا يجوز التعجل في إنهائها.

والملاحظ الذي يؤيده الواقع أن الرجل أكثر احتمالا وصبرا على ضبط عواطفه وانفعالاته عند الغضب ودواعيه من المرأة، ولا يقدر في هذا أن بعض النساء قد يكنن أقدر وأكمل، ولكن هذا على النادر والأحكام تُبنى على الغالب. ولأن الزواج والطلاق يحتمل الزوج تبعات مالية -بأصل قوامته- مما يحمله على التأني وعدم العجلة في تطليق زوجته⁽²³³⁹⁾.

2331- لقد جعل الله تعالى من الطلاق مغنما للرجل وربطه بالمهر والنفقة اللذين جعلهما الله مغرما عليه، وفي المقابل فقد جعل الله من المهر والنفقة مغنما للزوجة وربطهما بالطلاق الذي جعله مغرما عليها. محمد سعيد رمضان البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، بيروت، 2002، ص 136.

2332- النساء: الآية 34.

2333- القوامة على الأسرة في نظام الإسلام وشرعه، قوامة رعاية وإدارة، وليست قوامة هيمنة وتسلط، ثم إنما ليست عنوانا على أفضلية ذاتية عند الله تعالى، وإنما ينبغي أن تكون عنوانا على كفاءة يتمتع بها القائم بأعباء هذه المسؤولية... وإن فهم الأفضلية الذاتية للرجال على النساء مما يتناقض بشكل حاد مع صريح كتاب الله في نصوص كثيرة.. فالأفضلية إنما هي أفضلية التناسب المصلحة مع الوظيفة التي يجب النهوض بأعبائها. انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ص 100-101.

2334- الأحزاب: الآية 49.

2335- البقرة: الآية 231.

2336- انظر، السيد سابق: فقه السنة، 2/158.

2337- البيهقي: كتاب الطلاق، باب الاستثناء في الطلاق والعتق والنذور، حديث رقم 15116. السنن الكبرى، 7/590-591. ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، حديث رقم 2081. سنن ابن ماجه، 2/532. الدراقطني: كتاب الطلاق وغيره، حديث رقم 3991. سنن الدراقطني، 5/67.

2338- ابن القيم: جامع الفقه، 5/395.

2339- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/360-361.

على أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة وحققها في موضوع الطلاق، فمنحتها الحق في طلب التطليق وأوجبت على القاضي أن يجيئها إلى طلبها ويفرق بينها وبين زوجها، إذا كان هناك من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة، كما إذا تضررت من الزوج، وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها⁽²³⁴⁰⁾. وجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه للزوج وهو ما يسمى بالخلع، وأجاز الشارع للزوج أن يفوض زوجته في إيقاع الطلاق؛ لأن القاعدة الشرعية تنص على أنه "من ملك تصرفاً يملك الإجابة فيه إن كان قابلاً للإجابة"⁽²³⁴¹⁾.

وبهذا يكون الشرع قد وازن بين المصلحتين من جانب الزوج في أن يكون صاحب الحق في الطلاق، وراعى أيضاً جانب المرأة أمام ظلم الزوج لها فأعطاهما الحق في طلب التطليق إذا توافرت أسبابه الشرعية فيستجيب لها القاضي.

ولا يصح أن يقال بأن الطلاق لا يقع إلا باتفاق الزوجين؛ لأنه لو كان الأمر كذلك لتعنت أحدهما ليوقع الآخر في ضرر لا يمكنه التخلص منه⁽²³⁴²⁾. كما لا ينبغي القول بأن الطلاق يتوقف على حكم القاضي لأن الطلاق حق للزوج بمقتضى النصوص الشرعية، وتقييد وقوعه بأن يكون صادراً من القاضي أو بإذنه يفتقر إلى الدليل. وفيما يلي بيان ذلك:

ثانياً: تقييد الطلاق بالقضاء

من المعروف أن الشريعة الإسلامية أعطت الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، وقد انتقد البعض هذا الاتجاه ونادى بأن يكون الطلاق بحكم القاضي بعد إثبات مبرر له، كما هو الحال في معظم القوانين الوضعية، حتى يتاح فرصة للتفكير في الطلاق وللصلح بين الزوجين قبل الطلاق، وحتى يمنع الزوج من ظلم زوجته عند طلاقه إياها دون مبرر.

ومسلك الشريعة في جعل الطلاق بيد الرجل لا بيد القاضي - في الأصل - أولى بالعمل به لصالح المرأة ولصالح الرجل والأسرة. ذلك أن مفتاح بقاء الحياة الزوجية يجب أن يكون بيد الرجل في الأصل باعتبار أنه هو الذي أنشأ الأسرة وهو القيم الأول عنها والمكلف بالإفراق عليها، فإذا طلق فلا يستساغ أن تفرض عليه زوجة لا يقبل التعاون معها، وبالتالي لا يتحقق في الأسرة السكن والمودة والرحمة إذا أجب القاضي الزوج الكاره على أن يستمر في الحياة الزوجية، ولهذا عدلت الشريعة بينهما⁽²³⁴³⁾.

2340- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ص 352.

2341- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 282. عبد العزيز رمضان سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص 301.

2342- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: المرجع نفسه، ص 302.

2343- انظر، أبو زهرة: المرجع نفسه، ص 285. محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ص 18 وما بعدها.

وتكليف الزوج بأن يلجأ للقاضي للحكم له بالطلاق إذا كان هناك مبرر له، أمر ليس في صالح المرأة؛ لما فيه من كشف لعيوب الزوجة بإثبات سوء سلوكها، ولهذا وغيره لم تجعل الشريعة الإسلامية الطلاق بيد القاضي، وإنما جعلته بيد الرجل في الأصل، وألزمته بكافة أعباء الطلاق سواء كان مخطئاً في طلاقه، أم كان خطأً زوجته هو الذي أدى إلى الطلاق، وذلك رحمة بالنساء وسترا لعيوبهن، وقد كان العدل أن يباح للرجل أن يلجأ إلى القاضي طالبا إعفائه من أعباء الطلاق إذا أثبت أن خطأً زوجته هو السبب في الطلاق، كما لو أثبت سوء سلوكها، ولكن الشريعة الإسلامية قدمت الرحمة بالنساء على العدل مع الرجال، والستر في مجال الأسرة والعائلات على الفضيحة أمام القضاء⁽²³⁴⁴⁾.

وإذا أقدمت الزوجة الكارهة على الطلاق كان عليها أن تأخذ تفويضا من زوجها أو تتفق معه فيه على ذلك، فإذا لم يتم لها ذلك كان لها أن تلجأ إلى القاضي لينوب شرعا عن زوجها في تطليقها، وهنا نلاحظ أن للزوج طلاق زوجته دون أن يسأل عن مبرر للطلاق، بينما لا حق للزوجة أن تطلب الطلاق إلا بمبرر يخضع لتقدير القاضي، وهذه التفرقة بين الرجل والمرأة ليس فيها تفضيل الرجل على المرأة، بل على العكس فيها تفضيل المرأة على الرجل، ذلك أن عدم مساءلة الرجل عن مبرر الطلاق يعني ستر عيوب الزوجة، بينما سؤال المرأة عن مبرر الطلاق يكشف عيوب الزوج. والشرع لا يبغى كشف عيوب الرجل، إذ حسب الرجل إذا أراد أن يستر عيبه أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة إذا طلبت الزوجة الطلاق، وعندئذ لن تلجأ الزوجة إلى القضاء لطلب الطلاق، أو لن يتصدى القضاء للبحث عن مبرر الطلاق إذا كانت الزوجة قد لجأت إليه قبل طلاقها.⁽²³⁴⁵⁾ من أجل هذا ترفض الشريعة فكرة الطلاق بيد القاضي⁽²³⁴⁶⁾. فالطلاق حق فردي لا يتوقف على التراخي ولا على القضاء⁽²³⁴⁷⁾.

2344- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، 352-353. أحمد الغندور: الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط1، 1967، ص 308-309.

2345- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 97 وما بعدها.

2346- انظر، رمضان علي السيد الشرنباوي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (دط، دت)، ص 11-12.

2347- يدعو بعض الناس إلى جعل الطلاق بيد القاضي والحجر على الزوج، فلا يطلق إلا في ساحة القضاء حماية للأسرة من الانهيار وضمان عدم إساءة الرجال استعمال هذا الحق، وهذه دعوى غير صحيحة لأنها تحكم على جميع الرجال بالسفاهة، وعدم التقدير وسوء التصرف، لأن الله تعالى جعل الطلاق بيد الرجل كحق شخصي له لا يمكن لأحد سواه أن يوقعه إلا بتوكيل منه أو تفويض، كما دلت على ذلك النصوص الشرعية. ثم ماذا يفعل القاضي إذا كان سبب الطلاق هو عدم التوافق الطبيعي والنفور وعدم توافق الأخلاق بين الزوجين، فهذه الأمور النفسية من العسر على القاضي إثباتها، كما أنه ليس من المصلحة الاجتماعية كشف خبايا البيوت وفضح أمور الأسر ونشر المستور في دار القضاء على رؤوس الأشهاد في محاضر الجلسات، لا شك أن ذلك أمر له خطره، يجب أن تصان الأسرة والمجتمع من شروره وتحفظ من ضرره. انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، 308/1-309.

وختلاصة القول: أنه لا جدال في أن الإسلام جعل الطلاق بأصل الشرع إلى الرجل يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى قضاء، ولذا لم يسند الطلاق في القرآن إلا إلى الرجال، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد وشرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاح استبداد قد يستعمله في غير موضعه، بل لذلك حالات وأوقات تجردها سلطة الرجل من التعسف وتحميها من العبث فلا يستعمل الطلاق إلا في موضعه.

ثانيا: الجانب القانوني

نص المشرع الجزائري في المادة 48 على صور حلّ عقد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة؛ إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي؛ مما يخوّل لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية.

ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتدا به ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يترتب آثارا قانونية، وذلك من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة في فقرتها على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"⁽²³⁴⁸⁾.

ويظهر أثر هذا النص من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري بعد صدور الحكم بالطلاق، إلا أنه فسح المجال أمام الطرف المتضرر من الحكم بالطلاق في جوانبه المادية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة⁽²³⁴⁹⁾: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها

2348- وقوع الطلاق قضاء معناه الاعتداد به أمام القضاء وفيما يجري عليه العمل في الظاهر في دنيا الناس، أما وقوعه ديانة فيقصد به الاعتداد به في العلاقة مع الله تعالى، ولو لم يثبت قضاء، ولم تقم به البينة الظاهرة، فلو أن امرأة مثلا على يقين من أن زوجها قد أبت طلاقها ثلاث مرات فإنها ديانة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيلزمها مفارقتها وعدم تمكينه من نفسها ولو لم تسطع أن تثبت ذلك أمام القضاء، ولو جحد ذلك وأقام البينة الكاذبة على خلافه.

2349- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية".

المادية⁽²³⁵⁰⁾. وهو ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/03/20: "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²³⁵¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، إلا أنه وبالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة السابعة فإن المشرع الجزائري قد منح الزوجين اللذين لم يبلغا سنّ الرشد المدني (القاصرين) صلاحية وأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك⁽²³⁵²⁾.

الفرع الرابع: شروط المطلق

المطلق: هو الذي يملك إيقاع الطلاق ويوقعه فعلا وهو الزوج. لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾⁽²³⁵³⁾ ويقول تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾⁽²³⁵⁴⁾ ولقوله ﷺ: "الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽²³⁵⁵⁾ أي الزوج.

وإذا كان الطلاق بيد الزوج، فلا يمكن إيقاعه على وجه تترتب عليه آثاره، إلا إذا توافرت فيه جملة شروط وهي بإيجاز كالاتي:

الشرط الأول: البلوغ والعقل، بأن يكون المطلق بالغا عاقلا، فلا يقع طلاق الصبي وإن كان عاقلا، ولا يصح الطلاق من غير مكلف كصبي⁽²³⁵⁶⁾. وقال الحنابلة: يصح الطلاق من زوج عاقل ولو

2350- وما يمكن ملاحظته حول المادة 57 من قانون الأسرة أنها لم تلغي الطرق الأخرى للطعن، ولو أراد المشرع غير ذلك لجاءت صيغة المادة كالاتي: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف بجميع طرق الطعن".

2351- ملف رقم 72858 : المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 57.

2352- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 25-26.

2353- البقرة: الآية 232.

2354- البقرة: الآية 230.

2355- سبق تخريجه، ص 487.

2356- الشريبي: معني المحتاج، 3/368.

مميّزا يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين لعموم قوله ﷺ: "الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽²³⁵⁷⁾، ومعنى كون الصبيّ المميز يعقل الطلاق هو أن يعلم أن زوجته تبيّن منه وتحرم عليه إذا طلقها⁽²³⁵⁸⁾.

وتعليل عدم صحة طلاق الصبي المميز عند الجمهور: أن كليات الشريعة لا تجيز التصرفات إلا ممن له أهلية التصرف، وأدناها العقل والبلوغ خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع.

كما يشترط في الزوج المطلق أن يكون عاقلاً فلا يقع طلاق المجنون لقوله ﷺ: "رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"⁽²³⁵⁹⁾ قال ابن قدامة: "أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سُكْر⁽²³⁶⁰⁾ أو ما في معناه لا يقع طلاقه"⁽²³⁶¹⁾، ويُلاحق بالمجنون النائم والمعتوه والمغمى عليه والمدهوش⁽²³⁶²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون المطلق مختاراً غير مكره

ذهب الجمهور إلى أن طلاق المكره لا يقع، وهذا مذهب المالكية⁽²³⁶³⁾ والشافعية⁽²³⁶⁴⁾ والحنابلة⁽²³⁶⁵⁾ والظاهرية⁽²³⁶⁶⁾، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وغيرهم من الصحابة والتابعين، وذهب الحنفية⁽²³⁶⁷⁾ إلى أنه يقع طلاق المكره، ووافقهم الشعبي والنخعي والزهري والثوري. حيث قالوا بأن العلة في وقوع طلاق المكره هي حاجته

2357- سبق تخريجه، 487.

2358- ابن قدامة: المغني، 348/10-349.

2359- أبوداود: كتاب الحدود، باب في الجنون يسرق، حديث رقم 4398. 363/4. ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041. 512/2. النسائي: كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، حديث رقم 5596. 265/5.

2360- طلاق السكران: السكران الزائل العقل هل يقع طلاقه؟ جمهور الفقهاء يفرقون بين سكر بطريق محذور، وبين سكران بطريق غير محذور. فمن سكر بطريق غير محذور كالذي يشرب شراً فيسكره، أو تناول دواء فغيب عقله، أو تناول مسكراً ولم يعلم أنه مسكر فأسكره ففي هذه الحالات إذا طلق لم يقع طلاقه بلا خلاف. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. الخطاب: مواهب الجليل، 43/4. الشريبي: مغني المحتاج، 383/3-384. الكاساني: 99/3. وقال الظاهرية: طلاق السكران لا يلزم سواء بطريق محذور أو غير محذور. وهذا القول اختاره ابن تيمية وابن القيم وهو رواية عن أحمد وبعض التابعين. وقالوا: معاقبة من سكر بطريق غير مشروع عقوبة غير العقوبة المقدّرة لجريمة السكر وأذى بالمرأة. انظر، ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 71/14 وما بعدها.

2361- ابن قدامة: المغني، 345/10.

2362- أما طلاق السفه: فمعتبر لأن السفه لا يؤثر في العقل من جهة إدراكه الأمور، فليس في عقله خلل يلحقه بالجنون. والسّفه: حَقّة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل. انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 368/3.

2363- ابن رشد: بداية المجتهد، 81/2.

2364- الشريبي: مغني المحتاج، 381/3-382.

2365- ابن قدامة: المغني، 350/10.

2366- ابن حزم: المحلى، 202/10.

2367- الكاساني: بدائع الصنائع، 100/3.

إلى التخلص مما تُؤعَدُّ به من القتل أو الجرح أو الأذى الذي لا يطيقه، فالمكره عرف الشرّين والضررين: ضرر إيقاع الطلاق، والضرر المهديد به فاختار أهونهما وهو إيقاعه للطلاق فهو مختاراً اختياراً كاملاً⁽²³⁶⁸⁾.

قال الجمهور⁽²³⁶⁹⁾: الإكراه لا يكون مع الاختيار لإفساده إيّاه، والتصرّف الشرعي إنما يعتبر شرعاً بالاختيار، فإن فات الاختيار لم يكن للتصرف اعتبار، وطلاق المكره في الحقيقة قول أكره عليه بغير حق فلا يجوز أن يثبت له حكم. وكيف يصح إيقاع طلاق المكره مع العلم يقينا أنه لا يريد الطلاق ولا يقصده ولا حاجة له فيه؛ لقوله ﷺ: "إن الله وضع عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"⁽²³⁷⁰⁾، وقوله ﷺ: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"⁽²³⁷¹⁾. قال ابن تيمية: "الإغلاق انسداد باب العلم والقصد عليه، فيدخل فيه طلاق المعتوه والمجنون والسكران والمكره والغضبان الذي لا يعقل ما يقول؛ لأن كلا من هؤلاء قد أغلق عليه باب العلم والقصد، والطلاق إنما يقع من قاصد له عالم به"⁽²³⁷²⁾.

ويتحقق الإكراه بأن يكون المكره قاهراً للمكره ولا يقدر على دفعه، وأن يغلب على ظن المكره أن ما يخافه من المكره واقع به. وأن يكون ما يهدده به المكره مما يلحق به ضرراً، مثل: القتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل ونحوه⁽²³⁷³⁾.

الشرط الثالث: أن يكون المطلق قاصداً للطلاق

وهو كونه ناوياً لإيقاع الطلاق مريداً له عازماً عليه⁽²³⁷⁴⁾. فالطلاق إنما يكون بلفظ ونية أو بلفظ فقط، وأما الطلاق بالنية المجردة، بأن نوى الزوج في قلبه تطليق زوجته أو طلقها في نفسه دون أن

2368- العيني: البناية في شرح الهداية، 5/25-26.

2369- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/81-82. الروياني: بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، 10/119-120. ابن قدامة: المغني،

10/202-203. ابن حزم: المحلى، 10/202-203.

2370- ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043. 2/523.

2371- سبق تخريجه، ص 7.

2372- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 33/65.

2373- ابن قدامة: المغني، 10/351.

2374- ومنه فلا يقع طلاق المخطئ: كأن يريد أن ينادي زوجته باسمها فيسبق لسانه إلى النطق بكلمة طالق مخاطباً إياها بهذا اللفظ، أو يتكلم بما يدل على الطلاق وهو لا يقصد بما نطق به ولكن لسانه سبق إلى ما نطق به. قال الجمهور: لا يقع طلاق المخطئ إن ثبت سبق لسانه وإن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء. وقال الحنفية: يقع طلاق المخطئ بالتلفظ بلفظ الطلاق ولا يقبل منه أنه أخطأ لأنه أمر باطني وقد يتخذ وسيلة إلى إحلال ما حرّم الله وهذا في القضاء أما في الفتوى والديانة فإن الطلاق لا يقع إذا علم من نفسه أنه أخطأ ولم يقصد الطلاق. وقال الجمهور: إن الشرع منع الهزل في الطلاق واعتبره كالجِدِّ فيه حماية للفروج، أما المخطئ فمعدور ولم يختار التلفظ. انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/379.

يتلفظ بلفظ الطلاق فإن طلاقه لا يقع⁽²³⁷⁵⁾، وهذا قول عامة الفقهاء خلافا للزهري وابن سيرين. قال الزهري: إذا عزم على الطلاق طَلَّقَ زوجته، وقال ابن سيرين وقد سئل عمَّن طلق في نفسه: أليس قد علمه الله؟ قال السائل: بلى. قال ابن سيرين: فلا أقول فيها شيئا⁽²³⁷⁶⁾.

وقد ردَّ جمهور الفقهاء ذلك بصريح قوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم"⁽²³⁷⁷⁾. ومنه فلا بد في الطلاق من لفظ وقصد يدلان عليه، فإذا افترق اللفظ عن القصد فلا يقع به طلاق، وكذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية، وهذا الرأي أقرب إلى المصلحة وروح التشريع.

ومما سبق تتفرع مسألة وقوع الطلاق من القاصر الذي قد لا يعقل معنى الطلاق، ولا يدرك مخاطره، فهل يقع طلاقه؟ أم يجوز أن يطلق عليه وليه؟ وفيما يأتي بيان ذلك بإيجاز:

طلاق القاصر

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج لقوله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽²³⁷⁸⁾، ويتحقق ذلك بأن يطلق الزوج بنفسه أو بمن ينوب عنه بالنيابة العامة أو الخاصة⁽²³⁷⁹⁾. وللفقهاء كلام في التوكيل بالطلاق⁽²³⁸⁰⁾ وتفويض الزوجة⁽²³⁸¹⁾.

2375- وعليه فلا يقع طلاق الملقن: الذي لُقِّنَ عبارة الطلاق دون أن يفهمها كالأعمى، فالطلاق لا يقع لعدم قصده إيقاع الطلاق. وكذا طلاق الحاكم كالفقيه أو للتعليم لا يقع به طلاق. انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل، 387/7.

2376- ابن قدامة: المغني، 355/10.

2377- البخاري: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإكراه والكراه. حديث رقم 5269. 405/3. مسلم: كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر، حديث رقم 127. 69/1.

2378- سبق تخريجه، ص 487.

2379- هناك ولي خاص وهو الولي على النفس بالنسبة للصغير والجنون كالأب، وهناك الولاية العامة للقاضي. والفرق التي تتوقف على القضاء نوعان: فرق الطلاق و فرق الفسخ، و فرق الطلاق التي تتوقف على القضاء عند الحنفية هي الفرقة بسبب اللعان، وقال المالكية في المشهور لا تتوقف هذه الفرقة على القضاء، والفرقة بسبب عيوب الزوج الجنسية، ويفسخ العقد عند الجمهور بسبب هذه العيوب بعد رفع الأمر للحاكم، والفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام في رأي أبي حنيفة ومحمد. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 354/7. وزيد في الجزائر عن طريق المادة 53 من قانون الأسرة عدة أسباب تجعل الفرقة متوقفة على القضاء.

2380- تطبيق الوكيل: للزوج أن يوكل من يزوجه وله أن يوكل من يطلق عليه زوجته، فمن صح طلاقه صح توكيله فيه، كما له أن يوكل زوجته بتفويضها طلاق نفسها. وهذا مذهب الأئمة الأربعة. وذهب ابن حزم الظاهري: إلى أنه لا تجوز الوكالة في الطلاق، ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة فهو باطل. كما لا يجوز أن يظهر أحد عن أحد أو يلاعن أحد عن أحد. فإذا أرسل الزوج رسولا يبلغ الزوجة طلاقها، فلا يعتبر الرسول وكيلا في الطلاق، فالمرأة يقع عليها الطلاق بعبارة زوجها لا بعبارة الرسول، بينما في الوكالة يقع الطلاق بعبارة الوكيل. انظر، ابن حزم: المحلى، 196/10. وقد سكت المشرع الجزائري عن ذكر طلاق الوكيل، إلا أن نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، حددت وقوع الطلاق من الزوج أو الزوجة ولم تذكر أي حالة أخرى مما لا يمكن معه تصور قبول طلاق الوكيل.

2381- وسيأتي الكلام عنه في موضعه.

فليس للولي مطلقاً أن يطلق على من في ولايته صغيراً أو مجنوناً⁽²³⁸²⁾، وإن كان له أن يزوجه، وهذا هو مذهب الحنفية⁽²³⁸³⁾ والشافعية⁽²³⁸⁴⁾ -ورواية- في مذهب أحمد⁽²³⁸⁵⁾، وأجاز المالكية لولي الصغير والمجنون ذلك إذا كان التطليق بعوض أو فيه مصلحة للصغير أو المجنون⁽²³⁸⁶⁾. وذهب الإمام أحمد -في قول ثان- إلى أنه يجوز للولي تطليق زوجة ابنه الصغير أو المجنون، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه⁽²³⁸⁷⁾.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى جواز سماع دعوى الزوجية للزوج الذي لم يبلغ السن القانونية وقت رفع الدعوى، فلا يتصور أن يقوم القاضي مقام الصبي في الطلاق إن طلبت الزوجة التطليق، طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة السابعة من قانون الأسرة: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"⁽²³⁸⁸⁾، وأما بالنسبة للمجنون فإن القاضي ينوب عنه إذا ما طلبت زوجته التطليق.

الفرع الخامس: شروط المطلقة

المطلقة هي: الزوجة التي يقع عليها الطلاق في عقد النكاح الصحيح، ويشترط لوقوع الطلاق عليها:

- قيام الزوجية وقت الطلاق: فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، ولا يقع على امرأة غير متزوجة.
- صحة الزواج بالعقد: فلا يقع على امرأة متزوجة زواجا غير صحيح.
- ألا تكون مطلقة قبل الدخول: فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.
- ألا تكون منتهية العدة، أو مطلقة ثلاثاً.

2382- أكثر الرويات عن الإمام أحمد أن الصبي إذا عقل الطلاق وعلم أن زوجته تبين منه وتحرم فإن طلاقه يقع. ابن قدامة: المغني، 348/10.

2383- السرخسي: المبسوط، 178/6.

2384- النووي: المجموع شرح المهذب، 151/18.

2385- ابن قدامة: المغني، 312/10.

2386- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 365/2. قال القرافي: "الصبي ينعقد نكاحه دون طلاقه، لأن عقد النكاح سبب إباحة الوطاء وهو أهل للخطاب بالإباحة والندب والكرهه دون الوجوب والتحريم، لأنها للتكليف، والطلاق سبب التحريم بإسقاط عصمة الزوج، وهو ليس أهلاً للتحريم فلم ينعقد سببه في حقه". الذخيرة، 206/4.

2387- ابن قدامة: المغني، 312/10.

2388- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

وأما المعتدة فقد قالوا: إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى فإنها تكون محلاً للطلاق لبقاء الزواج حكماً، وإذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لا تكون محلاً له، لأن الزوج لا يملك عليها بعد الطلقات الثلاث شيئاً⁽²³⁸⁹⁾. وإذا كانت معتدة من فسخ بسبب طارئ لا ينقض العقد بل يمنع استمراره كانت محلاً للطلاق وذلك في حالتين: التفريق بسبب ردة أحد الزوجين، أو بسبب إباء المرأة المشتركة الإسلام، وإذا كانت معتدة من فسخ هو نقض للعقد من أصله لا تكون محلاً للطلاق، وذلك فيما عدا الفسخ لتبين فساد العقد، أو خيار البلوغ⁽²³⁹⁰⁾. ومن هنا تبين أن الطلاق لا يلحق الفسخ إلا في صورتين: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء المرأة المشتركة الإسلام، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، وأن الطلاق يلحق الطلاق إلا في حالتين: الطلاق قبل الدخول والطلاق البائن بينونة كبرى⁽²³⁹¹⁾.

وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً: الطلاق في العدة من طلاق رجعي

الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل، فلزوجها أن يردها إذا شاء بإرادته دون توقف على رضاها مادامت في العدة فيزول كل أثر للطلاق سوى فقدان الزوج طليقة من طلقاته الثلاث التي يملك إيقاعها على زوجته. ومنه فهل يجوز للزوج أن يوقع عليها طليقة أخرى ما دامت في العدة؟ ذهب جمهور الفقهاء⁽²³⁹²⁾ إلى أن المعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق مادامت في العدة؛ لأنها تعتبر بحكم الزوجة ولأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل، قال ابن قدامة: "الزوجة الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع"⁽²³⁹³⁾.

ثانياً: الطلاق في العدة من طلاق بائن بينونة صغرى

لا يقع الطلاق في هذه العدة، وهذا قول الجمهور، قال الشافعي: لا يلحقها الطلاق؛ لأن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة، والملك قد زال بالخلع والإبانة وإزالة الزائل محال⁽²³⁹⁴⁾. وقال ابن

2389- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/134.

2390- محمد سلام مذكور: أحكام الأسرة في الإسلام، 2/73-74.

2391- انظر، محمد علي حسب الله: عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 176-177.

2392- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/134.

2393- ابن قدامة: المغني، 10/354.

2394- الشافعي: الأم، 6/464.

قدامة: "المختلعة لا يلحقها طلاق بحال"⁽²³⁹⁵⁾. وقال الحنفية: يقع الطلاق في العدة من طلاق بائن بينونة صغرى؛ لأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلاً للطلاق⁽²³⁹⁶⁾.

أما الطلاق في عدة بينونة الكبرى فلا تكون المرأة محلاً لإيقاع الطلاق عليها لزوال الملك والحل للزوج، ومن ثم لا يقع عليها طلاقه.

المطلب الثالث: أحكام الطلاق من خلال المواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة

يتناول هذا المطلب تحليل ومناقشة المواد القانونية المتضمنة في قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة بأحكام الطلاق، وذلك من خلال ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، لمعرفة مدى موافقة ما ذهب إليه المشرع الجزائري مع أحكام الشريعة الإسلامية في تقرير هذه الأحكام، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الجانب الفقهي

ينقسم الطلاق إلى عدة تقسيمات نظراً لاعتبارات مختلفة:

فمن حيث صيغة اللفظ ودلالته على معناه، واحتياجه إلى النية من عدمه ينقسم إلى طلاق صريح وطلاق بالكناية⁽²³⁹⁷⁾. ومن حيث وصفه الشرعي ينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي⁽²³⁹⁸⁾، وبالنظر إلى اشتغال صيغته على التعليق على أمر مستقبل أو إضافته إلى زمن مستقبل من عدمه ينقسم إلى طلاق منجز وطلاق معلق وطلاق مضاف⁽²³⁹⁹⁾.

ومن حيث إنهاء رابطة الزوجية وإمكان الرجعة بعده بدون عقد من عدمه، ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن. وهذا القسم الأخير هو المقصود بالبحث طبقاً للمادتين 49 و 50 من قانون الأسرة الجزائري، والمتعلقين بأحكام هذا القسم من الطلاق الرجعي والبائن.

2395- ابن قدامة: المصدر نفسه، 10/278.

2396- الكاساني: المصدر نفسه، 3/135.

2397- الطلاق باللفظ الصريح هو: ما لا ينصرف عنه بنية صرفه، ومعناه: ما لا تنفع فيه النية في رفعه. أما الكناية فنوعان: ظاهرة وخفية، فالكناية الظاهرة هي: ما يصرفه عنه بما، معناه: تلفظ ينفع صرفه عن الطلاق بالنية، وأما الخفية فهي: ما تتوقف دلالة عليها، أي لفظ تتوقف دلالة على الطلاق على وجود النية من الالفاظ. الرصاص: شرح حدود ابن عرفة، ص 281.

2398- وسيأتي بيان ذلك عند الحديث على صور الطلاق التعسفي.

2399- ينقسم الطلاق باعتبار صيغته إلى منجز ومضاف ومعلق، فالمنجز: هو ما كان بصيغة مطلقة، غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى زمن، وحكمه أنه يقع به الطلاق في الحال متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه. وأما المضاف: فهو ما قرنت صيغته بزمن مستقبل، يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلوله، وحكمه أنه لا يقع الطلاق في الحال، بل في أول الوقت الذي أضيف إليه متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه عند حلول ذلك الوقت. وأما المعلق: فهو ما كانت صيغته معلقاً فيها حصول الطلاق على حصول شيء آخر بأداة من أدوات الشرط، وهذا محل اختلاف بين الفقهاء، إلا أن مذهب الأئمة الأربعة أنه يقع متى وجد المعلق عليه. انظر، أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 86 وما بعدها.

الفرع الأول: الطلاق الرجعي والبائن

ينقسم الطلاق بالنظر إلى إنهاء رابطة الزوجية وإمكان الرجعة بعد الطلاق من غير عقد جديد وعدم إمكان ذلك إلى طلاق رجعي وطلاق بائن.

أولاً: الطلاق الرجعي

هو الذي يملك الرجل فيه أن يعيد مطلقته إلى الزوجية أثناء عدتها بدون عقد جديد رضيت بذلك المرأة أم كرهت. وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي إلى بائن، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد.

والطلاق الرجعي هو الأصل؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعَوْلَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ (2400).

حكم الطلاق الرجعي وحكمته

أ- حكمه: الطلاق الرجعي هو الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعاً مجرداً عن أن يكون في مقابلة مال، ولم يكن مسبقاً بطلقة أصلاً، أو كان مسبقاً بطلقة واحدة- كما سبق بيانه-

وحكمه أنه سواء أكان أول الطلقات أم ثانيها، فإنه لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية، ما دامت الزوجة في العدة، إلا أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، بمعنى أنه متى وقعت طلقة رجعية فإن كانت الأولى لم يبق للزوج إلا طلقتان، وإن كانت الثانية لم يبق له إلا واحدة، وعلى ذلك لا يزيل الملك ولا يرفع الحل⁽²⁴⁰¹⁾، ويترتب على عدم زوال الملك أن له أن يعاشرها معاشرة الأزواج بدون عقد ومهر جديدين، ويكون بذلك مراجعاً لها ما دامت في العدة.

وإذا مات أحدهما في أثناء العدة ورثه الآخر، كذلك لا يحل بالطلاق الرجعي المهر المؤجل لأقرب الأجلين بالطلاق أو الوفاة لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة، وإذا مضت العدة من غير مراجعة كان الرجعي بائناً من كل الوجوه⁽²⁴⁰²⁾.

2400- البقرة: الآيتين، 228-229.

2401- معنى أنه لا يزيل الملك، بقاء الحقوق الزوجية ثابتة في مدة العدة لكلا الزوجين، ومعنى أنه لا يزيل الحل أن المطلقة لا تزال حلاً لمطلقها، فله أن يراجعها إن كان له حق المراجعة، وإلا فله أن يعقد عليها من جديد إذا خرجت من العدة بدون مراجعة.

2402- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 692/2.

ب- حكمته: الحكمة من مشروعية الطلاق الرجعي هي إعطاء الزوج المطلق فرصة لتدارك ما قد عسى أن يكون قد وقع فيه من خطأ وسوء تقدير في تطليق زوجته، وذلك بتمكينه من إرجاعها بإرادته ما دامت في العدة، وفي إرجاعها فرصة للزوجة لتدارك ما قد عسى أن تكون قد وقعت فيه من خطأ ونشوزها، وتقوم بحق الزوج عليها فتدوم الحياة الزوجية بينهما في وثام وعشرة طيبة⁽²⁴⁰³⁾؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، وإنما شرع للحاجة والحاجة تندفع بالطلاق الرجعي، وفي هذا يقول الكاساني: "إن الطلاق شرع في الأصل بطريق الحظر للحاجة -على ما بينا- ولا حاجة إلى الطلاق البائن؛ لأن الحاجة تندفع بالطلاق الرجعي، فكان البائن طلاقاً من غير حاجة، فلم يكن من السنة، ولأن فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة"⁽²⁴⁰⁴⁾.

ج- الأحكام المترتبة على الطلاق الرجعي: يترتب على الطلاق الرجعي الأحكام الآتية:

أ- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، ومعلوم أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل.

ب- انقضاء الزوجية بين الزوجين عند عدم مراجعتها أثناء العدة؛ لأن الطلاق الرجعي يصير بائناً بانقضاء العدة، أما قبل انقضائها فإن للزوج الحق في مراجعة زوجته في أي وقت شاء رضيت بذلك المرأة أم كرهت، وبدون عقد جديد.

ج- الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث بين الزوجين، فإذا مات أحدهما في العدة فإن الآخر يرثه لأن الزوجية في الطلاق الرجعي تظل قائمة حكماً في العدة، ولا توارث بينهما في الطلاق البائن إلا إذا كان فاراً من الميراث. كما يلحقها ظهاره ولعانه وإيلاؤه⁽²⁴⁰⁵⁾.

د- كما أن الصداق المؤجل لأقرب الأجلين (الموت أو الطلاق) لا يحل بالطلاق الرجعي، وإنما يحل إذا بانّت المرأة بانقضاء العدة.

ثانياً: الطلاق البائن، وهو الذي لا يملك الرجل فيه أن يعيد مطلقته إلى الزوجية بعد انقضاء عدتها إلا بمهر وعقد جديدين وبرضا المرأة.

أ- أنواعه: وهو نوعان: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.

2403- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 8/8.

2404- الكاساني: بدائع الصنائع، 96-95/3.

2405- ابن قدامة: المغني، 554/10.

1- الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين، سواء في ذلك أن يكون في عدتها أو بعد انتهاء عدتها، ولهذا كانت البينونة صغرى وليست كبرى⁽²⁴⁰⁶⁾.

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد مطلقته إلى الزوجية في العدة كالطلاق الرجعي و لا إعادتها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين كالطلاق البائن بينونة صغرى، بل تحرم عليه مطلقته، ولا تنتهي هذه الحرمة إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، ويدخل بها الثاني دخولا حقيقيا، فإذا حدثت فرقة بينهما أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإنه يجوز أن تعود إلى الأول بعقد ومهر جديدين.

ب- حكم الطلاق البائن بينونة صغرى: إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى فحكمه أنه يزِيل الملك ولا يرفع الحل، ويترتب على زوال الملك أنه لا يحل لأحد الزوجين الاستمتاع بالآخر أو الخلوة به، وتكون منه بمنزلة الأجنبية ولو كانت في العدة، ويحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق، ويمتنع التوارث بينهما، فإذا مات أحدهما ولو في العدة لا يرث أحدهما الآخر، سواء كان الطلاق في الصحة أو في المرض، إلا إذا كان المريض مرض الموت قصد بطلاق زوجته حرمانها من الميراث وتوافرت الشروط لاعتبار الزوج فارا من أن ترث منه بطلاقه إياها، فإنه في هذه الحالة يعامل بنقيض مقصوده وترث منه.

ج- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى

يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الأحكام الآتية⁽²⁴⁰⁷⁾:

أ- يزِيل الملك لا الحل بانقطاع الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوعه، ولا يستطيع المطلق إعادة مطلقته إلا برضاها بعقد ومهر جديدين في أثناء العدة وبعدها، كما أنه لا يلحقها ظهار ولا لعان ولا إيلاء ولا توارث بينهما في الطلاق البائن بينونة صغرى، وعلى ذلك فإنه إذا مات أحدهما لم يرثه الآخر ولو كان الموت في العدة، إلا إذا كان الطلاق فرارا من الميراث.

ب- يصبح الصداق المؤجل لأقرب الأجلين واجب الأداء.

ج- إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي.

2406- انظر، عبد العزيز رمضان سمك: الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993، ص 61.

2407- يشترك الطلاق الرجعي والبائن في أحكام منها: وجوب نفقة العدة للمطلقة وثبوت نسب ولدها الذي تلده للمطلق ويهدم الزواج الثاني إذا تزوجت المطلقة بزواج آخر ما كان من الطلاق في الزواج الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان الطلاق ثلاثا أم أقل، وقال باقي الفقهاء: إنه يهدم الثلاث لا غير فتعود إلى الأول بزوجة جديدة يملك في ثلاث طلقات. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 438/7.

د- الأحكام المترتبة على الطلاق البائن بينونة كبرى

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى⁽²⁴⁰⁸⁾ جميع الأحكام المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى، ويزيد عليها في حالة البينونة الكبرى أنه ينتهي ما يملكه الزوج على زوجته من طلاق، وتحرم عليه المطلقة حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا، ويدخل بها الثاني دخولا حقيقيا، ثم تحدث الفرقة بينهما أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، ثم يتم العقد عليها من جديد ومهر جديد؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁴⁰⁹⁾.

والعلة في هذا التحريم المؤقت في حالة الطلاق المكمل للثلاث هي أن الشارع يريد أن يعطي الرجل والمرأة درسا واقعيا بعد استنفاذ عدد الطلقات ليضمن عدم تعثر الحياة الزوجية بينهما بعد ذلك، فليس من المصلحة إعادة الحياة الزوجية بينهما بعد الطلاق الثلاث إلا إذا حدث شيء يكون له أثره الفعال فيهما، الأمر الذي يضمن معه نجاح هذه الحياة فيما بعد، وهذا لا يكون إلا إذا تزوجت المطلقة ثلاثا زوجا آخر زواجا شرعيا بنية الدوام لا بنية التحليل⁽²⁴¹⁰⁾، ثم تحدث الفرقة بينهما بالطلاق أو الوفاة وتنتهي عدتها، فيجوز حينئذ أن يتزوجها الأول بعقد ومهر جديدين.

الفرع الثاني: أحكام الرجعة وشروطها

أولا: تعريف الرجعة لغة وشرعا

أ- في اللغة: الرجعة بفتح الراء وكسرهما، والفتح أفصح، وهي المرة من الرجوع، وفعلها رجع، ويستعمل تارة لازما، فيتعدى بـ (إلى)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِهِ غَضْبَانَ أَسِفًا﴾⁽²⁴¹¹⁾. وتارة أخرى متعديا بنفسه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ﴾⁽²⁴¹²⁾؛ أي ردك، كما يقال: رجعته إلى أهله وأرجعه إليهم بمعنى رده إليهم. ويقال: ارتجع إلي الأمر؛ أي رده إلي، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعا: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم (الرجعة) بتشديد الراء مع الفتح والكسر⁽²⁴¹³⁾.

2408- يتعلق بالطلاق البائن بينونة كبرى مسألة وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وسيأتي الحديث في ذلك.

2409- البقرة: الآية 230.

2410- وهو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثا بعد أن بانة بينونة كبرى بشرط أنه متى تزوجها الثاني طلقها بقصد أن يجلفها للزوج الأول. فواضح في هذه الصورة عنصر التأقبت ولا يقصد منه الدوام والاستمرار، وإنما هدفه فقط تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول.

2411- الأعراف: الآية 150.

2412- التوبة: الآية 83.

2413- ابن منظور: لسان العرب، 8/115.

ب- في الاصطلاح الشرعي

عرف فقهاء المذاهب الرجعة بتعاريف تكاد تتفق فيما بينهم على معنى واحد وهو: أن الرجعة إبقاء على عقد الزواج ومنع لزواله، وذلك من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص.

وفيما يلي ذكر هذه التعاريف مفصلة على النحو الآتي:

حيث عرفها الحنفية بأنها: "استدامة الملك القائم من غير عوض يدفعه الزوج لزوجته، وذلك قبل انتهاء العدة"⁽²⁴¹⁴⁾.

كما عرفها المالكية بأنها: "عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد"⁽²⁴¹⁵⁾، فقوله (عود) يفهم منه عود البائن للعصمة بتجديد عقد لا يسمى رجعة بل يسمى مراجعة، لتوقف ذلك على رضا الزوجين، فالمفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين.

وعرفها الشافعية بأنها: "ردّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص"⁽²⁴¹⁶⁾.

وأما الحنابلة فقد عرفوها بأنها: "إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد"⁽²⁴¹⁷⁾.

ج- نظرة في التعريفات

نص الأحناف على أن الرجعة هي "استدامة" الملك القائم من غير عوض يدفعه الزوج، وذلك قبل انتهاء العدة، بينما عبر غيرهم عنها بأنها "رد" أو "إعادة"⁽²⁴¹⁸⁾. وتعريف الحنفية أولى؛ لأنه يتفق مع واقع الأمر، فالرجعة إبقاء للزوج السابق على الطلاق الرجعي، وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزوج السابق بعد زواله بالطلاق.

ونص تعريف الحنفية والشافعية على أن تكون الرجعة قبل انتهاء العدة إذ بعدها لا يكون رجعة. ونص تعريف الشافعية والحنابلة على أن تكون الرجعة من طلاق غير بائن؛ لأنه لا رجعة بعده سواء كانت البينونة صغرى فتعتبر حينئذ مراجعة بعقد ومهر جديدين، أم كانت البينونة كبرى فلا تحل لزوجها إلا بعد أن تتزوج بغيره. بينما سكتت التعاريف الأخرى عن ذلك لمعلوماته.

2414- الكاساني: بدائع الصنائع، 181/3.

2415- الدردير: الشرح الكبير، 415/2.

2416- الشربيني: معني المحتاج، 439/3.

2417- انظر، اليهودي: شرح منتهى الإرادات، 505/5.

2418- يعتبر الحنفية العدة استدامة أي أنها تعمل على بقاء النكاح الذي لم ينقطع، أما الشافعي فإنه يعتبرها إعادة للنكاح الذي أزاله الطلاق، وحجته في ذلك قوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن"، فهو عبر عنها بالرد، والرد معناه الإعادة، أما الحنفية فيستدلون بنفس الآية إذ سمي المطلق بعلا، والبعل هو الزوج فالزوجية قائمة. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 313.

كما نص تعريف الشافعية على أن تكون بصيغة مخصوصة "كراجعتك و رددتك"، بينما لم تذكره التعاريف الأخرى لتوسعهم فيما تتحقق به فقد تكون قولاً أو فعلاً⁽²⁴¹⁹⁾.

ثانياً: مشروعية الرجعة

الرجعة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁽²⁴²⁰⁾.

أما الكتاب: فقد دلت آيات عديدة على مشروعيتها منها قوله تعالى: ﴿وَبِعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽²⁴²¹⁾، ووجه الدلالة أن الله تعالى بين أن الأزواج أحق بمراجعة الزوجات المطلقات رجعياً في العدة، وغير الزوج لا حق له، والبعل هو الزوج، وذلك يدل على بقاء النكاح، إذ لا قدرة لأحد على تملك الأجنبية بغير رضاها⁽²⁴²²⁾.

وأما السنة: فهناك أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الرجعة منها: قوله ﷺ: "أتاني جبريل فقال: راجع حفصة- وكان قد طلقها رجعياً- فإنها صوامة قوامة وأنها زوجتك في الجنة"⁽²⁴²³⁾، فدل الحديث بلفظه ومعناه على مشروعية الرجعة.

وأما الإجماع: أجمع العلماء على أنه إذا طلق الزوج زوجته بعد الدخول بها طلاقاً رجعياً فهو أحق برجعته ولو كرهت المرأة ذلك، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة صارت أجنبية عنه فلا تحل له إلا بنكاح مستأنف⁽²⁴²⁴⁾. قال ابن قدامة: "وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنين أن لهما الرجعة في العدة. ذكره ابن المنذر"⁽²⁴²⁵⁾.

وأما المعقول: فهو أن الحاجة قد تمس إلى الرجعة حين يقع الطلاق ثم يندم المطلق على فعله ويرغب في إعادة زوجته إليه، فكانت الرجعة فتحاً لباب التدارك وتكميلاً للمصلحة بإبطال عمل

2419- لقد ترتب على هذا الخلاف في حقيقة الرجعة خلاف في طريقتها، فالحنفية أجازوا أن تكون بالقول والفعل، فإذا قال لها راجعتك تمت الرجعة، وإذا دخل بها أو كانت منه مقدمات الدخول اعتبر ذلك رجعة، أما الشافعي وأحمد فيريان أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، وذلك لأن حقوق الزوجية قد زالت بالطلاق ولو كان رجعياً، ولا تعود إلا بالرجعة، فإذا دخل بها قبل قوله راجعتك فقد ارتكب أمراً محرماً عليه، والأمر المحرم لا يوجد حقاً ولا يعيد حقاً. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 313. انظر، ابن قدامة: المغني: 559/10.

2420- إذا كان الرجعة حقاً مشروعاً للزوج، والذي له الحق في الطلاق، فيجب أن يكون القصد فيها هو الإصلاح، بمعنى إقامة حياة زوجية حقيقية مستقرة، وليس القصد الإضرار بالزوجة بإطالة أمد العدة عليها. انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 91.

2421- البقرة: الآية 228.

2422- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 547/10. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 505/5.

2423- ابن ماجه: كتاب الطلاق، حديث رقم 2016. 499/2. أبو داود: كتاب الطلاق، باب في المراجعة، حديث رقم 2283. 493/2.

2424- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 85/2.

2425- ابن قدامة: المصدر نفسه، 547/10.

الطلاق، فلو لم تثبت الرجعة بعد ندم الرجل عليها ولم يمكنه التدارك حينها لا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا⁽²⁴²⁶⁾.

ثالثا: شروط صحة الرجعة

حتى تكون الرجعة صحيحة لا بد من توافر شروط أهمها⁽²⁴²⁷⁾:

الشرط الأول: أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدة الشرعية - بأن يكون الطلاق رجعيا- فإذا انقضت العدة صار الطلاق الرجعي بائنا، وبالتالي لا يكون للمطلق حق في عودتها بطريق الرجعة، بل لا بد لإعادة زوجيتهما من عقد ومهر جديدين في حالة البينونة الصغرى، وأما البينونة الكبرى فلا تحل مراجعتها حتى تنكح زوجا غيره.

والأصل في كون الرجعة في أثناء العدة قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽²⁴²⁸⁾، وفي ذلك: أي في مدة التبرص، وهي العدة، وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾⁽²⁴²⁹⁾، فلو كان حق الرجعة باقيا بعد العدة لما كان يباح للمطلقة النكاح، والرجعة في أول العدة أفضل من آخرها.

قال أبو زهرة: "وإذا انتهت العدة لم يعد للمطلق سلطان وزال حق الرجعة وانقطعت حقوق الزوجية انقطاعا تاما، فإذا أراد أن يستأنف معها حياة زوجية جديدة فلا بد من عقد ومهر جديدين ما دام الحل ثابتا أي لم تكمل الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على زوجته"⁽²⁴³⁰⁾.

الشرط الثاني: أن تكون منجزة؛ لأنها استدامة للملك، وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع إلا منجزا، فإذا كانت الرجعة مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط فلا تصح؛ لأن الرجعة وإن لم تكن إنشاء زواج جديد فهي شبيهة بالزواج من حيث أنها إنشاء لما يفيد دوام الزواج واستمراره⁽²⁴³¹⁾. ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها أو رضاها؛ لأن الرجعة ليست إنشاء زواج جديد بل هي استدامة ملك الزواج الأول، غايته أنه يستحب للزوج أن يحيطها علما بأنه راجعها حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة ظنا منها أنها بانت بانقضائها⁽²⁴³²⁾. كما لا يشترط لصحتها الطوعية

2426- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/181.

2427- لا يشترط في الرجعة أمور أهمها: رضا المرأة وإعلامها والإشهاد على الرجعة. يراجع: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/469 وما بعدها.

2428- البقرة: الآية 228.

2429- البقرة: الآية 232.

2430- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 314.

2431- ابن قدامة: المغني، 10/562.

2432- انظر، ابن قدامة: المغني، 10/574-575.

والجد والقصد، فتصح الرجعة من المكره والهازل والمخطئ؛ لقوله ﷺ: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة" (2433).

الشرط الثالث: وهو متعلق بالطلاق:

- بأن يكون واقعا فعلا متيقنا منه، فلو شك في طلاق امرأته لم تلزمه رجعتها؛ لأن الطلاق بالشك ملغى، فيسقط حكمه في التحريم مسقط حكمه في الرجعة.

- وأن يكون الطلاق بغير عوض، فإن كان بعوض كان خلعا، والخلع لا رجعة فيه، قال ابن قدامة: "أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها" (2434).

- وأن يكون الطلاق بعد الدخول، فإن كان قبله فلا رجعة؛ لأنه لا عدة على غير المدخول بها ولا تربص في حقها يرتجعها فيه، والرجعة تملك في العدة.

- وأن يكون الطلاق في نكاح صحيح؛ لأن الطلاق رفع للنكاح فإذا لم يصح النكاح لم يصح الطلاق لأنه فرعه، فإذا كان النكاح فاسدا لم تثبت فيه الرجعة؛ لأن الرجعة يراد بها استدامة النكاح القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب الإزالة بحكم الشرع فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه دخول ووجبت على المرأة العدة وبهذا صرح الفقهاء.

قال الدردير: "يصح ارتجاع من فيه أهلية النكاح طالقا غير بائن في عدة نكاح صحيح" (2435)، وقال الدسوقي تعليقا على هذا القول: "وخرج بالنكاح الصحيح الفاسد فإذا فسخ هذا النكاح - أي الفاسد - بطلاق أو بغيره فليس للزوج رجعتها في عدة ذلك النكاح" (2436).

وجاء في كشف القناع: "أن يكون النكاح صحيحا لأن من نكاحها فاسد تبين بالطلاق فلا تمكن رجعتها، ولأن الرجعة إعادة إلى النكاح فإذا لم تحل بالنكاح لعدم صحته وجب أن لا تحل الرجعة إليه" (2437).

2433- ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح لاعبا، حديث رقم 2039. 511/2. الترمذي: كتاب الطلاق واللعان، باب ما

جاء في الجرد والهزل في الطلاق، حديث رقم 1184. 481/3.

2434- ابن قدامة: المغني، 553/10.

2435- الدردير: الشرح الكبير، 415/2.

2436- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 416/2.

2437- البهوتي: كشف القناع، 342/5.

ثانيا: الجانب القانوني

انطلاقا من أن الطلاق بيد الرجل يوقعه إذا دعت الحاجة إلى ذلك متى توافرت أسبابه وشروطه الشرعية، وأن إيقاعه يثبت بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق قاصدا غير مكره- كما سبق بيانه- وتترتب عليه آثاره الشرعية، و التي تتمثل في بدء حساب العدة الشرعية وغيرها من الآثار.

والعدة في الاصطلاح الشرعي: "هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق"⁽²⁴³⁸⁾. أو هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح، فلا تستطيع أن تتزوج قبل انقضاء عدتها. وإذا تزوجت قبل نهاية مدة العدة فإنها تكون قد خالفت الشريعة وخالفت المادة 30 من قانون الأسرة⁽²⁴³⁹⁾.

فالعدة واجبة شرعا ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في أنواع منها، وهي من النظام العام فلا يجوز مخالفة أحكامها أو إسقاطها أو التنازل عنها. كما أن المشرع الجزائري قد تناول أحكامها من خلال بيان أنواعها ومدتها وحقوق المطلقة في أثناء العدة⁽²⁴⁴⁰⁾ طبقا للمواد 58-59-60-61.

غير أن ما يجب الوقوف عنده في هذا المقام هو أن المشرع الجزائري لم يقيد فترة الصلح والرجعة دون عقد ومهر جديدين أو المراجعة بعقد ومهر جديدين بالعدة الشرعية حسب ما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"⁽²⁴⁴¹⁾، إذ قد تطول إجراءات الحكم به طبقا للمادة 49، وقد تعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50، فقد حصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج المطلق لإرجاع زوجته إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من نفس القانون.

2438- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/504.

2439- الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المتضمن قانون الأسرة.

2440- لعل أهم الحقوق المترتبة للمرأة المعتدة هو الحق في النفقة والسكن والميراث في حال وفاة الزوج إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، وهذا لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل كما سبق بيانه. كما نصت أيضا على ذلك المادة 61 من قانون الأسرة: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

2441- وقد سبق مناقشة هذه المادة والتعقيب عليها في الباب الأول.

كما قد يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة من عدة أوجه، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، ويترتب على هذه التعارض ما يلي:

- 1- لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا للمادة 61 من قانون الأسرة⁽²⁴⁴²⁾.
- 2- حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا.
- 3- يستحق الحي منهما ميراث المتوفى قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.
- 4- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز لها ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائيا⁽²⁴⁴³⁾.

كما يظهر التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 50 من قانون الأسرة الجزائري في أثر كل من الطلاق الرجعي والبائن، ذلك أن من طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها قبل انتهاء عدتها، فإنه لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، وتحسب له طلقة واحدة، فإذا طلقها مرة أخرى ثم راجعها في عدتها، فإنه يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، ولا يحتاج إلى ذلك في قانون الأسرة إذا راجعها في فترة الصلح دون تفريق بين الطلاق الرجعي والبائن.

إلا ما جاء به الاجتهاد القضائي في التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قراره الصادر بتاريخ 1986/2/10: "من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته؛ لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن، فهو الذي ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"⁽²⁴⁴⁴⁾.

2442- ونصها كالاتي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة الميينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق". الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2443- يمكن صياغة المادة 50 بأحد أمرين: أ- عند فشل جلسة الصلح، يصدر القاضي حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى التاريخ الحقيقي لتلفظ الزوج بالطلاق. ب- ربط جلسة بالعدة الشرعية، فتصاغ المادة 49 كالاتي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجربها القاضي خلال فترة العدة الشرعية". كما تصاغ المادة 50 على النحو الآتي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد مالم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد إذا انتهت العدة الشرعية".

2444- ملف رقم 39463: المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 115.

أما ما يتعلق بمحاولة الصلح، فإن الأصل فيه أن يتدخل الحكمان عند عجز الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق ومهمة الحكّمين في هذا واجبة، والأفضل أن يكونا من ذوي القرابة؛ لأنهم أدري بيوطن الأمور وعمل الحكّمين هو التردد على الزوجين وتفحص أحوالهما والتعرف على رغباتهما لا بصفة وكيلين عنهما، بل حاكّمين عليهما، وحكّمتها نافذ تحكيما لا قضاء⁽²⁴⁴⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁽²⁴⁴⁶⁾.

غير أن المشرع الجزائري قد جعل الصلح وجوبيا على القاضي قبل الحكم بالطلاق طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة التي اشترطت محاولة المحكمة الإصلاح بين الزوجين⁽²⁴⁴⁷⁾، وقد قضت بأن الهدف من إلزام القاضي بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتنفريق هو محاولة إزالة أسباب الشقاق وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من نقاء السكينة وحسن المعاشرة، كما أنه يشترط حضور الزوجين بشخصيهما أمام القاضي لعرض الصلح بينهما، ولا يكفي أن يمثل أحدهما بشخصه والآخر بوكيله أو يمثل الطرفين بوكيليهما المفوضين بالصلح عنهما، غير أنه وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية: "يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح"⁽²⁴⁴⁸⁾.

كما أنه إذا عرضت المحكمة الصلح على الطرفين وقبله طرف ورفضه الآخر اعتبر عجزا من المحكمة في الإصلاح بين الزوجين كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية أنه: "في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى"⁽²⁴⁴⁹⁾. وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1997/10/23، حيث جاء فيه: إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما⁽²⁴⁵⁰⁾.

على أن النص على وجوب محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق يعتبر نصا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء قبل النطق بالطلاق فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا،

2445- انظر، محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ص 21. ومعنى تحكيما لا قضاء أن حكم الحكّمين ينفذ بصفتهم حكّمين لا قاضيين.

2446- النساء: الآية 35.

2447- وكذلك طبقا للمادة 439: "محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية "الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23.

2448- الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23.

2449- الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23.

2450- ملف رقم 174132: نشرة القضاة، العدد 55، 1997، ص 179.

وهذا ما يفهم من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على الرغم من أنها قد جاءت عامة، إلا أن بطلان حكم الطلاق في حالة تخلف إجراء الصلح يفهم من نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية التي تفيد وجوب الصلح. وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في قراره الصادر في 18/6/1991 حيث جاء فيه: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"⁽²⁴⁵¹⁾. وعلى هذا فإن أغفلت المحكمة ذلك وقضت في الدعوى دون إجراء الصلح بعرضه على الزوجين، فإن حكمها يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون وينحدر به إلى درجة الانعدام.

ويجب أن يتضمن محضر الجلسة ما يدل على قيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين فلا يكفي عرض الصلح على الزوجين مشافهة طبقاً للفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة. والملاحظ في كل هذا أن المشرع الجزائري قد أهمل أثر انتهاء العدة الشرعية وضرورة الطلاق من رجعي إلى بائن. وعليه فما الفائدة من إجراء الصلح إذا تبين للقاضي -عند مساءلة المطلق- أن العدة الشرعية قد انتهت؟ ذلك أن المشرع لم يبين بداية الأشهر الثلاثة للصلح ونهايتها، فهل تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم من تاريخ رفع الدعوى؟.

وبما أنه لا وجود للطلاق في نظر المشرع الجزائري إلا إذا صدر به حكم قضائي وفقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة، فإن الثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق شرعاً إذا كان قد نطق به قبل عرض النزاع على المحكمة، فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم فإن العدة تبتدئ من تاريخ الحكم؛ لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلاً.

والصحيح ما أقره الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17/12/1984: "من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد حرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان الثابت -في قضية الحال- أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإن أراد أن يراجع زوجته كان عليه اتباع القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم

2451- ملف رقم 75141: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 65.

بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة⁽²⁴⁵²⁾.

هذا الغموض كله إنما كان نتيجة لعدم التفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى، أما البائن بينونة كبرى فإن المشرع الجزائري قد حكم فيه بما هو مقرر شرعا، وهو ما جاء في المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1998/02/17: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن⁽²⁴⁵³⁾.

المطلب الرابع: الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق لإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي والحق الجماعي، وبناء على هذا فإن الإخلال بهذا التوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة غير مشروع، فإذا أفضى استعمال حق فردي ولو كان مشروعا في ذاته إلى إلحاق مضرة راجحة كان هذا مناقضا لمقصد الشارع، لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدرا لمفاسد راجحة، وإنما شرعه لتحقيق المصالح ودرأ المفاسد⁽²⁴⁵⁴⁾.

ومنه لا بد أولا من بيان معنى التعسف في الطلاق لمعرفة وجه الفرق فيه بين المشروع وغير المشروع، وذلك من خلال ما يأتي:

2452- ملف رقم 35322: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1984، ص 91. ويمكن حمل نص المادة 49 على أن المشرع حاول أن يقلل من فرص الطلاق الانفرادي الذي يقع بيد الزوج، ومن ثم فهو يسعى لأن يكون الطلاق بعد محاولات الصلح من طرف القاضي، وعليه فمن أراد أن يطلق زوجته، عليه أن يطلقها منفردا قبل رفع الدعوى. لكن إذا طلق الزوج زوجته انفراديا، وجب عليه رفع دعوى الطلاق حتى يباشر القاضي عملية الصلح في أجل العدة، فإذا تم الصلح عادت الزوجية من غير عقد ولا مهر، وإذا فشل الصلح أعلن القاضي الطلاق من تاريخ صدوره من الزوج، فيكون حكم القاضي إعلانا بأثر رجعي.

2453- المجلة القضائية: العدد الأول، 2000، ص 171.

2454- انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، 84-85.

أولاً: الجانب الفقهي

الفرع الأول: مفهوم التعسف في الطلاق وضابطه

أولاً: مفهوم التعسف في الطلاق

التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير⁽²⁴⁵⁵⁾، وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق⁽²⁴⁵⁶⁾.

يقول فتحي الدريني في بيان حقيقته وطبيعته: "يقوم التعسف في استعمال الحق على فعل مشروع لذاته، لأنه يستند إلى حق أو إباحة، ولكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهين:

الأولى: من حيث الباعث الدافع الذي حرّك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تحت ستار الحق.

الثانية: من جهة النتيجة أو الواقعة المادية أو الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحدّ ذاتها، بقطع النظر عن العوامل النفسية، فإذا كانت تلك النتائج أضراراً أو مفاصد راجحة مُنع التسبب فيها؛ أي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر؛ لأن الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار أو مفاصد غالبية، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاصد"⁽²⁴⁵⁷⁾.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص⁽²⁴⁵⁸⁾.

وفيما يلي بيان لضابط التفريق بين الطلاق التعسفي والطلاق المشروع.

ثانياً: ضابط التعسف في الطلاق

مما سبقت الإشارة إليه في تقسيمات الطلاق أنه ينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي⁽²⁴⁵⁹⁾، ومع أن الطلاق جعل بيد الرجل إلا أنه مقيد بأن يكون للحاجة، والشارع لم يترك الأمر للتعسف في

2455- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/265.

2456- محمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.ط.د.ت)، 274.

2457- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984، ص 26-27.

2458- انظر، جميل فخري محمد جاتم: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 123.

استعمال هذا الحق، بل جعل له قيوداً شرعية - سيأتي ذكرها - لو اتبعت على وجهها الصحيح ما كان طلاق إلا حيث الحاجة النفسية الحقيقية، وسمي الطلاق في هذه الحدود بطلاق السنة، أي الذي جاء على طريقة السنة، ويقابله ما خرج عن قيوده الشرعية ويسمى بطلاق البدعة.

أ- طلاق السنة: وهو ما كان موافقاً لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ. (2460) وصورته أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يمسه فيها، وأن يطلقها طليقة واحدة، ويتركها حتى تنتهي عدتها، بمعنى أنه لا يتبعها طلاقاً آخر قبل انتهاء عدتها (2461).

ب- طلاق البدعة: وهو ما كان مخالفاً لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ (2462)، وصورته أن يطلق الرجل امرأته في الحيض أو في طهر مسها فيه (2463)، أو أن يطلقها ثلاثاً بلفظ واحد في طهر واحد (2464).

وضابط التفريق بين طلاق السنة وطلاق البدعة يتحقق بمدى التقيد بالقيود الشرعية في إيقاع الطلاق، قال ابن رشد: "أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيها طليقة واحدة، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة" (2465). وعليه يكون الطلاق سنياً ومشروعاً إذا لم يخرج الزوج في إيقاعه الطلاق عن القيدين الآتي ذكرهما (2466):

القيود الأول: ويتعلق بالزمن، وهو أن يوقع الزوج الطلاق في حال طهر الزوجة لا في حال حيضها، وأن يوقعه في طهر لم يمسه فيها.

2459- وهناك قسم ثالث وهو الطلاق الذي لا وصف له أي غير سني وغير بدعي، وهو في حالة طلاق الصغيرة والآيسة التي بلغت سن اليأس لأن عدتها بالأشهر وليست بالأقراء، فلا ضرر يلحقها ولا ولد يندم على فراقه، وكذلك طلاق الحامل لأن عدتها تكون بوضع الحمل فلا تختلف العدة في حقها حتى ولو كانت تحيض مدة الحمل وطلقها في الحيض فإنه لا يحرم هذا الطلاق أيضاً، فإن لم يظهر حملها فطلاقها بدعي، ولأنه إذا طلقها قبل ظهور الحمل فقد يترتب عليه ندم عند ظهور الحمل، وكذلك طلاق المختلعة بماها لأن دفعها المال يدل على احتياجها للخلاص من الزوج، كذلك يباح طلاق المرأة قبل الدخول لأنه لا عدة عليها، كما يباح الطلاق إذا طلبته زمن البدعة لأن المنع إنما شرع لحق المرأة فإذا رضيت بإسقاط حقها زال المنع. انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 404/3. عبد العزيز رمضان سمك: الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993، ص 80.

2460- ابن قدامة: المصدر السابق، 325/10.

2461- ابن جزري: قوانين الأحكام الشرعية، ص 227.

2462- ابن قدامة: المصدر السابق، 327/10.

2463- انظر، مصطفى بن العدوي: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 1، 1988، ص 13-14.

2464- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 426/7.

2465- ابن رشد: بداية المجتهد، 63/2.

2466- انظر، أبوزهرة: الأحوال الشخصية، ص 286-287. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 426-425/7. حامد عبده الفقي:

أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 99.

القييد الثاني: ويتعلق بالعدد والوصف، بأن يطلق الزوج زوجته المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار في كل طهر تطليقة يستقبل الطهر استقبالا، فإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد كان بدعياً.

ثالثاً: حكم الطلاق التعسفي

يترتب على الخلاف -السابق ذكره- في أصل الطلاق الحظر أم الإباحة، خلاف الفقهاء في حكم استعمال الزوج لهذا الحق لغير حاجة ودون سبب مشروع، فهل يكون بذلك قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه؟. غير أنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي، ولكنه مصطلح جديد، حيث تطرق الفقهاء المحدثون للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم هل هناك تعسف في الطلاق أم لا، بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب بعض الفقهاء المحدثين، إلى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق، وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه⁽²⁴⁶⁷⁾.

المذهب الثاني: ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسفاً في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحظر، سواء من قال منهم بأن الحظر ديني أم قضائي⁽²⁴⁶⁸⁾.

الفرع الثاني: صور التعسف في إيقاع الطلاق

إن الطلاق الذي لا خلاف في وقوعه هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسه فيها طليقة واحدة، ويتركها حتى تنقضي عدتها فتصير هذه الطليقة الرجعية طليقة واحدة بائنة بينونة صغرى، إن لم تكن هذه الطليقة مكتملة للطلاق الثلاث، وهو الطلاق المشروع ويسمى طلاق السنة. والطلاق المختلف في وقوعه هو ما خالف طلاق السنة -الذي ذكر- بأن طلقها في طهر قد مسها فيه، أو طلقها وهي حائض، أو طلقها أكثر من طليقة واحدة بلفظ واحد. وهذا الطلاق يسمى بالطلاق البدعي، أو طلقها في مرض الموت. وفي أي صورة من هذه الصور يكون الزوج الموقع للطلاق مسيئاً في استعمال حقه

2467- ومن قال بذلك نور الدين عتر في كتابه أبغض الحلال-دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القديم والحديث واصطلاحات الإسلام وحكمته في تشريعه- مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1983، ص 156-160.
2468- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 101. ومن قال بذلك أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية، ص 284.

الأصيل في إيقاع الطلاق، ومن ثم يكون متعسفاً، وهذه صور الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي على النحو التالي:

الصورة الأولى: الطلاق في الحيض

أ- أما طلاق الحائض: فهو طلاق بدعي؛ لأنها طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها فبقية حيضها غير محتسب به من عدتها عند من جعل الأقراء: هي الأطهار، وعند من جعلها الحيض فصارت بالطلاق فيه غير زوجة ولا معتدة.

ب- وطلاق الزوجة وهي حائض محذور شرعاً لنهي الشرع عنه، ومن ثم قال الفقهاء: إنه حرام، وقد دلّ على تحريمه الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾⁽²⁴⁶⁹⁾ قال الزمخشري في تفسيره: "أي إذا أردتم تطليقهن وهمتم به فطلقوهن مستقبلاً لعدتهن"⁽²⁴⁷⁰⁾. قال ابن كثير: "أي لا يطلقها وهي حائض، ولا في طهر قد جامعها فيه"⁽²⁴⁷¹⁾.

ومن السنة: ما روي عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-: "أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"⁽²⁴⁷²⁾، قال ابن حجر⁽²⁴⁷³⁾: "فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء، أي فتلك العدة التي أذن الله أن يطلق لها النساء، وهذا مراد بيان الآية وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾"⁽²⁴⁷⁴⁾.

ومن الإجماع: قال النووي: "أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض الحائل بغير رضاها، فلو طلق أتم"⁽²⁴⁷⁵⁾. ونقل الخطاب: "إن الطلاق في الحيض حرام بالإجماع"⁽²⁴⁷⁶⁾، وقال ابن قدامة: "فإن

2469- الطلاق: الآية 1.

2470- الزمخشري: الكشاف، دار عالم المعرفة، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 107/4.

2471- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 379/4.

2472- سبق تخريجه، ص 7.

2473- ابن حجر: المصدر السابق، 14/12.

2474- الطلاق: الآية 1.

2475- النووي: المنهاج، (شرح النووي على صحيح مسلم)، المطبعة المصرية، ط1، 1929، 60/10.

2476- الخطاب: المصدر السابق، 39/4.

طلقها للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه أثم⁽²⁴⁷⁷⁾. كما أنه لا خلاف في أن الطلاق في النفاس له حكم الطلاق في الحيض عند المالكية والشافعية والظاهرية⁽²⁴⁷⁸⁾.

ويستثنى من حظر الطلاق في الحيض:

- 1- غير المدخول بها، لأنه لا عدة عليها، فلا يراعى في طلاقها كونها غير حائض.
- 2- التطليق من الحاكم في الإيلاء إذا اتفق وقوع تطليقه في حال حيض الزوجة.
- 3- إذا اختلعت الزوجة من زوجها صح الخلع سواء كانت الزوجة حائضاً أم غير حائض؛ لأن علة تحريم الطلاق في الحيض هي لئلا تتضرر الزوجة في إطالة عدتها، وهذا المعنى غير موجود في حالة الاتفاق على الفرقة عن طريق الخلع⁽²⁴⁷⁹⁾.

وترجع حكمة تحريم الطلاق في الحيض إلى أمرين⁽²⁴⁸⁰⁾:

الأول: لئلا تطول عدة المرأة المطلقة وفي إطالتها إضرار بها.

الثاني: لغرض التأكد من أن الطلاق كان لحاجة الزوج إليه وليس مردّه إلى نزوة طارئة وغضب سريع وقرار متعجل. قال الشافعي: "وقد أمر الله عز وجل بالإمساك بالمعروف والتسريح بالإحسان، ونهى عن الضرر، وطلاق الحائض ضرر عليها"⁽²⁴⁸¹⁾. وجاء في بدائع الصنائع: "لأن فيه تطويل العدة عليها؛ لأن الحيضة التي صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة، فتطول العدة عليها وذلك إضرار بها، ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق في زمان كمال الرغبة وزمان الحيض زمان الثفرة، فيكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق، فلا يكون الطلاق فيه سنة بل سفها"⁽²⁴⁸²⁾.

ج- وقوع الطلاق في الحيض

ذهب الحنفية والمالكية⁽²⁴⁸³⁾ والشافعية والحنابلة وعامة الفقهاء⁽²⁴⁸⁴⁾ إلى وقوع طلاق البدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر مسها فيه، ويأثم للتحريم. قال الإمام النووي: "أجمعت الأمة على

2477- ابن قدامة: المصدر السابق، 327/10.

2478- النووي: روضة الطالبين، 4/6. الشريبي: المصدر السابق، 404/3. ابن حزم: المصدر السابق، 176/10. الغرياني: المرجع السابق، 669/2. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 428/7.

2479- النووي: روضة الطالبين، 4/6. وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، 485/7.

2480- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 358-359. محمد علي حسب الله: عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 149-150.

2481- الشافعي: الأم، 461/6.

2482- الكاساني: المصدر السابق، 94/3.

2483- انظر، ابن رشد: المصدر السابق، 64/2.

2484- انظر، ابن قدامة: المصدر السابق، 327/10.

تحريم طلاق الحائض الحائض بغير رضاها، فلو طلقها أثم ووقع طلاقه، وشدَّ أهل الظاهر فقالوا: لا يقع⁽²⁴⁸⁵⁾.

واستدل الجمهور على وقوع طلاق الحائض من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁴⁸⁶⁾ وهذا يعم كل طلاق. ومنه الطلاق البدعي، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽²⁴⁸⁷⁾، ولم يفرق بين مطلقة في حيض وبين مطلقة في طهر، إذ لا يجوز إخراج بعض المطلقات من هذا العموم الوارد في هذه الآيات إلا بنص أو إجماع، ولا يوجد نص ولا إجماع في إخراج المطلقات في الحيض من هذا العموم .

ومن السنة حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- بشأن طلاق زوجته في الحيض، وفيه أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها⁽²⁴⁸⁸⁾. قال النووي في هذا الحديث: "ولو لم يقع طلاقه لم تكن رجعة، فإن قيل: المراد بالرجعة: الرجعة اللغوية وهي الردّ إلى حالها الأول لا أنها تحسب عليها طلقة، قلنا: هذا غلط من الوجهين:

أحدهما: أن حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية يقدّم على حمله على الحقيقة اللغوية.

والثاني: أن ابن عمر صرّح في رواية لمسلم بأنه حسبها عليه طلقة⁽²⁴⁸⁹⁾.

وقال الظاهرية وابن تيمية وابن القيم: لا يقع الطلاق في الحيض. قال ابن تيمية وقد سئل عن الطلاق في الحيض: "ولا ريب أن الأصل بقاء النكاح ولا يقوم دليل شرعي على زواله بالطلاق المحرم، بل النصوص والأصول تقتضي خلاف ذلك"⁽²⁴⁹⁰⁾. واحتج أصحاب هذا الرأي بأن أمر النبي ﷺ لعبد الله بن عمر أن يراجع زوجته، أن المراد بالرجعة معناها اللغوي وليس معناها الاصطلاحي؛ أي الرجوع لحالتها التي كانا عليها من الاجتماع قبل الطلاق⁽²⁴⁹¹⁾.

الصورة الثانية: الطلاق في طهر مسها فيه

طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسه فيها، أي طاهر من غير جماع، فإن طلقها في طهر مسها فيه أثم وهو طلاق محظور شرعا للحديث السابق في طلاق الحائض وفيه "مرّة فليراجعها ثم

2485- النووي: المنهاج، 60/10.

2486- البقرة: الآية 230.

2487- البقرة: الآية 228.

2488- سبق تخريجه، ص 7.

2489- النووي: المنهاج، 60/10.

2490- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 58/33-59. ابن القيم: جامع الفقه، 474/5.

2491- انظر، ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 59/33. ابن القيم: جامع الفقه، 474/5 وما بعدها.

ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁽²⁴⁹²⁾ قال الإمام النووي في هذا الحديث: "ففيه تحريم الطلاق في طهر جامعها فيه"⁽²⁴⁹³⁾.

وأما طلاقها في طهر مسها فيه، فلتحريمه علتان:

إحدهما: أنها ربما علقت من وطئه فصارت حاملا فلحقه ندم من طلاقها.

ثانيهما: أنها تصير مرتابة في عدتها، هل علقت من وطئه فتكون عدتها بوضع الحمل، أم لم تعلق فتكون بالأقراء، لكنها تعتد ببقية طهرها، كما أن الطلاق للحاجة، والحاجة تظهر في الطلاق في طهر لم يجمعها فيه⁽²⁴⁹⁴⁾. فإذا طلق الرجل في إحدى هاتين الحالتين فقد طلقها طلاقا بدعيا محرما، وهو واقع مع إثم موقعه عند الجمهور الذين أوقعوا الطلاق في الحيض مع إثم موقعه⁽²⁴⁹⁵⁾، لحديث ابن عمر السابق⁽²⁴⁹⁶⁾ ولأن الفروج كالدماء مما ينبغي الاحتياط فيه، والأصل فيها الحرمة، فيجب أن تبقى محرمة حتى يقوم على الحل دليل لا احتمال فيه⁽²⁴⁹⁷⁾ ويكون بذلك متعسفا في استعمال حقه في الطلاق⁽²⁴⁹⁸⁾.

الصورة الثالثة: الطلاق الثلاث بلفظ واحد

إن حق الطلاق الذي منحته الشريعة للزوج مقصور ومحصور في عدد معين من الطلقات، وليس مطلقا دون عدد فهو مقيد بكونه ثلاث تطليقات، فيجب عليه أن يترؤى ويتأنى عند استعمال كل طلقة منهن، بحيث لا يقدم عليها إلا إذا كان الدافع إليها قويا يتناسب مع الآثار المترتبة عليها، فإذا استنفذ المرات الثلاث بانت منه زوجته البتة، وتظهر صورة التعسف في هذه الحالة بإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة، أو بألفاظ متتالية في مجلس واحد، فالطلاق الثلاث له صورتان:

الأولى: أن يصدر الطلاق مقترنا بلفظ الثلاث، كقول الزوج: أنت طالق ثلاثا.

والثانية: أن يطلق المرأة بثلاث طلقات متتابعات في محل واحد، كقوله: أنت طالق أنت طالق أنت طالق.

أنت طالق.

2492- سبق تخريجه، ص 7.

2493- النووي: المنهاج، 61/10.

2494- انظر، محمد علي حسب الله: عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 150.

2495- انظر، حامد عبده الفقي: أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، ص 99.

2496- وفيه " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر.. سبق تخريجه، ص 7.

2497- محمد علي حسب الله: عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 154.

2498- سيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن قيود إيقاع الطلاق، والأثر المترتب على مخالفة هذه القيود.

والأصل في إيقاع الطلاق أن يطلق الرجل المرأة في طهر لم يمسه فيه بطلقة واحدة عملاً بقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾، وقوله ﷺ في حديث ابن عمر: "مره فليراجعها ثم يمسه حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمسه"، فإذا خالف الزوج ذلك بأن أوقع الطلاق الثلاث بلفظ واحد أي دفعة واحدة، فهل يقع طلقة واحدة أم ثلاث طلقات⁽²⁴⁹⁹⁾؟.

قال ابن رشد: "جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة، وقال أهل الظاهر وجماعة: حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك"⁽²⁵⁰⁰⁾.
وفيما يلي عرض موجز لآراء العلماء في ذلك وأشهرها⁽²⁵⁰¹⁾:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة⁽²⁵⁰²⁾ إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً وتحرم عليه امرأته حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق في هذا بين الطلاق قبل الدخول أو بعده⁽²⁵⁰³⁾.
قال الشافعي: "فإذا قال الرجل لامرأته التي لم يدخل بها أنت طالق ثلاثاً، فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره"⁽²⁵⁰⁴⁾.

وحجتهم في ذلك أن الشارع قد جعل للزوج ثلاث تطليقات فله أن يوقعها باختياره متفرقة أو مجتمعاً، والنكاح ملك يصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر ما يملكه الإنسان⁽²⁵⁰⁵⁾.

2499- اختلف الفقهاء في بدعية الطلاق الثلاث بلفظ واحد، فذهب مالك إلى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة، وهو رواية عن أحمد، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة. انظر، ابن عبد البر: الاستذكار، 10/17. ابن رشد: بداية المجتهد، 64/2. ابن قدامة: المغني، 331/10. الشربيني: مغني المحتاج، 409/3.
2500- ابن رشد: المصدر نفسه، 61/2.

2501- قال ابن القيم: "وقوع الثلاث -أي الطلقات الثلاث- بكلمة واحدة اختلف فيه الناس على أربع مذاهب: المذهب الأول: أنه يقع -أي يقع الطلقات الثلاث- وهذا قول الأئمة الأربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة. المذهب الثاني: أنه يقع طلقة واحدة رجعية، وهذا ثابت عن ابن عباس، ذكره أبو داود عنه، وقال الإمام أحمد: وهذا مذهب ابن إسحاق إذ يقول: خالف السنة فيرد إلى السنة، وهو قول طاووس وعكرمة وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. المذهب الثالث: أنه يفرق بين المدخول بها وغيره، فتقع الثلاث بالمدخول بها، وتقع غيرها واحدة، وهذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس وهو مذهب إسحاق بن راهويه فيما حكاه عنه محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلماء. المذهب الرابع: لا يقع الطلاق لأنه بهذه الصيغة بدعة محرمة، والبدعة مردودة، وهذا المذهب حكاه أبو محمد بن حزم وحكي للإمام أحمد فأنكره". ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط7، 1985، 247/5-248. وانظر تفصيل آراء العلماء وأدلتهم بإسهاب في هذه المسألة ومناقشتهم وردودهم. عبد الكريم زيدان: الفصل، 63/8 وما بعدها. و عمر سليمان الأشقر وعبد الناصر أبو البصل: مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن، ط2، 1997، 179 وما بعدها. محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن.

2502- انظر، الكاساني: المصدر نفسه، 137/3. الخطاب: مواهب الجليل، 39/4. ابن قدامة: المصدر نفسه، 334/10. الرملي: نهاية المحتاج، 455/6.

2503- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 334/10.

2504- الشافعي: الأم، 467/6.

2505- انظر، ابن قدامة: المغني، 334/10. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 413/7.

وكذلك استدلووا بما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- أنه أتاه رجل فقال: إن عمي طلق ثلاثاً، فقال: إنَّ عمَّك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً⁽²⁵⁰⁶⁾.

وقد ذكر ابن قدامة أن هذا القول روي عن جمع من الصحابة وهم: ابن عباس وأبو هريرة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وأنس-رضي الله عنهم-⁽²⁵⁰⁷⁾.

فقد قال الجمهور بذلك سدا للذريعة، قال ابن رشد: "وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة"⁽²⁵⁰⁸⁾.

الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء ومنهم ابن تيمية وابن القيم إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية، ولا تأثير للفظ في ذلك⁽²⁵⁰⁹⁾.

واحتج أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁵¹⁰⁾، والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة وليس ثلاثاً⁽²⁵¹¹⁾، أي أن الطلاق كما شرعه الله تعالى لا يكون إلا مرة ثم مرة كما ورد في الآية، فإذا طلق مرتين بلفظ واحد كانت واحدة وليست مرتين فتقع بها طلقة واحدة.

وما روي عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب-رضي الله عنه-: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم"⁽²⁵¹²⁾.

قالوا: فالحديث صريح في أنهم كانوا يعدون الطلاق الثلاث بلفظ واحد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر طلقة واحدة، وهو الحكم الأصلي الذي أقره رسول الله ﷺ وتم إجماع الصحابة عليه، وما كان إلزام عمر الناس فيما بعد بالثلاث وإمضاؤها عليهم إلا عقوبة رأى أن من المصلحة أن يعاقبهم بما لتماديهم في الطلاق واستهانتهم بأمره⁽²⁵¹³⁾.

2506- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 331/10.

2507- ابن قدامة: المصدر نفسه، 331/10.

2508- ابن رشد: بداية المجتهد، 62/2.

2509- انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2، 1981، ص 100.

2510- البقرة: الآية 229.

2511- انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: المرجع نفسه، ص 105.

2512- مسلم: كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، حديث رقم 1472. 677/2.

2513- انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: المرجع نفسه، ص 106.

وومن قال به من الفقهاء المعاصرين⁽²⁵¹⁴⁾ محمود شلتوت وأحمد شاكر ومحمد السائس وعبد الوهاب خلاف والمراغي وعبد الرحمن الصابوني ومحمد عقلة الإبراهيم، ومحمد أبو زهرة إذ يقول: "وقد كان المعمول به هو مذهب أبي حنيفة الذي هو مذهب الأئمة الأربعة وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً، والاثنتين تقع اثنتين بلفظ واحد فكان هذا يدفع إلى الحرج الديني، إذ يدفع الزوج في نوبة غضب جامحة فيطلق ثلاثاً ولا يجعل لنفسه من أمره يسراً، فإذا ناب إليه رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام وأنها زانية وفي ذلك موت الضمير الديني، وإما أن يتحايلاً بطرق لم يحلها الشارع لإعادة الحل والعقد عليها من جديد، وفي ذلك ما فيه من المفساد فكان من المستحسن علاج هذه الحال"⁽²⁵¹⁵⁾.

الصورة الرابعة: الطلاق في مرض الموت

وهذه الصورة مبنية على نظرية التعسف في استعمال الحق، فإذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضاً انتهى به إلى الموت، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك، ثم اتصل بالهالك من غير رضا الزوجة، فإن كانت المرأة لا تزال في عدتها من طلاقه تترث منه ولو كان الطلاق بائناً لأنه أراد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه قصده ما دامت العدة قائمة لبقاء آثار الزوجية، وإذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن فارقاً فترث منه ما دامت في العدة من طلاق رجعي، ولا تترث في العدة من الطلاق البائن، ومن أمارات عدم الفرار في طلاقه أن يكون الطلاق برضاها، أو أن تخالعه على الطلاق، أو أن تكون غير مستحقة للإرث منه عند الطلاق، كأن تكون كتابية، فإن اختلاف الدين مانع من الإرث كما هو معلوم⁽²⁵¹⁶⁾.

قال ابن رشد⁽²⁵¹⁷⁾: "وأما المريض الذي يطلق طلاقاً بائناً ويموت من مرضه، فإن مالكا وجماعة يقول تترث زوجته، والشافعي وجماعة لا يورثها، والذين قالوا بتوريثها انقسموا إلى ثلاث فرق: ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة، وومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري، وقال قوم: لها الميراث

2514- انظر، عبد الناصر أبو البصل: مسائل في الفقه المقارن، ص 181.

2515- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 306.

2516- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/266. أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 332 وما بعدها.

2517- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/82-83.

ما لم تتزوج، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى، وقال قوم بل ترث كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث⁽²⁵¹⁸⁾."

الصورة الخامسة: طلاق المرتد

اتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث أحدا البتة، كما أنه إذا ارتد أحد الزوجين بانته منه زوجته، ولذلك فالزوج المرتد لا يرث زوجته، والزوجة المرتدة لا ترث زوجها. ومن المعروف أن الزوج إذا ارتد بانته زوجته منه، وفقدت حقها في الميراث؛ لاختلاف الدين⁽²⁵¹⁹⁾؛ إلا أن الفقهاء ألقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت، واعتبروه فاراً بالردة من توريث زوجته، فيرد عليه قصده، ولذلك فإن الزوجة المسلمة ترث زوجها المرتد إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة؛ لأنه يصير فاراً، وإن كان صحيحاً وقت الردة⁽²⁵²⁰⁾.

أما الزوجة المسلمة إذا ارتدت وهي في مرض موتها، فإن زوجها المسلم يرثها إذا ماتت وهي في العدة عند الحنفية⁽²⁵²¹⁾ لقصدها إبطال حقه، فتعامل بنقيض قصدها، ولا يرثها زوجها إن ارتدت حال صحتها؛ لأنها بانته بالردة، ولم تكن مشرفة على الهلاك فلا تكون فاراً، ولزوجها أن يتزوج بأختها عقيب لحاقها بدار الحرب، لأنها لا عدّة لها كالميتة، ولأنها لا تقتل⁽²⁵²²⁾ فلم يتعلق حقه في مالها بالردة بخلاف المرتد⁽²⁵²³⁾.

الصورة السادسة: طلاق الهازل

وهو من يقصد التلفظ بلفظ الطلاق ولكن لا يريد حكم هذا اللفظ⁽²⁵²⁴⁾. فهل يقع طلاقه؟ قال ابن قدامة: "إن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك سواء قصد المزاح أو الجحد. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جدّ الطلاق

2518- هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي، مجتهد من تابعي التابعين، ولد سنة 94هـ وتوفي سنة 165هـ، أجمع العلماء على جلالته وعلو مرتبته في الفقه والحديث، وكان إمام أهل مصر في زمانه، له كتاب في التاريخ وكتاب في مسائل الفقه. ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت)، 285/1.

2519- انظر، الشريبي: معني المحتاج، 35/3.

2520- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 257/11.

2521- انظر، الشيخ نظام وجماعة: الفتاوى الهندية، 497/1.

2522- قال ابن رشد: "واختلفوا في قتل المرأة، وهل تستتاب قبل أن تقتل، فقال الجمهور: تقتل المرأة. وقال أبو جنيفة: لا تقتل، وشبهها بالكافرة الأصلية". بداية المجتهد، 459/2.

2523- انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 257/11.

2524- ويلحق به طلاق السكران في الحكم وما يترتب عليه من آثار- كما سبقت الإشارة إلى ذلك-.

وهزله سواء، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهم⁽²⁵²⁵⁾. لقوله ﷺ: "ثلاث جِدْهن جِدٌّ وهزهن جد النكاح والطلاق والرجعة"⁽²⁵²⁶⁾.

فالهزل مكلف وقد اختار التلفظ بالطلاق ولو أُطلق للناس جواز الاحتجاج بالهزل لتعطلت الأحكام وهذا يؤدي إلى الفوضى وارتكاب المحرم، والنكاح والطلاق والرجعة واجب فيها صيانة الفروج من العبت⁽²⁵²⁷⁾. وإنما يقع طلاق الهازل؛ لأنه حكم شرعي لا ينبغي الهزل فيه ولا العبت به، فالهزل معتد على أحكام الله مستهزئ بآياته فوجب أن لا يؤخذ بالشفقة والرحمة بحجة أنه لم يقصد ترتيب أثر العبارة عليها، حتى لا يفتح الباب أمام أمثاله للعبث بأحكام الشرع⁽²⁵²⁸⁾. وقد رجح الصابوني عدم وقوع طلاق الهازل فيما لو كان المجلس مجلس لهو وهزل مما لا يختلف فيه اثنان أن أي لفظ يصدر فيه لا يقصد به إلا الهزل⁽²⁵²⁹⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

الطلاق محلل شرعا ومجاز قانونا، ولكنه أبغض الحلال إلى الله، فالزوج يملك الحق في إيقاع الطلاق على زوجته، وهذا الحق كفله الشرع والقانون، ولكن قانون الأسرة الجزائري أحاط هذا الحق ببعض من الضمانات حفاظا على قدسية الحياة الزوجية، فلا بد لأي طلاق من أن يكون له سبب مستساغ شرعا وقانونا، حيث يتضح من نص المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²⁵³⁰⁾، أن المشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي، والذي يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان وهما:

- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول.

- أن يتحقق القاضي من حقوق الضرر بالمطلقة.

2525- ابن قدامة: المغني، 10/372-373.

2526- سبق تخريجه، ص 504.

2527- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/100. الخطاب: مواهب الجليل، 4/44.

2528- انظر، محمد علي حسب الله: عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 166. الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 235.

2529- انظر، عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، 1/317.

2530- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن توافر هذين الشرطين لا بد وأن يكونا مجتمعين ومتلازمين بذات الوقت حتى يكيف الطلاق على أنه تعسفي، ومن ثم تستحق الزوجة التعويض -على ما سيأتي بيانه-. وانطلاقاً من الواقع العملي للمحاكم في مجال الأحوال الشخصية يمكن اعتبار الأسباب الآتية صوراً للتعسف في الغالب وهي على سبيل التمثيل لا الحصر.

أولاً: إذا كان الطلاق من غير سبب معقول⁽²⁵³¹⁾ بأن يُقدم الزوج على طلاق زوجته دونما سبب مسوغ لذلك الطلاق عدّ هذا الطلاق تعسفياً، وتستحق حينئذ الزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً تعويضاً عن هذا الطلاق، وذلك حتى لا يغالى باستخدام هذا الحق. فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته⁽²⁵³²⁾.

ثانياً: إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية، وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق، فإنه يعدّ متعسفاً في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمرأة.

ثالثاً: يكون الزوج متعسفاً في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته؛ لأنه يعتبر فاراً من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضاً لها عن تعسفه في الطلاق. طبقاً لما جاء به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1998/3/17 والذي جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁵³³⁾.

حيث يفهم من هذا القرار أن الطلاق في مرض الموت يعدّ تعسفاً إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث عملاً بما هو مقرر في الفقه المالكي على الخصوص.

وبناء على ما سبق بيانه يمكن القول بأن النظرة الشرعية في تكيف التعسف وصوره في الطلاق، تختلف عن نظرة القانون، فمعيار التعسف في نظر الشريعة إنما يرجع إلى مدى المخالفة الشرعية

2531- لم يضع الفقهاء تعريفاً اصطلاحياً للطلاق من غير سبب -فيما قرأت- إلا أنه يمكن تعريفه بأنه: مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المال، بتطبيق الزوج زوجته لغير سبب مشروع، ودون حاجة داعية إليه.

2532- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/267. العربي بلحاج: المرجع السابق، 1/235-236.

2533- ملف رقم 179696. انظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، ص 331.

في إيقاع الطلاق، ومنه يفقد وجه الحكمة في تشريعه، وأما معياره بالنظر القانوني فيكون بقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق.

الفرع الثالث: قيود إيقاع الطلاق وأثر مجاوزتها

يتضمن هذا الفرع الحديث عن قيود إيقاع الطلاق في الفقه الإسلامي والأثر المترتب على مجاوزة حدود إيقاع الطلاق، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: قيود إيقاع الطلاق في الفقه الإسلامي

انطلاقاً مما هو مقرر فقها وقانوناً أن الطلاق بيد الرجل، فهو حق أصيل له يستعمله دون اعتماد على إرادة المرأة في إحداث هذا الأثر، فتكون إرادة الزوج وحدها محل اعتبار، غير أنه لا بد من تحديد طبيعة حق الزوج في إيقاع الطلاق، فيجب أن يكون استعماله بمعروف أو بإحسان، والمعروف ضده المنكر، والإحسان ضده الإساءة، فإذا خالف المعروف في استعماله لحق الطلاق يكون قد أتى منكراً، وإذا خالف الإحسان في استعماله يكون قد أساء استعماله⁽²⁵³⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا﴾⁽²⁵³⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فِيمَسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁵³⁶⁾.

فقد قيد فقهاء الشريعة حق الزوج في إيقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التي دعت لتشريعه، وبما فيه منع الإضرار بالمطلقة غير ما يصيبها من مجرد الطلاق، ولما كان الطلاق في ذاته مضراً بالزوجة في أغلب الحالات، فقد رتبت الشريعة على وقوعه أحكاماً ترمي إلى تخفيف هذا الضرر.

فيتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تقتضيه به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجهاً لتحقيق الحكمة التي شرع لأجلها، وألا يكون بطريقة هي في حد ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من حل الرابطة الزوجية. وقد اصطلح فقهاء الشريعة على تقسيمه إلى طلاق السنة وطلاق البدعة، وهم يقصدون بالأول الطلاق المشروع وبالثاني الطلاق المحرم. ولعل الذي دعاهم إلى ذلك هو ما يشوب هذا الحق من الكراهية لما فيه من حل الرابطة الزوجية، وهو في الغالب مضر بالمرأة⁽²⁵³⁷⁾.

أولاً: يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه، والحكمة التي دعت إلى مشروعية الطلاق هي الخلاص من الرابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض

2534- انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 92.

2535- البقرة: الآية 232.

2536- البقرة: الآية 228.

2537- انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 355.

البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، بحيث يفوت المقصود من النكاح وينقلب إلى مضرة، وقيام هذه الحكمة شرط لإباحة الطلاق، فإذا لم تقم كان إيقاع الطلاق على غير الوجه المباح شرعا فيحرم. وتطبيقا لذلك ذكر الفقهاء من الأحكام ما يأتي⁽²⁵³⁸⁾:

1- يكون إيقاع الطلاق مكروها إذا كان من غير حاجة تدعو إليه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ طَاعَتِكُمْ بِذَلِكَ..فَلَا تَطْلُبُوا سَبِيلًا﴾⁽²⁵³⁹⁾. قال الألوسي: "(فإن أطعنكم)، أي وافقنكم وانقذن لما أوجب الله تعالى عليهن من طاعتكم بذلك..فلا تطلبوا سبيلا وطريقا إلى التعدي عليهن، أو لا تظلموهن بطريق من الطرق بالتوبيخ اللساني والأذى الفعلي وغيره، واجعلوا ما كان منهن كأن لم يكن بالبغى إما بمعنى الطلب أو بمعنى الظلم"⁽²⁵⁴⁰⁾.

2- اتفق الفقهاء⁽²⁵⁴¹⁾ على تحريم طلاق الزوجة في طهر مسها فيه، والعلة التي ذكروها لذلك هي أن الطلاق أبيض لحل عقدة النكاح عند عدم توافق الأخلاق، فيجب أن تكون هذه الحكمة الداعية إليه متوافرة، ولما كان عدم موافقة الأخلاق أمرا باطنا لا يوقف على حقيقته فقد أقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه، وهو الطهر الذي لم يمسه فيه مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الأخلاق، لأن الطهر زمان الرغبة فيه طبعاً وشرعاً، فلا يختار الزوج فراقها إلا للحاجة⁽²⁵⁴²⁾، ولأن الجماع قد يؤدي إلى الحمل، والحمل يقوي الرغبة في الإمساك فلا تكون هناك حاجة للطلاق، فإذا وقع الطلاق بعد الجماع فقد يؤدي إلى الندم، وبذلك يكون الطلاق قد وقع على غير رغبة صادقة، ومن أجل ذلك قالوا يجوز إيقاع الطلاق بالحامل بعد معاشرتها، لأن الحمل يزيد الرغبة فيها لرعاية مصلحة الولد، فيكون إيقاع الطلاق بعد ظهوره دليلاً على عدم موافقة الأخلاق⁽²⁵⁴³⁾.

ثانياً: إذا طلق الرجل امرأته في مرض الموت طلاقاً بائناً فإنها ترثه⁽²⁵⁴⁴⁾، والعلة في ذلك هي أن المريض الذي يطلق زوجته يتهم بأنه قصد بطلاقها حرمانها من الميراث، فيرد عليه قصده⁽²⁵⁴⁵⁾. ويلاحظ أن قيام هذه التهمة كون إيقاع الطلاق غير متفق مع الحكمة التي دعت لتشريعها لأن المقصود بالطلاق

2538- انظر، السعيد مصطفى السعيد: مدى استعمال حقوق الزوجية، مطبعة الاعتماد، مصر، (دط، دت)، ص 232-233.

2539- النساء: الآية 34.

2540- الألوسي: روح المعاني، تصحيح علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، 26/3.

2541- انظر، عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 265/4 وما بعدها.

2542- السرخسي: المبسوط، 7/6.

2543- السرخسي: المصدر نفسه، 8/6.

2544- وعند الشافعي لا ترث لأن الزوجية التي هي سبب الإرث قد زالت بالطلاق البائن كما في حال الصحة. انظر، الغزالي: الوسيط في المذهب، 402/5.

2545- ابن رشد: بداية المجتهد، 82/2-83.

الفرقة وهي حاصلة بالموت، إذ الفرض أن المطلق يموت في مرضه الذي طلق فيه، وبذلك يكون المطلق قد قصد بطلاقه غير ما شرع له الطلاق.

ثالثاً: يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة، والمقصود بالضرر هنا الضرر الذي يزيد على ما ينشأ من حل رابطة الزوجية؛ لأن الطلاق في ذاته مضر للمرأة غالباً، فالضرر المقصود هو الذي ينشأ عن وقوعه نتيجة لإيقاعه إما بكيفية مخصوصة وإما في وقت مخصوص ينشأ عنه ضرر بالمطلقة، من ذلك الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة في طهر واحد، أو الطلاق في أثناء الحيض، أو في طهر مسّها فيه⁽²⁵⁴⁶⁾.

ثانياً: الأثر المترتب على مجاوزة حدود إيقاع الطلاق

أ- الأثر الشرعي

كان اختلاف فقهاء الشريعة في بيان الأثر المترتب على تجاوز حدود إيقاع الطلاق⁽²⁵⁴⁷⁾ أشد وأظهر من اختلافهم في بيان الطلاق المسنون وما خرج عن السنة، وقد اتفقوا جميعاً على أن الطلاق البدعي ما يوقعه الزوج تجاوزاً فيه للقيود السابقة الذكر، هو طلاق محرم ديانة، بحيث يؤثم الزوج لإيقاعه، وعلى هذا الأثر اقتصر فريق كبير من علماء الشريعة الإسلامية على الحرمة الدينية فأقروا الطلاق الذي يكون كذلك.

ويرى فريق آخر أن مثل هذا الطلاق لا يقع فهو على النقيض من الرأي الأول، وفريق ثالث توسط بين الرأيين فقضى بوقوع الطلاق، ولكن بقيود معينة ترمي إلى رفع الضرر الناتج عنه أو تخفيفه.

الرأي الأول: واقتصر أصحابه على الحرمة الدينية، حيث يقضي هذا الرأي بأن الزوج إذا أوقع الطلاق فإنه يقع ويترتب عليه حكمه الشرعي سواء كان إيقاعه على وجه السنة أو مخالف لها، فإن كان

2546- قد يقال أن الحكم بوقوع طلاق المتعسف على أنه عقوبة له، فإنه في الواقع عقوبة لغيره وهم زوجته وأولادها، وهؤلاء لا ذنب لهم ولا جريرة، فيكون القول بوقوع طلاقه مخالفاً لقوله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى" الإسراء: الآية 15. والحقيقة أن وقوع الطلاق بالنسبة للمتعسف إنما هو عقوبة له وحده وليس لزوجته وأولاده لأنه هو الذي يملك الحق وهو الذي تعسف فيه، فإذا أخذ بأحكامه وآثاره فإنه هو المتأثر بهذه الأحكام وتلك الآثار بالدرجة الأولى من وجوب نفقة الزوجة والأولاد والزامه شرعاً بالعديد من الالتزامات الشرعية التي لم يكن يحسب حساباً كمؤخر الصداق ونحو ذلك، فلا ضرر ولا ضرار يلحق بالزوجة والأولاد ما دامت حقوقهم محفوظة لم تمس، هذا إلى جانب أن الحكم بوقوع الطلاق قد يكون في صالحهم، فقد تنصلح به نفسية الزوج ويتهدب سلوكه إذا عاد إلى زوجته وأولاده فتستقر أحوالهم، وإذا كان الطلاق باننا فإن الله تعالى يغن كلاً من سعته، حيث يقول تعالى: "وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته". النساء: الآية 130. انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 237.

2547- من الأهمية بمكان التمييز بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق لمعرفة ما إذا كان المطلق إذا خالف الضوابط الشرعية لإيقاع الطلاق مسيئاً لاستعماله حقه أم متجاوزاً لحدود حقه، فالمتجاوز لحدود حقه لا يستعمل حقاً مشروعاً له وإنما يتعدى على حرمة حقوق غيره ابتداءً، أو عن طريق استعماله لحقه المشروع. انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 87-88.

على وجه السنة فلا شيء على المطلق، وإن خالفها بأن طلق في الحيض فإنه يؤثم ديانته، وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة⁽²⁵⁴⁸⁾.

الرأي الثاني: ذهب أصحابه إلى القول بأن الطلاق البدعي لا يقع، فمن طلق زوجته وهي حائض أو في طهر مسها فيه، أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد فلا يقع الطلاق وتبقى الزوجة كما كانت، ووجه قولهم هذا هو أن الأمر بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضي الوجوب، فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر، لقوله ﷺ: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"⁽²⁵⁴⁹⁾.

ومن قال بهذا الرأي الظاهرية⁽²⁵⁵⁰⁾، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية في الطلاق أثناء الحيض أو في طهر عقب جماع⁽²⁵⁵¹⁾.

الرأي الثالث: ذهب أصحابه إلى القول بوقوع الطلاق البدعي، إلا أنهم لم يقصروا أثر البدعة هنا على الحرمة الدينية، بل عملوا على رفع المعنى غير المشروع في هذا الطلاق فيما يحتمله من أنواعه، وذلك في الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة وفي الطلاق أثناء الحيض. فأما عن الطلاق الثلاث فيرى فريق من الفقهاء أن طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع به طلقة رجعية واحدة، وعلى هذا الرأي ابن تيمية وابن القيم الجوزية⁽²⁵⁵²⁾. وهو رأي بعض الفقهاء المعاصرين - كما سبق بيانه -.

ب- الأثر المترتب على إيقاع الطلاق التعسفي

إذا أوقع الزوج الطلاق على وجه التعسف فإنه يقع شرعا وتترتب عليه أحكامه وآثاره - كما سبق بيانه - وبما أن الرجعة أثر من آثار الطلاق السني، فقد اختلف العلماء في مدى إلزام المتعسف في الطلاق البدعي⁽²⁵⁵³⁾ بمراجعة زوجته وإمسакها، فإن أراد تطليقها بعد ذلك طلقها للسنة.

أولاً: إلزام المتعسف في الطلاق البدعي بالرجعة

اختلف الفقهاء في وجوب الرجعة على من طلق طلاقاً بدعياً، على رأيين:

2548- ابن قدامة: المغني، 327/10.

2549- البخاري: كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2697. 267/2.

2550- ابن حزم: المحلى، 161/10.

2551- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 41/33.

2552- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 13/33-18. ابن القيم: زاد المعاد، 248/5 وما بعدها. جامع الفقه، 506/5.

2553- وهذا المعنى ذاته موجود بالنسبة للهازل والسكران فلزم مؤاخذتهما بنحو مؤاخذة من أوقع الطلاق في الحيض، فيقع طلاقهما ويجبران على الرجعة، فإذا أراد أحدهما أن يطلق التزم بطلاق السنة، بحيث لا يوقع الطلاق إلا عند الحاجة إليه، وعند قيام سبب قوي يتدعيه، وبهذا تنضبط أحوال هؤلاء وينضبط سلوكهم، فلا يجروا أحدهم ولا غيرهم ممن هو على شاكلتهم أن يعيب بالطلاق وأحكامه. انظر، الهادي السعيد عرفة: إساءة استعمال حق الطلاق، ص 242.

فذهب المالكية⁽²⁵⁵⁴⁾ إلى أن المراجعة واجبة على الزوج المطلق، فإن راجعها فيها ونعمت، وإن أمره الحاكم بما لأنه ممتنع من أداء واجب عليه، فإن أبي أن يراجعها من أمر الحاكم له بالمراجعة أجبره عليها بالتهديد بإيقاع الأذى به كالسجن والضرب، فإذا أصر على إباته ورفضه ارتجعها الحاكم عليه؛ لأن الارتجاع في هذه الحالة حق لله تعالى⁽²⁵⁵⁵⁾.

واستدلوا على ذلك بحديث ابن عمر الذي فيه: "مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر"⁽²⁵⁵⁶⁾، ووجه الدلالة أن الحديث يفيد الأمر بالرجعة في حالة الطلاق في الحيض، والأمر للوجوب فيجبر على الارتجاع⁽²⁵⁵⁷⁾.

كما استدلو بالمعقول حيث قالوا: بأن المطلق طلاقاً بدعيًا ارتكب محظورا فيؤمر بالرجعة استدراكا لمواقعة المحظور بالإقلاع عنه، ولما كان الطلاق محرما في الحيض كانت استدامة النكاح فيه واجبة، كما أنه لما طول عليها وأضر بها مع نهيها عن ذلك عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها⁽²⁵⁵⁸⁾.

وعند الحنفية في القول الأصح: تجب المراجعة ديانة لا قضاء، والقول الثاني عندهم: تستحب الرجعة⁽²⁵⁵⁹⁾.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: تستحب المراجعة ولا تجب، فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى⁽²⁵⁶⁰⁾. وهو القول الثاني للحنفية.

واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽²⁵⁶¹⁾، ووجه الدلالة من الآية على عدم وجوب الرجعة من وجهين:

أحدهما: أنه جعلها حقا للأزواج لا عليهم، والثاني: أنه قرنها بإرادة الإصلاح⁽²⁵⁶²⁾.

كما استدلو بالمعقول حيث قالوا: أن الرجعة إما أن تراد لاستدامة العقد أو إعادته، فإن أريدت لإعادته لم تجب؛ لأن ابتداء النكاح لا يجب، وإن أريدت لاستدامته لم تجب أيضا لأن له رفعه بالطلاق،

2554- انظر، ابن عبد البر: الاستذكار، 23/18. ابن رشد: بداية المجتهد، 65/2. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 362/2.

2555- المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، 4/42. الصنعاني: سبل السلام، 228/3.

2556- سبق تخريجه، ص 7.

2557- انظر، الصنعاني: سبل السلام، 227/3-228.

2558- الماوردي: الحاوي الكبير، 10/123.

2559- الكاساني: بدائع الصنائع، 3/94.

2560- الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، 6/7. ابن قدامة: المغني، 10/328.

2561- البقرة: الآية 228.

2562- الماوردي: الحاوي الكبير، 10/123.

ولأن تحريم الطلاق في الحيض كتحريمه في طهر مجامع فيه، ثم لم تجب الرجعة في طهر الجماع كذلك في الحيض (2563).

والمذهب الأول أرجح عملاً بمحدث ابن عمر-السابق الذكر- وقد بين ابن عبد البر الحكمة من ذلك من عدة وجوه منها:

- أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لأنه المبعى من النكاح، ولا يحصل الوطء إلا في الطهر، فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر.

- أن الطلاق كره في المحيض لتطويل العدة، فلو طلقها عقب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول، ولو كانت تبني على عدتها فأراد الرسول ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء، واعتبر الطهر هو موضع الوطء، فإذا وطئها حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر كما في الحديث (2564).

ثانيا: حق المطلقة في التعويض

أولاً: الجانب الفقهي

لم ينازع أحد من الفقهاء في أن المتعة إنما تجب جبراً لما وقع على المرأة من إجحاش وضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج (2565).

والمتعسف في استعمال حق الطلاق مسيء وإساءته هذه يترتب عليها لحوق ضرر بالمطلقة؛ لأنه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعو إليه، وهذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضرراً نفسياً معنوياً يتمثل في الفرقة- وهذا الضرر تشترك فيه المطلقات جميعهن- وقد يكون هذا الضرر مادياً يتمثل في إطالة أمد العدة مما يضيع عليها فرصاً سانحة للزواج، وخاصة في الطلاق في الحيض، فإذا أوقع الزوج الطلاق بزوجته فإنه يقع على رأي الجمهور إذا كان بدعيًا- كما سبق بيانه- ولا ريب أن الزوج يكون بذلك متعسفاً في حق مطلقاته مما يلحقها من ضرر، من أجل ذلك رتب الشريعة الإسلامية على الطلاق أثراً يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة لمطلقاته كأثر من آثار الطلاق، وبيان ذلك يستدعي التطرق لها في العناصر الآتية:

أ- تعريف المتعة

عرفت المتعة بتعاريف فقهية متقاربة منها: (2566)

2563- ابن قدامة: المغني، 10/329. الماوردي: الحاوي الكبير، 10/123.

2564- انظر، ابن عبد البر: الاستدكار، 18/14.

2565- انظر، محمد بلتاجي: دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، ط1، 2006، ص 101.

2566- لم يضع فقهاء الحنفية والحنابلة تعريفاً للمتعة المطلقة، مع أنهم قد أفردوا لها باباً خاصاً في الفقه.

تعريف المالكية بأنها: "ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره"⁽²⁵⁶⁷⁾. وعرفها الشافعية بأنها: "مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط"⁽²⁵⁶⁸⁾. إلا أنه يمكن تعريفها بصفة عامة بأنها: "ما يدفعه الرجل لمطلقاته بعد الفرقة بينهما"⁽²⁵⁶⁹⁾.

ب- مشروعيتها

وردت مشروعيتها في القرآن الكريم، وذلك في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁵⁷⁰⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽²⁵⁷¹⁾، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽²⁵⁷²⁾. ووجه الدلالة من عموم هذه الآيات أن الله تعالى أوجب المتعة لجميع المطلقات، المدخول بهن وغير المدخول بهن، سواء سمي لهن مهراً أم لم يسم لهن مهراً.

وقد استدل فريق من الفقهاء بعموم هذه الآيات على وجوب المتعة لكل مطلقة، وذهب فريق آخر إلى أنها تجب للمطلقة إذا طلقت قبل المسيس، وإن كانت مفروضا لها، وقال آخرون: إن المتعة إنما تجب للمطلقة إذا لم يدخل بها ولم يفرض لها، فإن كان قد دخل بها وجب لها مهر مثلها إذا كانت مفوضة، وإن كان قد فرض لها وطلقها قبل الدخول وجب لها عليه شطره، فإن دخل بها استقر الجميع، وكان ذلك عوضاً لها عن المتعة⁽²⁵⁷³⁾.

وقد ذهب الأستاذ محمد بلتاجي إلى قول جمع به بين هذه الآيات والآراء حين قال⁽²⁵⁷⁴⁾: "إذا تأملنا في مجموع الآيات السابقة في المتعة فإننا ننتهي إلى أن كل مطلقة - دخل بها أو لم يدخل - تجب لها

2567- عبد العزيز حمد آل مبارك الإحساني: تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1988، 160/3.

2568- الشربيني: مغني المحتاج، 317/3.

2569- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 197/1.

2570- البقرة: الآية 236.

2571- البقرة: الآية 241.

2572- الأحزاب: الآية 49.

2573- وخلاف الفقهاء حول حكم متعة المطلقة بين مدخول بها وغير مدخول، وبين من سمي لها مهراً أو لم يسم مشهور في كتب الفقه الإسلامي. انظر تفصيلاً أكثر في ذلك. الجصاص: أحكام القرآن، 428/1.

2574- محمد بلتاجي: دراسات في الأحوال الشخصية، ص 110-111.

المتعة، أما المدخول بها فقد وجبت لها المتعة بالآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأَسْرَحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽²⁵⁷⁵⁾، وأما غير المدخول بها فإن طلقت قبل أن يسمى لها المهر فقد وجبت لها المتعة بالآية الكريمة ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁵⁷⁶⁾، وأما إن كان سمي لها المهر فتمتعها الواجبة هي ما أوجبه الله تعالى من نصف المسمى، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾⁽²⁵⁷⁷⁾.

ويلاحظ من قوله: أنه قد سمي نصف ما فرض لها في حالة تسمية المهر -وقبل الميسس- متعة⁽²⁵⁷⁸⁾، لأن الآية في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽²⁵⁷⁹⁾ قد أسقطت عنها العدة وأوجبت لها المتعة، فكان لا بد من حمل مفهوم المتعة هنا على ما فصلته الآية في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾⁽²⁵⁸⁰⁾ والتي أوجبت نصف المهر لها، ولها بعد الميسس جميع الفرض أو مهر المثل⁽²⁵⁸¹⁾.

ويبين ابن العربي الحكمة في فرض النصف قبل الميسس، والكل بعده أو مهر مثلها، فيقول: "والحكمة في ذلك أن الله تعالى قابل الميسس بالمهر الواجب ونصفه بالطلاق قبل الميسس، لما لحق الزوجة من رخص العقد، ووصم الحل الحاصل للزوج بالعقد، فإذا طلقها قبل الميسس والفرض ألزمه الله المتعة كفؤا لهذا المعنى"⁽²⁵⁸²⁾.

2575- الأحزاب: الآية 28.

2576- البقرة: الآية 236.

2577- البقرة: الآية 237.

2578- والمعتبر في تقدير المتعة أن تكون بحسب حال الزوج، وقيل يعتبر بمجاهما، فإن كانا غنيين فلها الأعلى من النيب، وإن كانا فقيرين فلها الأدنى، وإن كانا مختلفين فلها الوسط، وفي كل ذلك يشترط أن لا تزيد عن نصف مهر المثل. الجصاص: أحكام القرآن، 1/433. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/197.

2579- الأحزاب: الآية 49.

2580- البقرة: الآية 237.

2581- انظر، وصفي عاشور أبو زيد: الجبر في الفقه الإسلامي، دار السلام، القاهرة، ط1، 2007، ص 476.

2582- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/217.

ج- مذاهب العلماء في متعة المطلقة بالإرادة المنفردة للزوج

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق للمطلقات بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولكل أدلته فيما ذهب إليه⁽²⁵⁸³⁾، وهذه مذاهبهم كالآتي:

المذهب الأول: ذهب الحنابلة - في رواية⁽²⁵⁸⁴⁾ والمالكية - في قول⁽²⁵⁸⁵⁾ والظاهرية⁽²⁵⁸⁶⁾ إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، سواء سُمِّي لها مهر أم لم يسمَّ، وسواء طَلَّقت قبل الدخول أم بعده.

المذهب الثاني: ذهب المالكية في المشهور⁽²⁵⁸⁷⁾، والشافعية - في القدم⁽²⁵⁸⁸⁾ إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة.

المذهب الثالث: ذهب -الشافعية في الجديد⁽²⁵⁸⁹⁾ و الحنابلة - في رواية⁽²⁵⁹⁰⁾ إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول و بعد تسمية المهر.

المذهب الرابع: ذهب الحنفية⁽²⁵⁹¹⁾ و الشافعية - في القدم⁽²⁵⁹²⁾ و الحنابلة في الصحيح⁽²⁵⁹³⁾ إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول و قبل تسمية المهر إلا أن الحنفية والحنابلة - في قول - أوجبوا المتعة للمطلقة قبل الدخول في نكاح لم يسمَّ فيه المهر وإنما فرض بعد العقد.

ويمكن الترحيح - والله أعلم - بالتفريق بين حالي وجوب المتعة واستحبابها:

- **الوجوب:** تكون المتعة واجبة إذا طلقت المرأة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق، وذلك بنص الآية: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁵⁹⁴⁾.

2583- راجع أدلة ما ذهب إليه كل فريق: عبد الكريم زيدان: المفضل، 129/7 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته 316/7 وما بعدها.

2584- ابن قدامة: المغني، 139/10.

2585- محمد الشقيطي الموريتاني: تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1988، 160/3.

2586- ابن حزم: المحلى، 245/10.

2587- انظر، ابن العربي: أحكام القرآن، 217/1. القرافي: الذخيرة، 448/4. عبد الكريم زيدان: المفضل، 130/7.

2588- الشريبي: معني المحتاج، 317/3.

2589- الشريبي: المصدر نفسه، 317/3.

2590- ابن قدامة: المصدر نفسه، 139/10-140.

2591- الجصاص: أحكام القرآن، 428/1. السرخسي: المبسوط، 61/6.

2592- الشيرازي: المهذب، 475/2.

2593- ابن قدامة: المصدر نفسه، 140/10.

2594- البقرة: الآية 236.

- الاستحباب: وتكون مستحبة في الطلاق قبل الدخول وبعد الفرض، وكذا في الطلاق بعد الدخول.

ثانيا: الجانب القانوني

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وإنما أكدتها الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضا عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث، وليست أثرا من آثار الطلاق.

وهذا ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1986/12/29 على أنه: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعدّ وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعدّ مخالفا للنصوص الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"⁽²⁵⁹⁵⁾.

غير أن هذا القرار لم يفرق بين استحقاق المرأة للمتعة (التعويض) بسبب طلبها التطلق لضرر أصابها، أو التطلق خلعا بعوض أو بغير عوض، ومنه فلا يجب لها التعويض.

على أن المتعة المقررة شرعا إنما تجب لكل مطلقة، سواء كان الطلاق تعسفيا أم كان بوجه مشروع.⁽²⁵⁹⁶⁾ وإنما وقع هذا اللبس في موجب المتعة بحكم الاختلاف في مفهوم التعسف في الطلاق بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وبين تكييفه القانوني على أنه الطلاق بغير مبرر، ومن ثم يحكم بالمتعة (بمعنى التعويض)، بخلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن المتعة إنما تجب لكل مطلقة-على رأي القائلين بوجوبها-.

2595- ملف رقم 43860: المجلة القضائية العدد الثاني، 1993، ص 41.

2596- يجب أن يلاحظ الفرق بين طلب المرأة التطلق للضرر الذي يوجب لها الحق في المتعة، وبين طلب المرأة الفرقة عن طريق الخلع أو الطلاق على مال، فلا تجب لها المتعة في هذه الحال.

الفرع الرابع: مدى حق المطلقة تعسفا في التعويض في قانون الأسرة الجزائري

أولا: طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق

انطلاقا من أن الطلاق جعل بيد الرجل كحق أصيل له، إلا أن هذا الحق غير مطلق، إذ يمارسه الرجل وفق ضوابط شرعية ووفق ما تدعو إليه الحاجة، وبذلك لا يكون متعسفا في استعمال حقه في الطلاق بوجه عام.

إلا أن استعمال الرجل لهذا الحق يختلف في طبيعته عن نظرية الحق في القانون المدني وفق المادة 124 مكرر والتي تنص على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"⁽²⁵⁹⁷⁾.

أي أن صاحب الحق المخول له قانونا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال الحق، وبالتالي يُحمّل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض. فمسألة الإثبات في وجود التعسف تقع على الطرف المتضرر، فإذا ما استعمل الشخص حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق إلا إذا ثبت أنه متعسف فيه للإضرار بالغير، وعلى المتضرر إثبات التعسف سعيا وراء تعويضه، ولا يلزم من استعمال حقه بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق وفقا للمادة 124 مكرر.

ويكمن الاختلاف بين حق الزوج في استعماله الحق في الطلاق وبين الحق في القانون المدني في مسألة الإثبات، أن الزوج يعدّ بصفة آلية متعسفا في استعمال الحق تجاه الزوجة إلا إذا أثبت هو عكس ذلك. إذ أنه من طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و 124 مكرر من القانون المدني، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/2/22 جاء فيه ما يلي: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"، وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار: "لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار

2597- أضيفت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20/6/2005 المتضمن القانون المدني.

الناجمة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من القانون المدني.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41⁽²⁵⁹⁸⁾ من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 فعلياً أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك⁽²⁵⁹⁹⁾.

وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة يختلف عن الحق المنصوص عليه في القانون المدني⁽²⁶⁰⁰⁾.

المطلب الخامس: التعويض عن الطلاق التعسفي

سبق الحديث عن تقرير الشريعة الإسلامية للمتعة كتعويض وحق للمطلقة، سواء كان الطلاق تعسفياً بالمفهوم الحديث - بغير مبرر - أم كان على الوجه المشروع. وقد نص الفقهاء على ذلك - كما سبق بيانه - فمنهم من أوجبها في كل صور الطلاق كالظاهرية، ومنهم من أوجبها في كل طلاق كالشافعية ما عدا المطلقة قبل الدخول، وهو قول عند المالكية رجحه القرطبي⁽²⁶⁰¹⁾. إلا أن أساس التعويض عن الطلاق بالمفهوم الحديث يختلف عن الأساس في تقرير المتعة، وبيان ذلك كالآتي:

الفرع الأول: أساس التعويض عند التعسف

إن الأخذ بتشريع الطلاق، وإساءة بعض الأفراد لهذا الحق لا يدل على فساد التشريع نفسه، وإنما هو دليل على فساد فعلهم وتفكيرهم، وهذا يقتضي التوجيه والتوعية والتخير من المذاهب القيود التي تحد من غلوائهم⁽²⁶⁰²⁾. لذلك نص الفقهاء على أن الرجل إذا طلق زوجته في مرض موته اعتبر بذلك فاراً من إرثها فيه، وقالوا أنه يعامل بنقيض قصده فحكموا باستحقاقها لنصيبها في تركته، أما إذا ماتت قبله فإنه يعامل بإقراره ولا يرث منها.

2598- ملغاة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20/6/2005.

2599- ملف رقم 235367: المجلة القضائية: العدد 1، لسنة 2001، ص 275.

2600- انظر، باديس ذيابي: المرجع السابق، ص 22-23.

2601- محمد سلام مذكور: الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، ص 215.

2602- محمد سلام مذكور: المرجع نفسه، ص 216.

وقد ألحقوا بالمريض مرض الموت المرتد في هذا، وحكموا بتوريث زوجته إذا مات أو قتل وهي في عدته لأنه يصير فاراً وإن كان وقت الردة صحيحاً⁽²⁶⁰³⁾.

وهذه عقوبة - في حد ذاتها - قررها الفقهاء في حق المتعسف في استعمال حق الطلاق، وبهذا فإنهم قد فوتوا عليه قصد المضارة وأعطوها الحق الذي كان يقصد إضاعته عليها، وفي هذا إشارة إلى أن الطلاق لا يلجأ إليه إلا عند وجود الحاجة التي تقتضيه.

والناس قديماً كانوا أكثر تمسكاً بالدين وفهماً لمقاصده وأخذاً بأحكامه، ولذا فإنهم لم يكونوا في حاجة إلى تدخل الحاكم لمراقبة استعمال هذا الحق ومجازاة المسيء على إساءته بالحكم عليه بما يعوض وقع الإساءة على نفس الآخر. وقد تغيرت أخلاق الناس وتبدلت ظروف المجتمع؛ لذا يجب أن يلاحظ عند تحيّر الأحكام التي يلزم بها ولاة الأمر أفراد الناس ويطبّقونها عليهم.

أولاً: تعريف التعويض

لم يتعرض فقهاء الشريعة والقانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعني عندهم: ما يلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية؛ أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضاً عنه⁽²⁶⁰⁴⁾. على نحو ما جاء في المادة 124 من القانون المدني الجزائري: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"⁽²⁶⁰⁵⁾.

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمنين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.

2603- انظر، الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 116.

2604- انظر، محمد فتح الله النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 35.

2605- عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20/6/2005. حررت في ظل الأمر 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 كما يلي: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

ثانياً: تعريف الضمان بمعنى التعويض

ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي من أن الضمان هو: "واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"⁽²⁶⁰⁶⁾. وذكر الشيخ علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه"⁽²⁶⁰⁷⁾. وعرفه وهبة الزحيلي بأنه: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"⁽²⁶⁰⁸⁾. وهذا التعريف يتلاءم مع عموم نظرية الضمان الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية.

وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"⁽²⁶⁰⁹⁾. وهو أوجز وأوضح التعاريف المذكورة، وأقرب تعريف في الدقة إلى هذا المعنى تعريف الغزالي المذكور.

وعرفه محمد سراج بقوله: "هو شغل الذمة بحق مالي أو جب الشارع أدائه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتاً أو مآلاً"⁽²⁶¹⁰⁾.

ومن خلال هذا التعريف الأخير يتبين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان بين المميز وغيره والجاد والمهزل والعامد والمخطئ؛ لأن الخطأ لا ينافي عصمة المحل، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعدّ مخالفاً للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعاً في الشرع فإنه لا بد من رفعه.

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض؛ أي الواقعة التي كانت سبباً لنشوء الحق في التعويض⁽²⁶¹¹⁾. ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل، وإما بإساءة استعمال الحق بوجه عام.

2606- انظر، الغزالي: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، 381/1.

2607- انظر، علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، 1971، ص 5.

2608- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان - دراسة مقارنة - دار الفكر، دمشق، 1982، ص 15.

2609- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1035/2.

2610- محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص 47.

2611- انظر، محمد فتح الله النشار: حق التعويض المدني، ص 43. وللإستزادة في الاطلاع راجع، محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

ومن جملة ما سبق بيانه؛ يمكن تعريف التعويض بأنه: "عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع"⁽²⁶¹²⁾. أو هو: "المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال"⁽²⁶¹³⁾.

ثالثاً: الاختلاف في الحكم بالتعويض

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون، فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين بناء على الخلاف السابق بينهم وهو أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعدّ الزوج المطلق متعسفاً، أم أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سبب يعدّ متعسفاً.

حيث ذهب فريق من العلماء المعاصرين⁽²⁶¹⁴⁾ إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يطلق فيه الزوج زوجته دون سبب ظاهر يدعو إلى هذا الطلاق. يقول السباعي في التعويض: "وهذا حكم جديد لم يكن معمولاً به من قبل وهو حكم عادل"⁽²⁶¹⁵⁾. وإن كان مفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة، لكنه مقيد عند الفقهاء بأن يكون لحاجة تدعو إليه، فإذا طلق الزوج بدون سبب ظاهر يدعو إلى الطلاق كان مسيئاً في استعمال الحق المخول له شرعاً، فيكون ملزماً بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً. وقد استدلوا بجملة من الأدلة منها:

1- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان، بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وتبيح لولي الأمر أن يقيد المباح، وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء⁽²⁶¹⁶⁾.

2- قياس التعويض على المتعة الواجبة للمطلقة على رأي بعض الفقهاء، والمستحبة عند فريق آخر من الفقهاء، ورجب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف⁽²⁶¹⁷⁾.

2612- انظر، جميل فخري محمد جاسم: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص 272.

2613- انظر، محمد بن المدني بوساق: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشيبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1999، ص 155.

2614- من بين الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي: أحمد الغندور: الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط1، 1967، ص 69. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 532/7.

2615- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 243/1.

2616- وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، 532/7.

2617- السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 244/1. وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، 532/7.

3- إن الطلاق وإن كان حقا للرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعو الحاجة إليه، وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك⁽²⁶¹⁸⁾.

4- قياس التعويض عن المخالعة في الإسلام، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يسقط شيئاً من مهرها إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها؛ لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضاً متى ارتضاه⁽²⁶¹⁹⁾.

كما ذهب فريق آخر من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي⁽²⁶²⁰⁾، يقول أبو زهرة في منع التعويض: "والحق أن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية، وقد تكون مما يجب ستره، وهي في كل أحوالها أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى"⁽²⁶²¹⁾.
وقد استدلووا على ذلك بجملة أدلة منها:

1- أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر، فهو مستعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق⁽²⁶²²⁾.

2- إن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع، ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرض على القضاء، لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي⁽²⁶²³⁾.

2618- عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990، ص 131.

2619- عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 138. إلا أن هذا قياس مع الفارق، إذ أبيض في الخلع أن يأخذ الزوج تعويضاً من زوجته عند طلاقها، لأن تعويض الخلع هو ثمن حرمتها، بينما تقيد الطلاق بالتعويض قيد على الحرية كما قال عبد الناصر توفيق العطار. المرجع نفسه، ص 140.

2620- من بين الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم التعويض عن الطلاق التعسفي: أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 285. محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط1، 1983، 151/3. عبد الكريم زيدان: الفصل، 358/7.

2621- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 285. غير أن تعويض المطلقة أمر قرره الشارع حين أوجب المتعة، ومنه فلا يجوز الحكم لها بغير المتعة.

2622- انظر، عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 100.

2623- انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية، ص 311-312.

3- إن القول بإلزام الزوج بالتعويض، يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها، وهذا ما يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج، ويبعده عن مقاصده، ويجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين (2624).

4- إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي لا ظلم فيه، فقد يكون الدافع إلى الطلاق رغبة أحاطت بالزوجة، فطلقها الزوج خشية العار، وسترا عليها، وليس من العدل أن تعوض في هذه الحالة (2625).

5- لا يوجد في القرآن أو السنة دليل يقضي بتعويض الطلاق، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى (2626).

وقد رجح الكثير من الباحثين بأن الرأي القائل بعدم التعويض هو الحكم الصحيح الذي يتفق مع المبادئ الإسلامية (2627).

ولكن تعليقه بأن الطلاق حق مطلق للزوج في الشريعة الإسلامية غير صحيح؛ لأن الراجح عند أكثر الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع، ولا يباح إلا للحاجة (2628).

والتعليل الصحيح لهذا الحكم أن يقال: إن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرضت على القضاء لكان في ذلك من التشهير والازدراء بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي، وفي إلزام الزوج بالتعويض إرغام له على استمرار معيشة مشتركة لا

2624- انظر، الصابوني: المرجع نفسه، ص 101. عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقوانين الأحوال الشخصية، ص 143.

2625- انظر، الصابوني: المرجع نفسه، ص 101.

2626- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: المرجع نفسه، ص 144.

2627- انطلاقاً من أن الطلاق جائز والجواز الشرعي ينافي الضمان. يقول عبد الكريم زيدان في ذلك: "بناي البعض بضرورة التعويض للمرأة بسبب طلاقها مطلقاً ويقيد البعض حقها في التعويض إذا طلقها زوجها على وجه التعسف في استعمال حقه في الطلاق، وهذا الرأي والدعوة إليه غير سديدة ولا مقبولة ولا سند لها من الشرع، لأن الطلاق من حقه الشرعي، وبالتالي فهو جائز له والجواز الشرعي ينافي الضمان أو التعويض، ولا يقال أن الأصل في الطلاق الحظر فيما لم يثبت استعمال الزوج الطلاق لسبب مشروع فإنه يكون مرتكباً محظوراً فيجب عليه الضمان أو التعويض، لا يقال هذا فإنه إذا كانت هناك مسؤولية على الزوج في استعماله حق الطلاق فهي مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء". الفصل، 7/358-359.

2628- ذهب كثير من الباحثين إلى ترجيح الاتجاه بعدم التعويض في الطلاق سواء كان للطلاق مبرراته القوية أم لا، فلا يجوز أن يعاقب شخص على استعمال حق أعطاه الشرع له لأن طبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر ثابت لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت، والمسؤولية التعاقدية ينبغي أن تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج في الشريعة، وعلى هذا فلا أساس للتعويض في الطلاق ويكفي ما منحه الشريعة للزوجة من حقوق تتمثل في مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة. انظر، عبد الكريم زيدان: الفصل، 7/358-359. عبد العزيز سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص 305.

تحقق المثل الأعلى الذي أقامه لنفسه، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له، ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الطرفين، وليست قائمة على التقدير المتبادل المبني على الرغبة المشتركة، ومثل هذه الحالة تأبأها كرامة الزوجين بلا شك.

وأن ما يلزم المطلقة من التبعات المالية التي تترتب على الطلاق، والتي تستفيد منها الزوجة، كدفع مؤخر الصداق والقيام بالإنفاق على المطلقة طوال مدة العدة والمتعة لمن تجب لها من المطلقات تعتبر كتعويض للزوجة عن الضرر الذي يكون قد لحقها بسبب الطلاق، فلا يكون هناك حاجة إلى تقرير تعويض آخر زيادة على ما أوجبه الشارع وألزم المطلق به⁽²⁶²⁹⁾.

موقف المشرع الجزائري

ذهب المشرع الجزائري إلى الحكم بالتعويض في الطلاق التعسفي، طبقا لنص المادة 52 والتي نصت على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

حيث يتضح من خلال هذا النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض. إلا أنه يتعين على القاضي وهو يبحث عن وجه التعسف في الطلاق ألا يجعل من هذا التعسف الذي ورد بالنص قيда على الطلاق الذي شرعه الله تعالى إذا قامت مبرراته، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض مبالغا فيه بالقدر الذي يعجز عنه الرجل.

وقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا، غير أنها تختلف في تفسير ذلك مع وجه تشريعها (المتعة) في الفقه الإسلامي، ذلك أن المتعة - كما سبق بيانه - إنما شرعت لكل مطلقة تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، بينما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن المتعة تمنح بوصفها تعويضا إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في طلاقها من غير مبرر.

إذ يتضح هذا جليا من خلال عدم نص المشرع على حق المرأة المطلقة في المتعة المقررة لها شرعا، سواء وقع الطلاق تعسفيا أم على وجه مشروع.

كما أن المحكمة العليا - في قراراتها المختلفة - أكدت بأنه من الأحكام الشرعية أن للمطلقة تعسفيا نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة المتعة التي تعتبر بحد ذاتها تعويضا يحكم به القاضي من جراء الطلاق التعسفي. وذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/4/8 ما يلي: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر حرقا لأحكام

2629- انظر، زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 257-258.

الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض⁽²⁶³⁰⁾. ومن ثم فلا فرق بين المتعة والتعويض إذا ثبت تعسف الزوج في الطلاق.

حيث يُفهم من هذا القرار -الذي يعد اجتهادا قضائيا- أن المتعة إنما يقصد بها التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك للتخفيف عليها من ألم الفراق. فإذا لم يثبت للقاضي وجه التعسف في الطلاق، فإن المطلقة لا تستحق المتعة (بمعنى عدم التعويض). بدليل ما جاء أيضا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/1/27 وفيه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة"⁽²⁶³¹⁾.

في حين أقرت الشريعة الإسلامية المتعة لكل مطلقة (على خلاف بين العلماء في وجوبها أو استحبابها) تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وأن التعويض على رأي بعض الفقهاء المعاصرين-القائلين به- إنما تستحقه المطلقة تعسفا. ومن هنا يمكن القول بأن المتعة شرعت بدلا عن الطلاق، وليس تعويضا عن الضرر.

وعلى هذا يستوجب -المقام- تفصيل القول في بيان العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق، من خلال بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وهل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وبيان ذلك يكون وفق التفصيل الآتي:

الفرع الثاني: العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي

قد يشتهب الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك، ولذلك لا بد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي:

أولا: أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض

أ- أوجه الشبه بين المتعة والتعويض

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن ذكرها فيما يلي:

2630- ملف رقم 35912: انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، ص 160.

2631- ملف رقم 39731: المجلة القضائية العدد الرابع، 1993، ص 61.

- 1- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة⁽²⁶³²⁾.
- 2- إن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.
- 3- اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.
- 4- إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا لها عن آلامها، وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

5- إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

ب- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور، و بها تتميز المتعة عن التعويض وهي:

- 1- إن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.
- 2- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكلّ مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا.
- 3- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقا أم فسخا، وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة، وهي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.
- 4- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع)، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها⁽²⁶³³⁾.
- 5- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أبحاث القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق⁽²⁶³⁴⁾، فإن كانت أسبابا معتبرة لم يحكم بالتعويض⁽²⁶³⁵⁾.

2632- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 109.

2633- انظر، جميل فخري محمد جاتم: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص 355.

2634- إن في إثارة الأسباب كسفا لأسرار الزوجية، وتبادلا للثمن بين الزوجين، مما قد يترتب عنه أضرار أشد خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بالتعويض، أما المتعة فلا يترتب عنها مثل هذه الأضرار، ويتحقق بها جبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق.

2635- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 109.

ثالثا: العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق

بناء على نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها الفقهاء القدامى وطبقوها في أحكامهم- مع أنهما لم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم- فإن في إيجاب المتعة للمطلقة تطبيقا عمليا لها، سواء أوقع الرجل الطلاق لسبب أم لغير سبب مشروع؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، فإن طلق الرجل زوجته بدون سبب، فقد استعمل حق الطلاق الممنوح له استعمالا مناقضا لما شرع هذا الحق له، وبذلك يكون قد تعسف باستعمال حقه.

أما إذا استعمل هذا الحق لحاجة أو لسبب معين فإنه لا شك أن الضرر الذي يلحق بالمرأة بوقوع الطلاق أكبر من المصلحة التي يجنيها الزوج منه، خصوصا وأن الصبر على سوء خلق الزوجة أولى من طلاقها، وإذا كان الضرر أكبر من المنفعة كان الرجل متعسفا في استعمال حق الطلاق، ومن ثم وجب عليه الجزاء المتمثل في المتعة، والتي تعتبر في حدّ ذاتها تعويضا يجب للمطلقة على مطلقها جبرا لخاظرها المنكسر بالطلاق، وتسليية لها عن ألم الفراق وتخفيفا من إجحاش الطلاق، وهذا ما علل به العلماء سبب وجوب المتعة.

ومنه يتبين أن المتعة إنما هي تعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحقها، وهي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع وهو قول الإمام أحمد ورأي الظاهرية وابن جرير الطبري وعدد من الصحابة والتابعين، وأنها واجبة قضاء على كل مطلق، ويلزمه القاضي بها⁽²⁶³⁶⁾. يقول في ذلك أحمد أبو ليل: "وما المتعة في الحقيقة إلا تعويض للمرأة، لما لحقها من إجحاش وضرر بالطلاق"⁽²⁶³⁷⁾.

الفرع الثالث: الاكتفاء بالمتعة عن التعويض

بعد بيان أن المتعة في حقيقتها هي تعويض عما لحق المطلقة من ضرر عند الفقهاء القدامى، وبالتالي فإنها تعني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وقد اختلف العلماء المعاصرين في هذه المسألة على مذهبين:

2636- انظر، جميل فخري محمد جاتم: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص 358.

2637- أحمد أبو ليل: تقييد حق الزوج في التطلق، أبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، عدد خاص، كلية الشريعة والقانون، مطبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1994، ص 198.

المذهب الأول: ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، يقول عبد الرحمن الصابوني في ذلك: "ونرى أن يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله" (2638).

بل إن من العلماء من يرى بأن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، حيث يقول علي حسب الله: "ويقترح بعض المفكرين أن يكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق امرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكروا فيه، فقد أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة-أي الترفيه وتخفيف الألم- سواء أساء الرجل في استعمال حقه أم أحسن، لأن في استقلاله بالطلاق إساءة لها، وإجحاشا على كل حال" (2639).

كما ذهب البعض إلى أن القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض قد تعسفت في ذلك، ويرون أن العدول عن مبدأ التعويض إلى الأخذ بنظام المتعة أولى، حيث أن المتعة تغني عن التعويض ولا تعسف فيها (2640).

المذهب الثاني: ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، ويرون أن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة مادامت لا يد لها في إيقاع الطلاق؛ لأن الطلاق إن وقع غالبا ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهما، وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسئولة، مما يترتب عليه رد فعل الزوجة الراضية فينشأ الخلاف. وبذلك يظهر بأن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض؛ لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض (2641). وفي ذلك يقول توفيق أبو هاشم: "أرى أن المتعة لا تغني عن التعويض والله أعلم" (2642).

2638- الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 119.

2639- علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين، دار الفكر، مصر، ط1، 1968، ص 613.

2640- انظر، محمد علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني - انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه - منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995، ص 45.

2641- انظر، عبير ربحي القدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1996، ص 172.

2642- توفيق أبو هاشم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1990، ص 124.

موقف المشرع الجزائري

يفهم من مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص التعويض أنه يحكم بالمتعة لكل مطلقة طلاقا تعسفيا- أي غير مبرر- ويحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/2/22 والذي جاء فيه ما يلي: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"، وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار: "لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من القانون المدني.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليما، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف. مفهوم المادة 41⁽²⁶⁴³⁾ من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك"⁽²⁶⁴⁴⁾.

وعليه يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأيا اجتهاديا وسطا بين إيجاب المتعة شرعا، وتقرير الحق في التعويض قانونا، وهذا لا يستقيم لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض، فإن اتحدا في الحكمة فقد اختلفا في السبب، ومن ثم يكون لكل منهما حكمه الخاص.

فعندما يعتبر القضاء الجزائري المتعة الشرعية مجرد ذاتها تعويضا-وهو الصحيح- إلا أنه قد خالف وجه تشريعها عندما جعلها تعويضا في حال الطلاق بغير مبرر، كما خالف وجه التعويض الذي قال به بعض المعاصرين من رجال الشريعة والقانون في حالة الطلاق التعسفي، فقد جعله مستحقا في حالة ثبوت الضرر كما نصت على ذلك المادة 55: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"⁽²⁶⁴⁵⁾.

2643- ملغاة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20/6/2005.

2644- ملف رقم 235367: المجلة القضائية: العدد 1، لسنة 2001، ص 275.

2645- الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

الترجيح

الذي تطمئن إليه النفس ترجيح المذهب الأول القائل بأن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، لأن في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي أضراراً أشد ومفاسد أعظم؛ ذلك أنه يؤدي إلى كشف ما أمر الله بستره من أسرار البيوت، وهتك لأعراض الناس التي أوجب الإسلام المحافظة عليها، بالإضافة إلى تبادل التهم الباطلة بين الزوجين وأسرهما من أجل الحصول على هذا التعويض، أو التملص من دفعه، والتي تؤدي في النهاية إلى إثارة العداوة والبغضاء والكراهية بين الأسر.

كما أن إيجاب التعويض قد يؤدي إلى إلزام الزوج بالعيش مع زوجة وهو كاره لها، فينشأ بينهما الشقاق والتزاع، مما يجعل الحياة الزوجية بينهما لا تطاق، وكل ذلك بسبب إيجاب التعويض. أما إذا علم المسلم أن ما طبق عليه من نظام المتعة هو ما أمر الله تعالى به أذعن له وأطاع واستجاب لأمر الله، على العكس من تطبيق نظام التعويض الذي يرى فيه المطلّق عقوبة له⁽²⁶⁴⁶⁾.

الفرع الرابع: موجبات التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري

لم يحصر المشرع الجزائري جملة الأسباب الموجبة لتعويض المرأة عن طلاقها تعسفياً، كما أنه لم يوضح معايير اعتبار الطلاق الذي يوقعه الزوج تعسفياً، ولم يجعل حداً أقصى ولا حداً أدنى للمقدار الواجب في التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً، وجعل تقدير التعويض متروكاً لقاضي الموضوع الذي يملك تقدير البيئة واستخلاص القناعة من وقائع القضية المنظورة أمامه كون ذلك من الأمور الموضوعية المتروكة لقناعة القاضي الشرعي وحده حسب وضع الزوج المالي يسراً وعسراً، كما يكون بحسب نسبة التعسف ودرجته. وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1984/4/2 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقير يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكاً لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁶⁴⁷⁾.

غير أن القضاء قد دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب جدية وشرعية مقبولة، أم أنها أسباب غير شرعية وغير حقيقية. وعليه فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق في هذه الحالة طلب تعسفي غير شرعي ولا مبرر له فإن عليه أن يطبق نص

2646- انظر، جميل فخري محمد جاتم: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص 360-361.

2647- ملف رقم 32779: المجلة القضائية، العدد الثاني، 1989. انظر، يوسف دلاندة: قانون الأسرة مدعماً بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، ص 51.

المادة 52 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وإذا تعمد الزوج عدم الإفصاح عن الأسباب الداعية إلى طلب الطلاق، فإن القاضي يحكم بالطلاق مع تحمل الزوج تبعات الطلاق في التعويض، وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ: 1999/06/15: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسيب ليس في محله.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" (2648).

وعلى هذا يمكن استخلاص الحالات التي تستحق فيها المطلقة التعويض وفقاً للنصوص القانونية والاجتهادات القضائية الواردة في هذا الشأن، وذلك وفق ما يأتي:

أولاً: حالات استحقاق المطلقة للتعويض

لم يحدد المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها المطلقة التعويض، وإنما تستشف من نص المادة 52 ومن مجموع قرارات المحكمة العليا والتطبيق العملي للمحاكم، ويمكن التمثيل لذلك بما يأتي:

أولاً: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول. وعليه تستحق حينئذ الزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً تعويضاً عن هذا الطلاق، وذلك حتى لا يغالى باستخدام هذا الحق.

ثانياً: أن يتحقق القاضي من حقوق الضرر بالمطلقة. فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته (2649).

كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/07/21: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطبيق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

2648- ملف رقم 223019: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، الصفحة 104.

2649- انظر، السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/267. العربي بلحاج: المرجع السابق، 1/235-236.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا لثبوت تضررها، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁶⁵⁰⁾.

ثالثا: إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية، وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق، فإنه يعدّ متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمرأة⁽²⁶⁵¹⁾.

ثالثا: تستحق المطلقة الميراث إذا طلقها زوجها في مرض موته لأنه يعتبر فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق⁽²⁶⁵²⁾.

رابعا: إذا تبين للقاضي أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز له أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض يتلاءم والحالة المالية للزوج⁽²⁶⁵³⁾.

خامسا: كما يعدّ من صور التعسف في الطلاق الموجب للتعويض؛ حالة الطلاق قبل الدخول، وذلك كأن تبقى الزوجة معلقة دون دخول لمدة زمنية من شأنها أن تفوت عليها فرص الزواج بغيره، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1996/04/23: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا. ولما ثبت - في قضية الحال - أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن"⁽²⁶⁵⁴⁾. ونفسه ما جاء في القرار المؤرخ بتاريخ 1999/3/16: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطلاق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقيم بإتمام الزواج بالبناء، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من

2650- ملف رقم 192665: المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 116.

2651- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، 244/1.

2652- طبقا لما جاء به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1998/3/17: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن". انظر، نبيل صقر: قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 331.

2653- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 237/1.

2654- ملف رقم 135435: المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 129.

قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁶⁵⁵⁾.

سادسا: وقد ذكر قانون الأسرة حالتين أخريين للتعويض بالنسبة للمطلقة التي لحقها الضرر، وذلك في المادة 53 مكرر: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽²⁶⁵⁶⁾. وذلك إذا استطاعت أن تثبت ما تدعيه من أسباب وإثبات ما حصل لها من ضرر مادي أو معنوي. وكذا المادة 55 التي نصت على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"⁽²⁶⁵⁷⁾. إذا أثبتت المرأة لحوق الضرر بها، فيتعين على القاضي الحكم لها بالتعويض. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19: "إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا. ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد ليجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²⁶⁵⁸⁾.

ولعل أهم سبب لاستحقاق الزوجة التعويض في نظر المشرع هو حالة الطلاق من غير سبب مقبول، والذي يعتبر نشوزا من الزوج، فيكون من اللائق الوقوف عند نص المادة 55 في هذا الموضوع، وفق الآتي:

سابعا: حالة نشوز الزوج

النشوز:⁽²⁶⁵⁹⁾ مصدر نشز ينشز (بضم الشين وكسرهما)، وهو مأخوذ من النشاز، وهو المكان المرتفع من الأرض و تلّ ناشز أي مرتفع و جمعه نواشز. ونشز الرجل في مجلسه، ارتفع قليلا. ويطلق النشوز على الغليظ الشديد. ونشزت المرأة: استعصت على بعلها وأبغضته وخرجت عن طاعته

2655- ملف رقم 217179: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 122.

2656- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2657- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2658- ملف رقم 189324: المجلة القضائية: عدد خاص 2001، ص 147.

2659- المعجم الوسيط: ص 922.

وفركته، ونشز بعلمها عليها: ضربها وجفأها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ (2660).

ونشوز الزوج: معناه سوء عشرته للزوجة ببغضها وضربها (2661).

فإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما (2662)، ولو كان في الصلح تنازل الزوجة عن بعض حقوقها ترضية لزوجها (2663)، لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (2664).

يقول القرطبي في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ﴾ بمعنى توقعت، قال الزجاج: المعنى وإن امرأة خافت من بعلمها دوام النشوز، قال النحاس: الفرق بين النشوز والإعراض، أن النشوز التباعد، والإعراض ألا يكلمها ولا يأنس بها (2665). وقال الطبري في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾؛ يعني والصلح بترك بعض الحق استدامة للحرمة وتماسكا بعقد النكاح خير من طلب الفرقة (2666). وقال الشيرازي: "وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن، ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز" (2667). وقال ابن قدامة: "وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة، فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك" (2668). ومن هنا يتضح أن الشريعة أجازت للزوجة إذا ما ظهر من الزوج النشوز والإعراض عنها، أو توقعت منه ذلك، ورغبت في استمرار الحياة الزوجية بينهما أن تصالح زوجها على التنازل عن بعض حقوقها عليه.

2660- النساء: الآية 128.

2661- انظر، علي محمد علي قاسم: نشوز الزوجة-أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 9.

2662- الصلح هو: عقد يتفق فيه المتنازعان في حق على ما يرتفع به النزاع بينهما. وعقد الصلح ليس له موضوع معين يميزه بطبيعة وقابلية خاصة، لأنه يجري في كل نزاع، غير أنه يتضمن عادة تنازل المدعي عن بعض مطلوبه. مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/618-617.

2663- السيد سابق: فقه السنة، 2/199.

2664- النساء: الآية 128.

2665- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 7/161.

2666- الطبري: جامع البيان، 5/306.

2667- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 2/487.

2668- ابن قدامة: المغني، 10/262.

وعليه فإذا حصل من الزوج ظلم وتعت وتعت ورفض الصلح، وكان منه تقصير في حقوق زوجته، فلا يسوغ لها شرعا النشوز عليه وترك طاعته أو ضربه أو التعدي عليه، لأن الواجب عليها لا يسقط عنها مهما قصر الزوج، وينبغي لها أن تتخذ الخطوات الآتية:

أولاً- أن تعظه بالله وتذكره بحقوقها وأن ذمته مشغولة بذلك.

ثانياً- فإن لم يستجب وسطت بينهما رجلا حكيما من أهل الخير والأمانة ينصحه ويتفاهم معه وليكن ذلك برفق دون تشهير به.

ثالثاً- فإن لم يستجب رفعت أمره للقاضي، وطالبت بحقوقها ونظر لها القاضي بالأصلح من فسخ أو طلاق أو خلع، وتكون بذلك مستحقة للتعويض كونها الطرف المتضرر طبقا للمادة 55 التي نصت على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر" (2669).

ثانيا: حالات عدم استحقاق التعويض عن الطلاق

لم ينص المشرع الجزائري على حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق سواء كان تعسفيا أم وقع بوجه حق؛ لأن التعويض عن الطلاق ليس مطلقا، فهناك حالات كثيرة تحرم فيها المطلقة حقها في التعويض عن الطلاق، تُستشف من مفهوم نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، ومن مجموع قرارات المحكمة العليا.

و على سبيل الذكر لا الحصر يمكن أن تحرم المطلقة التعويض - على رأي القائلين به- في أحوال أهمها:

أولاً- إذا تم الطلاق في إحدى حالات التفريق القضائي المعروفة قانونا، و تقدم الزوج بطلب الطلاق بمفرده إلى القاضي - كما في حالة التفريق للشقاق والضرر - لأن محل التعويض عن الطلاق هو التعسف الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، فإذا كان الطلاق واقعا بحكم القاضي نتيجة لدعوى التفريق التي تقدم بها الزوج، كما لو ثبت نشوز الزوجة فلا تستحق تعويضا عن هذا الطلاق كما نصت على ذلك المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا- إذا كان الطلاق له ما يوجبه شرعا فإن الزوجة تحرم التعويض - ولا يعتبر عقم الزوجة سببا مشروعاً للطلاق⁽²⁶⁷⁰⁾ - مع عدم قدرة المطلقة على إثبات الضرر اللاحق بها. وهذا ما ذهب إليه

2669- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. لكن يكفي أن تكون الإساءة من الزوجة فلا تستحق التعويض.

2670- وهذا يفهم من مضمون الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1999/02/16 من أنه إذا كان عدم الإنجاب بسبب من الرجل فإنه يعتبر عيبا في الرجل، ويعطي للمرأة الحق في طلب التطلق: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر

الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ: 1998/11/17 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"⁽²⁶⁷¹⁾.

وتنطبق هذه الصورة على حالة نشوز المرأة التي ذكرها المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"⁽²⁶⁷²⁾. فكان الأخرى بالمشرع أن يجعل حالة نشوز المرأة صورة للطلاق المؤسس على سبب معقول ووجه مشروع؛ لأن الواقع أن هذه الصورة تتقاسمها صورتان فك الرابطة الزوجية كسبب من الأسباب المشروعة للطلاق أو للتطليق، فتكون طلاقا بيد الزوج على الوجه المشروع إذا ثبت نشوز المرأة، ومن ثم يكون الرجل هو الطرف المتضرر، وعليه فلا حق للمطلقة في التعويض⁽²⁶⁷³⁾، ويكون تطليقا قضائيا بطلب من المرأة إذا ثبت نشوز الرجل ولحوق الضرر بالمرأة، ومن ثم تكون المرأة هي الطرف المتضرر، وعليه يلزم الزوج بالتعويض عند التفريق القضائي⁽²⁶⁷⁴⁾. وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1996/1/27: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر"⁽²⁶⁷⁵⁾، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

معتبر شرعا. ومتى تبين - في قضية الحال - أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطالب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁽²⁶⁷⁶⁾ المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 119. وهذا هو الصحيح الذي يتماشى مع المنطق، إذ يكون بإمكان الزوج الزواج بامرأة أخرى دون اللجوء إلى الطلاق، بينما تكون للمرأة فرصة الإنجاب من زوج آخر عند إجابة طلبها التطليق لضرر عدم الإنجاب.

2671- ملف رقم 210451: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 252.

2672- الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27.

2673- أما إذا كان الكره أو الشقاق من جانب الرجل فقد حوله الشرع الحق في إنهاء العلاقة الزوجية بإيقاع الطلاق، وحينئذ يكون ملزما بكل ما ترتب على الزواج من آثار مالية. أما إذا لحقه ضرر من الزوجة لزمها التعويض له على رأي بعض القائلين بمبدأ التعويض.

2674- أما إذا كان الكره أو الشقاق من جانب المرأة فقد حوّلها الشرع إمكانية الخلع ومقتضاها أنها تفتدى نفسها وخلصها بأن تؤدي للزوج ما دفعه من مقدم مهر وأن تتنازل له عن جميع حقوقها الشرعية والمالية من مؤخر صداق ونفقة المتعة ونفقة العدة، وإمكانية الخلع للزوجة ليست بإرادتها المنفردة فإما أن تتراضى مع زوجها على الخلع أو بإقامتها لدعوى الخلع.

2675- يقصد بالمتعة هنا التعويض المستحق قانونا للمطلقة تعسفا، ولا تنطبق على المتعة المقررة شرعا لكل مطلقة.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان ذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة⁽²⁶⁷⁶⁾.

و عليه فالأولى أن تدخل هذه الحالة في صورة التطبيق للضرر المعتبر شرعاً، أو في حالة الشقاق المستمر طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة إذا كان النشوز من الرجل، وأما الحكم بالتعويض فيكون للطرف المتضرر طبقاً للقواعد العامة في التعويض.

وعلى هذا يستحسن الوقوف عند حالة نشوز المرأة - في هذا الموضوع - كحالة من حالات عدم استحقاق الزوجة التعويض تستشف من نظرية التعسف ومبدأ التعويض.

ثالثاً: حالة نشوز الزوجة

عرف الفقهاء نشوز الزوجة بتعاريف كثيرة ومتقاربة تدور كلها حول معنى واحد: فقد عرفه الحنفية بأنه: "خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق"⁽²⁶⁷⁷⁾. وهذا التعريف غير جامع لأسباب النشوز؛ لأنه اقتصر على سبب واحد من أسباب نشوز الزوجة وهو خروجها من بيت زوجها بغير حق ولم يذكر بقية أسباب النشوز.

وعرفه المالكية بأنه: "الخروج عن الطاعة الواجبة" كأن منعه الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لخل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى، كالطهارة والصلاة، أو أغلقت الباب دونه، أو خانته في نفسها أو ماله⁽²⁶⁷⁸⁾. وهذا التعريف جامع لأسباب النشوز؛ لأن أي خروج منها عن طاعة زوجها فيما لا معصية فيه لله - عز وجل - يعد نشوزاً منها.

كما عرفه الشافعية بقولهم: "الناشزة هي الخارجة عن طاعة زوجها"⁽²⁶⁷⁹⁾، ومن أمثلة ذلك: أن تخرج من منزلها بغير إذنه، أو تمنعه من التمتع بها أو تغلق الباب في وجهه إلى غير ذلك من أسباب نشوز الزوجة⁽²⁶⁸⁰⁾. وهذا التعريف قريب من تعريف المالكية.

وعرفه الحنابلة أيضاً بأنه: "معصية الزوجة فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت و تعالت عما أوجب الله عليها من طاعته"⁽²⁶⁸¹⁾. جاء في شرح منتهى

2676- ملف رقم 39731: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1993، ص 61.

2677- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 568/1.

2678- الدردير: الشرح الكبير، 343/2.

2679- الغزالي: الوسيط في المذهب، 305/5.

2680- النووي: روضة الطالبين، 677/5.

2681- ابن قدامة: المغني، 259/10.

الإرادات: "هو معصيتها إياه فيما يجب عليها، مأخوذ من النشز، وهو ما ارتفع من الأرض، فكأنها ارتفعت عما فرض الله عليها من المعاشرة بالمعروف" (2682).

ومن مجموع هذه التعاريف يمكن القول بأن نشوز الزوجة يعني خروجها عن الطاعة الواجبة عليها لزوجها (2683).

كما يمكن استخلاص جملة المظاهر التي تعدّ المرأة بموجبها ناشزا منها (2684): أن تخرج من بيت الزوجية بغير إذن الزوج (2685)، أو تسافر بغير إذنه، أو تمتنع عن السفر أو الانتقال معه إلى حيث يريد، أو تمنعه من الاستمتاع بها، أو تتناول عليه بلسانها أو تترك حقوق الله تعالى من غسل جنابة أو صلاة أو صيام رمضان أو غير ذلك مما يشتمل على معصية الزوج والتعالي عليه، أو تخرج إلى العمل الكسبي دون رضا الزوج (2686). فإذا نشزت المرأة سقطت عنها حقوقها الشرعية والقانونية، والتي منها النفقة والسكنى والقسم لها، ولا تثبت لها هذه الحقوق إلا إذا تركت النشوز (2687). قال ابن قدامة: "فمضى

2682- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 330/5.

2683- ويقابل النشوز: طاعة الزوجة لزوجها، فإذا امتنعت عن الطاعة عدت ناشزة وسقط حقها في الإنفاق، فالنزام الزوج بالإنفاق على زوجته يقابله النزام الزوجة بالدخول في طاعة زوجها، بالاستقرار معه في بيت الزوجية الذي هيأ لها، وشرط الطاعة أن يكون الزوج قد أوفى زوجته معجل صداقها وهياً لها مسكنها. انظر، ممدوح عزمي: أحكام الطاعة والنشوز للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 11.

2684- يمكن عدّ جملة أمور تكون سبباً لنشوز المرأة: - سوء خلق المرأة وعدم تلقيها قدرًا كافيًا من التربية الصحيحة - قلة وعي المرأة بمكانة الزوج وجعلها لحقوقها وأهمية طاعته - وجود من يجرّئها على الخروج عن طاعة الزوج أو عيشها في بيئة تشجع المرأة على ذلك - التباين الاجتماعي والفكري بين الزوجين ووجود فارق كبير بينهما - تفوق المرأة على الزوج في شيء من الصفات في المال أو الجمال أو الحسب أو النسب مما يجعلها ذلك على الغرور والتكبر على الزوج - تأثر المرأة بالأصوات والأطروحات المتغيرة التي تحررها فكريًا من أحكام وآداب الأسرة الإسلامية وتقنعها بمساواة الرجل وعدم إلتزام الطاعة له - وجود مشاكل بين المرأة وزوجها وعدم تفهمها لنفسية الزوج واحتياجاته الخاصة.

- ظلم الزوج وتقصيره بحقوق المرأة وجفائه لها وعدم مراعاة حدود الله في علاقته بها.

2685- يلاحظ أنه لا يعتبر نشوزًا خروج المرأة من بيت الزوجية دون إذن زوجها بمقتضى الشرع لزيارة أبويها أو أقاربها المحارم في حالة الضرورة، كالمرض ونحوه، أو لوجود ضرر كإشراف المنزل على الحريق أو التهدم أو نحو ذلك أو لقضاء حوائجها التي يقضي بها العرف. انظر، عبد العزيز سمك: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ص 256.

2686- إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في الحكم فيما إذا اشترطت المرأة الخروج إلى العمل عند العقد، فهل تعدّ ناشزا عند عدم الوفاء بهذا الشرط من قبل الزوج أثناء قيام الحياة الزوجية أم لا؟ وقد سبق تناول ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني في مبحث الاشتراط في عقد الزواج.

2687- إذا وقعت المرأة في النشوز وخرجت عن طاعته يشرع للزوج حينئذ علاجها بأساليب متدرجة على حسب حالتها ومستوى نشوزها ولا ينتقل إلى المرتبة الثانية إلا إذا تعذر إصلاحها بالأولى، وترتيبها على النحو الآتي:

أولاً- يعطها ويخوفها بالله وعقابه ويبين لها وجوب طاعة الزوج وتحريم معصيته وما يلحقها من الضرر. ثانياً- يهجرها في الفراش ويعرض عن جماعها بأن يوليها ظهره. ثالثاً- يضربها ضرباً خفيفاً لا يكسر عظماً ولا يسم لحماً ويتجنب الوجه والمقاتل. لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾. النساء: الآية 34. انظر

امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم⁽²⁶⁸⁸⁾.

ومن ثم لا تستحق التعويض الذي يحكم به القاضي عند طلاقها، كونها ناشزا، وأن الطرف المتضرر في مثل هذه الحالة هو الزوج الذي يستحق التعويض طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة. وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/27: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين، فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون. ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة - في قضية الحال - تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه، يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة"⁽²⁶⁸⁹⁾.

إلا أنه يسقط حقهما معا في التعويض في حالة تراضيهما، واتفقهما على حل رابطة الزوجية بوذية دون تعسف من أحدهما أو من كليهما، وصورة ذلك ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة، والتي يحسن الحديث عنها في هذا الموضوع - كصورة من صور عدم استحقاق المطلقة للتعويض -.

رابعا: الطلاق بالتراضي

يعتبر الطلاق بالتراضي حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض، وقد نص عليه المشرع الجزائري كصورة من صور فك الرابطة الزوجية. حيث جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "...يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."⁽²⁶⁹⁰⁾.

وفيما يأتي بيان لمفهومه وصوره وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

تفصيل هذه الخطوات العلاجية. محمود محمد عوض سلامة: الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1996، ص 85 وما بعدها.

2688 - ابن قدامة: المغني، 410-409/11.

2689 - ملف رقم 90947: المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994، ص 71.

2690 - بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27.

أولاً: مفهوم الطلاق بالتراضي

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمراريتهما أضحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق. وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يتطالقا بتراضيهما، بالمعروف دون خصام أو نزاع، ويقابله الطلاق بالمنازعة أو النزاع عند عدم التراضي بينهما⁽²⁶⁹¹⁾. وهو ما يسمى بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين.

فيكون من شروطه أن يتم بناء على طلب أحد الزوجين و موافقة الزوج الآخر أو بناء على طلبهما المشترك كأن تتقدم الزوجة للمحكمة بدعوى جوازية و الزوج بدعوى وجوبية طالبان فك الرابطة الزوجية.

وقد جاءت هذه المادة وسطاً بين حق الزوج في إيقاع الطلاق منفرداً، وحق الزوجة في طلب التطلق أو الخلع بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة. وعلى هذا فإن المشرع باستحدثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد بذلك ترك الحرية للزوجين للاتفاق بينهما فيما يريانه مناسباً لهما، دون بحث القاضي عن أسباب الانفصال، وبغض النظر عن فحوى الاتفاق، ولا معرفة الطرف المتضرر، كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض. إلا أن المشرع لم يبين أحكام هذه الصورة من حيث الآثار الشرعية المترتبة عليها، ذلك أن الطلاق بالتراضي يختلف - من حيث آثاره الشرعية المترتبة عليه - عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة⁽²⁶⁹²⁾، لأنه يأخذ عدة طرق - خارج دائرة القضاء - تترتب عليها أحكاماً شرعية تختلف باختلاف طريقة وقوعه.

وما دام الأمر يقوم على الاتفاق بين الزوجين وتراضيهما فإنه قد يتم - وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي - بإحدى الطرق المقررة شرعاً وهي كالاتي:

2691- انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، 258/1.

2692- يكمن الفرق الأساسي بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي في موافقة أحد الزوجين لطلب الآخر على الانفصال وعلى ودية إحداث الفرقة، سواء كان بعوض أم بدونه، عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يقع رغم رفض الزوجة الانفصال، بإرادة الزوجة في هذه الحالة ليست محل اعتبار، وتوافر رضاها من عدمه لا يغير في الموقف شيء. والأمر نفسه بالنسبة لطلب الفرقة من الزوجة تطليقاً أو خلعاً فليس ضرورياً توافر رضا الزوج. كما أنه في صور الطلاق بالتراضي يتقلص دور القضاء عكس ما يلحظ في صورتي طلاق الزوج أو تطليق القاضي.

ثانيا: صور الطلاق بالتراضي

أولا: الجانب الفقهي

الأصل في العقود، وعقد الزواج واحد منها، أن لا يتم حلّها إلا بتراضي الطرفين كليهما كما تمّ إبرامهما، ولكن اختص عقد الزواج بالخروج عن هذا الأصل نظرا لطبيعته الخاصة، فغيره من العقود ليس فيه قوامة لطرف على آخر، أما عقد الزواج فينشئ مؤسسة اجتماعية أسرية لا بد لانتظام أمرها من قوامة، وقد أسندت هذه القوامة-بحكم الشرع والعقل- للرجل دون المرأة -كما سبق بيانه-.

ومنه فلا يتوقف إيقاع الطلاق من الرجل على رضا الزوجة ولا على إذن القاضي كونه صاحب العصمة الزوجية، وإرادته كافية في إحداث الفرقة بالطلاق. واستثناء من هذا الأصل جعل للمرأة الحق في طلب الفرقة تطليقا أو خلعا- على ما سيأتي بيانه-.

وقد استحدث المشرع الجزائري لصورة فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة بين الزوجين وتراضيهما دون خصام أو نزاع.

ولا يتصور وقوع الطلاق-بمذه الصورة- إلا في حالات نص عليها الفقهاء، ولكل حالة أثرها المترتب عليها شرعا، مما يجعل الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي مغايرا للصورة التي استحدثها المشرع الجزائري، وبالتالي يختلف الأثر المترتب على كل صورة تبعا لحكمها الشرعي، بينما لا يختلف الحكم وفق نظرة المشرع الجزائري بين الطلاق بالإرادة المنفردة وإجراءاته وبين الطلاق بالتراضي، وإنما يكمن الخلاف بين الحالتين في الجانب المادي الذي يتعلق بالتعويض في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، إذا ثبت تعسفه في إيقاع الطلاق. وعليه لا بد من بيان صور الطلاق بالتراضي المقررة في الفقه الإسلامي وفق ما يأتي⁽²⁶⁹³⁾:

أولا: حالة الخلع الاتفاقي

وهو صورة من صور الطلاق بالتراضي؛ كونه عقدا ينعقد بإيجاب وقبول، بأن تفتدي الزوجة نفسها ببذل مال للزوج، مع التزامها بذلك المال في مقابل خلاصها من الزوج، فهو بهذا يعتبر معاوضة

2693- إضافة إلى صور الطلاق بالتراضي المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، والتي تترتب على كل منها آثارها الشرعية من حيث وقوع الطلاق فيها رجعيا أو بائنا. هناك صورة قد تحدث حال اتفاق الزوجين على فسخ عقد الزواج المدني لسبب أو لآخر، دون نية أو تلفظ الزوج بلفظ الطلاق، فإنه في هذه الحالة يكون طلاقا صوريا شرعا، وطلاقا رسميا قانونا، وهذه الصورة لم يتكلم عليها الفقهاء القدامى، كون عقود الزواج لم تكن تسجل في زمانهم، وأن وقوع الطلاق لا يخضع لإشراف القضاء. فهذه حالة نادرة الوقوع، إلا أن حكمها يختلف بين الفقه والقانون. لأنه على القول بعدم وقوع الطلاق شرعا فإنه لا يترتب على ذلك أي أثر شرعي، أما قانونا فيسري على حكم هذه الحالة ما يسري على باقي طرق إيقاع الطلاق إذا صدر حكم قضائي بها. وقد رجح الصابوني عدم وقوع الطلاق الصوري. مدى حرية الزوجين في الطلاق، 317/1.

من جانبها. ومن جانب الزوج يعتبر يمينا؛ لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال⁽²⁶⁹⁴⁾. واعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ويمينا من جانب الزوج يمثل في حد ذاته إيجابا وقبولا دالان على الرضا؛ لأن من أهم شروطه أن يتم بالتراضي أو الاختيار من الزوجة، فلا يصح مع الإكراه⁽²⁶⁹⁵⁾.

فإذا تم الطلاق بالتراضي عن طريق الخلع فإنه يقع طلاقه بائنة ينقص به عدد الطلقات في رأي الحنفية والمالكية، والشافعية في الراجح، وأحمد- في رواية- لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁶⁹⁶⁾. وإنما يكون الفداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل، ولا يكون ذلك إلا بالطلاق البائن. وفي رواية عن الإمام أحمد أن الخلع فسخ فلا ينقص بها عدد الطلقات التي يمتلكها الزوج⁽²⁶⁹⁷⁾.

والملاحظ أن الطلاق بالتراضي وفق ما ذهب إليه المشرع الجزائري لا يأخذ نفس صورة الخلع الاتفاقي، كونه أجاز للزوجة اللجوء إلى الخلع دون التوقف على موافقة الزوج.

كما أن صورة الطلاق بالتراضي وفقا لما ذهب إليه المشرع تختلف عن صورة الخلع الاتفاقي من حيث الأثر الشرعي المترتب على الخلع الاتفاقي وهو الطلاق البائن على رأي الجمهور، ومن ثم فلا رجعة إلا بعقد ومهر جديدين.

ثانيا: حالة الطلاق على مال

يطلق الخلع في الفقه الإسلامي، فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفندي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبرأة، أم كان بلفظ الطلاق، وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص، وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع، أو ما في معناه كالمبرأة، فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع، ولم يكن هذا شاملا له داخلا في عمومه. والأحكام المنصوص عليها بعضها يعم، والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع والمبرأة⁽²⁶⁹⁸⁾.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع غير الطلاق على مال، وذهب الشافعية إلى أنه لا فرق بينهما، فهما اسمان لشيء واحد وهو الفرقة في مقابلة مال تعطيه الزوجة لزوجها⁽²⁶⁹⁹⁾.

2694- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 330.

2695- الخلاف واقع فيما إذا لم يرض الزوج على الخلع، هل للحاكم أن يجبره أم ليس له ذلك؟ وتفصيل هذه المسألة سيأتي لاحقا.

2696- البقرة: الآية 229.

2697- انظر، حسن موسى الحاج موسى: المرجع السابق، ص 154. وسيأتي تفصيل أكثر في ذلك في موضعه.

2698- اختار الشيخ أبو زهرة المعنى العام للخلع. الأحوال الشخصية، ص 329. وذهب السيد سابق إلى اختيار المعنى الخاص، إذ يرى أن: "الفقهاء يرون أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه، أو لفظ يؤدي معناه، مثل المبرأة والفدية، فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقبلت، كان طلاقه على مال ولم يكن خلعا". فقه السنة، 2/192.

2699- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ط2، 2005، ص

وفيما يلي بيان الفرق بين الخلع والطلاق على مال:

أ- إن كان الخلع على عوض باطل شرعا⁽²⁷⁰⁰⁾، فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائنا. أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال فيقع طلاقا رجعيا عند الحنفية، ولا يجب شيء للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق.

ب- يسقط الخلع- في رأي أبي حنيفة- كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية، لكن لا تسقط نفقة العدة؛ لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع. أما الطلاق على مال فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجية.

ج- الخلع مختلف في صفته؛ فهو عند الجمهور طلاق بائن، يحتسب به عدد الطلقات، وعند الإمام أحمد- في رواية- فسخ، فلا ينقص من عدد الطلقات. أما الطلاق على مال فلا خلاف في كونه طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات.

إلا أنه ينحل بما قيد الزواج في الحال، ويجب بكل منهما العوض الذي اتفق عليه الطرفان في مقابل الخلع أو الطلاق، وتلتزم الزوجة في كل منهما بالبدل ما دامت أهلا للتبرع⁽²⁷⁰¹⁾.

وما دام الطلاق على مال يقع بائنا (وهو صورة للطلاق بالتراضي)، فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري مخالف للقواعد الشرعية في الرجعة، إذ لا رجعة في هذه الصورة إلا بمهر وعقد جديدين.

ثالثا: حالة تفويض الزوجة في الطلاق

يملك الزوج طلاق زوجته، فله أن يتولاه بنفسه أو بواسطة غيره، وهذا الغير قد يكون هو الزوجة نفسها، وتسمى بذلك الزوجة مفوضة⁽²⁷⁰²⁾. وذلك بأن ينيب الزوج زوجته في تطبيق نفسها. وقد أجاز جمهور الفقهاء⁽²⁷⁰³⁾ التفويض في الطلاق، فيجوز للرجل أن يجعل للمرأة حق تطبيق نفسها من غير أن يسلب ذلك الحق عن نفسه، وذلك بأن يفوض لها أمر طلاق نفسها إن شاءت، وقد يشترط لها ذلك عند العقد، بأن يقول لها عند إنشاء العقد: إذا تم عقد الزواج بيننا فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت، فلها أن تطلق نفسها متى شاءت، ولا تطلقها إلا واحدة رجعية، وليس لها أن تكرر

2700- كالخمر والخنزير والميتة.

2701- انظر، سامح سيد محمد: المرجع السابق، ص 111-113. حسن موسى الحاج موسى: المرجع السابق، ص 154. منال محمود المنشي: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2008، ص 58-59.

2702- وعند إنابة غير الزوجة يسمى توكيلا.

2703- انظر، ابن رشد: المصدر السابق، 71/2. ابن قدامة: المصدر السابق، 381/10. الشريبي: المصدر السابق، 377/3.

ذلك إلا إذا كان قد أذن لها بالتكرار، وكما أن التفويض يصح عند إنشاء العقد يصح بعد تمام العقد أثناء قيام الحياة الزوجية⁽²⁷⁰⁴⁾.

وتتحلى صورة التراضي في طلاق التفويض في إحدى صيغته الآتية⁽²⁷⁰⁵⁾:

أولاً: إذا اقترن التفويض بما يدل على التعميم، كأن يقول لها: جعلت لك أن تطلقني نفسك متى شئت، فللزوجة أن تختار نفسها متى شاءت، سواء كانت حاضرة حين التفويض أم كانت غائبة، وذلك لأنه ملكها هذا الحق تملكها عاماً فتملكه عاماً كما ملكه لها. ومتى اختارت نفسها كان الطلاق بالتراضي.

ثانياً: إذا اقترنت بما يدل على التخصيص بوقت دون وقت، أو بجالة دون حالة، كأن يقول لها جعلت لك أن تطلقني نفسك في أثناء شهر، ففي هذه الصورة تملك أن تطلق نفسها في الوقت الذي حدده لها، فإذا فات الوقت فلا تملك بعدها تطبيق نفسها. وعلى هذا فاختيارها لنفسها في هذه الحالة يدل على رضاها بالطلاق.

ثالثاً: إذا كانت عبارة التفويض مطلقة غير مقرونة بما يدل على التعميم ولا يدل على التخصيص، كأن يقول لها جعلت لك أن تطلقني نفسك ولا يزيد على ذلك، فإن الزوجة تملك تطبيق نفسها في مجلس التفويض نفسه إن كانت حاضرة فيه، واختيارها طلاق نفسها في هذه الحالة يمثل صورة الطلاق بالتراضي.

وحكمه⁽²⁷⁰⁶⁾: أنه يقع بالصريح طلقة واحدة رجعية، إلا إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً، وإن كان التفويض في مقابل مال، فإنه يقع بائناً أيضاً، وإن كان مكملًا للثلاث، وقعت به بينونة كبرى. ويقع بالكناية طلاقاً بائناً لأنه لا يتم لها اختيارها لنفسها، أو يكون أمرها بيدها إلا بالبينونة، وإذا نوى به الثلاث وقع إذا كان بلفظ أمرك بيدك، أما إذا كان بلفظ "اختاري" فلا تصح نية الثلاث. وعند الإمام مالك إذا كان الخيار مطلقاً فليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث⁽²⁷⁰⁷⁾.

كما قد يأخذ الطلاق بالتراضي صورة مجردة عن أي سبب من نشوز أو إعراض من أحد الزوجين أو من كليهما، كأن تعترضهما عقبات وعوائق خارجة عن إرادتهما، فتجعل أحدهما أو كليهما

2704- انظر، أبو زهرة: تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط، دت)، ص 97. الأحوال الشخصية، ص 324.

2705- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 544-545. حسن موسى الحاج موسى: نفس المرجع السابق، ص 130-131.

2706- شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 545.

2707- ابن رشد: المصدر السابق، 71/2.

غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بالتراضي.

وحكم هذه الصورة أن الطلاق يقع رجعيًا لاحتمال تغير الظروف والأسباب التي من شأنها أن تنصلح الحال بها. وتستحق بها المطلقة المتعة تخفيفًا لها عن ألم الفراق. وعلى هذا ينبغي قضاء تكييف صورة التراضي على الطلاق وترتيب الأحكام والآثار الشرعية والمادية وفقًا لذلك.

ثانياً: الجانب القانوني

كثيراً ما يحدث الطلاق بالتراضي بين الزوجين اللذين يفضلان المحافظة على أسرار العلاقات التي بنيت بينهما، ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بينهما، وعلى القاضي - في هذه الحالة - أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن توحيد إرادة كلا من الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل من القاضي موثقاً يوثق إرادة الطرفين في حكم يعد إلهاداً لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة. وهذا ما تجلّى من خلال قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن منها: القرار المؤرخ في 19/4/1994 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.

ومن المقرر أيضاً أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدًا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً طبقاً لأحكام المادتين 459 و 462 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁷⁰⁸⁾.

وفي معرض تأسيسها أكدت المحكمة العليا بشأن هذا القرار أن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدًا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح لأن هذا الأخير عقد ينهي به

الطرفان نزاعاً قائماً طبقاً للمادة 459 من القانون المدني⁽²⁷⁰⁹⁾، كما أنه ينهي النزاعات التي يتناولها مثل ما نصت عليه المادة 462 من نفس القانون⁽²⁷¹⁰⁾.

يستشف من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت ما يلي:

- الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين.
- دور القاضي في تجسيد الصلح (الطلاق بالتراضي) يكون بمراقبة صحته وسلامته.
- الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف⁽²⁷¹¹⁾.

المآخذ القانونية على هذا القرار

يؤخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط والآثار التي لا تنجس في الحقيقة وطبيعة صورة الطلاق بالتراضي، فاعتبار الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين الطرفين على مقتضى المادة 459 من القانون المدني أمر غير مستساغ، حيث يصبح الطلاق بالتراضي تنويجاً قضائياً لتزاع قضائي أيضاً، في الوقت الذي تتحدث فيه المادة 459 من القانون المدني عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية وينهي نزاعاً لم يطرح بعد أمام القاضي، فالإقتباس من هذه المادة قد يصلح في مجال تنازل كل من الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل، ولكن ليس معنى ذلك اتقاء لتزاع أو إنهاء له، لأنه موجود ومطروح للنظر فيه من قبل القاضي⁽²⁷¹²⁾.

كما يؤخذ على هذا القرار أيضاً أنه حول للقاضي مهمة مراقبة صحة وسلامة الصلح-أي الطلاق بالتراضي- وحصرتها في ذلك، ثم أكد أن الحكم المتوج لذلك ليس قابلاً للاستئناف، وفي هذه

2709- حيث نصت على أن: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2710- حيث نصت على أنه: "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2711- ولذلك جاء في المادة 57 من نفس القانون التي عدلت كما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". فالمادة عددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع، ولم تذكر صورة الطلاق بالتراضي، وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إشهاد فهي لا توصف بالابتدائية ولا بالنهائية، وليست بذلك قابلة للاستئناف لا من حيث الطلاق ولا من حيث جوانبها المادية.

2712- غير أن مفهوم الصلح في الفقه الإسلامي يؤدي إلى إنهاء النزاع وفض الخصومة بأثر إيجابي، ينتهي بعودة الحال إلى ما كانت عليه قبل التخاصم أو إلى أحسن منها. والتصالح المذكور في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ النساء: الآية 128. يعني أن الصلح بترك بعض الحق استناداً للحرمة وتمسكاً بعقد النكاح خير من طلب الفرقة. وعلى هذا فإن تنازل الزوجة عن بعض حقوقها لزوجها يكون من أجل الحفاظ على الرابطة الزوجية. وعلى هذا يختلف مفهوم الصلح في الآية الكريمة عن مفهومه من خلال المادة 459 من القانون المدني التي ينهي بموجبها النزاع القائم بغض النظر عن أثره السليبي أو الإيجابي، كما جاء مفهومه السليبي (الانفصال) في القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 19/4/1994.

الفكرة يُلاحظ التناقض الواضح، إذ كيف تُعطي للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح-الطلاق بالتراضي- ثم يجعل من مراقبته هاته غير قابلة للمراجعة من طرف المجلس القضائي، الذي قد يبطل شروطا أو يعلن عدم سلامة الصلح في مسائل معينة قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما، وفي ذلك مساس بالمبدأ الدستوري القائل بالتقاضي على درجتين، زيادة على أن المادة 459 وما يليها من القانون المدني الذي استند عليها هذا القرار لم يتطرق لدور القاضي في مراقبة صحة وسلامة هذا العقد.

كما يطرح القرار إشكالية أخرى تخص مصطلحين متشابهين لغويا وهما عقد الصلح المشار إليه على أنه الطلاق بالتراضي وكذا الصلح الذي يقوم به القاضي بحضور الطرفين في حدود ما هو منقول له القيام به طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة لإقناعهما العدول عن فكرة الطلاق حتى ولو كانا متفقين عليه.

من أجل ذلك واعتبارا للنقاط المثارة يمكن القول أن الاقتباس الذي جاء به قرار المحكمة الصادر في 19/4/1994 كونه عقد صلح طبقا للمادة 459 وما يليها من القانون المدني لم يكن موقفا لوجود اختلاف كبير في المفهوم القانوني والآثار المحددة للطلاق بالتراضي.

ومعالجة للثغرات التي وجدت في القرار - السابق ذكره - صدر قرار آخر في 23/5/2000 مبني على أساس المادة 48 من قانون الأسرة إذ جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير" (2713).

فالواضح أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في هذا القرار أكثر دقة وسلامة، إذ جاء ترسيخا لمبدأ التراضي في إحداث الأثر القانوني. إذ لم يكن الاقتباس من القانون المدني موقفا في هذا الشأن، فأخرج هذا القرار الطلاق بالتراضي كصورة مستحدثة من دائرة التعامل المدني القائم على الصلح، وجعل لها اجتهادا خاصا لخصوصيتها أيضا نابع من المادة 48 من قانون الأسرة، وعليه فقد اعتبر هذا القرار صورة الطلاق بالتراضي:

- مجرد إشهاد عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما.

- كما حصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه. وفي ذلك تفعيل للهدف المرجو من استحداث هذه الصورة، حتى لا تكون

هناك عقبات أمام الطرفين في جوانب متفق عليها ما لم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية⁽²⁷¹⁴⁾.

- الطلاق بالتراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية، وهو بذلك يختلف عن باقي الأحكام في جعله مجرد إشهاد.

أما ما يمكن إبداءه من ملاحظات من الناحية الشرعية حول ما ذهب إليه المشرع الجزائري في صورة الطلاق بالتراضي، فيتمثل ذلك في أمرين أساسيين:

الأول: الأثر القانوني المترتب على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من إمكانية الرجعة دون عقد جديد قبل صدور الحكم بالطلاق، وبعقد جديد بعد صدور الحكم ما لم يكن هذا الطلاق مكتملا للثلاث، هو نفسه ينطبق على صورة الطلاق بالتراضي. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1988/07/18: "من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما وتم إثباته بحكم وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁷¹⁵⁾.

إلا أن المشرع قد خالف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن الطلاق بالتراضي الذي يتم عن طريق الخلع، أو الطلاق على مال أو تفويض الزوجة في الطلاق على مال، ففي كل هذه الحالات يقع طلاقه بائنة، ومنه لا تجوز الرجعة إلا بعهق جديد حتى ولو لم يصدر حكم الطلاق بذلك من الناحية القانونية. فكان الأولى بالمشرع أن يكيف الطلاق بالتراضي وفق الاتفاق الذي تم بين الزوجين، ويرتب الأثر الشرعي والقانوني وفقا لذلك.

الثاني: ويتعلق بالتعويض الذي أقره المشرع للمطلقة تعسفا باسم المتعة، ومنه ففي حالة الطلاق بالتراضي لا تستحق المطلقة تعويضا، و إذا قضت المحكمة بخلاف ذلك يكون حكمها معرضا للنقض. أما شرعا فتستحق كل مطلقة متعة الطلاق⁽²⁷¹⁶⁾، ما لم يكن الطلاق الواقع عليها طلاقا على مال أو بواسطة الخلع، لأن المرأة هي التي تلتزم بالفداء - في هاتين الحالتين - إذا خرجت من سلطان زوجها.

2714- يشترط على القاضي إجراء محاولة صلح و ذلك للتأكد من عزم الزوجين على الطلاق. كما يمكن أن يتفقا على آثار الطلاق كحضانة الأولاد و حق الزيارة و نفقة الأولاد و تحديد النفقة، غير أنه يشترط في كل ذلك أن لا يكون هذا الاتفاق منافيا لمصلحة الأولاد و إلا حكم القاضي بخلاف ذلك.

2715- ملف رقم 49858: المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 37.

2716- ذهب المالكية في الصحيح إلى أن المرأة (المملوكة والمخيرة) إذا أوقعت الطلاق على نفسها لا تستحق المتعة، لأنها متسببة في وقوع الفرقة باختيارها، فلا يحتاج الزوج إلى تسليتها وتطبيب نفسها. كما أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة كامرأة المجذوم والعين، ولا الفسخ ولا المختلعة ولا الملاءنة. انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 83/3.

المبحث الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"⁽²⁷¹⁷⁾. يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قَبِلَ به يتم اعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة بتقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث انحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الاتفاق عليه بين الزوجين.

كما يلاحظ أيضا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد ارتقى بالخلع ليجعل منه حقا أصيلا للزوجة دون موافقة الزوج مقابل حق الزوج في الطلاق بعد أن كان رخصة تستعملها الزوجة عند الحاجة لذلك. وعلى هذا -ففي نظر المشرع- أن ربط الخلع برضا الزوج هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع، وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضا مما يفتح باب الابتزاز والاستغلال.

والملاحظ أيضا أن تعديل المادة 54 أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطبيق مقابل مال تحت تسمية خلع بمجرد طلبه، وبمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته. وتبعاً لذلك فإن التعديل الحالي لم يهمل فقط إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما أقر تغييرها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع، حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة: "على أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". ومن ثم فلا عبرة لعدم قبول الزوج وأنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"⁽²⁷¹⁸⁾.

كما أن هذه المادة قد جاءت عارية من كل قيد أو شرط، فلم تبين الشروط الواجب توافرها في المختلعة، ولا القيود الواردة على حق اللجوء إلى الخلع، ولا الآثار المترتبة عليه ولا طبيعة آثاره. ومنه فإن

2717- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". ومن خلال قراءة نص هذه المادة قبل تعديلها نجد أنها تشترط موافقة الزوج، كون طلب الفرقة عن طريق الخلع هو رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج.

2718- انظر، عبد العزيز سعد: المرجع السابق، 129-130. و يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، ص 63-64.

هذه المادة بشأن الخلع تطرح عدة إشكاليات فقهية يعالجها الفقه الإسلامي، ومن ثم يكون لزاما التطرق لهذه الجزئيات التي أغفلها المشرع الجزائري، وذلك قصد معرفة مدى توافق المادة 54 من قانون الأسرة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الخلع وبيان حكمته مشروعيته وحكمه

ويتم تناول عناصر الخلع - كصورة لفك الرابطة الزوجية - لمعرفة حقيقته وماهيته وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة واصطلاحا

أولا: في اللغة

الخلع هو: الإزالة والترع، يقال: خلع الرجل ثوبه ونعله، وخلع عليه إذا نزع ثوبه، وخالعت فلانة بعلها فهي خالعة إذا افتدت منه.

والاسم: الخلعة، وقد خالعا، وخلع امرأته وخلعا بالضم، وخالعا، واختلعت منه اختلاعا، فهي محتلعة، ويقال: خلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمال وطلقها وأبانها من نفسه، وسمي ذلك الفراق خلعا استعارة من خلع اللباس⁽²⁷¹⁹⁾، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁽²⁷²⁰⁾، ولأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا تحلل أيهما من صاحبه بفعل هذا فكأنه نزع لباسه عنه⁽²⁷²¹⁾.

ثانيا: في الاصطلاح الفقهي

عرف فقهاء المذاهب الخلع بتعاريف متعددة منها:

عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"، أو هو "عبارة عن أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع"⁽²⁷²²⁾. فقولهم "إزالة ملك النكاح" خرج به أمور ثلاثة⁽²⁷²³⁾.

الأول: إذا خالعتها في العدة بعد إبانته فإن الخلع لا يصح، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانته، فلو خالعتها بمال ثم خالعتها في العدة بمال آخر فإن الخلع لا يصح.

الثاني: المرتدة إذا خالعتها زوجها فإن الخلع لا يصح، لأن الردة أزال ملك النكاح، والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه.

2719- ابن منظور: لسان العرب، 8/76.

2720- البقرة: الآية 187.

2721- ابن عابدين: رد المختار، 3/439.

2722- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 1/519. ابن عابدين: المصدر نفسه، 3/439.

2723- ابن عابدين: المصدر نفسه، 3/439، 440.

الثالث: النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ووطئها فإن المهر يتقرر لها بالوطء، فإن خالعتة على مهرها فإن الخلع لا يصح.

وقولهم "المتوقفة على قبول المرأة"؛ معناه أن إزالة ملك النكاح بالخلع متوقفة على قبول المرأة في المجلس الذي شافها فيه بالخلع أو في المجلس الذي علمت فيه بالخلع إن خالعتها وهي غائبة، فإن لم تقبل الخلع لا يزول ملك النكاح، وهذا مشروط بأحد أمرين: أن يذكر المال صريحا، أو أن يذكر لفظا يتضمن المال (2724).

وعرفه المالكية بأنه: "الطلاق بعوض" (2725). فقولهم "الطلاق" شمل الطلاق بأنواعه، وهو الصريح والكناية الظاهرة، أو أي لفظ آخر كان بنية الطلاق. وعرفه ابن رشد بأنه: "بذل المرأة العوض على طلاقها" (2726)، وعرفه ابن عرفة بأنه: "معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها، ويملك به الزوج العوض" (2727).

كما عرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"، أو هو "اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض" (2728).

وعرفه الحنابلة بأنه: "فراق زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة" (2729).

وأما الخلع عند الظاهرية فهو: "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه" (2730).

ويلاحظ من هذه التعريفات السابقة اتفاق كل من التعريف اللغوي والتعريف الفقهي في بيان مقصود الخلع، وكونه فرقة بطلب المرأة مقابل عوض تلتمزه لزوجها لتحصيل طلاقها، وبذلك تملك أمر نفسها.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع

ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

2724- انظر، سامح سيد محمد: المرجع السابق، 74-75.

2725- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 347/2.

2726- ابن رشد: بداية المجتهد، 66/2.

2727- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 275.

2728- الشربيني: معني المحتاج، 347/3.

2729- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 335/5.

2730- ابن حزم: المحلى، 235/10.

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ﴾ (2731).

ووجه الدلالة من الآية أنها تفيد هي الله - عز وجل - للأزواج عن أخذ ما دفعوه لزوجاتهن كالصداق بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾، إلا أن الشارع الحكيم خص هذا النهي العام بضابط هو نشوز المرأة وإظهارها البغضاء لزوجها حتى يخاف عليها ترك طاعة الله فيما فرض عليها من حق له بأن تستعصي عليه غير ممتثلة لأوامره وتسيء صحبته وتنفر من عشرته فاتفقا على الفراق مقابل رد ما أصدقها الزوج، ولا حرج على المرأة أن تفتدي نفسها، ولا حرج على الزوج في أخذ ما افتدت به نفسها مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة (2732).

وقوله عز وجل: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (2733). فدللت الآية بعموم خطاها على جواز هبة المرأة مهرها لزوجها إذا كان بطيب نفس منها (2734)، بقطع النظر عن زمن العطاء هل يكون في الخلع أم لا ومن ثم جوازه في الخلع وغيره؟.

ثانياً: السنة

حيث وردت عدة أحاديث تشير إلى تطبيق الخلع منذ عهد الرسول ﷺ منها ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" (2735).

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الأمر الوارد في قوله ﷺ: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" يدل على جواز الخلع، ومن ثم مشروعيته إذا كرهت المرأة زوجها، الأمر المفضي إلى كفران العشير، وعدم القيام بحق الله فيه، ويعد هذا أول خلع وقع في الإسلام (2736).

2731- البقرة: الآية 229.

2732- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/74. ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/274.

2733- النساء: الآية 4.

2734- القرطبي: المصدر نفسه، 6/45.

2735- البخاري: كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، حديث رقم 5273. 3/406. البيهقي: كتاب الخلع والطلاق، باب

الوجه الذي تحل به الفدية، حديث رقم 14838. 7/511.

2736- الشريبي: مغني المحتاج، 3/347.

ثالثاً: الإجماع

انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذا توافرت شروطه الشرعية⁽²⁷³⁷⁾. قال القرطبي: "وعليه جمهور الفقهاء، قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي ﷺ في امرأة ثابت بن قيس"⁽²⁷³⁸⁾.

رابعاً: المعقول، ويستدل به من وجوه:

الأول: إذا كانت الزوجة متضررة باستمرار حياتها الزوجية والبقاء مع زوجها وتريد إزالة هذا الضرر بالطلاق خلعا كان عليها في المقابل أن تزيل ما سيقع من ضرر على الزوج إذا طلقها، وذلك ببذلها العوض كمقابل يزيل عنه الأضرار المادية في محاولة منها للتخفيف لا سيما إذا كان الرجل غير راغب في الفرقة.

الثاني: إذا كان للزوج أن يملك الانتفاع بالبضع بمقابل هو المهر حال الزواج، جاز له أن يزيل ملكه بمقابل هو العوض حال الخلع⁽²⁷³⁹⁾.

الثالث: إذا كان من حق المرأة أن تهب مهرها لزوجها من غير فائدة تعود عليها، جاز لها بالأولى أن تعطيه الفداء لتملك به نفسها⁽²⁷⁴⁰⁾.

الفرع الثالث: حكمة تشريع الخلع

قد تتبدل الحاجات الزوجية نتيجة وقوع الخلافات بين الزوجين فيزول مقصود الزواج الحقيقي من المودة والسكينة المنشودة إلى الشقاق المستمر بين الزوجين، مما يؤدي إلى التنافر والتشاجر ببغض الرجل لزوجته أو بغضها له أو الاثنين معاً.

والإسلام في هذه الحال يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، وذلك كما في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁽²⁷⁴¹⁾. فإذا اشتد الخصام وعسر العلاج ونفذ الصبر وأصبحت الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح، حينئذ رخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه.

2737- انظر، ابن رشد: المصدر السابق، 66/2. ابن قدامة: المصدر السابق، 268/10.

2738- القرطبي: المصدر نفسه، 77/4-78.

2739- الشربيني: معني المحتاج، 347/3.

2740- انظر، نجلاء جمعة محمد حسنين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 343.

2741- النساء: الآية 19.

فإن كانت الكراهية من جهة الرجل، فيبيده الطلاق، وهو حق من حقوقه يستعمله في حدود ما شرع له. وإن كانت الكراهية من جهة المرأة فخافت ألا تقيم حدود الله فيه بطاعتها له وحسن صحبته، فقد أباح لها الإسلام التخلص من الزوجية بطريق الخلع، ومن ثم إزالة الضرر الواقع عليها، وذلك بأن تعطي الزوج ما كانت أخذت منه باسم الزوجية لتنتهي علاقتها به.

وإن كانت الكراهية منهما معا: فإن طلب الزوج التفريق فيبيده الطلاق وعليه تبعاته، وإن طلبت الزوجة الفرقة فيبيدها الخلع وعليها تبعاته كذلك⁽²⁷⁴²⁾.

الفرع الرابع: الحكم الشرعي للخلع

يعتري الخلع مجموعة من الأحكام التكاليفية تختلف باختلاف الحالة التي يقع فيها بين الزوجين:

أولاً: الخلع المباح

يكون طلب المرأة الخلع مباحا في حالات أو بمتطلبات شرعية مختلف فيها بين الفقهاء، فالبعض أجازها مطلقا دون قيد أو شرط، والبعض الآخر أجازها مشروطا، وهؤلاء اختلفوا-أيضا- في صورة القيد، فمنهم من أقرنه بكراهية الزوجة وخوفها، ومنهم من قيده بوقوع الشقاق بين الزوجين، ومنهم من جعل صورة القيد وقوع الزوجة في الفاحشة، وذلك على أقوال:

القول الأول: ذهب أئمة المذاهب الأربعة⁽²⁷⁴³⁾ إلى جواز الخلع في حالة وقوع الشقاق بين الزوجين أو حالة كراهية المرأة لزوجها لعيوب ظاهرة أو باطنة كنقص دينه أو خلقه أو لمرض أو كبر ونحو ذلك مما يحيق بنفس المرأة ولا ترضاه فتخشى معه معصية الله -عز وجل- بعدم طاعة زوجها متعدية بذلك حدود الله، وكذلك يجوز الخلع بالتراضي بين الزوجين، وإن لم يخف كل منهما نشوزا ولا إعراضا ولا خافا ألا يقيما حدود الله.

قال البهوتي: "ويباح الخلع لسوء عشرة بين زوجين بأن صار كل منهما كارها للآخر لا يحسن صحبته.. ويباح الخلع لمبغضة زوجها تخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه.. ويصح مع استقامة حال الزوجين"⁽²⁷⁴⁴⁾.

واستدلوا على ذلك زيادة على الأدلة التي جاءت في الكتاب والسنة والتي تفيد مشروعية الخلع، بأن قالوا: إذا كان الخلع رفع عقد وقع بالتراضي بين الزوجين لدفع الضرر جاز من غير وقوع ضرر كالإقالة في البيع⁽²⁷⁴⁵⁾.

2742- انظر، السيد سابق: المرجع السابق، 191/2.

2743- انظر، ابن قدامة: المغني، 267/10. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 335/5. ابن رشد: بداية المجتهد، 66/2. الشريبي: مغني المحتاج، 347/3.

2744- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 335/5.

القول الثاني: للظاهرة، وفيه أن جواز طلب المرأة الخلع مشروط بكرهيتها لزوجها ووجود الشقاق والضرر بينهما عند الخوف من عدم إقامة حدود الله فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه من طيب العشرة وحسن الصحبة سواء منها أو منهما معا.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمُ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁷⁴⁶⁾. فالآية تدل بمنطوقها على أن جواز الخلع مشروط بالخوف سواء من الزوجة بكرهيتها، أو من الزوجين معا فيما يجب عليهما من حسن الصحبة وجميل العشرة بينهما، فإذا ما تحقق الشرط صح الخلع، وإلا فلا يصح الخلع، ومن ثم فالخلع مقيد بحالة الشقاق والضرر⁽²⁷⁴⁷⁾.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن ذكر الشقاق أو الخوف في الآية جرى على مجرى الغالب المتعارف بين الناس، وليس على سبيل الشرط؛ لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التخاصم والتشاجر بين الزوجين لا في حالة الوفاق والرضا⁽²⁷⁴⁸⁾.

القول الثالث: ذهب محمد بن سيرين إلى أن جواز الخلع مشروط مع مشاهدة الفاحشة فليس للزوج أن يأخذ الفدية من زوجته إلا بارتكابها جريمة الزنا⁽²⁷⁴⁹⁾.

واستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾⁽²⁷⁵⁰⁾. ووجه الدلالة في الآية أن الخلع يجوز إذا وقعت الزوجة في جريمة الزنا⁽²⁷⁵¹⁾.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن المراد بالفاحشة في الآية بأنها النشوز والعصيان كما قال ابن عباس⁽²⁷⁵²⁾، ويؤيد هذا التفسير الكثير من الأحاديث الصحيحة⁽²⁷⁵³⁾.

القول الرابع: يجوز الخلع في كل حال سواء حال الوفاق أو وقوع الشقاق بين الزوجين، وحتى وإن كان بالظلم والنشوز من جهة الزوج بإضرارها لامرأته⁽²⁷⁵⁴⁾.

2745- الشريبي: مغني المحتاج، 3/347.

2746- البقرة: الآية 229.

2747- ابن حزم: المحلى، 10/236-237.

2748- انظر، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/79. ابن حجر: فتح الباري، 12/87. الشريبي: مغني المحتاج، 3/347.

2749- القرطبي: المصدر نفسه، 6/157.

2750- النساء: الآية 19.

2751- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/467.

2752- ابن كثير: المصدر نفسه، 1/467.

2753- الشوكاني: نيل الأوطار، 12/450-451.

2754- ابن رشد: المصدر السابق، 2/68.

ونوقش هذا الرأي بأنه على خلاف ظاهر كتاب الله تعالى، وخلاف الخبر الثابت عن رسول الله ﷺ، وخلاف ما أجمع عليه عامة أهل العلم⁽²⁷⁵⁵⁾.

القول الخامس: لجماعة من التابعين وفيه لا يجوز الخلع حتى يقع الشقاق من الزوجين معا. واستدلوا بأن مفهوم الآية ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، يدل على أن إطلاق نفي الجناح أو الإثم في إجراء الخلع مقيد بوقوع الشقاق بين الزوجين جميعا لكراهية كل واحد منهما لصاحبه، فإذا وقع الشقاق والخوف من أحدهما دون الآخر لا يندفع الإثم⁽²⁷⁵⁶⁾. وأجيب عن هذا الاستدلال بأن المراد الحقيقي من الآية هو نشوز المرأة، فإذا لم تقم بحقوق الزوج ترتب على هذا بغض الزوج لها فنسبت المخالفة إليهما معا لذلك، حيث إن كراهية المرأة تؤدي إلى بغض الزوج ومن ثم وقوع الشقاق بينهما⁽²⁷⁵⁷⁾.

ثانيا: الخلع المكروه

يكون الخلع مكروها إذا كانت الحياة الزوجية مستقيمة خالية من الشقاق والتزاع، وقامت المرأة بطلب الخلع لغير عذر كبغض أو خشية أن لا تقيم حدود الله في طاعة زوجها. جاء في المغني "ولو خالعه لغير ما ذكرنا-أي لغير حاجة إلى الخلع- كره ووقع"⁽²⁷⁵⁸⁾. ويستدل لهذا الحكم بقوله ﷺ: "أبما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽²⁷⁵⁹⁾. ولما روي عنه ﷺ أنه قال: "المختلعات هن المنافقات"⁽²⁷⁶⁰⁾، فدل الحديثان على كراهية وترهيب المرأة من طلب الخلع وإجرائه لغير سبب يقتضيه⁽²⁷⁶¹⁾. قال ابن قدامة: "وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، ولأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة"⁽²⁷⁶²⁾. كما أن الخلع مع استقامة الحال بين الزوجين نوع من العبث فيكون مكروها لخلو الأحكام الشرعية منه، وفيه إزالة لمقصود الشارع من الزواج لغير حاجة⁽²⁷⁶³⁾.

2755- انظر، القرطبي: المصدر نفسه، 73/4.

2756- انظر، الشوكاني: المصدر نفسه، 451/12.

2757- انظر، الشوكاني: المصدر نفسه، 451/12.

2758- ابن قدامة: المغني، 270/10. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 336/5.

2759- سبق تخريجه، ص 485.

2760- الترمذي: كتاب الطلاق واللعان، باب ماجاء في المختلعات، حديث رقم 1186. 484/3. النسائي: كتاب الطلاق، باب ما جاء

في الخلع، بلفظ "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات"، حديث رقم 5626. 276/5. ابن حجر: فتح الباري، 96/12.

2761- انظر، ابن حجر: فتح الباري، 96/12.

2762- ابن قدامة: المغني، 271/10.

2763- انظر، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 336/5. الشريبي: مغني المحتاج، 347/3.

ثالثا: الخلع المحرم

إذا ما عضل الزوج زوجته لطلب الخلع، وذلك بمنعها حقوقها أو بعضها من نفقة وكسوة وقسم مع إساءة معاملتها، وغير ذلك من الأسباب المنفرة والدالة على كون النشوز بالترك والمخافة من جهته دونها طمعا في مخالعتها على شيء من مالها، فإن الخلع يكون حراما باطلا⁽²⁷⁶⁴⁾. قال ابن عابدين: "والحق أن الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعاً"⁽²⁷⁶⁵⁾، وقال البهوتي: "ويجزم الخلع إن عضلها لتختلع"⁽²⁷⁶⁶⁾. ويستدل لهذا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽²⁷⁶⁷⁾. فالأمر الوارد في الآية يدل على عدم جواز قهر الرجل لامرأته والإضرار بها في العشرة لتترك له ما أصدقها أو بعضه أو حقا من حقوقها عليه بالافتداء به⁽²⁷⁶⁸⁾.

الفرع الخامس: القيود الواردة على حق اللجوء إلى الخلع

مما سبق بيانه يمكن استنتاج أهم القيود الواردة على حق اللجوء إلى الخلع بالنسبة للمرأة كوسيلة للخلاص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها، فيرتفع بذلك الضرر عنها، وهذا الحق ليس على إطلاقه أيضا كما في حالة الطلاق بالنسبة للرجل، بل ترد عليه قيود تضبطه، أهمها⁽²⁷⁶⁹⁾:

أ- يجب أن يكون المقصود من الخلع تحقيق الحكمة التي دعت إلى تشريعه، وهي تمكين الزوجة من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يتحقق لها فوات الغرض المقصود من النكاح لعدم التوفيق في حياتها الزوجية، فإن قصد به غير ذلك لم يحل الخلع شرعا، وتطبيقا لذلك يحرم على الزوجة أن تطلب الخلع من غير حاجة مشروعة إليه، فإن سؤال المرأة زوجها الطلاق بغير ما بأس يعدّ إثما لقوله ﷺ: "أبما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽²⁷⁷⁰⁾.

كما أنه لا يحقق الخلع حكمته المشروعة في حال نشوز الزوج؛ لأن للزوج أن يطلق من غير حاجة لرضا الزوجة ودفعها بدلا، وقد أجمع الفقهاء على أن الخلع لا يحل إذا كان النشوز من الزوج، حتى لا يدفعها لأن تفتدي نفسها بمالها، قال ابن قدامة⁽²⁷⁷¹⁾: "فإن عضل زوجته وضارها بالضرب

2764- البهوتي: المصدر نفسه، 5/336. ابن حزم: الخلى، 10/235.

2765- ابن عابدين: رد المحتار، 3/445.

2766- البهوتي: المصدر نفسه، 5/336.

2767- النساء: الآية 19.

2768- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 1/466.

2769- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة، ص 88 وما بعدها.

2770- سبق تخريجه، ص 485.

2771- ابن قدامة: المغني، 10/272.

والتضييق عليه، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود⁽²⁷⁷²⁾ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾⁽²⁷⁷³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽²⁷⁷⁴⁾.

ب- ألا يترتب على الخلع ضرر بالغير، وهذا الضرر قد يلحق الزوجة، كما قد يلحق غيرها، وقد عمل الفقهاء فيما قرروه من الأحكام على منعه، والقاعدة في ذلك هي أن ما شمله الاتفاق على الخلع يسري على الطرفين إلا في الحالة التي تضر بالغير، فإن اتفاق الزوجين يتقيد من نفسه بما لا يمس حق غيرهما، وذلك يرجع إلى أن حق الغير محافظ عليه شرعا ولو عند استعمال الإنسان لخالص حقه. ومن أمثلة هذا القيد:

1- خلع المريضة مرض الموت: يجوز الخلع من الصحيحة والمريضة إلا أنه لما كان أساس الخلع أنه يتم بعوض مالي⁽²⁷⁷⁵⁾، فقد قيد الفقهاء حق الزوجين في تقدير بدل الخلع إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت لأنهما يتهمان في هذه الحالة بقصد الإضرار بالورثة⁽²⁷⁷⁶⁾. ولذلك اتفق الفقهاء على صحة الخلع، ويأخذ الزوج من بدل الخلع القدر الذي تنتفي معه شبهة الإضرار بالورثة⁽²⁷⁷⁷⁾.

2- كما لا يصح أن تكون الحضانة بدل الخلع؛ لأن حق المحضون أولى من حق الحاضن، فيصح الخلع ويبطل الشرط⁽²⁷⁷⁸⁾.

2772- وبه قال مالك والشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لا زم وهو آثم عاص. ابن قدامة: المغني، 272/10.

2773- النساء: الآية 19.

2774- النساء: الآية 20.

2775- الشريبي: مغني المحتاج، 350/3. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 356/5.

2776- اختلف الفقهاء حول المقدار الذي يجوز للمرأة في حال مرضها أن تخلع به ويكون للزوج أخذه إن فارقت المختلعة الحياة في العدة على أربعة أقوال: فيرى الحنفية أن العوض المبدول من المختلعة في حال مرضها مرض الموت يعتبر من ثلث مالها، لكنه يعطى الثلث دفعا لتهمة المواضعة. بينما ذهب المالكية إلى أن المريضة إذا خالعت زوجها بأكثر من مقدار إرثه منها صح الخلع وردت الزيادة، ولا توارث بينهما في جميع الأحوال، هذا على القول الأول. أما القول الثاني عندهم فيرى أنه لا يجوز خلع المريضة مرضا محوفا إذا اختلعت بأكثر من مقدار إرث الزوج منها وتطلق بائنا، ولا شيء من المال للزوج ولا يتوارثان. وذهب الشافعية إلى أن الزوجة إذا اختلعت في حال المرض لها أن تخلع بقدر مهر مثلها أو بأقل أو بأكثر منه على أن يخرج العوض إذا ساوى مهر المثل أو دونه من رأس المال، لأن مقدار العوض المبدول هو قيمة ما تملكه، وأما إذا زاد العوض عن مهر المثل يخرج قيمة مهر المثل من جميع التركة والزيادة من ثلثها، لأنها بمثابة التبرع فتأخذ حكم الوصية للأجنبي تنفذ في حدود الثلث، فإن زادت عليه فالأمر يقدره الورثة بالإجازة. بينما ذهب الحنابلة إلى أن العوض المخالع به من الزوجة في مرض موتها يعتبر ميراث الزوج منها، فإن قل عنه أو مائله صح الخلع، وإن زاد عن قيمته وقع الخلع وبطلت الزيادة، وللورثة استرجاعها من الزوج. انظر، ابن عابدين: رد المختار، 460/3. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 354/2-355. الشريبي: مغني

المحتاج، 350/3. ابن رشد: بداية المجتهد، 69/2. البهوتي: كشاف القناع، 228/5-229.

2777- ابن قدامة: المغني، 313/10-314.

2778- انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 369-370.

3- للزوجة أن تحتلع من زوجها على أن تقوم بنفقة ولدها منه مدة معينة وتلتزم هي بالنفقة، إلا أنها إذا أعسرت أجبر الزوج على الإنفاق على ولده ويرجع عليها عند يسارها.
والحكمة في كل هذا صيانة حق الولد ودفع الضرر عنه⁽²⁷⁷⁹⁾. وفي هذا بيان لمدى خطورة اللجوء إلى الخلع كسبب من أسباب التفريق بين الزوجين لما يترتب عليه في الغالب الأعم من الإضرار بالأبناء نفسياً ومعنوياً واجتماعياً⁽²⁷⁸⁰⁾ لتفكك الأسرة وتهدمها، فلا يجب اللجوء إليه إلا إذا توافرت أيُّ من الحكم التي شرع الخلع من أجلها.

الفرع السادس: التكيف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء في وصف الخلع هل يقع طلاقاً بائناً يحتسب من عدد الطلقات أم أنه فسخ ينقض العقد ولا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، على النحو الآتي:
أولاً: يرى جمهور الفقهاء أن الخلع طلاق بائن؛ لأنه لو كان للزوج رجعة في العدة لم يكن لافتدائها بالمال فائدة، فهي قد بذلت المال لتملك نفسها ولا تعود إليه إلا برضاها، فلذا كان بائناً⁽²⁷⁸¹⁾.
ومن جهة أخرى فإن الفسخ يقتضي الفرقة دون اختيار الزوج، أما الخلع فإنه يرجع إلى اختياره فلا يكون فسخاً⁽²⁷⁸²⁾.

ثانياً: ويرى الشافعي في القديم⁽²⁷⁸³⁾ وأحمد - في رواية - أن الخلع فسخ للنكاح، وهو قول ابن عباس - رضي الله عنهما -⁽²⁷⁸⁴⁾ وإذا كان فسخاً لا ينقص به عدد الطلقات. واحتج بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾⁽²⁷⁸⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁷⁸⁶⁾ وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁷⁸⁷⁾. فذكر الله تعالى تطليقتين والخلع تطليقة

2779- انظر، ابن عابدين: رد المحتار، 3/455-456. ابن قدامة: المغني، 10/284.

2780- والحقيقة أن هذا القيد لا يسري على حالة الإضرار بالأبناء نفسياً ومعنوياً كأثر مترتب على الخلع، لأن القول بغير ذلك يعني منع وقوع الخلع بين الزوجين للأبد ما دام هناك أبناء حتى لا يترتب عليه ضرر بهم، ومن ثم يتعطل الحكم الشرعي المتعلق بالخلع.

2781- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/69. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/351. البهوتي: كشاف القناع، 5/216.

2782- ابن رشد: بداية المجتهد، 2/69.

2783- وفي قول نص عليه الشافعي في الأم أنه لا يحصل به شيء لا فرقة بطلاق ولا فسخ. وأما في مذهبه الجديد فيحصل بالخلع طلاقه بائناً تنقص من عدد الطلقات. الشريبي: معنى المحتاج، 3/354.

2784- ابن قدامة: المغني، 10/274.

2785- البقرة: الآية 229.

2786- البقرة: الآية 229.

2787- البقرة: الآية 230.

بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً، ولأن الخلع فرقة خلت عن صريح الطلاق ولا نيته فكانت فسخاً⁽²⁷⁸⁸⁾.

المطلب الثاني: الخلع بين الرخصة والحق الأصيل

مما سبق بيانه يتضح أن الأصل في الخلع في الشريعة الإسلامية أن يقع بالتراضي بين الزوجين واتفقهما، على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري من جعل الخلع حقاً من حقوق الزوجة تلجأ إليه دون مراعاة حق الزوج في الموافقة أو الاعتراض، كما أنه لم يبين صراحة مدى سلطة القاضي في إجبار الزوج على تلبيته لطلب الخلع من طرف الزوجة، إلا أن مفهوم نص المادة 54 يقتضي ذلك.

وعليه لا بد من بيان الآثار الفقهية للخلع، والشروط الواجب توافرها في المختلعة، وكذا بيان مدى سلطة القاضي في إيقاع الخلع جبراً عن الزوج، وذلك من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: الآثار الفقهية للخلع

الوضع الفقهي للخلع أنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول، وهو افتداء من الزوجة ببذل مال للزوج مع التزامها بدفعه مقابل خلاصها من الزوج، فإنه يعتبر معاوضة من جانبها، لكنها ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات. كما يعتبر يمينا من جانب الزوج، لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال، والتعليق يعتبر يمينا عند الفقهاء⁽²⁷⁸⁹⁾، واعتباره معاوضة من جانب الزوجة يرتب الأحكام الآتية:

أولاً: الآثار المترتبة على الخلع باعتباره معاوضة

1- أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع فقالت: اختلعت نفسي منك بكذا، كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر.

2- أن الزوجة لو كانت حاضرة في المجلس فلا بد من قبولها فيه، وإن كانت غائبة عنه فلا بد من قبولها في المجلس الذي تعلم فيه بالخلع، فإن قامت من المجلس بعد سماعها لفظ المخالعة من الزوج، أو بعد علمها بذلك بطل الإيجاب، فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الخلع، لأن المعاوضة المالية تبطل إذا تفرقت المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول.

3- لاعتبار العقد بالنسبة لها معاوضة في معنى التبرع اشترط في الخلع بالنسبة لها أن تكون مع صلاحيتها لإيقاع الخلع عليها أهلاً للتبرع، فلا بد لثبوت بدل الخلع عليها من أن تكون بالغة عاقلة

2788- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/341. ابن رشد: بداية المجتهد، 2/69.

2789- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة، ص 103. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 357-358.

رشيدة-وسياتي بيان ذلك- لأن من لا يستوفي هذه الشروط ليس أهلا للترع، وإنما اعتبر من جانبها معاوضة في معنى الترع لأن بدل الخلع لا يوجد مال في نظيره، وإنما هو افتداء نفسها بهذا المال، فلا يمكن اعتباره معاوضة خالصة، لأن المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال أو ما في معناه.

4- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرفض، لأن الخلع من جانبها معاوضة، والمعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار. وبناء عليه لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع على شرط ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل⁽²⁷⁹⁰⁾.

ثانيا: الآثار المترتبة على الخلع باعتباره يمينا

واعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج يرتب الأحكام الآتية:

1- لا يجوز للزوج إذا ابتداء بالخلع أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لأنه تعليق، والتعليق لا يجوز الرجوع فيه، وعلى ذلك لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ثم قام منه قبل قبول الزوجة له لا يبطل الإيجاب بالخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيام الزوج كان قبولها صحيحا ويقع الخلع، لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعا عن الإيجاب دلالة، وإذا كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة فلا يملك الرجوع عنه دلالة من باب أولى، لأن التعليق لا يمكن الرجوع فيه.

2- إيجاب الزوج في الخلع يجوز تعليقا على شرط، كما يجوز إضافته إلى زمن مستقبل، فإن قبلت الزوجة عند وجود الشرط المعلق عليه، أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الخلع ولزمها المال وترتبت عليه آثاره الخاصة، ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور، لأن عقود التمليكات لا يجوز تعليقها، بل لا تكون إلا بصيغة منجزة، والخلع تمليك مال بالنسبة لها، فيأخذ كل أحكام التمليك.

3- لا يصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع، واشتراط الخيار يجعل له الحق في الرجوع عنه في مدة الخيار، وهذا مخالف لمقتضى التصرف الذي صدر منه، والشرط إذا خالف مقتضى التصرف لا يكون صحيحا، فإذا اشترط كان الشرط باطلا، لكن لا يبطل الخلع به لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، فلو خالع زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام وقبلت الزوجة وقع الخلع في الحال ولزمها المال المتفق عليه⁽²⁷⁹¹⁾.

2790- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة، ص 105-107. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 358-359.

2791- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة، ص 103-105. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 358-359.

وبالرغم من هذا، فإن الخلع بمفهومه وتكييفه السابقين لا يمكن تصوره إلا في حالة توافر التراضي بين الزوجين، إذ يعتبر الرضا كاف بذاته لتحقيق الآثار المرجوة منه دون حاجة إلى القاضي ليقرره، أما في حال تخلف الرضا من قبل الزوج وأرادت الزوجة أن تختلع منه، فهنا تظهر الحاجة إلى القاضي ليكون الخلع قضاء لا اتفاقاً⁽²⁷⁹²⁾. ولعلّ هذا هو مقصود المالكية عندما قالوا: "جاز الخلع كونه بحاكم أو بلا حاكم"⁽²⁷⁹³⁾؛ أي قضاء بحاكم أو اتفاقاً بلا حاكم.

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المختلعة

إذا كان الخلع فرقة في مقابل مال تلتزمه المرأة لزوجها؛ لذا يشترط كونها في زواج صحيح وأهلاً للتصرفات المالية، بأن تكون بالغة عاقلة راشدة ليصح خلعها عن نفسها بالاتفاق⁽²⁷⁹⁴⁾. جاء في مغني المحتاج: "وشرط قابله-أي الخلع- أو ملتسمه ليصح خلعه من زوجة أو أجنبي إطلاق تصرفه في المال بكونه مكلفاً غير محجور عليه، أي بالنسبة لثبوت المال"⁽²⁷⁹⁵⁾، وجاء في بداية المجتهد: "لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها"⁽²⁷⁹⁶⁾.

ولكن ما الحال إذا لم تكن الزوجة المختلعة أهلاً للتصرف بأن كانت قاصراً، فهل يصح خلعها ويلزمها المال أم لا⁽²⁷⁹⁷⁾؟.

أولاً: خلع الصغيرة

لا خلاف بين الفقهاء⁽²⁷⁹⁸⁾ في أن الزوجة المحجور عليها لصغر إذا خالعت زوجها لا يصح خلعها، ولا يلزمها ما بذلت من مال كعوض له، جاء في كشاف القناع: "إن خالعت المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون لم يصح الخلع، ولو أذن فيه الولي، لأنه تصرف في المال وليست من أهله"⁽²⁷⁹⁹⁾. إلا أنهم اختلفوا في وقوع الطلاق ووصفه على أربعة أقوال:

2792- انظر، سامح سيد محمد: الخلع بين المذاهب الأربعة، ص 107.

2793- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 347/2.

2794- انظر، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 347/2. ابن رشد: بداية المجتهد، 68/2.

2795- الشربيني: مغني المحتاج، 349/3.

2796- ابن رشد: بداية المجتهد، 68/2.

2797- للإشارة فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الشروط الواجبة في المختلعة، ولم يبين حكم القاصرة في طلب الخلع. وبالرجوع إلى المادة السابعة في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، فإن القاصر لا يكون بمقدورها الالتزام بدفع العوض في الخلع، ومن ثم فلا يصح الخلع من القاصر كما قرر الفقهاء ذلك اتفاقاً.

2798- ابن قدامة: المغني، 307/10. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 348/2. الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 352/4.

2799- البهوتي: كشاف القناع، 215/5.

القول الأول: فرّق الحنفية بين ما إذا جرى الخلع من صغيرة من أهل القبول أو صغيرة ليست من أهل القبول، فإن لم تكن من أهل القبول بأن كانت لا تعرف أن النكاح جالب المهر والاستمتاع، والخلع سالب للعوض، وقبلت أو لم تقبل الخلع لا تطلق. أما إن كانت من أهل القبول بعلمها أن النكاح جالب والخلع سالب تطلق رجعيًا لوجود القبول منها، ولا يلزمها المال المخالغ به لعدم صلاحيتها للتبرع بشيء من مالها⁽²⁸⁰⁰⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن الزوجة الصغيرة إذا خالعت زوجها تبين ولا يلزمها العوض، وإن أخذ الزوج فعليه رده، ما لم يشترطه لوقوع الطلاق، بقوله: إن تم لي هذا المال، أو إن صحت براءتك فأنت طالق⁽²⁸⁰¹⁾.

القول الثالث: يرى الشافعية أن خلع الصغيرة وقبولها -مميزة أو غير مميزة- لغو لا يقع به شيء من الطلاق، لانتفاء أهلية القبول وعدم اعتبار عبارتها⁽²⁸⁰²⁾.

القول الرابع: ذهب الحنابلة إلى أن الزوجة الصغيرة إذا خالعت زوجها يقع طلاقها رجعيًا، إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته -وكان دون الثلاث- وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان لغو فلا يقع به شيء⁽²⁸⁰³⁾.

ثانياً: خلع السفية

اختلف الفقهاء في حكم خلع السفية عن نفسها هل يصح الخلع ويلزم المال أم لا؟ على رأيين:
الرأي الأول: يرى الحنفية⁽²⁸⁰⁴⁾ أن خلع الزوجة الكبيرة غير الرشيدة والمحجور عليها لسفه عن نفسها على مال هو مهر أو غيره جائز، ويقع به الطلاق بائناً إذا كان بلفظ الخلع -والغير صريح في الطلاق- بينما تطلق رجعيًا إذا كان بصريح لفظ الطلاق، وفي الحالتين لا يلزم المال المبذول من المرأة لعدم ثبوت حقها في التبرع بشيء من أموالها بسبب السفه. جاء في حاشية ابن عابدين: "وإذا بلغت المرأة مُفسدة⁽²⁸⁰⁵⁾ فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع، لأن وقوع الطلاق في الخلع يعتمد القبول، وقد تحقق منها ولم يلزمها المال؛ لأنها ألزمتها لا لعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة، فإن كان طلقها تطليقة على ذلك

2800- انظر، محمد زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة النهضة، مصر، ط3، 1920، 411/1-412.

عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، 352/4-353. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 371.

2801- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 348/2.

2802- الشربيني: معني المحتاج، 349/3.

2803- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 340/5.

2804- ابن عابدين: رد المختار، 458/3. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 336.

2805- لعله يقصد مفلسة أو سفية.

المال يملك رجعتها؛ لأن وقوعه بالصريح لا يوجب البينة إلا بوجوب البدل بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع" (2806).

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوجة السفية لا يجوز أن تنفرد بالمخالعة عن نفسها، ولا يلزمها المال، واختلفوا فيما يقع من طلاق إذا لم يقع باختلاعها الخلع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن السفية غير الرشيدة يقع عليها الطلاق البائن، ولا يلزمها العوض المبذول للزوج عند الاختلاع، فإن أخذه رده إن لم يشترط لوقوع الطلاق ونفاذه (2807).

القول الثاني: يرى الشافعية أن مخالعة السفية - المحجور عليها وغير المحجور عليها - لزوجها قبل الدخول يقع به طلاقاً بائناً، بخلاف ما إذا اختلعت بعد الدخول فإنه رجعي (2808).

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى تطليق السفية عند مخالعتها مع الزوج رجعيًا، إذا خالعت بلفظ الطلاق، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق لا يقع به شيء من الطلاق وكان لغواً (2809).

ثالثاً: خلع المحجور عليها لفسل

ذهب الشافعية (2810) والحنابلة (2811) إلى أنه يجوز خلع المحجور عليها لفسل، بينما يختلف حكم وقوعه تبعاً للعوض المخالعة به، والذي قد يكون قدراً من المال تلتزمه دينا في ذمتها، أو يكون عينا من مالها على النحو الآتي:

أولاً: المخالعة على قدر من المال، إذا اختلعت المحجور عليها لفسل على قدر من المال - غير المحجور عليه - تلتزمه دينا في ذمتها صح الخلع؛ لأن لها ذمة مالية يصح تصرفها فيه، ويستوفيه منها الزوج متى رفع الحجر عنها وأيسرت، ولا يحق له مطالبتها باستيفائه زمن الحجر عليها، كما لو كان له دينا في ذمتها أو باعها شيئاً وثمنه دينا له عليها. قال البهوتي: "ويصح الخلع من زوجة محجور عليها لفسل على مال في ذمتها لصحة تصرفها فيها كاقتراضها وتطالب به إذا انفك حجرها وأيسرت لا إن خالعتها بعين مالها" (2812).

2806- ابن عابدين: رد المحتار، 458/3.

2807- الدردير: الشرح الكبير، 348/2.

2808- الشربيني: معني المحتاج، 350/3.

2809- ابن قدامة: المعني، 307/10.

2810- الشربيني: معني المحتاج، 349/3.

2811- ابن قدامة: المعني، 307/10.

2812- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 340/5.

ثانيا: المخالعة على قدر معين من مالها، إذا جرى خلع المحجور عليها لفلس مع زوجها على عين من مالها لا يصح خلعها لعدم خلاص هذا المال للملكيتها ملكية تامة بتعلق حق الغرماء فيه، ويقع طلاقها بائنا، وللزوج أن يرجع عليها بمهر المثل إذا انفك الحجر عليها⁽²⁸¹³⁾.

الفرع الثالث: حكم تلبية الزوج لطلب الخلع

اختلف الفقهاء في حكم تلبية الزوج لطلب زوجته الخلع على رأيين⁽²⁸¹⁴⁾:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية أنه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع، ومن ثم فللزوج رفض طلب زوجته، ولا يجبر عليه -وإلا صار واجبا- الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج. قال البهوتي: "وتسن إجابتها - أي الزوجة- إذا سألته الخلع على عوض"⁽²⁸¹⁵⁾. وجاء في المحلى: "فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو"⁽²⁸¹⁶⁾.

واستدل الجمهور بأن أمر النبي ﷺ الوارد في الحديث "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁽²⁸¹⁷⁾ يفيد الإرشاد والإصلاح لا الإيجاب والحتم بإجراء الخلع⁽²⁸¹⁸⁾.

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول بوجوب استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومن ثم فللمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه⁽²⁸¹⁹⁾.

قال ابن رشد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁽²⁸²⁰⁾.

واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء وعدم انصراف الأمر عن أصله في إفادة الوجوب.

2813- انظر، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 340/5. ابن قدامة: المغني، 307/10.

2814- يرجع سبب الاختلاف إلى حقيقة صفة الأمر الوارد في قوله لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، هل يحمل على الوجوب أم على الندب والاستحباب، فمن فهم أن الأمر يحمل على الوجوب جعل حكم إجابة الزوج لطلب الزوجة بالخلع الوجوب، ومن حمل الأمر على الندب جعل رضا الزوج معتبرا في قبول طلب الخلع من الزوجة.

2815- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 336/5.

2816- ابن حزم: المحلى، 335/10.

2817- سبق تخريجه، ص 564.

2818- انظر، ابن حجر: فتح الباري، 93/12.

2819- ابن رشد: بداية المجتهد، 68/2.

2820- ابن رشد: المصدر نفسه، 68/2.

كما قاسوا إرادة المرأة في تحصيل الطلاق خلعا على عوض وإرادة الرجل في إيقاع الطلاق بما متى شاء دون اعتبار لرضاها بجامع مشترك هو الكراهية الداعية إلى الفرقة، وعدم الرغبة في استمرار الحياة الزوجية⁽²⁸²¹⁾.

كما أن المعقول يقضي بأن الإبقاء على زوجة كارهة ومبغضة لزوجها وبيتها قد يؤدي إلى كثير من الانحرافات والآثام، ومنع المنكر واجب فكان الخلع وهو طريق المنع واجبا⁽²⁸²²⁾.

الترجيح

القول باستحباب تلبية الزوج لطلب زوجته الخلع، فإن حالة عدم موافقة الزوج قد تؤدي إلى الإضرار المعنوي بالمرأة لاستمرار حياتها الزوجية مع زوج كارهة له؛ إلا أن هناك أضرارا أشد قد تقع عند القول بإلزام الزوج وإجباره على قبول طلب زوجته للخلع، إذا ما قورنت بما تتعرض له المرأة من أضرار نفسية. فيكون ذلك سببا في إحجام الشباب عن الزواج وتكوين أسرة، ومن ثم لا عمارة للأرض، ولا وقاية من الوقوع في المعصية لسهولة حصول الزوجة على الانفصال متى أرادت ذلك، وهو ما ينتج عنه كثرة وقوع الطلاق وهدم الأسر، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع مقاصد الشرع في تشريع الزواج.

كما أن إلزام الزوج على الموافقة على طلب الزوجة خلعا يؤدي إلى فتح الباب واسعا لإيقاع الفرقة بينهما، وهذا مخالف لأصل تشريع الطلاق الذي ضيق الشارع من مجالاته، وجعله علاجا لحالات استثنائية.

ومنه فإن رأي الجمهور في هذه المسألة هو الأقرب في تحقيق مقاصد وأهداف الزواج التي تتمثل في الديمومة والإصلاح بين الزوجين عند التنافر والشقاق.

ويميل أبو زهرة إلى ترجيح رأي المالكية ولكن بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين، حيث يقول: "بهذا يتبين أن المذهب المالكي يتسع للخلع إن فركت المرأة زوجها، ولكن بعد تحكيم الحكيم ومحاولة الإصلاح والعجز عنه، ويقر القاضي ما يرتئيان ولو كان خلعا"⁽²⁸²³⁾.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في إيقاع الخلع جبرا عن الزوج

إذا كان الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي بين الزوجين واتفقهما، على أساس أنه عقد عند كثير من الفقهاء، والعقد يقوم على التراضي، فهل يشترط الفقهاء دور للقاضي في مسألة الخلع، سواء كان

2821- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 68/2.

2822- انظر، نجلاء جمعة محمد حسنين: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 362.

2823- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 340-341.

هذا الدور على سبيل الرقابة، أم أنه أكبر من ذلك كأن يشترط لصحة الخلع ضرورة إيقاعه أمام القاضي، ومنه فهل للقاضي إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها بسبب من الأسباب المشروعة إجبار الزوج على الخلع أو إيقاعه بدلا عن الزوج؟.

اختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة، ويمكن حصرها في اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، وحاصله أن الخلع يصح بدون الحاكم، كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وبالتالي يقع صحيحا ولا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه. فقد جاء في المبسوط: "أن الخلع جائز عند السلطان وغيره؛ لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود"⁽²⁸²⁴⁾، وجاء في جواهر الإكليل: "وجاز الخلع بلا حاكم فلا يتوقف كونه خلعا على حكم القاضي"⁽²⁸²⁵⁾، وقال ابن قدامة: "لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال: يجوز الخلع دون السلطان"⁽²⁸²⁶⁾. وقال ابن حزم: "فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي وإلا لم يجبر هو، إنما أجزى بتراضيهما"⁽²⁸²⁷⁾.

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أولا: يستفاد من قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ إباحة الأخذ من الزوجة بالتراضي من غير سلطان⁽²⁸²⁸⁾، كما أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب وعثمان-رضي الله عنهما- أجازا الخلع دون السلطان⁽²⁸²⁹⁾.

ثانيا: الخلع معاوضة لا يحتاج إلى القاضي بل يقوم على اتفاق الطرفين، وقد جاءت الكثير من النصوص وأقوال الفقهاء دالة على ذلك، حيث قالوا: إن كُيِّف الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع، وإن كُيِّف على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم⁽²⁸³⁰⁾.

ثالثا: قياس الخلع على النكاح والطلاق من حيث أنه لما كان النكاح والطلاق لا يحتاجان إلى حكم القاضي فكذلك الخلع؛ لأنه نوع من الطلاق. يقول السيوطي بصدده بيانه أنواع الفرق من حيث

2824- السرخسي: المبسوط، 6/173.

2825- عبد السمیع الآبی: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، (د.ط.د)، 1/330.

2826- ابن قدامة: المغني، 10/268.

2827- ابن حزم: المحلى، 10/235.

2828- ابن حجر: فتح الباري، 12/87.

2829- ابن حجر: المصدر نفسه، 12/86-87.

2830- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/374. ابن قدامة: المصدر نفسه، 10/268-269.

احتياجها إلى حضور القاضي من عدمه: "وأما ما لا يحتاج -أي إلى الحاكم- أصلاً فالطلاق والخلع" (2831).

الاتجاه الثاني: ذهب جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين وأبو عبيد، إلى أنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج والزوجة استقلالاً، بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع. وقد ذكر الجصاص قول سعيد بن جبير: "لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعاً إلى السلطان فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيرويان ما يُسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع" (2832).

كما ذكر ابن حجر ما قاله الحسن البصري وابن سيرين: "لا يجوز الخلع دون السلطان"، وأن أبا عبيد اختار هذا القول (2833).

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أولاً: من الكتاب، قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ (2834)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (2835).

فقد جعل الله تعالى الخوف في الآية الأولى لغير الزوجين بقوله: "فإن خفتن" وأسندته إلى الحكام والولاية وليس إلى الزوجين، وإلا لكان قوله تعالى "فإن خافا"، فجعل الخوف لغير الزوجين، وهذا يدل على أن المراد بالخطاب الولاية وأن الخلع لا يكون إلا عندهم وبواسطتهم. كما أن الآية الأخرى "وإن خفتن شقاق بينهما" تدل على المراد نفسه (2836).

والجمهور على خلاف هذا، وقد أجابوا عن الآية بأنها جرت على الغالب (2837).

ثانياً: من السنة النبوية أن أمر النبي ﷺ لثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة، كالحكم فيلزم من ذلك ألا يقع الخلع إلا عند الحاكم. وذكر الشوكاني أن أمر النبي ﷺ في هذه الواقعة للوجوب ولم يرد ما يدل على صرفه عن حقيقته (2838)، وهذا يدل على ترجيحه أن الأمر للوجوب ولم يصرفه عن ذلك صارف.

2831- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 179.

2832- الجصاص: أحكام القرآن، 1/395.

2833- ابن حجر: فتح الباري، 12/86-87.

2834- البقرة: الآية 229.

2835- النساء: الآية 35.

2836- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/74-75. ابن حجر: المصدر نفسه، 12/87.

2837- ابن حجر: المصدر نفسه، 12/87.

2838- الشوكاني: نيل الأوطار، 12/450.

وناقش الجمهور ما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني بما يلي:

أولاً: أن ما استدلوا به في قوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله﴾، قد جرى مجرى الغالب، وأن ذلك ليس خطاباً للحكام وحدهم بل يشمل ولي المرأة أيضاً. وهذا المعنى أكده القرطبي بقوله: "لا يمكن قصر الخطاب على الحكام، فإن الرجل إذا خالغ امرأته فإنما ينفذ ما تراضيا عليه ولا يجبره السلطان على ذلك" (2839).

ثانياً: أن ما استدلوا به من السنة في واقعة ثابت بن قيس يرد عليه أن الواقعة لم تعرض على النبي ﷺ بصدد خلاف بين الزوجين، وأن حكم النبي ﷺ لم يكن بصفته قاضياً، وإنما كان على سبيل الإرشاد والتوجيه، بدليل أن امرأة قيس امتدحت زوجها للنبي ﷺ بقولها: "ما أعتب عليه في خلق ولا دين"، وأن أمره ﷺ لثابت بقبول العوض ليس حكماً وإنما هو إرشاد وتوجيه (2840).

الترجيح

يظهر أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - أصحاب الاتجاه الأول - في عدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي، وأنه يتوقف وقوعه على تراضي الزوجين هو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم واستنادها إلى فعل كبار الصحابة الذين أقروا الخلع وصحّحوه بتراضي الزوجين دون حكم القاضي، ومن ثم فليس للقاضي منع المخالعة إذا اتفق عليها الزوجان؛ لأن الزواج من حيث أصله يتم بتراضي الطرفين دون حاجة لإذن القاضي، وكذلك الفراق بينهما عن طريق الخلع فإنه يتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج لإذن القاضي. ولأنه لما كانت المخالعة عقد معاوضة يقوم على التراضي فيعتبر إنهاء العقد الزواج بالتراضي ولا يمكن أن يكون فيه إجبار من القاضي لأي طرف ومن أي جهة ولو كانت جهة السلطان، ذلك أن الإجبار يتعارض مع الرضا الذي يعدّ أساس العقود. غير أن للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي إذا تعذّر الحصول على الخلع من الزوج مباشرة فلذلك لا بد من تدخل للقاضي في هذه الحالة.

2839- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/75.

2840- ابن حجر: فتح الباري، 12/93. الشوكاني: نيل الأوطار، 12/450.

الفرع الخامس: الخلع في التشريع الجزائري

أولاً: تعريف الخلع قانوناً

هو دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضى افتداء الزوجة لنفسها برّد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية⁽²⁸⁴¹⁾.

ثانياً: الأساس القانوني للخلع

تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005 هي الأساس القانوني لنظام الخلع، فبموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق للمشرع ذكره في القانون 84-11، إلا أنه لم يبين كيفية تطبيقه.

وقد ألغى المشرع رضا الزوج وجعل الخلع متوقفاً على طلب المرأة، طبقاً لما جاء به تعديل المادة 54 بموجب الأمر 05-02، وهذا يعد مخالفة لما يراه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الأمر في قوله ﷺ لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁽²⁸⁴²⁾ هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب. وعلى هذا لم يكتف المشرع الجزائري الخلع على أنه عقد ثنائي الأطراف لا يتم إلا بالإيجاب والقبول لأنه طلاق على مال.

كما أن المحكمة لم تقيد التطلق للخلع بمحاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر على الوجه المبين في المادة 49 من نفس القانون. وكما سبقت الإشارة إليه فإن نص المادة 54 لم يتعرض للشروط الواجب توافرها لصحة إيقاع الخلع⁽²⁸⁴³⁾، واكتفت بالتأكيد على حق المرأة في مخالعة زوجها دون التوقف على رضاه، وأن للقاضي أن يحكم بالمقابل المالي للخلع عند عدم الاتفاق بين الزوجين على المقابل المالي للخلع. ومنه أصبح الخلع حقاً أصيلاً للمرأة بعد أن كان رخصة في ظل القانون 84-11 لسنة 1984.

2841- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/263. باديس ذياي: صور فك الرابطة الزوجية، 59-60.

2842- سبق تخرجه، ص 564.

2843- يشترط قانوناً للحكم بالتطلق خلعا: - أن تبغض الزوجة الحياة مع زوجها ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وأن تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض - أن تفتدى الزوجة نفسها بأن ترد لزوجها المهر الذى أعطاه لها وتتنازل عن جميع حقوقها الشرعية من مؤخر صداق ونفقة متعة ونفقة عدة - ألا تفلح المحكمة في إنهاء الدعوى صلحا سواء بنفسها أو بالحكمين اللذين تندبهما المحكمة لهذه المهمة - أن تقرر الزوجة صراحة - أمام المحكمة - أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ثالثا: موقف القضاء

سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق للزوجة أو رخصة، جعل القضاء غير مستقر على اجتهاد ثابت بعد صدور القانون 84-11، وتجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست اجتهادها تارة على أساس أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فلا بد من رضاه بالخلع حتى يتم، وذلك كما في القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلبت التطلاق ولم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطلاق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"⁽²⁸⁴⁴⁾. وهو ما جاء أيضا في القرار المؤرخ في 1991/04/23: "إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه"⁽²⁸⁴⁵⁾. وجاء الاجتهاد القضائي تارة على أساس أن الخلع حق للزوجة لا يتوقف على موافقة الزوج، ويتضح ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 1996/7/30: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق حولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا- في قضية الحال- بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"⁽²⁸⁴⁶⁾.

وكما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1994/04/19 وفيه: "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، سواء رضي الزوج أو لم يرض يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك

2844- ملف رقم 51728: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 72-73.

2845- ملف رقم 73885: نشرة القضاة، العدد 52.

2846- ملف رقم 141262: المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 120. والملاحظ أن الاجتهاد القضائي في هذا القرار جاء متناقضا، حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي. حيث أنها لم تنص على إهمال موافقة الزوج كما نصت على ذلك بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02.

الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج⁽²⁸⁴⁷⁾. ونفسه ما جاء في القرار المؤرخ في 1999/03/16: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁸⁴⁸⁾."

أما بالنسبة لتحديد المقابل المالي عند اختلاف الزوجين في تحديده، فلم يختلف القضاء عما جاء به النص القانوني. بمنح القاضي السلطة في تحديد المقابل المالي، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/7/21: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم."

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع-في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁸⁴⁹⁾.

رابعا: آثار الخلع

إن المشرع الجزائري لم ينص على آثار الخلع، إلا أنه وانطلاقا من كون الخلع عبارة عن اتفاق حول مال معين تدفعه الزوجة نظير مخالعتها لزوجها من خلال ما جاء في نص المادة 54 نفسها، وحسب ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية -مما سبقته الإشارة إليه- بأن من آثار الطلاق بالخلع⁽²⁸⁵⁰⁾:
- أنه يسقط ما نشأ قبله من حقوق بين الزوجين كالمهر المؤجل والنفقة الواجبة ما عدا نفقة العدة لأنها حق نشأ بعد الطلاق.

- لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل؛ لأن الحضانة ليست حقا مستقلا للحاضنة بل هو حق مقرر أيضا للأولاد.

2847- ملف 115118: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 106.

2848- ملف رقم 216239: المجلة القضائية، عدد خاص 2001، الصفحة 138.

2849- ملف رقم 83603: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 134.

2850- انظر، أحمد أبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية، ص 369-370.

- إذا اتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع التزام الأم بنفقة الأولاد لمدة محددة أو غير محددة وتم الطلاق ووقعت الزوجة في إعسار فتقع نفقتهم على الزوج ويبقى ذلك ديناً في ذمة الزوجة المختلعة.
- إن الطلاق بطريق الخلع يقع طلاقاً بائناً على المشهور في المذهب الحنفي والمالكي والشافعي في الجديد.

على أنه يظهر مما سبق أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي في وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته للطلاق خلعاً، فإن امتنع أجبره القاضي على ذلك كما يفهم ذلك من الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة.

كما أخذ برأي جماعة من التابعين⁽²⁸⁵¹⁾ في وجوب الترافع أمام القضاء للحكم في قوع الطلاق خلعاً، وهذا ما يفهم أيضاً من الفقرة الثانية من المادة نفسها.

2851- أصحاب الاتجاه القائل بوجوب إيقاع الخلع أمام القاضي. وقد سبق الإشارة إلى رأيهم وبيان أدلتهم.

المبحث الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لقد أجازت المادة 53 من قانون الأسرة للزوجة طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب، وقد صاغ المشرع الجزائري نص هذه المادة انطلاقاً مما هو مقرر شرعاً، وذلك لعدة اعتبارات أهمها؛ أن الطلاق حق للزوج يملك إيقاعه بنفسه لأنه صاحب العصمة، إلا أن الشريعة الإسلامية راعت جانب الزوجة لرفع الحرج والضرر عنها حيث لا تملك مالاً تفتدي به نفسها، ففتحت لها باباً للخلاص - وإن لم يرض به الزوج- وأوجبت على القاضي الاستجابة لطلبها متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين، وفي هذا تكريس لمطلق العدالة الإلهية.

وقبل الحديث عن جملة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطليق، لا بد أولاً من بيان مفهوم التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال ما يأتي:

المطلب الأول: التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن من الصلاحيات التي أعطتها الشريعة الإسلامية للقضاة أن جعلت لهم حق التفريق بين الزوج وزوجته، وإنما يثبت لهم ذلك الحق في التفريق إذا كان فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة بالمحافظة عليه، سواء ما تعلق منها بحقوق الشريعة نفسها، أم ما تعلق بحقوق أحد الزوجين، أم ما تعلق بحقوق غيرهما.

إلا أن التفريق القضائي الذي عناه المشرع الجزائري إنما يتضمن في جملة الأسباب التي عدّها وفق المادة 53 موجبات لحقّ المرأة في طلب التطليق. غير أن التفريق القضائي في الفقه الإسلامي يشمل جميع الفرق التي يوقعها القاضي سواء كانت طلاقاً، كالخلع، وكالتطليق لإعسار الزوج عن نفقة زوجته، أم فسخا كالتفريق بسبب اللعان، أو بسبب الإيلاء، على اختلاف بين فقهاء المذاهب في الفرق التي تتوقف على القضاء ويترتب عليها الطلاق أو الفسخ بحسب موجبها⁽²⁸⁵²⁾. وفيما يأتي بيان ذلك بإيجاز:

الفرع الأول: الجانب الفقهي

أولاً: التفريق في اصطلاح الفقهاء

هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب كالشقاق والضرر، وعدم الإنفاق.. أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين. وما يقع بتفريق القاضي طلاق بائن في أحوال، وفسخ في أحوال أخرى، وهو طلاق رجعي في بعض الأحوال⁽²⁸⁵³⁾.

2852- انظر تفصيلاً أكثر: عبد الرحمن الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص 76-79.

2853- حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي السني، 126.

ثانيا: سلطة القاضي في إيقاع الطلاق

من المعلوم أن الأصل في الطلاق حصوله بيد الزوج لا بيد غيره ولو قاضيا، ولكن أجاز جمهور الفقهاء للقاضي بما له من ولاية أن يقوم بالتفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند نشوزه وتحقق ظلمه لزوجته، فمهمة القاضي منع الظلم ورفع الضرر، وذلك في حالات معينة نصوا عليها، ولعل أكثر الأئمة توسعا في إعطاء القاضي الحق في إجابة طلب المرأة بالتطبيق المالكية والحنابلية، على العكس فيما ذهب إليه الأحناف الذين لم يعطوا القاضي الحق في طلاق المرأة إلا لعب في الزوج، بل اختلفوا فيما بينهم في حدود حق القاضي في التطبيق، فقصره الإمام أبو حنيفة على العيوب التناسلية في الرجل، وأضاف محمد الجنون والجذام والبرص (2854).

ثالثا: أسباب التفريق القضائي

إن تفريق القاضي بين الزوجين يكون لحقّ من حقوق الشريعة الإسلامية؛ كأن يترد أحد الزوجين عن الإسلام، ويثبت ذلك أمام القاضي بإحدى طرق الإثبات الشرعية، فيأمر القاضي بالافتراق من تلقاء أنفسهما، فإن لم يفعلا فرق بينهما.

وإما أن يكون التفريق لحقّ من حقوق أحد الزوجين، فقد يكون صاحب الحق هو الزوج، كما في اختياره نفسه بعد البلوغ، وقد يكون صاحب هذا الحق هو الزوجة، كما في اختيارها نفسها بعد البلوغ أيضا. وقد يكون صاحب هذا الحق هو ولي الزوجة، كما لو زوجت المرأة البالغة نفسها بدون مهر أمثالها ولم يرض الولي، ولم يرض الزوج أيضا أن يكمل لها مهر أمثالها.

وتفريق القاضي بين الزوجين لواحد من هذه الحقوق لا يكون إلا بعد أن يتقدم إليه صاحب الحق طالبا التفريق (2855).

ويلاحظ أن معظم حالات طلب التفريق تكون من قبل الزوجة (2856)، فإذا تضررت من زوجها بأن لم يوفّها الزوج حقوقها الشرعية، فلها أن ترفع الضرر عن نفسها شرعا، حيث مكنتها الشريعة الإسلامية في هذه الحالة من أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها -لأنها لا تملك الطلاق- فإذا أثبتت بأي طريق من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها حكم لها القاضي بتطليقها منه، بناء على طلبها، ويكون القاضي نائبا عن الزوج الذي امتنع من تطليقها، لأن امتناعه ظلم، والذي يرفع الظلم ويحق الحق وينظر في مصالح الناس الدينية والدينية هو القاضي.

2854- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 347.

2855- يلاحظ أن التفريق يختلف عن الطلاق؛ بأن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع.

2856- وإن كان يمكن للزوج طلب التفريق للشقاق والتراخ مثلا، كمن يريد التملص من المهر المؤجل.

والحالات التي يجوز للقاضي فيها التفريق تشمل: التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيب أو للعلل الجنسية، والتفريق للضرر بسبب سوء العشرة أو الشقاق والتراع بين الزوجين الذي يتعذر معه الإصلاح، والتفريق للغيبة والتفريق للحبس أو الأسر، وذلك حفظاً لحق أحد الزوجين، والتفريق بسبب الإيلاء واللعان والظهار وردة أحد الزوجين وذلك بحكم الشرع⁽²⁸⁵⁷⁾.

الفرع الثاني: الجانب القانوني

تضمنت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الأسباب التي يجوز للزوجة فيها طلب التطليق، فنصت على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة

والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعاً⁽²⁸⁵⁸⁾.

2857- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 347 وما بعدها.

2858- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27، وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب

التطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-

79-80 من هذا القانون. 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. 4- الحكم

بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5-

الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة. 6- كل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37

أعلاه. 7- ارتكاب فاحشة مبينة".

أولاً: تعريف التطلاق قانوناً

هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف⁽²⁸⁵⁹⁾.

ويلاحظ من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة أنه لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر انحلال الزواج بالطلاق، وأصبح بإمكان الزوجة أن تفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي إذا ما أثبتت سبباً مشروعاً يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، وذلك تيسيراً على الناس وتجنباً للحرَج وتماشياً وروح الشريعة الإسلامية.

ومقارنة بما جاء في المادة نفسها قبل تعديلها فإن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق القضائي (التطلاق). وهذا يعتبر ارتقاءً تدريجياً لتكريس حق الزوجة في التطلاق بإيجاد رخصة لها في إمكانية فك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي بعد تقديم الأسباب والعلل الشرعية في ذلك⁽²⁸⁶⁰⁾.

والملاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري قد جاء بأسباب أكثر ليونة فيما يتعلق بهذه الصورة، وذلك بمنحه فرصاً جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتطلاق، وأوصلها إلى عشرة أسباب.

إلا أن فقهاء الشريعة قد حصروا أسباب التطلاق في حالات معينة وهي: عدم النفقة والضرر المعتبر شرعاً، وغيبية الزوج أو حبسه، والعيوب التناسلية⁽²⁸⁶¹⁾. غير أن بعض ما جاء به قانون الأسرة من أسباب للتطلاق يعدّ توسعة على الزوجة في طلب التفريق بحقها في الخلع تارة، أو بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في العقد تارة أخرى، أو بسبب مخالفة الزوج أيضاً للأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة وغير ذلك.

وعلى العكس من ذلك فإن الشريعة الإسلامية، وحفاظاً منها على استقرار العلاقة الزوجية، اتجهت إلى التضييق من كل ما من شأنه هدم الحياة الزوجية.

2859- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/273.

2860- واضح من تسهيل المشرع الجزائري من مهمة الزوجة في تأسيس طلبها وإعطائها فرصاً أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئاً فشيئاً لمرتبة الحق الأصل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق.

2861- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 347.

كما يلاحظ على المادة نفسها أنها لم تبين حكم التطليق عند وقوعه هل يقع طلاقاً رجعياً أم طلاقاً بائناً، إلا أنه يفهم من المواد 49-50-51 أنها تشمل جميع صور فك بخصوص إجراءاتها عن طريق الطلاق⁽²⁸⁶²⁾.

هذا، وقد بحث الفقهاء القدامى والمحدثين على اختلاف مذاهبهم كل هذه الأنواع وجملة الأسباب التي تخول للمرأة الحق في طلب التفريق القضائي، وفصلوا الحديث عنها بما لا يدع مجالاً للخوض فيها.

غير أن ما أضافته المادة 53 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، ويتمثل ذلك بالتحديد في الفقرات السادسة والثامنة والتاسعة من نفس المادة، يتطلب الوقوف عندها لمعرفة مدى توافق ما ذهب إليه المشرع مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

ذلك أن المشرع الجزائري قد نص في الفقرة السادسة من المادة 53 أنه من حق المرأة أن تطلب التطليق عند مخالفة الزوج للأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة، كما أفرد التطليق للشقاق المستمر وفق الفقرة الثامنة من المادة نفسها، في حين اعتبر الفقه الإسلامي الشقاق نوعاً من أنواع الضرر الذي يستوجب التفريق عند استمراره وفشل الحكمين، كما أجاز للمرأة أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر بسبب الزواج عليها، لا بمجرد تعدد زوجها في الزوجات. كما ذهب المشرع الجزائري إلى منح الحق للمرأة في طلب التطليق عند مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج وفق الفقرة التاسعة التي يعتبر مصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة، والتي سبق التطرق إليها عند الحديث عن الاشتراط في عقد الزواج، ومنه فلا داعي للوقوف عندها.

على أن الفقرتين السادسة والثامنة من المادة نفسها تطرحان عدة إشكالات فقهية من حيث سلطة القاضي في إجابة طلب المرأة في التفريق بينها وبين زوجها بالتطليق. وفيما يلي بيان ذلك.

2862- ينطبق على هذه الحالة ما قيل بصدد الطلاق بالإرادة المنفردة وحكم الرجعة فيه قبل وبعد صدور الحكم بالطلاق وفق قانون الأسرة. ذلك أن المشرع الجزائري لم يعتبر اختلاف الحكم في التطليق باختلاف سببه. ذلك أن الأمر يختلف من حيث اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقوع الطلاق على سبيل المثال بسبب عدم الإنفاق فيكون طلاقاً رجعياً عند المالكية، وفسخاً عند الشافعية والحنابلة. والتفريق للعيوب طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومالك، وعند الشافعي وأحمد فسخ. والتفريق للغيبة عند مالك طلاقاً بائناً، وعند أحمد فسخ. والطلاق للضرر طلاقاً بائناً عند مالك. وعلى هذا تختلف الآثار المترتبة على الطلاق عنها في الفسخ. انظر، الدسوقي: حاشية الدسوقي، 519/2. الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 3/155. ابن قدامة: المغني، 11/365. السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/235 وما بعدها. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 3/15.

المطلب الثاني: التطليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة

أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة، حيث أوجبت على الزوج عند عزمه الزواج بأخرى، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية. كما نصت المادة 8 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

وما يمكن ملاحظته أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 لا موجب لإعادة ذكرها، ذلك أن القانون قد نص عليها في المادة 8 مكرر، والتي تقضي بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطليق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارهما والحصول على موافقتهما وترخيص القاضي المسبق. كما أن المادة 19 من نفس القانون تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط في عدم الزواج عليها.

وعليه يبدو أن المشرع قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر، حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة، وجعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال نص الفقرة السادسة من المادة 53. ومنه فهل يعدّ مجرد عدم إعلام الزوجة السابقة واللاحقة - دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحدهما أو بهما معا- سببا كافيا لطلب التطليق والتفريق القضائي، وما ينجم عن ذلك من آثار سلبية على الأسرة وبخاصة عند وجود الأبناء؟.

نظرة الشريعة الإسلامية للتطليق لضرر تعدد الزوجات

التطليق لضرر تعدد الزوجات- كضرر خاص- مستقل عن التطليق للضرر مخالف للشريعة الإسلامية، ذلك أن التطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته بسلوكه معها سلوكا مخالفا للشرع، لا لمجرد شعورها بالآلام نفسية من زواجه عليها؛ لأن هذا الزواج أمر غير مخالف للشرع، والتطليق للضرر نظام عادل، يقوم على أساس من الحق، وهو تسريح بإحسان فيه خشية لله -عز وجل- لأنه يرفع الضرر عن الزوجة، كما يعطيها حقوقها كاملة، بسبب إضرار الزوج بها المتمثل في سلوكه معها مسلكا مخالفا للشرع⁽²⁸⁶³⁾، فإذا لم يكن الزوج مضرا بها، ولكن كرهته أو شعرت بالآلام نفسية من

2863- أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة طلب التطليق للضرر الذي يلحقها من زوجها أيّا كان نوعه، إلا أنه ليس لها أن تطلب التطليق بسبب زواج زوجها من زوجة أخرى إلا إذا أثبت الضرر المادي أو المعنوي، بحيث يكون من الجسامة ما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما،

زواجه عليها رغم أنه قائم بحقوقها، ففي هذه الحالة لم يضيق الشرع عليها، ولم يجبرها على أن تعيش معه رغما عنها، وأعطاهما الحق في طلب الخلع الذي هو نظام عادل، إذ يلزم الزوجة الكارهة بأن تدفع تعويضا لزوجها عما يلحقه من ضرر بسبب إتهائها العلاقة الزوجية معه دون تقصير منه، والتعويض هنا فضلا عن عدالته يحدّ من اندفاع الزوجة وراء عواطفها ورغبتها في هدم الحياة الزوجية⁽²⁸⁶⁴⁾.

ولا يقال: أن الزوج هو الذي دفع زوجته إلى ذلك بزواجه عليها؛ لأن الزوج لم يخطئ بزواجه الجديد، بل هو حق مشروع له، وبغير استعمال الزوج لهذا الحق لا تتحقق مقاصد تعدد الزوجات الذي أحله الله لصالح النساء، ولصالح الرجال ولصالح المجتمع، وبالتالي فإن التطبيق لهذا الضرر النفسي مخالف لنص القرآن في التسريح بإحسان.

كما أن كون الزواج الثاني فيه مظنة الضرر لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ حَفِظْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾⁽²⁸⁶⁵⁾، لا يعني أن تعطى الزوجة الحق في طلب التطلاق لأي ضرر مادي أو معنوي أو نفسي؛ لأن الزواج الأول وكل زواج لا يخلو من ضرر، إذ أن الزواج قيد لكل من الزوج والزوجة يفرض على كل منهما واجبات معينة، والعدل مطلوب مع كل زوجة، سواء كان زوجها متزوجا بغيرها أم لم يكن معه سواها، ومن المستحيل أن يعدل الزوج مع زوجته الوحيدة في كل وقت، فكذلك العدل بين زوجاته غير مستطاع، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾⁽²⁸⁶⁶⁾. وطالما كان الزوج يعدل بين زوجاته العدل المستطاع، فلا يحتج عليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا﴾⁽²⁸⁶⁷⁾، كما لا يحتج عليه بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁸⁶⁸⁾؛ لأن الضرر الذي يميز التفريق بين الزوجين ويستوجب الضمان ليس هو كل ضرر، وإنما هو إلحاق مفسدة بالزوجة بغير حق، أو سلوك من الزوج مخالف للشرع، والضرار كذلك هو أن يدخل الشخص الضرر بغير حق على من أضره⁽²⁸⁶⁹⁾.

ويمكن القول بأن إعطاء الزوجة الحق في طلب التطلاق لما أصابها من آلام نفسية بسبب جمع زوجها بينها وبين أخرى، هو دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات يستهدف تعطيله والحدّ منه،

وطلب التطلاق في هذه الحالة هو تطبيق للضرر، ومناطه وقوع الضرر فعلا. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 490.

2864- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، (دط، دت)، ص 249.

2865- النساء: الآية 3.

2866- النساء: الآية 129.

2867- البقرة: الآية 231.

2868- انظر، محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 165.

2869- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 251.

وهو ما يؤدي إلى ضرر عام ومفاسد أعظم من الضرر الذي يصيب زوجة يتزوج عليها زوجها؛ لأنه يؤدي إلى زيادة الفائص من النساء غير المتزوجات، فيزيد أزمة الزواج حدة، كما يؤدي إلى كثرة الزواج العرفي وكثرة وقوع الطلاق، وظهور الانحرافات الخلقية. كما لا يقاس الضرر بعواطف النساء، لأن الضرر العاطفي لا يتعلق به حكم شرعي، إذ الحكم الشرعي هو خطاب الله - عز وجل - المتعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم أو أهوائهم⁽²⁸⁷⁰⁾.

كما أن تزوج الصحابة على زوجاتهم دون أن يشترط عليهم رسول الله ﷺ أخذ رضا زوجاتهم، ولم يعتبر الألم النفسي الذي يصيب الزوجة من تعدد الزوجات ضرراً يجوز الحكم لها بكافة حقوق المطلقة إذا رغبت في فراق زوجها، على الرغم من أن غيرة النساء موجودة في كل عصر. ومن المغالطة القول بأن الصحابة كانوا يعددون زوجاتهم بحكم البيئة والعرف، وقد تغير العرف الآن فيجب أن يتغير حكم تعدد الزوجات بتغيره، بل أنهم كانوا يعددون في الزوجات امتثالاً لقوله ﷺ: "وإن من سنتنا النكاح"⁽²⁸⁷¹⁾، كما أن أحكام تعدد الزوجات والطلاق غير مبنية على العرف، وإنما هي مبنية على نصوص قرآنية في شريعة صالحة لكل زمان ومكان⁽²⁸⁷²⁾.

وأما المفاسد التي يراها المنادون بتقييد تعدد الزوجات في المشكلات التي تنشأ بين الزوجات والأولاد، فيمكن الحد منها عن طريق التربية الدينية الصحيحة⁽²⁸⁷³⁾، وعن طريق الأخذ بما رسمه الإسلام من صلح بين الزوجين وبعث للحكمين، ثم إن المفسدة التي تسدّها الذريعة يجب أن تكون مفسدة في نظر الشرع، لا مفسدة يتوهمها ولي الأمر بسلطته في تقييد المباح عملاً بالسياسة الشرعية التي تعتمد على سدّ الذرائع⁽²⁸⁷⁴⁾، فقد قيد الإسلام التعدد بقيود تختص بالعدد والعدل وعدم الجمع بين المحارم كالجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد، وكل قيد بعد ذلك ليس تقييداً لمباح وإنما هو تضيق على حلال. كما أن التطبيق لتعدد الزوجات أو لضرر نفسي ناتج عنه يصيب الزوجة أمر مخالف للثابت

2870- قال أنور العمروسي: "ولا يعد مجرد الزواج بأخرى في حد ذاته ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب التطلق، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع، وما شرع الله حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، وأن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبدل لها فإن العمل على خلافها ليس إلا تعدياً على حدود الله". موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، 1/603.

2871- سبق تخريجه، ص 259.

2872- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: المرجع نفسه، ص 261.

2873- إن ما قد يحتاج إليه الرجل من تعدد الزوجات بالشروط والضوابط المذكورة آنفاً، لا يخدش شيئاً من مصلحة الأسرة ولا يدخل أي اضطراب في عمود النسب. انظر، البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ص 133.

2874- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، ص 264.

في جميع المذاهب الإسلامية، فإذا كان المذهب المالكي قد أجاز التطليق للضرر، فإن مراجعه صريحة في أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضرراً⁽²⁸⁷⁵⁾.

ومما سبق ذكره يمكن تنظيم تعدد الزوجات -إضافة إلى ما هو مقرر في الشريعة من قيود- بما يأتي⁽²⁸⁷⁶⁾:

أولاً: على الزوج إسكان زوجته في مسكن مستقل بمرافقه، ويعتبر في استقلال المسكن حال الزوج وعرف البلد.

ثانياً: ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها.

ثالثاً: للزوجة إن خافت من بعلها نشوزاً أو إغراضاً أن تطلب الصلح بينها وبينه.

رابعاً: للزوجة المتضررة ضرراً لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وتعذر الصلح بينهما، أن تطلب التفريق بينها وبينه، ويعتبر هذا تطليق للضرر لا لمجرد التعدد.

وخلاصة هذه المسألة يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تعترف بتفضيل الزواج الموحد ولا تقضي بتحريم الزواج المتعدد، فقد أباحته مع ضمان العدل بين الزوجات. وإذا كانت مشاركة امرأة أخرى في الزوج تولد إحساساً بالغيرة لدى الزوجة الأخرى، فإن هذا الإحساس ليس أقسى من مهانة العمل أو مهانة الحاجة أو مهانة الغيرة البائسة أو مهانة الابتدال.

المطلب الثالث: التطليق للشقاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

بين الشرع الإسلامي أن لكل من الزوجين حقاً قبل الآخر يجب عليه رعايته وأرشد أن أساس الزواج السكن والمودة والرحمة، ووجه الزوجين إلى مقاومة الخلافات بالموعظة الحسنة والتقويم السليم، فجعل للرجل أن يعظ زوجته بحيث إذا لم يجد معها الوعظ هجرها في المضجع، فإن لم يجد ذلك ضربها ضرباً غير مبرح دون بغي ولا عدوان، كما وجه الشارع المرأة إلى استرضاء الزوج إذا شعرت منه نشوزاً أو إغراضاً، حتى يستقيم حاله، وإلا فإنها ترفع أمرها إلى القاضي فيعذره بما يرى أنه أنفع. ولا شك أن المقصود بالشقاق هو سوء العشرة بين الزوجين واستمرار التنافر بينهما، بسبب من الزوج أو من

2875- ففي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "ولها، أي للزوجة التطليق على الزوج للضرر، وهو ما لا يجوز شرعاً، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها... ويؤدب كذلك زيادة على التطليق... لا، (أي ليس لها التطليق) بمنعها من حمام وفرجة -أي نزهة- وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها" ثم قال: "ومنى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق". 345/2. واضح من هذا النص أن زواج الرجل على زوجته لا يعتبر ضرراً يجوز للزوجة طلب التطليق، بل لا بد من وقوع الضرر فيكون تطليقاً للضرر.

2876- انظر، عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، دار الشروق، جدة، ط4، 1977، ص 322-323.

الزوجة، أو بسببهما معا⁽²⁸⁷⁷⁾، مما يلحق الضرر بأحدهما أو بكليهما؛ لأن الشقاق بحد ذاته يعتبر ضررا، ولذا فإذا دبّ الخلاف واتسع نطاق الشقاق فإن الشارع قد عالج ذلك بتوسيط حكم من أهله وحكما من أهلها ليدرسا سبب الشقاق وهما على قرب منهما وصلة بهما تمكنهما من تكشف الحقائق، لمحاولة إصلاح ذات البين وملافاة أسباب النزاع قبل أن يستفحل أمره، ويتعداهما إلى باقي الأسرة. بخلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري من عدم بعث الحكّمين في حال الشقاق وثبوت الضرر أمام القاضي وفق ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الأسرة: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

وكما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، كما يكون خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له⁽²⁸⁷⁸⁾، ويكون تطليقا من الحكّمين إذا كان التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر، ولم يعرف الحق من المبطل⁽²⁸⁷⁹⁾. غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها، الأمر الذي قد تكون المرأة سببا في استفحاله واستمراره. ومنه فإذا كانت الشريعة قد عالجت حالة الشقاق ببعث الحكّمين قصد الإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما، فإن المشرع الجزائري قد أجاز للزوجة طلب التطليق عند قيام الشقاق. وترك أمر تحديد هذا الشقاق وتكييفه التكييف الذي يؤدي إلى الوقوف بجانب الزوجة، والقضاء لها بطلبها التطليق على زوجها.

على أن التطليق إنما يكون بسبب الضرر الناشئ عن الشقاق أو سوء العشرة، والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كالهجر دون موجب شرعي والضرب والسب، والإكراه على محرم أو تعاطي المحرم⁽²⁸⁸⁰⁾. وهذا ما أقرته المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها العاشرة بقولها: "كل ضرر معتبر شرعا". فكان الأولى عدم إضافة الفقرة الثامنة الخاصة بحالة الشقاق المستمر بين الزوجين، ذلك أن الشقاق يعتبر صورة من صور الضرر المعتبر شرعا لما ينجم عنه من آلام نفسية ومعنوية -تلحق بأحد الزوجين أو بكليهما- قد تكون أشد وقعا من الضرر المادي⁽²⁸⁸¹⁾.

2877- الشريبي: معني المحتاج، 3/342.

2878- انظر، الدردير: الشرح الصغير، 1/440.

2879- انظر، ابن رشد: بداية المجتهد، 2/98.

2880- انظر، حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي السني، ص 148.

2881- يختلف التطليق للضرر عن التطليق للشقاق، ذلك أن من حق المرأة أن تطلب التطليق للضرر معتبر شرعا لحق بها، وأما التطليق للشقاق فقد يكون الشقاق بسببها، فكيف يكون لها الحق في طلب التطليق، مع أن الفقهاء قد نصوا في مثل هذه الحالة على حق الزوج في تأديب زوجته بالطرق المنصوص عليها شرعا.

وعلى هذا فإن الشريعة الإسلامية لم تعتبر الشقاق سببا للتطليق، بل أوجبت تعيين الحكيم للإصلاح، وفي حالة الضرر أجازت للمرأة رفع أمرها للقاضي، ومن هنا بان الفرق الذي يستوجب الوقوف عنده في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: الجانب الفقهي

الشقاق: هو النزاع الشديد بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما⁽²⁸⁸²⁾. والضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم والتقيح المخل بالكرامة والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه⁽²⁸⁸³⁾. قال الطبري: "وإن علمتم أيها الناس شقاق بينهما، وذلك بمشاقة كل واحد منهما لصاحبه، وهو إتيان ما يشق عليه من الأمور؛ فأما من المرأة فالنشوز، وتركها أداء حق الله عليها، الذي ألزما الله لزوجها؛ وأما من الزوج فتركه إمساكها بالمعروف، أو تسريحها بإحسان"⁽²⁸⁸⁴⁾. فقد يختل التوازن وتسوء العشرة ويقع الضرر، ويكون الضرر من الزوجة تارة، ومن الزوج أخرى، وحصول الضرر من الزوجة يعالج بالتأديب الوارد في آية النشوز، فإذا فشل التأديب والصلح فالطلاق بيد الزوج، وبذلك يستطيع أن يرفع الضرر عن نفسه، فإن كان الضرر من الزوج-والمرأة لا تملك الطلاق فلا يجوز أن تبقى ضحية ظلم الزوج وتجره- من أجل هذا جعل الشرع الحكيم للمرأة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا وقع عليها ضرر من الزوج، وجعل للقاضي الحق في أن يطلق على الزوج على الرغم منه، إذا ثبت له ضرر، وهو ما تقتضيه نصوص القرآن التي تأمر بالعدل والإحسان والعشرة بالمعروف⁽²⁸⁸⁵⁾.

والذي يهّم في هذا المقام هو التطرق لحالة كون الزوج هو المسيء لزوجته بظلمها والتعدي عليها، أو أن الشقاق كان بسببه⁽²⁸⁸⁶⁾، بمعنى الضرر الناشئ عن إيذاء الزوج لزوجته ماديا أو معنويا، بكل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا، ولا ترى الزوجة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها⁽²⁸⁸⁷⁾.

2882- الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بيروت، (مطابع دار الصفوة)، ط1، 1993، 53/29.

2883- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 527/7.

2884- الطبري: جامع البيان، 70/5.

2885- انظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 12/3.

2886- وقد سبق الكلام عن حالة نشوز الزوج مع رغبة الزوجة في البقاء في بيت الزوجية وعدم رفع أمرها للقاضي طالبة التفريق، وكذا نشوز الزوجة وطرق علاجه، فلا حاجة للحديث عن ذلك في هذا الموضوع.

2887- انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 432.

والضرر الذي يعطي الحق للمرأة في رفع دعوى الطلاق يكون بواحد من الأمور الآتية⁽²⁸⁸⁸⁾:
سوء العشرة، والإيلاء من غير سبب شرعي، وترك الإنفاق على الزوجة، وغياب الزوج سنة فأكثر،
وأسر الزوج أو حبسه، وكذا العيوب التي تكون بالزوج وتمنع تحقق بعض مقاصد الزواج، وليس لمجرد
الشقاق الذي لا يخلو منه زواج، والذي عاجله القرآن ببعث الحكيم بقصد الإصلاح.
ولا شك أن من حق الزوج على زوجته إن هي خالفته ولم تطعه فيما تجب عليها طاعته شرعا
أن يؤديها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ
وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾⁽²⁸⁸⁹⁾، ولكن لا يحق للزوج أن يتجاوز هذا الحق
بضربها ضربا مبرحا ولو لأجل التأديب اتفاقا. كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للزوج أن يسيئ إليها
المعاملة، ولا يؤذيها بقول، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁸⁹⁰⁾. فإذا تعدى الزوج حسن
العشرة والمعاملة الحسنة إلى الإضرار بالزوجة، فهل يحق للزوجة في هذه الأحوال أن تطلب من القاضي
أو المحكمة التفريق بينها وبين زوجها للضرر؟. وقد اختلف الفقهاء في ذلك، فلم يجز الحنفية والشافعية
والحنابلة⁽²⁸⁹¹⁾ التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديدا⁽²⁸⁹²⁾؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة
يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن
الإضرار بها، جاء في معني المحتاج: "فإن أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب لها - أي القاضي -
عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه، وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق به لتعديه عليها"⁽²⁸⁹³⁾.

2888- ليس من الضرر منع المرأة من الخروج للتهمة ولا تأديبها في حقوق الله كترك الصلاة، ولا تزوج الرجل عليها امرأة أخرى، لأن ما
أذن به الشرع لا يكون فعله ضرا، وما نهي عنه ففعله من الضرر. الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 13/3.

2889- النساء: الآية 34.

2890- النساء: الآية 19.

2891- انظر، الشريبي: معني المحتاج، 344/3. ابن قدامة: المعني، 262/10-263.

2892- هذا النوع من الضرر يختلف عن الضرر الذي قد يلحق الزوجة ويحيز لها طلب التفريق كما في حالة إعسار الزوج بالنفقة أو وجود
عيب بالزوج، أو غيابه أو حبسه، فإن الضرر فيها جميعا متى ثبت يجوز للزوجة طلب التفريق، ويكون معياره موضوعيا عاما وواحدا لجميع
الزوجات لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي، وليس له معيار شخصي، فإما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فإن ثبت فإنه يعتد
به بغير الالتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين وإيذاء الزوج زوجته فالمعيار فيه شخصي
يتوقف على مكانة الزوجة بين أمثالها، فإنه يختلف من زوجة إلى أخرى، ففعل معين بذاته قد يكون أمرا عاديا بالنسبة لزوج، وقد يكون ضرا
جسيما لا تتحملة زوجة أخرى، وتقدير الضرر ومدى جسامته أمر متروك لتقدير القاضي وفق ظروف وملابسات الدعوى وحال الزوج.
فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وأثبتت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح بينها وبين زوجها
طلقها القاضي على زوجها، أما إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها وأخفقت في إثبات دعواها قضى برفض طلبها. انظر، أحمد إبراهيم بك:
أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 432-433. وهذا ما أغفله المشرع الجزائري حين أطلق الحق للمرأة في
طلب التطلاق بسبب الشقاق.

2893- الشريبي: معني المحتاج، 344/3.

وجاء في المغني⁽²⁸⁹⁴⁾: "إذا وقع بينهما-أي الزوج والزوجة- شقاق نظر الحاكم، فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها، وكذلك إذا بان من كل واحد منهما تعدّ، وادّعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن لم يتهياً ذلك وتمادى الشر بينهما، وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فنظرا بينهما وفعلاً ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق"⁽²⁸⁹⁵⁾. وأجاز المالكية⁽²⁸⁹⁶⁾ التفريق للشقاق أو للضرر منعا للتراع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاء⁽²⁸⁹⁷⁾، ولقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁸⁹⁸⁾.

وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإذا أثبت الضرر أو صحت دعواها طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادّعاء بعث القاضي حكماً للإصلاح بينهما، أو التفريق بعوض أو دونه⁽²⁸⁹⁹⁾.

الفرع الثاني: الجانب القانوني

نص قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثامنة من المادة 53 على اعتبار الشقاق المستمر بين الزوجين سبباً من أسباب طلب الزوجة للتطيق، حيث جاء فيها: "الشقاق المستمر بين الزوجين"⁽²⁹⁰⁰⁾. لم يعرف قانون الأسرة الجزائري التطيق للشقاق بين الزوجين قبل تعديله بموجب الأمر 05-02، وباستقراء المادة المذكورة فإنه يمكن للزوجة أن تطلب التطيق للشقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المعتر شرعاً، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل قاضي الموضوع الذي يمكنه أن يحكم لها بالطلب، كما يمكن له رفضه، ويمكن الرجوع في ذلك إلى ما أقره الاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار الصادر في 1996/9/24، والذي قرر أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً⁽²⁹⁰¹⁾.

2894- ابن قدامة: المغني، 10/263-264.

2895- وسيأتي ذكر الخلاف في الحكمين هل يملكان التفريق أم لا؟.

2896- الصادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 3/12.

2897- ليس المقصود بالشقاق عند الفقهاء عدم التفاهم بين الزوجين، أو عدم الانسجام بين طبائع الرجل والمرأة، إنما يقصد به الضرر أو التعدي الذي ينشأ عنهما الشقاق، فيكون تفريق القاضي بسبب الضرر لا مجرد الشقاق كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري.

2898- سبق تخريجه، ص 275.

2899- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/527-528. حسن موسى الحاج موسى: القضاء الشرعي السني، ص 134.

2900- أضيفت هذه الفقرة من المادة 53 بموجب الأمر 05-02.

2901- ملف رقم 139353: المجلة القضائية، العدد الثاني، 1997، ص 66.

غير أن التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 جعل من بين أسباب طلب التطليق الشقاق المستمر بين الزوجين، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استدرك هذا الموضوع وجعله سببا من أسباب التفريق القضائي، لكن دون بيان لكيفية إثبات وجود الشقاق، وإثبات استمراره، والضرر الحاصل منه، ومعرفة المتسبب فيه. وعلى هذا لا بد من بيان إجراءات القاضي عند طلب المرأة التطليق بسبب الشقاق الناشئ عنه ضرر بها.

الإجراءات التنفيذية عند ثبوت الضرر

لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالشقاق ولا الكيفية التي يثبت بها بغض النظر عن الضرر الناشئ بسببه. وعليه كان الأجدر بالمشرع أن لا يجيب المرأة لطلبها التطليق، حتى يتحقق من طبيعة الضرر الناشئ بسبب الشقاق، ويثبت لديه، كالضرب الذي يخلف أثرا، أو أن يثبت له أن الضرر غير بين، ولكن اشترطت الزوجة على زوجها في العقد أنه إذا أضر بها فلها أن تطلق نفسها، ففي هاتين الحالتين يحكم القاضي بالطلاق، ولو لم يتكرر الضرر من الزوج، لأن بقاء أثر الضرر على بدن المرأة واشتراطها عدم الضرر في العقد يقوي حجتها، ويعطي مبرر التفريق دون انتظار لتكرار الضرر.

فإن كان الضرر غير بين كالهجر والضرب الخفيف ولم تشترط المرأة في العقد طلاق نفسها للضرر فإن القاضي يخبر الزوج أنه إذا تكرر منه الضرر فإنه يطلق عنه، فإن تكرر الضرر، ولم يستطع الزوج أن يفند دعوى الزوجة حكم عليه بالطلاق، وإذا تكررت دعوى الزوجة بالضرر، وفي كل مرة يفند الزوج دعواها، فإن لم يتضح الأمر مع ذلك عين القاضي حكيم للإصلاح والتوفيق أو الحكم بالفراق إذا تعذر الإصلاح⁽²⁹⁰²⁾.

وهذه النظرة الفقهية تعتبر أقرب إلى الصواب مما ذهب إليه المشرع الجزائري بإجابة الزوجة في طلبها التطليق لمجرد الشقاق. ذلك أن الفقرة الثامنة من المادة 53 لم تقرن الشقاق بالضرر - الذي يعد سببا من أسباب التطليق - بل تركت الأمر لإرادة الزوجة في طلبها التطليق بمجرد سوء التفاهم بينها وبين زوجها سواء لحقها ضرر أم لا، وهذا ما يفهم من نص الفقرة الثامنة من المادة 53. الأمر الذي لا تفره مقاصد تشريع الزواج ولا أهدافه المنشودة.

2902- انظر، الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 14/3.

كما أنها لم تحدد المعيار الذي يعتبر الشقاق وفقه سببا كافيا لإجابة المرأة طلبها في التطليق، من حيث إثباته وقدره واستمراره وما قد يخلفه من أضرار⁽²⁹⁰³⁾.

والإجابة عن ذلك يمكن استقراؤها من خلال نص المادة 53 التي تشترط الاستمرار في الشقاق⁽²⁹⁰⁴⁾ ومن خلال الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1996 الآتي ذكره.

التطبيق للشقاق في القضاء

اشترط القضاء في الشقاق الموجب للتفريق شرطين هما الاستمرارية وثبوت الضرر، فقد جاء في المادة 53 الفقرة الثامنة منها ما يفيد استمرار الشقاق، وجاء في القرار الصادر في 1996/9/24 والذي كان مدعاة لوجود هذه الفقرة من المادة 53- ما يلي: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁹⁰⁵⁾.

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد تناول موضوع الشقاق المبرر لطلب التفريق -الذي جاء متأخرا- بطريقة عرضية غامضة تدعو إلى الاختلاف حوله، إلا أنه يمكن الاستئناس بالاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار المؤرخ في 1996/9/24، وكذا القرار المؤرخ في 1999/6/15 السابقين عن وجود هذه الفقرة من المادة 53 في تفسيرها ومعرفة شروطها المتمثلة أساسا في استمرار الشقاق واستفحاله وتضرر الزوجة منه.

حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/6/15: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين، باعتباره ضرا شرعيا. ومتى تبين - من قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر؛ لأنه لم يمثل للقضاء لتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا

2903- وكان يفترض في مثل هذه الحالة النص على بعث الحكامين للإصلاح إذا تعذر ذلك على القاضي، وهذا مقرر في الشريعة الإسلامية بمجرد خوف وقوع الشقاق بين الزوجين.

2904- دون بيان لمفهوم الشقاق هل المقصود به الضرر، ومن ثم يكون للمرأة الحق في طلبها التطليق، أم مجرد عدم الانسجام والتفاهم بين الزوجين فتصبح بذلك العلاقة الزوجية مرهونة بحسب مزاج الزوجة، كما أن شرط الاستمرار في الشقاق غير واضح، ذلك أن العبرة في هذه الحالة بما يخلفه الشقاق من أضرار نفسية ومعنوية أو مادية، حتى ولو لم يستمر.

2905- ملف رقم 139353: المجلة القضائية العدد الثاني 1997، ص 66.

صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁹⁰⁶⁾. حيث يفهم من هذين القرارين أن الاجتهاد القضائي قد قيد التطبيق للشقاق بقيد أساسيين هما: الاستمرار الذي تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة، وكذا ثبوت الضرر بسبب الشقاق، وهذا ما لم يوضحه المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وعلى هذا -ومن خلال ما سبق بيانه- يمكن ملاحظة ما يأتي:

- أن المشرع اعتبر الشقاق المستمر سببا يميز للزوجة طلب التطلق وفق المادة 53، مع ثبوت الضرر الذي أكدته الاجتهادات القضائية، إلا أنه لم يفرق بين حالة الشقاق التي يكون سببها الزوج، وبين أن تكون الزوجة سببا في حصول هذا الشقاق. ومنه يحسن إعادة صياغة الفقرة على غرار ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري⁽²⁹⁰⁷⁾ فيما يخص الضرر المشترك بين الزوجين وحالة تغلبه من أحدها. مع تحديد الضرر الناشئ عن غير الزوج كأولاده من زوجته الثانية أو أقربائه عندما يصل إلى حد تعكير الحياة الزوجية ويوصل إلى الشقاق وأن يكون للزوجة حق التطلق رفعا للظلم عنها بناء على قاعدة لا ضرر وضرار .

- كما أنه لم يتطرق إلى موضوع الإثبات رغم أن القضاء يفرق بين الضرر المعتبر شرعا فيقع على عاتق الزوجة إثباته، وبين الضرر المؤسس في حالة تعدد الزوجات وهنا تعفى الزوجة من إثباته، بناء على أن مجرد التعدد دون علم الزوجة يعتبر ضررا موجبا لطلب التطلق.

- ولم يحدد المشرع الجزائري معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطبيق وفي غياب ذلك يبقى أمر تحديده خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، لذلك فإن الضرر الخفيف لا يعدّ موجبا للتطبيق كما ذهب إلى ذلك المحكمة العليا.

- كما أنه لم يبين طرق إثبات الضرر الناشئ بسبب الشقاق، تاركا الأمر معلقا- على ما يبدو- على حرية الإثبات المدني، مثل وجود أحكام قضائية سابقة بين الزوجين، أو شهادة الشهود أو صفات طبية تثبت وجود الضرر المعتبر. فهل تكفي حجية الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج في جنحة ضرب الزوجة بتطبيقها على الزوج دون اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى؟. وهو ما يستدعي التطرق لمسألة

2906- ملف رقم 224655: المجلة القضائية: عدد خاص 2001، ص 129.

2907- المادة 114: 1- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بانة. 2- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة. المرسوم التشريعي رقم 59/ 1953 المعدل.

حجية الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج في جنحة ضرب الزوجة كوسيلة إثبات كافية لتطبيق الزوجة للضرر دون الحاجة إلى وسائل إثبات أخرى.

فقد تستند الزوجة في إثبات وقائع اعتداء الزوج عليها ضرباً وسباً إلى سبق صدور حكم جنائي ضده لثبوت اعتدائه عليها بالضرب. والذي يثير هذا التساؤل هو أن إثبات وقائع الأضرار المتمثلة في اعتداء الزوج على زوجته بالضرب إنما يشترط لثبوتها رأي العين حيث لا يكفي التدليل عليها بينة سماعية، وأن يشاهد تلك الوقائع رجالان عدلان أو رجل وامرأتان. في حين أن الحكم الجنائي الصادر بالإدانة ضد الزوج لاعتدائه عليها يستند غالباً إلى أقوال المجني عليها وما ثبت بالتقرير الطبي المحرر بعد توقيع الكشف الطبي عليها، فهل يعدّ هذا مثل هذا الحكم دالاً على نسبة الإصابات التي وجدت بالزوجة إلى الزوج لمجرد ادّعائها باعتدائه عليها بالضرب، وهل يمكن للكشف الطبي المتوقع عليها في إطار الدعوى الجنائية الجزم بأن الإصابات التي شوهدت بالزوجة لا تكون إلا من الزوج وبفعله؟

هذا ما لا يمكن القول به، ومن هنا ظهرت مشكلة تعارض اختصاص الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية بقواعد خاصة وقاعدة حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، ومنه قضاء الأحوال الشخصية بطبيعة الحال.

فهل يعدّ مثل هذا الحكم الجنائي الذي صدر بإدانة الزوج لمجرد أقوال الزوجة المجني عليها وما ورد بالتقرير الطبي حجة دالة على نسبة إحداث إصابات بالزوجة إلى الزوج في أمر يشترط لإثباته شرعاً أن يشاهده شاهدان عدلان مشاهدة العين؟

وبالنظر إلى أن المحكمة العليا لم تتعرض في قراراتها إلى تبين طرق الإثبات، ومنها حجية الأحكام الجنائية السابقة، فإنه يمكن الإجابة عن ذلك بالاستئناس بما قضت به محكمة النقض المصرية في قراراتها المختلفة.

وتنحصر الإجابة في القول بأن الحكم الجنائي البات يفيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم⁽²⁹⁰⁸⁾، وأن هذا المبدأ يشمل نطاقه الدعوى المدنية بالمعنى الواسع حيث يمتد إلى جميع الدعاوى المدنية مثل دعوى الطلاق المترتبة على جريمة الزنا⁽²⁹⁰⁹⁾.

وحقيقة الأمر في هذا المجال أن الضرر الواقع على الزوجة لا يقتصر أمر إثباته على البينة وحدها إذ يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية الشرعية، فيثبت بإقرار الزوج به، كما يثبت بالأوراق الرسمية والعرفية والقرائن فضلاً عن البينة. أما إذا لجأت الزوجة إلى اختيار البينة وسيلة لإثبات الضرر الموجب

2908- حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1972/12/30.

2909- أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 1140.

للتطبيق يتعين عليها الالتزام بقيود البيئة الشرعية على وقوع الضرر، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين يشهدان برؤيتهما وقائع اعتداء الزوج على الزوجة رأي العين⁽²⁹¹⁰⁾.

وعلى ذلك فإن الزوجة تستطيع أن تلجأ في إثبات وقائع إضرار الزوج بها إلى غير البيئة الشرعية، ويدخل في ذلك الوسائل الأخرى مثل صدور أحكام جنائية ضد الزوج تثبت إدانته بشرط أن تكون هذه الأحكام باثة تثبت اعتداء الزوج عليها بالضرب مثلاً شريطة أن يكون الحكم الجنائي ضد الزوج بإدانته لعقابه عن ذات وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطبيق للضرر.

أما إذا اختلفت واقعة اعتداء الزوج والتي صدر ضده الحكم الجنائي بشأها عن تلك التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطبيق انتفت حجية الحكم الجنائي المذكور لاختلاف المحل في كل منهما، وليست العلة في ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين، وإنما هي في الوقائع لتوافر الضمانات المختلفة التي قررها المشرع في الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات بما يقتضي أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة الناس على الإطلاق، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام، وهو ما يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تحطتها من جانب أيًا من جهات القضاء⁽²⁹¹¹⁾، ذلك أنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه، ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضي بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه⁽²⁹¹²⁾.

وتأكيداً لهذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه متى كانت الدعامة الأساسية التي أقام عليها الحكم قضاءه بالتطبيق هي ما ثبت للمحكمة من أن الطاعن قد قام بطرد زوجته المطعون ضدها من منزل الزوجية ودأب على سبها وهي تكفي وحدها لحمل الحكم، ولكن يبين أن أحد الحكمين الجنائيين خاص باعتداء الطاعن على شخص لا صلة له بالدعوى وأن الثاني انتهى إلى تبرئة الطاعن من تهمة الاعتداء بالضرب على المطعون عليها، وكان الحكم لم يؤسس قضاءه على هذه الواقعة، فإن التدرع بالحجية يصبح تدرعاً لا سند له⁽²⁹¹³⁾.

وحتى يكون الحكم الجنائي الصادر ضد الزوج من المحكمة الجنائية لاعتدائه على الزوج بالضرب أو السب أمام القضاء الشرعي يتعين تكرار الإشارة هنا إلى وجوب أن تكون وقائع الاعتداء التي تستند

2910- حكم محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، الطعن رقم 84، جلسة 1989/3/28.

2911- حكم محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، الطعن رقم 45، بتاريخ 1940/5/09.

2912- حكم محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، الطعن رقم 21، بتاريخ 1944/1/12.

2913- حكم محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1944/1/12.

إليها الزوجة في طلبها التطليق هي ذاتها التي كانت تشكل موضوع الدعوى الجنائية، وهو تعبر عنه محكمة النقض المصرية بكون الفعل يشكل أساسا مشتركا بين الدعويين الجنائية والمدنية⁽²⁹¹⁴⁾.

أما إذا كانت وقائع الاعتداء التي تسند إليها الزوجة في دعوى الطلاق غير تلك التي حوكم الزوج عنها في الدعوى الجنائية بمقتضى الحكم الجنائي الذي تستند الزوجة إلى حججه امتنع القول بالحجية ويتعين عدم اعتبارها، مما يكون معه على الزوجة في هذه الحالة تقديم دليل آخر على وقائع الاعتداء المدعاة.

وإعمال مبدأ الحجية تتولاه المحكمة من تلقاء نفسها إذا ما انطوت الأوراق على حكم جنائي بات، حيث يتعين على المحكمة الاستناد إليه والقضاء على أساسه، وكفايته وحده في هذه الحالة لحمل الحكم بالتطليق.

أما إذا لم يصل الحكم الجنائي إلى هذه المرتبة جاز لمحكمة الأحوال الشخصية الاستناد إليه في إثبات إضرار الزوج بزوجه، ولكن لمجرد قرينة ضمن قرائن أخرى يتعين توافرها في الدعوى.

المطلب الرابع: التحكيم في دعوى التطليق للشقاق

خص المشرع الجزائري ندب الحكّمين للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما ما لم يثبت الضرر، طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"⁽²⁹¹⁵⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"⁽²⁹¹⁶⁾.

حيث يفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري لا يلجأ إلى ندب الحكّمين إلا في حالة تفاقم الخصام وعدم تبين الضرر، على خلاف ما هو ثابت شرعا من أن ندب الحكّمين يكون لمجرد خوف الشقاق، منعا لاستمراره وتفاقمه كوسيلة ناجعة لإعادة الأمر إلى ما كان عليه، ولمعرفة الطرف المسيء من المتضرر، ومن ثم تكون مهمة الحكّمين الأساسية هي الإصلاح لا مجرد معرفة الطرف المتضرر للحكم له بالتعويض.

2914- حكم محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، الطعن رقم 60، بتاريخ 14/12/1929.

2915- الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. يُفهم من نص هذه المادة أن تعيين القاضي للحكّمين في حالة الشقاق بين الزوجين إنما يكون عند عدم طلب الزوجة التطليق استنادا إلى الفقرة الثامنة من المادة 53 من نفس القانون.

2916- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/2/2008. الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 23/4/2008.

ومنه لا بد من معرفة أساس التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الجانب الفقهي

الفرع الأول: تعريف التحكيم وحكمة مشروعيتها

أولاً: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً

أ- لغة: مصدر حكم، يقال حَكَّمه في الأمر تحكيماً، أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم، يعني جاز فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان، إذا جاز فيه حكمه. وحكمت الرجل؛ أي فوضت الحكم إليه، ويقال: حكمته إلى حاكم؛ أي خاصمته إليه، ودعوته لحكمه. ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى حكماً، أو محكماً، أو حاكماً، ويسمى أطراف النزاع المحكم فيه، محتكماً أو محكماً بكسر الكاف وتشديدها⁽²⁹¹⁷⁾.

كما يفيد المنع أيضاً، تقول: أحكمت فلانا أي منعته، وبه سمي الحاكم لأنه يمنع الظلم⁽²⁹¹⁸⁾. ويطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين⁽²⁹¹⁹⁾، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَفَّتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁹²⁰⁾.

يتبين من التعريف اللغوي أن التحكيم يفيد تفويض الأمر للغير، وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين.

ب- اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة وهي في حملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي.

فقد جاء في الدر المختار أن التحكيم هو: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"⁽²⁹²¹⁾، وجاء في الحاوي الكبير: "إذا حَكَّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز"⁽²⁹²²⁾، وقال ابن قدامة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حَكَّماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز"⁽²⁹²³⁾.

2917- المعجم الوسيط: ص 190.

2918- ابن منظور: لسان العرب، 141/12.

2919- المعجم الوسيط: ص 190.

2920- النساء: الآية 35.

2921- الحصكفي: الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، (دط، دت)، 150/2.

2922- الماوردي: الحاوي الكبير، 325/16.

2923- ابن قدامة: المغني، 92/14.

وعرفه الزرقا من المعاصرين بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما بدلا من القاضي"⁽²⁹²⁴⁾.
يتضح من جملة هذه التعاريف أن التحكيم هو⁽²⁹²⁵⁾: أن يختار أطراف الخصومة طرفا ثالثا بتراضيهما ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.
والتحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو: "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما والفصل في خصومتها"⁽²⁹²⁶⁾.

ثانيا: مشروعيتها

ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة والإجماع وعمل الصحابة.

أ- من الكتاب: وردت آيات عديدة تفيد مشروعية التحكيم:

منها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁹²⁷⁾، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى أمر في حالة الشقاق بين الزوجين ببعث حكيمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، وفي هذا دليل على مشروعية التحكيم بين الزوجين عند وقوع النزاع بينهما، أو إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما، وإذا ما جاز التحكيم بين الزوجين جاز في سائر الحقوق والدعاوى.

كما أن الأمر الوارد في الآية "فابعثوا" يفيد الوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه عن حقيقته إلى الندب، ولا توجد قرينة هنا، وبالتالي يكون بعث الحكيمين واجبا⁽²⁹²⁸⁾.

وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽²⁹²⁹⁾، فقد أرشدت الآية الحاكم إلى الإصلاح بين الخصوم.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽²⁹³⁰⁾، ووجه الدلالة في الآية أن الله تعالى خير نبيه ﷺ إذا جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه بين الحكم أو الإعراض عنهم.

2924- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 619/1.

2925- القضاء هو النظر في الخصومات التي تقع بين الناس بولاية عامة أما إن كان ذلك بولاية خاصة فهو التحكيم. انظر، أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 433.

2926- انظر، ابن قدامة: المصدر نفسه، 264/10.

2927- النساء: الآية 35.

2928- انظر، محمود محمد عوض سلامة: الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، ص 65-66.

2929- النساء: الآية 65.

2930- المائدة: الآية 42.

ب- من السنة: ثبتت مشروعية التحكيم من السنة بأحاديث كثيرة منها:

ما جاء في حديث بريدة "أن رسول الله ﷺ كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تزلهم على حكم الله فلا تزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا" (2931).

ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله ﷺ أوصى أمراء الجيوش والسرايا بقبول التحكيم إذا ما طلبه الأعداء، وهذا تشريع منه ﷺ بإمضاء التحكيم، وما يؤدي إليه اجتهاد المحكم.

ج- من الإجماع: انعقد الإجماع على جواز التحكيم ومشروعية العمل به من عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا، قال السرخسي: "والصحابه مجتمعون على جواز التحكيم" (2932)، وقال الشريبي: "ولو حكم خصمان رجلاً غير قاض في غير حدّ الله من مال أو غيره جاز مطلقاً على التفاصيل الآتية بشرط أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعاً" (2933).

ثالثاً: حكمة مشروعيته

شرع التحكيم لغرض فض المنازعات والخلافات القائمة بين الناس دون اللجوء إلى القضاء نظراً لطبيعة الإجراءات المتبعة أمامه، والتي يجد فيها الناس كثيراً من المشقة والتعب. وتتحقق من خلال نظام التحكيم مصلحتين: مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم الخاصة بإجراءات التقاضي وتعقيدها، والتي تكون في بعض الأحيان حائلاً دون تحقيق العدالة في إيصال الحق إلى أهله (2934). قال ابن العربي: "وتحقيقه-أي التحكيم- أن الحكم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحاكم، بيد أن الاسترسال على التحكيم حرق لقاعدة الولاية مؤدّ إلى تهاجر الناس.. فلا بد من نصب فاضل-أي حاكم يفصل الدعاوى- فأمر الشرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفاً عنه-أي عن الحاكم- وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان" (2935).

2931- مسلم: كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعث، حديث رقم 1731. 829-828/2.

2932- السرخسي: المبسوط، 62/21.

2933- الشريبي: معني المحتاج، 4/506.

2934- انظر، محمود محمد عوض سلامة: الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، ص 76-77.

2935- ابن العربي: أحكام القرآن، 2/622-623.

الفرع الثاني: دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين

لما كان الغرض من الحياة الزوجية إقامة أسرة مستقرة عني التشريع الإسلامي بيان ما يجب أن يكون إذا تصدع ائتلاف الزوجين، وهو بعث حكمين من أهله وأهلها يبذلان غاية جهدهما في جمع الشتات وإصلاح ذات البين، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حِفْظُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾⁽²⁹³⁶⁾. فهذا الإجراء وقائي وعلاجي إذا خيف فوات الأصل في العلاقة الزوجية وهو الاستقرار والدوام.

أولاً: العشرة بالمعروف هي أصل العلاقة الزوجية

إن الأصل في العلاقة الزوجية أن تقوم على العشرة بالمعروف لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁽²⁹³⁷⁾، فالخطاب في هذه الآية موجه للأزواج، حيث أمرهم الله تعالى بعشرة نساءهم بالمعروف، ومن المعروف أن يوفيتها حقها من المهر والنفقة والقسم، وترك أذاها بالكلام الغليظ، والإعراض عنها والميل إلى غيرها، وترك العبوس في وجهها بغير ذنب⁽²⁹³⁸⁾. ومن ناحية أخرى أوجب الله تعالى على المرأة أن تطيع زوجها طاعة مطلقة في غير معصية فيما يتعلق بحياتها الزوجية⁽²⁹³⁹⁾، أما فيما يتعلق بأموال المرأة فليس للزوج حق التدخل فيها، لأن المرأة لها ذمة مالية مستقلة تماماً عن الذمة المالية لزوجها، فلها حرية التصرف فيها ما دامت بالغة عاقلة راشدة⁽²⁹⁴⁰⁾.

غير أنه قد لا يستمر الوثام بين الزوجين وتظهر بوادر الشقاق والخلاف بينهما، من أجل ذلك وضعت الشريعة الإسلامية حلولاً محددة وحاسمة قد تنتهي بالمصالحة بين الزوجين، وقد تنتهي بالفرقة بينهما.

كما أن النشوز قد يكون من جانب الزوج، أو من جانب الزوجة، وقد يكون منهما معاً. ويكون التحكيم أو بعث الحكمين في حالة عدم معرفة الناشز منهما أو كلاهما ناشز بعصيان أحدهما الآخر، وتعذر الوفاق بينهما، وبت الفراق متوقفاً، فيجوز للقاضي أن يبعث رجلين حكمين

2936- النساء: الآية 35.

2937- النساء: الآية 19.

2938- الجصاص: أحكام القرآن، 109/2.

2939- الجصاص: أحكام القرآن، 188/2.

2940- كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، لينظرا ما هو الأصلح لهما، وأدعى لدوام العشرة والمعاملة بالإحسان.

ويشترط في الحكّمين: الإسلام والبلوغ والعقل والذكورية والحرية والرشد والفقّه والعدالة والأمانة والإخلاص والورع والتقوى⁽²⁹⁴¹⁾.

وإن تعذر ذلك فللقاضي أن يختار من يثق به ممن يقدر هذه المهمة النبيلة⁽²⁹⁴²⁾. ويستحب أن يكونا من أهل الزوجين وأقاربهما⁽²⁹⁴³⁾.

ثانيا: عمل الحكّمين

الهدف الأساسي للتحكيم، هو إصلاح العلاقات الزوجية، التي أصابها النزاع والشقاق، وإرجاعها إلى حالة الوفاق والوئام، فيكون الواجب على الحكّمين بذل جهدهما في الإصلاح بين الزوجين والجمع بينهما⁽²⁹⁴⁴⁾. قال الدسوقي: "يجب عليهما في مبدأ الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة، وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه"⁽²⁹⁴⁵⁾. فعلى كل من الحكّمين أن يتحدث مع من يمثله بصراحة وانفتاح، ليعرف واقع حالته، وما يشكو منه، وما يطلبه، للوصول معه إلى نتيجة تفضي إلى تحقيق الأصلح لهما. ثم يلتقي الحكّمان ويتدارسان الأمر بصراحة ووضوح، لا يخفي أحدهما على الآخر شيئا مما له ارتباط بمعالجة الموضوع، ويتفقان على رأي واحد للحل، ورأيهما ملزم للطرفين.

فإذا استحكّم الخلاف واتسعت هوة الشقاق فواجب على أهل الخير والإصلاح، وخاصة الحاكم أو القاضي التدخل لمعالجة الخلاف بالنصح والوعظ والإرشاد، أو بعث الحكّمين للصالح بما يريانه من كل ما من شأنه أن يعيد الوئام والوفاق، وإن انسدت السبل، ورأيا أن التفريق هو الحل الأنسب فهل

2941- راجع شروط الحكّمين بالتفصيل: ابن قدامة: المغني، 10/265.

2942- ابن قدامة: المصدر نفسه، 10/265.

2943- اختيار الحكّمين من أهل الزوجين، يقصد منه الاستفادة من عاطفتهم، وحرصهما على مصلحة الزوجين القريبين منهما، كما أن اطلاعهما على أسرار حياة الزوجين، لا يشكل إحراجا كبيرا، كاطلاع الأجنبي ضمن الأحكام العامة، إضافة إلى تجاوز هذا التحكيم العائلي قيود ونفقات العامة. لكن ذلك مشروط بأن يأتي كل واحد من الحكّمين بقصد الإصلاح، وعودة الانسجام والوئام بين الزوجين، لا بقصد الانتصار لطرف، أو الانتقام من الآخر.

2944- يفترق الحكم عن القاضي الرسمي بأمر منها: أن سلطة القاضي وصلاحيته عامة على سائر الناس في منطقة قضائه. أما سلطة الحكم فمقصورة على المحتكّمين إليه، لأنه في الأصل ليس منصوبا للقضاء من مرجع له سلطة الإلزام العام، وإنما جعل حاكما بإرادة من اختاروه، فلا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيده بها. الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/620.

2945- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/345.

يكون لهما سلطة التفريق بين الزوجين، أم يقتصر دورهما في توجيه القاضي لذلك، وله -أي للقاضي- واسع النظر في تقرير ما يراه مناسباً؟.

ثالثاً: مدى سلطة الحكّمين في التفريق

اختلف الفقهاء في حق الحكّمين في التفريق على قولين⁽²⁹⁴⁶⁾:

القول الأول: يجوز لهما التفريق لكونهما مبعوثين من قبل القاضي، فلهما حرية اتخاذ ما يريانه مناسباً، إما الإصلاح أو التفريق، لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁹⁴⁷⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾⁽²⁹⁴⁸⁾. وبه قال المالكية⁽²⁹⁴⁹⁾، -ورواية- عن الشافعية⁽²⁹⁵⁰⁾ -ورواية- عن أحمد⁽²⁹⁵¹⁾. قال مالك: "وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكّمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع"⁽²⁹⁵²⁾.

القول الثاني: لا يجوز لهما التفريق لكون الحكّمين وكيلين عن الزوجين ولا يجوز لهما التفريق إلا بوكالة من الزوجين، لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما. فمهمتهما الإصلاح فحسب، وبه قال الحنفية⁽²⁹⁵³⁾ وهو قول للشافعية⁽²⁹⁵⁴⁾ -ورواية- عن أحمد⁽²⁹⁵⁵⁾.

الترجيح: أهما حكمان يجوز قولهما في التفريق والاجتماع حتى بغير توكيل من الزوجين أو الإذن منهما، حسب المصلحة التي يريانها في المشكلة؛ لأن الله تعالى سماهما حكّمين، فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل. وأيضا فإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، يقول ابن القيم: "الحكم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك"⁽²⁹⁵⁶⁾.

2946- الماوردي: الحاوي الكبير، 602/9-603.

2947- البقرة: الآية 229.

2948- النساء: الآية 130.

2949- الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، 405-404/5.

2950- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 488/2.

2951- ابن قدامة: المعنى، 264/10.

2952- الباجي: المنتقى، 404/5.

2953- انظر، الجصاص: أحكام القرآن، 191/2.

2954- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، 488/2.

2955- ابن قدامة: المصدر نفسه، 264/10.

2956- ابن القيم: زاد المعاد، 190/5.

رابعاً: نوع الطلاق عند تفريق الحكّمين

على الرأى القائل أن الحكّمين حاكمان غير وكيلان لهما سلطة الجمع والتفريق بين الزوجين، بعوض أو بغير عوض، برضا الزوجين وبغير رضاهما. وعليه فإذا فشل الحكّمان في الصلح بين الزوجين، وحكما بالتفريق بينهما، فهل يكون الطلاق رجعياً أم بائناً؟.

يقول ابن العربي: "إذا حكم بالفراق فإنه بائن لوجهين: أحدهما كلي، والآخر معنوي. أما الكلي: فكل طلاق ينفذه الحاكم فهو بائن، وأما المعنوي: فإن المعنى الذي وقع الطلاق لأجله هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق" (2957).

وقال القرطبي: "فإن وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا، وتفاقم أمرهما سعياً في الألفة جهدهما، وذكرنا بالله وبالصحبة، فإن أنابا ورجعا تركاهما، وإن كان غير ذلك ورأيا الفرقة فرقا بينهما، وتفريقهما جائز على الزوجين، وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلهما، والفراق في ذلك طلاق بائن" (2958).

وليس لهما أكثر من طلقة واحدة يوقعهما، فإن أوقعا أكثر من طلقة واحدة تلزم واحدة ويطلق الزائد؛ لأن الواحدة هي طلاق السنة، ولأن حكم الحكّمين ليس بأعلى من حكم الحاكم، ولا يطلق الحاكم أكثر من واحدة، فكذلك الحكّمان.

جاء في بلغة السالك أنه: "لا يلزم الزوج ما زاد على الواحدة إن أوقعا أكثر من واحدة، قوله: ولا يلزم الزوج ما زاد، حاصله أنه لا يجوز لهما ابتداء إيقاع أكثر من واحدة، فإذا أوقعا فلا ينعقد منه إلا واحدة؛ لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح" (2959).

هذا، ويفرق المالكية بين إساءة الزوج للزوجة، وإساءة الزوجة للزوج، فإن كانت الإساءة من جانب الزوج طلق الحكّمان طلقة بائنة بدون أخذ مال من الزوجة للزوج، وإن كانت الإساءة من جانب الزوجة لزوجها طلقا نظير عوض مناسب تلتزم به الزوجة لزوجها، وإن كانت الإساءة من الجانبين وعجز الحكّمان عن الإصلاح بينهما، فيرى البعض منهم أنه يتعين الطلاق بدون عوض منها، ويرى البعض الآخر أنهما يطلقان أو يخالعان بالنظر على شيء يسير منها لزوجها (2960).

وهذا ما أيده الأستاذ محمد بلتاجي حيث يرى بأن ما ذهب إليه المذهب المالكي في التحكيم بين الزوجين يجمع بين قوة الدليل وتحقيق المصلحة بالعمل على حسم الشقاق بين الزوجين بصورة عادلة

2957- ابن العربي: أحكام القرآن، 1/426.

2958- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 6/292.

2959- الصاوي: بلغة السالك، 1/440. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 603.

2960- الدردير: الشرح الصغير، 1/440.

يدخل فيها التطليق للضرر (إذا ثبت)، والخلع بين الزوجين إذا كانت المضارة من الزوجة واستحالت العشرة بينهما، والمالكية يرجعون في كل ذلك إلى نصوص القرآن والسنة⁽²⁹⁶¹⁾.

ثانيا: الجانب القانوني

نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"⁽²⁹⁶²⁾.

حيث نصت هذه المادة على وجوب تعيين الحكمين للإصلاح بين الزوجين عند اتساع هوة الخصام والشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة.

في حين نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية على جواز تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"⁽²⁹⁶³⁾.

كما يتضح من خلال نص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية أنه يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين، إذا ثبت له فشلهما في الإصلاح: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة"⁽²⁹⁶⁴⁾.

وما يمكن إبدائه من ملاحظات حول موقف المشرع الجزائري من مسألة نذب الحكمين للإصلاح بين الزوجين ما يلي:

أولاً: خص المشرع نذب الحكمين بحالة واحدة تعدّ سببا من أسباب التفريق القضائي بين الزوجين وتمثل هذه الحالة في تفاقم الخصام بين الزوجين واستمرار الشقاق، دون أن يثبت الضرر في ذلك⁽²⁹⁶⁵⁾.

ومنه يشترط لتعيين الحكمين في دعوى التطليق للشقاق⁽²⁹⁶⁶⁾:

2961- محمد بلناحي: دراسات في الأحوال الشخصية، ص 97.

2962- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27.

2963- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/2/25. الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخ في 2008/4/23.

2964- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/2/25. الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخ في 2008/4/23.

2965- كما يمكن نذب الحكمين في صورتى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو الخلع بطلب من المرأة ، ذلك أن سبب الفرقة في هاتين الحالتين لا تخلو من الشقاق، وقلما تحصل الفرقة بغير سبب معقول.

2966- لم يرد في نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري حكم ما إذا لم يوجد حكم من أهل كل من الزوجين أو من أهل أحدهما، وبالتالي يتعين الرجوع إلى إعمال حكم المادة 222 من نفس القانون والتي تقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

1- أن يشتد الخصام بين الزوجين، وتقدير شدة الخصام هنا أمر يتعلق بموضوع الدعوى، ولذلك يخضع تقديره لقاضي الموضوع.

2- ألا يثبت الضرر أمام القاضي، ولم يستطع القاضي التوفيق بين الزوجين.

ثانيا: أن المشرع قد قصر دور الحكّمين في الإصلاح ما استطاعا إلى ذلك سبيلا، وليس لهما القول بالتفريق بين الزوجين.

ثالثا: لا تعدو أن تكون سلطة الحكّمين اللذين يعينهما القاضي مجرد تكليف بمهمة، فإذا فشل في ذلك، فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا، ويعيد القضية إلى الجلسة واستمرار الخصومة، بعد أن يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقا للمادة 447 من قانون الإجراءات المدنية.

المبحث الرابع: آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يقصد بالآثار التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية -في هذا الموضوع- هي تلك المترتبة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق. إذ تترتب على الطلاق آثار شرعية لا بد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعا وقانونا، قد لا تكون موجودة أثناء الحياة الزوجية، أو قد تكون محرمة فتصبح مباحة بعد الطلاق، أو قد تكون مباحة أثناء قيام العلاقة الزوجية، فتصبح بعد انحلالها ممنوعة، كما أن هناك التزامات شرعية على المطلقة لا بد من فعلها بعد الطلاق، وهي أثر من آثاره شرعا، كالعدة مثلا.

وهذه الآثار من عمل الشارع فتكون ملزمة للمطلقين؛ لأنه لا اجتهاد مع النص، ولا بأس من ذكر بعضها على سبيل تمييزها عن بعض المسائل الاجتهادية التي تخص آثار الطلاق وهي:

- حل الرجعة إن كان الطلاق رجعيا ما دامت في العدة ولا يشترط رضا الزوجة.
- حل زواج المطلق بمن كانت تحرم عليه حرمة مؤقتة. وحل زواج المطلقة بآخر -بعد انقضاء عدتها من الأول- غير مطلقها، وكذا حرمة الخلوة بين المطلقين.
- وجوب العدة على المطلقة، ونقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، مع استحقاق مؤخر الصداق بالطلاق واستحقاق المتعة، ونفقة المعتدة وسكنائها، ونفقة الأولاد وأجرة حضانتهم وأجرة الرضاعة وما إلى ذلك.

وهذه الآثار المترتبة على الطلاق ثابتة في الشريعة الإسلامية، وقد دلت عليها النصوص من الكتاب والسنة. ومن ثم فلا حاجة للبحث فيها، وأحكامها مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي. إلى جانب ذلك لم يخرج المشرع الجزائري عما قرره الشريعة الإسلامية فيها من أحكام على العموم، إلا في كيفية تطبيقه لبعض المسائل الجزئية -وقد سبقت الإشارة إليها-.

وعليه فإن مجال الاختلاف الفقهي إنما يخص بعض الآثار التي تشتمل على مسائل للعلماء القدامى والمحدثين رأي فيها، كموضوع النزاع في متاع البيت، والذي يتحاكم فيه إلى العرف، أو إلى القاعدة الفقهية في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وعلى هذا سار المشرع، ومنه فلا حاجة للتطرق لهذه المسألة. وكمسألة ثبوت النسب بعد الطلاق -وقد سبقت الإشارة إليه في الفصل الأول من هذا الباب-.

ويبقى موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما تختص به من مسائل وأحكام، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على موادها بموجب الأمر 05-02 مجالا للاختلاف الفقهي فيها، إلا أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية، إذ لا يعدو أن يكون خلاف في طريقة

تكيف وتطبيق بعض الجزئيات، وذلك راجع لطبيعة وأسباب اختلاف الفقهاء. كمسألة سقوط حق الحضانة بالنسبة للحاضنة العاملة، ومسألة انتقال الحضانة وترتيب مستحقيها، ومسألة مسكن الحاضنة. إلا أن المشرع الجزائري قد خرج في بعضها عما نص عليه الفقهاء سلفاً، مما يستوجب التعرض لها كونها تمس أحد القضايا المطروحة بصورة مستمرة على القضاء.

وقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72. بموجب الأمر 02-05 الذي أُلغى المادة 63، وأخضع بعضاً من مواد الحضانة للتعديل. حيث جعل الأب أولى بحضانة الولد بعد الأم وفقاً للمادة 64، كما أكد على حق المرأة الحاضنة في العمل وفقاً للمادة 67، وفي المادة 72 ألزم الأب بتوفير سكن ملائم للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وبالرغم من ذلك يبقى هذا التعديل محل نقاش إذا ما قورن بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وخصوصاً ما نص عليه التعديل الجديد من خلال محاولته الموازنة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة⁽²⁹⁶⁷⁾، من ذلك ما يتعلق ببعض مسائل الحضانة كانتقلها إلى الأب مباشرة بعد الأم، وكون عمل المرأة لا يعدّ سبباً لسقوط الحضانة عنها، وجعل السلطة التقديرية للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون فيما يتعلق بإسناد الحضانة عند سفر الحاضن، وبقاء الحاضنة في مسكن المطلق إلى غاية تنفيذه للحكم القضائي المتعلق بالسكن. إلى غير ذلك مما سنعرض له من خلال بيان ما قرره فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم في مسائل الحضانة، مع إبراز وجهة نظر المشرع الجزائري في ذلك. ويكون ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظفاره، بل قبل ذلك عندما أمر الرجل أن يختار الزوجة الصالحة والنبت الحسن. ذلك أن الفرد الصالح هو أساس الأسرة الفاضلة، والأسرة الفاضلة هي نواة المجتمع الخيّر، ولهذا نبه النبي ﷺ إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة، فقال: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرّانه، أو يمجّسانه"⁽²⁹⁶⁸⁾. فكانت للحضانة في الإسلام أهمية خاصة؛ لخطورتها البالغة؛ لذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه في حال الوفاة أو العجز. وتزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يفترق الزوجان، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة،

2967- وهذا الاتجاه يلحظ في سائر المواد المعدلة بموجب الأمر 02-05.

2968- الإمام مالك: الموطأ، كتاب الجنائز، باب جامع الجنائز، حديث رقم: 646، 329/1. الترمذي: كتاب القدر، باب ما جاء كل مولود يولد على الفطرة، حديث رقم: 2138، 447/4. أبو داود: كتاب السنة، باب في الدراري المشركين: حديث رقم: 4714، 58/5-

ولانحرافات مثيرة، إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالأحكام الشرعية والآداب المرعية، ويتقيا الله في أنفسهما وأولادهما، ويقدمتا مصلحة الأولاد على حظوظ النفس.

وسيتم تناول ذلك من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها

أولاً: تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

أ- في اللغة: مأخوذة من الحضن، وهو الجنب أو الصدر، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته⁽²⁹⁶⁹⁾.

ب- في الاصطلاح: تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها⁽²⁹⁷⁰⁾.

ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عن تعريفها في قانون الأسرة، حيث عرفت المادة 62 بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محمداً بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف⁽²⁹⁷¹⁾.

ثانياً: حكمها

كفالة الطفل وحضائته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ولا مخالف في ذلك⁽²⁹⁷²⁾.

ثالثاً: حق الحضانة

لكل من الحاضن والمحضون حق في الحضانة، فهي حق للحاضن؛ بمعنى أنه لو امتنع عن الحضانة لا يجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيها سقط، وإذا أراد العود وكان أهلاً لها عاد إليه حقه عند الجمهور؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان، وهي حق للمحضون بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه أو لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، عينت الأم للحضانة وتجبر عليها، لذلك

2969- المعجم الوسيط: ص 182.

2970- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 4/40. أبي عبد الله الرضا: شرح حدود ابن عرفة، ص 324. الشريبي: مغني المحتاج، 3/592.

ابن قدامة: المغني، 11/412.

2971- انظر، العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/390. عبد العزيز سعد: المرجع السابق، ص 139.

2972- ابن قدامة: المصدر نفسه، 11/412.

قال الجمهور لو اختلعت الزوجة على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط⁽²⁹⁷³⁾. غير أن المالكية-في غير المشهور- يرون: أن الحاضن إذا أسقط حقه في الحضانة دون عذر بعد وجوبها سقط حقه، ولا يعود إليه الحق بعد ذلك لو أراد، ومقابل المشهور يعود إليه حقه بناء على أنها حق المحضون⁽²⁹⁷⁴⁾.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بما ثلاثة حقوق معا: حق الحضانة وحق المحضون وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليها، وإن تعارضت قدم حق المحضون على غيره. وبناء على هذا تترتب الأمور الآتية⁽²⁹⁷⁵⁾:

1- أن الحضانة تجبر على الحضانة إذا تعينت لها، بأن لا يكون هناك حاضنة غيرها، أو رفضها من يليها في استحقاقها.

2- إذا لم تتعين الحضانة للحضانة لا تجبر عليها.

3- إذا اختلعت الأم من زوجها على أن تترك ولدها المحتاج إلى الحضانة عند الأب كان الخلع صحيحا، ولا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان في سقوطها ضرر يلحق المحضون.

4- لا يجوز للأب أن يتزع المحضون من صاحبة الحق في الحضانة إلا لمبرر شرعي.

5- إذا كان الصغير يرضع من غير الحضانة فعلى المرضع أن ترضع الصغير عند الحضانة.

الفرع الثاني: مدة الحضانة

نصت المادة 65 على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أمًا لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون".

وعلى ذلك فإن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة، والمقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال⁽²⁹⁷⁶⁾، وانتهاء حضانة النساء للصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى الحنفية أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين، وبه يُفتى، وقيل تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين، وبه يُفتى، وقيل إحدى عشرة سنة. وسبب التفرقة بين الذكر والأنثى هو أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت

2973- انظر، السرخسي: الميسوط، 169/6. الشربيني: مغني المحتاج 596/3. ابن قدامة: المصدر نفسه، 427/11.

2974- انظر، الغرياني: الفقه المالكي وأدلته، 167/3.

2975- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 719/7. أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 151.

2976- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 693/5.

أحوج إلى تعلم آداب النساء، والتخلق بأخلاقهن، وخدمة البيت، والأم أقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض⁽²⁹⁷⁷⁾.

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضاً أو مجنوناً على المشهور، وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها⁽²⁹⁷⁸⁾.

الرأي الثالث: ذهب الشافعية⁽²⁹⁷⁹⁾ والحنابلة⁽²⁹⁸⁰⁾ إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز، وهو سبع أو ثمان سنوات، ويستوي في ذلك الذكر والأنثى؛ لأن النبي ﷺ خير غلاماً بين أمه وأبيه في سنّ التمييز⁽²⁹⁸¹⁾، ولأن المميز أعرف بحظه ومصالحته، فيرجع إليه، ولا تخير الفتاة عند الحنابلة؛ لأن الحظ والحفظ في كيانها عند الأب⁽²⁹⁸²⁾. واشترط الحنابلة لتخيير الغلام شرطين: أن يكون الأبوان وغيرهما أهلاً للحضانة، وألا يكون الغلام معتوها، فإن كان معتوها، كان عند الأم، ولم يخير، لأنها أحق بكفالة ولدها المعتوه⁽²⁹⁸³⁾.

وإذا انتهت مدة الحضانة ضم الولد إلى ولي النفس من أب أو جد لا لغيرهما، ويظل للأب أو الجد الحق في إمساك الصبي حتى يبلغ، فيخير بين أن ينفرد بالسكن أو يسكن مع أي أبويه شاء، إلا إذا بلغ سفيهاً غير مأمون على نفسه، فيضمه الأب إليه لدفع الفتنة أو العار، ولتأديبه إذا وقع منه شيء، ولا يلزم الأب بالنفقة على الابن بعد البلوغ إلا أن يتبرع، فإن بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابناً أم بنتاً. وأما الفتاة فيضمها الأب أو الجد إذا كانت بكراً، وكذا إذا كانت ثيباً يخشى عليها الفتنة، فإن كان لا يخشى عليها الفتنة، وكانت ذا خلق مستقيم وعقل سليم وصارت مسنة (بلغت سن الأربعين) فلها أن تنفرد بالسكن حيث شاءت، ولا يلزم الأب بالإنفاق على الفتاة إذا رفضت السكن معه، أو متابعتها بغير حق⁽²⁹⁸⁴⁾.

2977- السرخسي: المبسوط، 207/5-208. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 566/1. الكاساني: بدائع الصنائع، 42/4.

2978- الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، 165/3.

2979- الشيرازي: المهذب، 168/3.

2980- ابن قدامة: المعنى، 415/11.

2981- لحديث أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ - وأنا قاعد عنده - فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعني، فقال النبي ﷺ: استهما عليه فقال زوجها: من يحاقي في ولدي، فقال النبي ﷺ: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به. النسائي: كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، حديث رقم: 5660، 5/292.

2982- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 698/5.

2983- ابن قدامة: المصدر نفسه، 417/11.

2984- الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 566/1.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في تحديد مدة الحضانة لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن اشتراط النص "أمّاً لم تتزوج ثانية"، يفهم منه أن مجرد زواج الأم ثانية -ولو لم يكن هذا الزواج قائماً- كاف لعدم تمديد حضانتها لولدها إلى سنّ السادسة عشرة. غير أنه أغفل الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون. والحكم الفقهي في هذا الخصوص أنه يعود إلى الأب، وليس للمحضون حق الخيار في أن يختار الأب أو الأم على رأي الحنفية والمالكية، لأنه لا قول له ولا يعرف حظه، وقد يختار من يلعب عنده، وذهب الشافعية والحنابلة إلى تخييره إذا كان مميزاً⁽²⁹⁸⁵⁾.

موقف القضاء

جاء في القرار المؤرخ في 1995/10/24: "إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"⁽²⁹⁸⁶⁾.

وجاء في القرار المؤرخ في 1989/3/13: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، باعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 64 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة البنت دون إحالة"⁽²⁹⁸⁷⁾.

الفرع الثالث: مكان الحضانة

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". ومؤدى هذا أن ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر الحاضن سفر نقلة - كما يقول المالكية - متروك أمر تقديره لقاضي الدعوى - مع مراعاة مصلحة المحضون - ولذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/2/19 بأنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه

2985- انظر، الشريبي: مغني المحتاج، 3/598-599. ابن قدامة: المصدر نفسه، 11/415. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/743.

2986- ملف رقم 123889: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 111.

2987- ملف رقم 52221: المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 48.

مصلحة المحضون، والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه⁽²⁹⁸⁸⁾. كما قضت به أيضا في القرار المؤرخ في 1989/12/25 بأنه: "في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة"⁽²⁹⁸⁹⁾.

وهنا تطرح مسألة سقوط الحضانة بسبب سفر المرأة، فوفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري، فإنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة. وعلى هذا لم يفرق المشرع في الاستيطان خارج الوطن بين الحاضن والحاضنة، بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها إلى القاضي.

مكان الحضانة في الفقه الإسلامي

هو مكان مسكن الزوجين إذا كانت الزوجية قائمة بينهما، أو في أثناء العدة من طلاق، أما بعد انقضائها، فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي، وهذا قدر مشترك بين المذاهب الفقهية، وهو ما صرح به الحنفية وتدل عليه عبارات المذاهب الأخرى⁽²⁹⁹⁰⁾.

أما مسألة انتقال الحاضن، أو الولي إلى مكان آخر ففيه اختلاف المذاهب، وبيان ذلك كما يلي

:

يفرق جمهور الفقهاء -المالكية⁽²⁹⁹¹⁾ والشافعية⁽²⁹⁹²⁾ والحنابلة⁽²⁹⁹³⁾ - بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقلة والانقطاع - أي تغيير محل الإقامة - والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة:

2988- ملف رقم 59013: المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 117.

2989- ملف رقم 56597: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص 61.

2990- الكاساني: بدائع الصنائع، 4/44-45. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 1/567.

2991- الدردير: الشرح الكبير، 2/532.

2992- الشربيني: معني المحتاج، 3/600-601.

2993- ابن قدامة: المغني، 11/419.

فإن كان سفر أحدهما (الحاضنة أو الولي) للنقلة والانتقطاع سقطت حضانة الأم، وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشرط أن يكون الطريق آمنا، والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أم المنتقل، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع، لكن قيد الحنابلة أولوية الأب. بما إذا لم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد. وإن سافرت الأم مع الأب بقيت على حضانتها.

وإن كان السفر لحاجة كتجارة وزيارة كان الولد مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلا أم قصيرا، وكذا يكون الولد مع المقيم لو كان الطريق أو المكان المنتقل إليه غير آمن في سفر النقلة والانتقطاع. قال الباجي: "وإذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سكنى الأم، يريد السكنى فله أن يرتحل بولده معه، تزوجت الأم أو لم تتزوج، وإن كان إنما هو مسافر يجيء ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم.. ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط وأثبت لنسبه" (2994).

وجاء في المغني: "إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود، والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة، لأن في المسافرة بالولد إضرار به وإن كان منتقلا إلى بلد ليقوم به وكان الطريق مخوفا أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفا فالمقيم أحق به لأن في السفر به خطرا به، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه، لأن فيه تغريرا به، وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمنا وطريقه آمنا، فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل، إلا أن يكون بين البلدين قريب، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها" (2995).

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأم الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدته الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك. أما إن كانت منقضية العدة فإنه يجوز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية (2996):

- 1- إذا خرجت إلى بلدة قريبة بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره على ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه أقل حالا من المكان الذي تقيم فيه حتى لا تتأثر أخلاق الصبي.
- 2- إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط الآتية:
- أ - أن يكون البلد الذي انتقلت إليه وطنها.

2994- الباجي: المنتقى، 156/8.

2995- ابن قدامة: المغني، 419/11.

2996- الكاساني: بدائع الصنائع، 44/4. الموسوعة الفقهية الكويتية، 311-309/17.

ب - أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد؛ أي: تزوجها فيه.

ج - ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلماً أو ذمياً.

فإذا تحققت هذه الشروط جاز لها السفر بالمحزون إلى هذا المكان البعيد، لأن المانع من السفر أصلاً هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولده، وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضياً بالتفريق، وعلى ذلك فليس لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها إذا لم يكن عقد النكاح - أي الزواج - قد وقع فيه، ولا أن تنتقل إلى البلد الذي وقع فيه عقد النكاح إذا لم يكن بلدها، لأنه لم يوجد دليل الرضا من الزوج، فلا بد من تحقق الشرطين، واعتبر أبو يوسف مكان العقد فقط.

أما شرط ألا يكون المكان حريباً إذا كان الزوج مسلماً أو ذمياً فلما في ذلك من إضرار بالصبي لأنه يتخلق بأخلاق الكفار. هذا إذا كانت الحاضنة هي الأم، فإن كانت غيرها فلا يجوز لها الخروج بالصغير إلى أي مكان إلا بإذن الأب لعدم العقد بينهما.

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الوالي أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريباً أم بعيداً⁽²⁹⁹⁷⁾.

ومنه فإن الراجح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يجوز للأب أن يأخذ ولده من حضانة أمة ما دامت الحضانة قائمة. وهذا الرأي هو الأقرب للعدل، والأحوط لعدم مضارة الوالي للأم الحاضنة. ولكن يمكن من رؤية ولده متى شاء دون إرهاق للأم. كأن يسافر إليه فيراه، وإن تيسر للأم أن تسافر قريباً من الأب فهو أفضل، ليقوم الأب بالإشراف على ولده.

الفرع الرابع: سقوط الحضانة واستعادتها

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحزون".

فتسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها⁽²⁹⁹⁸⁾، وملخص ذلك

فيما يأتي:

2997- انظر، عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية، ص 199-200.

2998- جاء في الفقرة الثانية من المادة 62: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، حيث أغفل المشرع ذكر الأوصاف المتعلقة بشروط أهلية الحاضن، مما يستدعي الرجوع إلى الشروط المقررة في الفقه الإسلامي، وهي: البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة بأجنبي أو بغير قريب محرم. انظر، العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 391.

- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد.
- ضرر في بدن الحاضن، كالجنون والجذام والبرص، وهو محل اتفاق بين المالكية والحنابلة وغيرهم.
- الفسق أو قلة الدين والصبون، بأن كان غير مأمون على الولد لعدم تحقق المصلحة المقصودة من الحضانة، وهذا متفق عليه.
- تزوج الحاضنة و دخول زوجها بها، إلا أن تكون جدة الطفل زوجة لجدّه، أو تزوج الأم عمًّا له، فلا تسقط الحضانة لوجود المحرمية، وهذا متفق عليه.
- اختلاف الدين، وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية⁽²⁹⁹⁹⁾، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر⁽³⁰⁰⁰⁾، والمشهور عند المالكية والحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى⁽³⁰⁰¹⁾، فلا يشترط الإسلام فيها إلا أن تكون مرتدة، لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة كما يقول الحنفية. أما غير المسلمة - كتابية كانت أو مجوسية - فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، ما لم يعقل المحضون الدين أو يُخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ يترع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين، لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا يترع منها، وإنما تضم الحاضنة لجيران المسلمين ليكونوا رقباء عليها⁽³⁰⁰²⁾.

أولاً: سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

- قال ابن القيم: واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال⁽³⁰⁰³⁾:
- أحدها: سقوطها به مطلقاً سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى وهذا مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وأحمد في المشهور عنه. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم وقضى به شريح .

والقول الثاني: أنها لا تسقط بالتزويج بحال ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات البعل وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري وهو قول أبي محمد ابن حزم .

القول الثالث: أن الولد إن كان بنتاً لم تسقط الحضانة بنكاح أمها وإن كان ذكراً سقطت وهذه إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله - نص عليه في رواية مهنا بن يحيى الشامي فقال: إذا تزوجت

2999- الشريبي: معني المحتاج، 3/595. الهوتي: الروض المربع، ص 629.

3000- الكاساني: بدائع الصنائع، 4/42.

3001- الكاساني: المصدر نفسه، 4/42. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 3/161-162.

3002- الدردير: الشرح الكبير، 2/529. السرخسي: المبسوط، 6/171. عبد الله الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، 4/16.

3003- ابن القيم: زاد المعاد، 5/454-455.

الأم وابنها صغير أخذ منها. قيل له والجارية مثل الصبي؟ قال: لا، الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين. وعلى هذه الرواية فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ؟ على روايتين. وعن أحمد أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ.

والقول الرابع: أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال.

أحدها: أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد.

الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد بأن يكون جدا للطفل وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد، فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة.

وجاء في "روضة الطالبين" للنووي في فقه الشافعية: في شروط الحاضنة: "فلو نكحت أجنبيا سقطت حضانتها؛ لاشتغالها بحقوق الزوج، فلو رضي الزوج لم يؤثر؛ كما لا يؤثر رضا السيد بحضانة الأمة؛ فقد يرجعان؛ فيتضرر الولد"⁽³⁰⁰⁴⁾.

غير أن المالكية قد وضعوا لسقوط حضانة المرأة عند زواجها بأجنبي القيود الآتية⁽³⁰⁰⁵⁾:

1- عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر، فإن سكت هذه المدة الطويلة بعد علمه بالزواج عدّ سكوته رضياً بإسقاط حقه. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 68 التي نصت على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

2- وجود مرضعة للطفل غير حاضنته إذا كان الطفل رضيعاً وقبلاً ثديها.

3- وجود حاضن للطفل تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الحضانة.

4- أن لا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على الطفل المحضون من قبل أبيه أو من قبل

القاضي.

5- إذا لم تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو موت الزوج قبل أن يطالب من يليها بحقه في

الحضانة، فإن مات الزوج أو طلق قبل مطالبة صاحب الحق في الحضانة، فإن الحضانة تستمر للحاضنة التي كانت متزوجة، لأن العذر الذي يسقط حضانتها وهو الزواج قد زال بطلاقها، والولد لا يزال معها فتستمر على حقها.

3004- النووي: روضة الطالبين، 506/6.

3005- انظر، الدردير: المصدر نفسه، 530/2. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 167-166/3.

ثانيا: رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

فيعود حق الحضانة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة، إذا زال ذلك العذر⁽³⁰⁰⁶⁾، وذلك في الحالات الآتية وفق مذهب المالكية الذين يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري⁽³⁰⁰⁷⁾:

- 1- العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض أو عدم وجود اللبن، فإذا زال عنها ذلك استحققت الولد مرة أخرى، إلا أن تتركه بعد زوال العذر سنة فأكثر.
 - 2- سفر الولي بالمحضون وانتقاله به إلى بلد آخر، فإنه إذا ترتب عليه سقوط الحضانة لعدم رغبة الحضنة في الانتقال معه، ثم رجع الولي بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحضنة من جديد.
 - 3- سفر الحضنة لأداء فريضة الحج، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد.
- وعلى هذا فإن المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب المالكي في هذه المسألة حين فرق بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في سقوط الحضانة.

المطلب الثاني: أحكام الحضانة وفق التعديل الجديد

يتناول هذا المطلب على الخصوص المواد القانونية المتعلقة بالحضانة، وهي بالتحديد المواد: 64 و67 و72 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الأولى بالحضانة عند اجتماع الرجال والسنة

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العممة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.."⁽³⁰⁰⁸⁾.

أي أن الحضانة تكون مباشرة للأب بعد الأم، بعد عدول المشرع عن مذهب الجمهور، وبخاصة المذهب المالكي في ترتيب الحواضن كما كانت عليه المادة 64 قبل تعديلها. ومنه لا بد من الوقوف عند

3006- لم يفرق الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في عود الحضانة إذا كان سبب سقوطها اضطراريا أو اختياريا طبقا لقاعدة "إذا زال المنع عاد المنوع". ابن قدامة: المعنى، 427/11. الموسوعة الفقهية، 313/17.

3007- انظر، الدردير: الشرح الكبير، 532/2-533. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 168/3. الموسوعة الفقهية، 313/17.

3008- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..".

مسألة انتقال الحق في الحضانة بعد الأم إلى الأب مباشرة لمعرفة ما استند إليه المشرع فيما ذهب إليه (3009).

أولاً: الأم أولى بالحضانة

الحضانة تكون للنساء والرجال من المستحقين لها، إلا أن النساء يقدمن على الرجال؛ لأنهن أشفق وأرفق، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر⁽³⁰¹⁰⁾. فتكون حضانة الولد للأبوين إذا كان النكاح قائماً بينهما، فإن اختلفا فالحضانة للأم بالاتفاق⁽³⁰¹¹⁾؛ لما ورد أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽³⁰¹²⁾.

وجاء في المبسوط: "اعلم أن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم، والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أحن وأشفق من الأب على الولد، فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحملة الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادة منفعة للولد"⁽³⁰¹³⁾. وجاء في المغني: "الأم أحق بكفالة الطفل والمعنوه إذا طلقت وهو قول الجمهور"⁽³⁰¹⁴⁾. وهذا ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 64 التي نصت على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها".

على أن الفقهاء قد اتفقوا في الجملة على أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة إذا كملت الشرائط فيها، فإذا عدت بأن تزوجت من أجنبي أو قريب غير محرم، أو سقط حقها في الحضانة بأي سبب من أسباب سقوطها، فإنها تنتقل إلى الجدة لأم - وإن علت- فإن لم تكن -بأن كانت ميتة أو متزوجة بغير محرم منه- فالحضانة إلى أم الأب -على خلاف بينهم في تقديم الخالة والأخت عليها-

3009- لا يتسع المقام لذكر ترتيب المستحقين للحضانة من النساء والرجال. انظر في ذلك: ابن قدامة: المغني، 11/ 422 وما بعدها. عبد الله الموالي: الاختيار لتعليل المختار، 4/ 14-15. الغرياني: مدونة الفقه المالكي، 3/ 162 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/ 719 وما بعدها.

3010- الكاساني: بدائع الصنائع، 4/ 41. السرخسي: المبسوط، 5/ 207.

3011- انظر، ابن القيم: زاد المعاد، 5/ 535. الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 1/ 564-565.

3012- الدارقطني: كتاب النكاح، باب الحضانة، حديث رقم 3808. 4/ 468.

3013- السرخسي: المصدر نفسه، 5/ 207.

3014- ابن قدامة: المغني، 11/ 413.

(3015) ثم إلى من يليها من مستحقيها من النساء⁽³⁰¹⁶⁾. والأصل في تقديم الجدة لأم ما جاء في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: "كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصما، ثم فارقتها عمر -رضي الله عنه- فركب يوما إلى قباء، فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعصده فوضعه بين يديه، فأدركته جدّة الغلام، فنازعته إياه أباه، فأقبل حتى أتيا أبا بكر -رضي الله عنه- فقال عمر: هذا بعضي، وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر: خلّ بينه وبينها؛ فإن ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"⁽³⁰¹⁷⁾ قال أبو بكر ذلك والصحابة حاضرون متوافرون، فلم ينكر ذلك أحد ولم يعارضه عمر، قال مالك: وهذا الأمر الذي أخذ به في ذلك⁽³⁰¹⁸⁾.

ثانيا: انتقال الحضانة من الأم إلى الأب وفقا لقانون الأسرة

إن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في موضوع الحضانة بمختلف مسائلها إنما يهدف بالأساس إلى حماية مصلحة المحضون، ويتجلى ذلك من خلال السلطة التقديرية للقاضي، والتي تقضي بما يضمن تحقيق المصلحة للمحضون بالدرجة الأولى، ومثال ذلك استثناء سقوط الحضانة بالنسبة للحاضنة العاملة إذا كان في عملها ما يفوّت على المحضون رعايته والعناية به، وكذا من خلال الحكم بالنسبة لمكان الحضانة التي تكون حسبما تقتضيه مصلحة المحضون بغض النظر عن الحاضن، وكما في مسألة انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة، من خلال المادة 64 والتي نصت على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب.. مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك". حيث يفهم من هذا كله أن المشرع قد احتفظ في ترتيب الحاضنين بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة للحالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون⁽³⁰¹⁹⁾.

وقد استند المشرع فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة -فيما يبدو- إلى ما ورد في فقه الحنابلة، حيث جاء في المعني: "ولا يشاركها -أي الأم في الحضانة- في القرب

3015- إذا اجتمعت أم الأب والحالة، فأب الأب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور، وروي عن أحمد أن الأخت والحالة أحق من الأب، فعلى هذا يحتل أن تكون الحالة أحق من أم الأب، وهو قول الشافعي في القديم، والصحيح عند الحنابلة أن الأم لأب مقدمة على الحالة. ابن قدامة: المعني، 422/11. الشريبي: معني المحتاج، 592/3.

3016- ليس معنى كون الحضانة لأحد الوالدين خلّو الطرف الآخر عن رعاية المحضون ومباشرة مصالحه التي يجب عليه القيام بها أو التي يحتاج إليها المحضون، وكذلك ليس معنى كون الحضانة للجدة -سواء أكانت لأم أو لأب- انفضاض يد الوالدين عن حقهما في رعاية المحضون والنصح له والقيام بمصالحه التي لا يقوم بها إلا هما، وكذلك بعد انتهاء سن الحضانة واختيار المحضون لالتحاقه بأحد أبويه.

3017- الإمام مالك: الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، حديث رقم: 2230، 317/2.

3018- الباجي: المنتقى، 149/8.

3019- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 140.

إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها، ولا يتولّى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه" (3020).

وجاء في موضع آخر منه: "عن أحمد روايتين إذا عدت الأم. الأولى: أن أم الأم وإن علت أولى بحضنته وهو المشهور، والثانية: أن أم الأب وأمها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهم يدلّين به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته" (3021).

وجاء في موضع آخر منه أيضا: "وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاتها لها، ففيه وجهان: أحدهما تنتقل إلى الأب؛ لأن أمها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها. والثاني: تنتقل إلى أمها وهو أصح، لأن الأب أبعد" (3022).

وعلى هذا يمكن القول بأن المشرع قد أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة في هذه المسألة، إلا أنه جعل المعيار في ترتيب الحواضن مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال.

كما استند إلى ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18/2/1997 أنه: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسלטتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن" (3023).

وكذا القرار المؤرخ في 12/2/2001: "إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيقا صحيحا للقانون" (3024).

3020- ابن قدامة: المغني، 414/11.

3021- ابن قدامة: المصدر نفسه، 426 / 11.

3022- ابن قدامة: المصدر نفسه، 427 / 11.

3023- ملف رقم 135640: المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص 39.

3024- ملف رقم 256629: المجلة القضائية، العدد الثاني، 2004، ص 421.

الفرع الثاني: سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة

نصت الفقرة الثانية من المادة 67 على أنه: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"⁽³⁰²⁵⁾.

حيث استدرك المشرع النص على عمل المرأة من خلال الفقرة الثانية (المضافة) من هذه المادة، من خلال ما أكدته المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 2000/7/18: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽³⁰²⁶⁾.

وبناء على هذا أكد المشرع على أن عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة لا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوطها⁽³⁰²⁷⁾، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة. واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يجرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون⁽³⁰²⁸⁾. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/7/3: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"⁽³⁰²⁹⁾.

وهذا الرأي له ما يسانده من وجهة نظر الفقه الإسلامي في الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة.

فقد اهتم الفقه الإسلامي بمصلحة المحضون، وجعل له الأولوية في كل ما يرجع عليه بالنفع، ويدفع عنه الضرر، فاشتراط في الحضانة كونها خلية متفرغة، حتى لا تشغل بحقوق الغير عن حق المحضون في الرعاية والتربية، والاهتمام بكل ما يلزمه من عناية وخدمة. ولذلك جعلوا زواج الحاضنة بأجنبي من

3025- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/27. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه. غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

3026- ملف رقم 245156: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.

3027- هذا الموقف من المشرع يدل على الاتجاه السياسي في تعزيزه لحرية المرأة في العمل، وطريق إلى تحقيق مساواتها بالرجل في مختلف مناحي الحياة الاجتماعية والسياسية، كما يلحظ هذا الاتجاه من خلال المادة 19 من قانون الأسرة التي تميز لها اشتراط العمل أو الاستمرار فيه، وبناء على تخلف شرطها بعد الزواج، فلها الحق في طلب التطلق بناء على الفقرة التاسعة من المادة 53. غير أن الدور الحقيقي للمرأة لا يظهر أثره إلا في تربية النشء، وكفاية الولد من الرعاية والعناية وعاطفة الأمومة التي يفتقر إليها الولد في دار الحضانة بعيدا عن أمه لفترة طويلة.

3028- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 142.

3029- ملف رقم 274207: المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 262.

مسقطات حقها في الحضانة لانشغالها بحقوق الزوج، وقياسا على ذلك فإن خروج المرأة للعمل بالمفهوم الحديث (الموظفة)، يسقط حق الحضانة بالنسبة لها - وبخاصة من تعمل طوال أيام الأسبوع.

حتى وإن لم ينص الفقهاء القدامى على ذلك صراحة، كون المسألة لم تكن مطروحة لديهم بشكلها المعروف حاليا، إلا أن ما يفهم من خلال تتبع نصوصهم في هذا الشأن أنهم يجعلون عمل المرأة عائقا يحول دون استحقاقها الحضانة. وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون. حيث يرى الحنفية⁽³⁰³⁰⁾ والحنابلة⁽³⁰³¹⁾ أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحق تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه، فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة.

ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون، فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير. جاء في المبسوط: "وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت"⁽³⁰³²⁾، وجاء في الفتاوى الهندية: "ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة"⁽³⁰³³⁾. وفي روضة الطالبين: "الشرط الخامس كونها فارغة خلية"⁽³⁰³⁴⁾.

واختلفوا في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة:

أ- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذا لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة، بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو مغسلة⁽³⁰³⁵⁾.

ب- ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنها في الحضانة، فيبقى حقها في

3030- انظر، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية، 1/565-566.

3031- انظر، اليهودي: الروض المربع، ص 629-630.

3032- السرخسي: المبسوط، 5/207.

3033- الشيخ نظام: المصدر نفسه، 1/566.

3034- النووي: روضة الطالبين، 6/506.

3035- ابن عابدين: رد المحتار، 3/603.

الحضانة قائما. وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية،
ومن قال بهذا الرأي مصطفى شليبي، و عبد الرحمن الصابوني. (3036)

ج- أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من
بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة، إلا أنه ذهب إلى أن تقدير
الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي (3037).

د- ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير، ويررر رأيه بأن الواقع العملي يثبت
الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر وضياع الناشئة (3038).

والذي أراه في هذه المسألة القول بعدم سقوط حق الحضانة بمجرد عمل المرأة، إنما يمكن النظر إلى
طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى تفريط في حق المحضون فأرى سقوط حقها في
الحضانة.

كما يجب أيضا ضرورة مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية عند دراسة أثر العمل وعدم الاقتصار على
الجوانب المادية فقط، فإن العلماء عندما تحدثوا عن الحضانة تطرقوا لتأديب المحضون ورعايته وتعليمه والقيام
بمصلحه، ولا شك أن من أعظم المصالح مراعاة الجوانب النفسية والعاطفية والتربوية للمحضون.

ولا بد من التنبيه في هذا المقام إلى أنه ما دام المشرع يتجه إلى تشجيع خروج المرأة للعمل، فيكون
بالضرورة عليه مراعاة قوانين العمل -المعمول بها- لظروف المرأة الحاضنة وتقليل ساعات عملها بما لا
يتعارض مع واجبها الأسري بحضانة صغارها. فمشاركة المرأة في الحياة العامة يجب ألا يؤثر سلبيا على واجباتها
الأسرية، لأن تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يعد من أهم وظائف الأم، فإذا ما غابت هذه الوظيفة فإن
المتوقع هو وجود جيل يعاني أبنائه من خلل عاطفي ونفسي ووجود جيل متفكك الأسر متقطع الروابط.

ومن هنا يمكن القول أنه في جميع الحالات التي تكون عليها الحاضنة يجب تقديم ومراعاة مصلحة
المحضون، كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري وأكدته الاجتهادات القضائية المستندة أساسا إلى ما هو مقرر
في الفقه الإسلامي، وذلك لأن حق المحضون أولى وأؤكد من حق الحاضن، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ
بحقها في الحضانة ما لم تتحقق وتتأكد مصلحة المحضون.

الفرع الثالث: مسكن الحاضنة أو بدل الإيجار

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة
سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب

3036- شليبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 764. الصابوني: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط9،
1983، ص 279.

3037- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 407.

3038- محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط 2، 1990، 370/3.

للحكم القضائي المتعلق بالسكن⁽³⁰³⁹⁾. حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما ورد النص عليه في المادة 52 قبل تعديلها من خلال عبارة "مع محضونها". والذي يفهم منها أن شرط استحقاق السكن أن تكون حاضنة لأكثر من واحد. كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل إيجاره دون أي مبرر، وذلك عكس مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل تعديلها: "تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت انحرافها".

كما أنه لم يبين الحكم في حالة ما إذا كانت الفرقة خلعا أو تطليقا، ولم يكن للرجل يد في إيقاع الطلاق، وكذا الحكم عند الفرقة باللعان⁽³⁰⁴⁰⁾.

على أن النفقة والسكن للمحضون واجبة على من تجب عليه نفقة الولد في الجملة عند جمهور العلماء، وإنما اختلفوا في سكنى الحاضنة نفسها، قال ابن عابدين بعد ذكره خلاف فقهاء الحنفية في ذلك: "والحاصل أن الأوجه لزوم أجره المسكن على من لزمه نفقة المحضون، فإن السكن من النفقة، لكن هذا إن لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها، فلا تجب الأجرة لعدم احتياجه إليه". وقال أيضا: "فينبغي أن يكون هذا توفيقاً بين القولين، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل"⁽³⁰⁴¹⁾.

والخلاف عند المالكية كما قال الدردير في حاشيته على مختصر خليل: "إنما هو فيما يخص الحاضنة من المسكن، وأما السكنى فيما يخص المحضون فعلى الأب اتفاقاً. ومذهب المدونة الذي به الفتوى أنه على الأب للمحضون والحاضنة معاً، ولا اجتهاد فيه. وقيل تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء. قال سحنون سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد. ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد الحاكم. والمشهور أن على الأب السكنى وهو مذهب المدونة خلافاً لابن وهب القائل أن أجره المسكن على الحاضنة، وعلى المشهور قال سحنون تكون السكنى على حسب الاجتهاد"⁽³⁰⁴²⁾. وجاء في النوادر لأبي زيد القيرواني: "قال ابن القاسم فيمن طلق امرأته وله منها ولد، فإن كان ملياً فعليه أن يخدم، والسكنى عليه

3039 - عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً وإن تعذر فعليه أجرته".

3040 - يسقط حق الحاضنة في المسكن إذا اختلعت من زوجها على أن يكون البديل الذي تلتزم الزوجة بدفعه هو بدل إيجار المسكن أو نفقتها على الولد - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - وأما في حالة التطليق فالضرر واقع بالمرأة ويوجب لها التعويض، ويكون من حقها كذلك المسكن إذا كانت حاضنة، ويختلف الأمر في اللعان بأن نفى المطلق أبوته لابنه وانتهى النسب فلا نفقة ولا سكنى. انظر، العمري: البيان في مذهب الشافعي، 25/10. ابن قدامة: المغني، 405/11.

3041 - ابن عابدين: رد المختار، 562/3.

3042 - الدردير: الشرح الكبير، 533/2-534.

وعليها، وقال أيضا فيمن طلق امرأته وله منها ولدان: أنه ليس عليه لهما إلا النفقة، وليس عليه أن يكتري لهما. وسئل أشهب عن من طلق امرأته وله منها ولد يلزمه كراء منزل لولده، قال: نعم، وقال ابن القاسم: وإن لم يكن له ما ينفق على ولده منها إلا دارا، فإن كان فيها فضل، وإلا فلا نفقة عليه⁽³⁰⁴³⁾.

وأما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة، فمن تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها⁽³⁰⁴⁴⁾.

حيث جاء في نهاية المحتاج: "ومؤنتها -ومنها السكنى- على من تلزمه نفقتها"⁽³⁰⁴⁵⁾.

ويتحصّل من مجموع أقوال الفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أوجه: وجه يقضي للحاضنة المطلقة بالسكنى مطلقا، وفق ما جاء في المدونة، ووجه آخر يقضي لها بعدم وجوب المسكن للحاضنة على رأي ابن وهب، والوجه الثالث أن لها ذلك إذا لم يكن لها مسكن، وهذا هو الأرجح عند فقهاء الترجيح في المذهب الحنفي على رأي ابن عابدين⁽³⁰⁴⁶⁾؛ لأن المتبع لعبارات الفقهاء يجدها تكاد تتفق حول إعداد المسكن للحاضنة التي لا تملك مسكنا، وأما التي لها مسكن، فلا يلزم المطلق بإسكانها وهو الراجح في مذهب الحنفية والمالكية، وهذا الذي مال إليه من المعاصرين الشيخ أبو زهرة والسيد سابق ومصطفى شلبي ومحمد بلتاجي وغيرهم⁽³⁰⁴⁷⁾.

وعلى هذا فجملة الملاحظات التي يمكن إبدائها بشأن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 72 التي نصت على أنه "تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، فهي كالآتي:

أولا: إن النصوص الفقهية الواردة في هذه المسألة، وخاصة وفق مذهب الحنفية المالكية كما هو قول ابن عابدين "لكن هذا إن لم يكن لها مسكن"، صريحة في الكلام عن الحاضنة التي ليس لها مسكن، وهي التي على الأب سكنها هي ومحضونها، أما المشرع فلم يقيد حق الحاضنة في الاستقلال بمسكن الزوجية بهذا القيد المهم، إنما أطلق القول بأنه للمطلقة الحاضنة هذا الحق، ولم يفرق -كما ذهب إلى ذلك الفقهاء- مع أن هذا

3043 - أبو زيد القيرواني: النوادر والزيادات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999، 59-58/5.

3044 - العمراني: البيان في مذهب الشافعي، 11/230-232. ابن قدامة: المغني، 11/402.

3045 - الرملي: نهاية المحتاج، 7/225.

3046 - ابن عابدين: رد المختار، 3/562.

3047 - انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، 410. السيد سابق: فقه السنة، 2/221. شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 769. محمد بلتاجي: دراسات في الأحوال الشخصية، ص 196 وما بعدها.

التفريق مهمّ جدا في الحالات التي يكون للمطلقة مسكن آخر غير مسكن مطلقها، حيث يعفي ذلك الزوج من الخروج من مسكنه الذي قد لا يكون في استطاعته الحصول على غيره.

ثانيا: أغفل المشرع الحالات التي يكون فيها المحضون ذا مال يمكن معه اسئجار منزل الحضانة له ولحاضنته، ذلك أن نفقة الصغير إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيرا كان أو كبيرا. ومما لا شك فيه أن المطلقة لا حق لها بذاتها في مسكن الزوجية بعد انتهاء الصلة بينها وبين الزوج، فإنما يأتي حقها في مسكن الزوجية باعتباره من نفقة المحضون على أبيه، فإذا كان للمحضون نفسه مال فنفقته أصلا من هذا المال، ولا حق له أو لحاضنته عندئذ في مسكن الزوجية السابقة، وهنا كان الأولى بالمشرع إبقاء المادة على ما كانت عليه قبل التعديل، وهو الأمر الذي عليه جمهور الفقهاء⁽³⁰⁴⁸⁾.

ثالثا: لا يمكن تصور بقاء المطلقة في بيت مطلقها بعد صدور حكم الطلاق، إذ أصبحت بذلك أجنبية عليه، فكيف يعقل بقاءهما في بيت واحد إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن الذي عادة ما تطول مدة تنفيذه. ولا تسمى حينئذ بيت الزوجية؛ لأن الزوجية لم تعد قائمة، بل تسمى بيت مطلقها.

وقد فصل الرّملي ذلك وهو في سياق الحديث عن سكنى المعتدة من طلاق بائن بقوله: "و لو كان في الدار حجرة سكنها أحدهما، وسكن الآخر الحجرة الأخرى من الدار، فإن اتحدت المرافق - كمطبخ ومستراح - اشترط محرم، وإن كان في الدار بيت - يقصد حجرة واحدة - فإنه لا يجوز له أن يساكنها ولو مع محرم؛ لأنها لا تتميز من المسكن بموضع إلا إذا بنى بينهما حائلا، وبقي لها ما يليق بها سكن جاز، وإلا بأن لم تتحد المرافق بل اختصت كل من الحجرتين بمرافق فلا يشترط المحرم إذ لا خلوة"⁽³⁰⁴⁹⁾.

وعلى هذا فإرادة المشرع غير واضحة في هذه المسألة، إذ يلزم من ذلك إما توفير سكن مستقل لها عن مسكنه إذا توفر لديه مسكن آخر - وهذا على خلاف الغالب - وإما أن يتخلى لها عن مسكنه الوحيد، فيقع بذلك المطلق في الضيق والحرَج، وهذا تجاوز كبير لم يقل به أحد من الفقهاء.

وحل هذه الإشكالية يكمن في تقديري:

3048 - انظر، الماوردي: الحاوي الكبير، 478/11. ابن قدامة: المغني، 372/11 وما بعدها.

3049 - الرّملي: نهاية المحتاج، 163/7.

أولاً: في سرعة الفصل في قضايا الحضانة على وجه الاستعجال، وهذا ما استدركه المشرع من خلال نص المادة 57 مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"⁽³⁰⁵⁰⁾.

ثانياً: إذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها إطلاقاً، فهنا تقدم مصلحة المحضون، وتبقى الحاضنة في بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. أما إن كان لها مسكن خاص أو أهل تأوي إليهم، فإنها تمكث في بيتها أو في بيت أهلها وتستحق بدل الإيجار منذ انتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي، هذا إن تعذر عليه توفير سكن ملائم للحاضنة قبل تنفيذه للحكم القضائي.

فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدّماً على توفير السكن للحاضنة، لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها حال صدور الحكم بإيجابه. وقد سئل ابن حجر الهيثمي عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجرة المسكن الذي تحضن فيه أولادها هل يجب على الأب استئجار المسكن أو لا، وهل تسقط حضانتها إذا لم يكن لها مسكن أم لا، وهل يدخل في مؤنة الحضانة أجرة المسكن أم لا؟ فأجاب بقوله: "الأم الحاضنة إن كانت في عصمة الزوج الأب فالإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجرة الحضانة فتستأجر منها مسكناً إن شاءت ولا تسقط حضانتها بعدم ملكها أو نحوه لمسكن"⁽³⁰⁵¹⁾.

كما أن بدل الإيجار يكون الأفضل بالنسبة للحاضنة القاصر التي لا يكون بمقدورها الانفراد بسكن مستقل عن أهلها، وحتى لو أمكنها قانوناً فإن العرف والواقع يبييان ذلك، لما قد ينجر عنه من مفسد قد تلحق الحاضنة وتضيق بذلك مصلحة المحضون.

3050 - مضافة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.

3051 - ابن حجر الهيثمي: الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، 216/4.

نتائج الفصل

يمكن تلخيص نتائج هذا الباب، والذي تم التطرق فيه إلى أهم المسائل الاجتهادية التي تتعلق بـ صور فك الرابطة الزوجية وآثارها - باعتبارها من القضايا المطروحة باستمرار أمام القضاء - وذلك وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامي قديماً وحديثاً، وما نص عليه قانون الأسرة واستقرت عليه التطبيقات القضائية في جملة أمور:

- من خلال هذا العرض التحليلي المقارن يمكن القول أن المشرع الجزائري قد بنى مواقفه من خلال التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 وفق ما يخدم أغراضه السياسية والاجتماعية إلى حدّ لم يوفق فيه بين المصلحة ومتطلبات العصر من جهة، والنص من جهة أخرى، وذلك كما في بعض المسائل التي سبق بيانها. مما يضطره أحياناً إلى الأخذ بالمرجوح من الآراء الفقهية في بعض الأحيان عند التعارض، سعياً منه إلى عدم الخروج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي بصفة عامة، فيقع بذلك في التلفيق الممنوع.

- كما يتضح مما سبق التطرق إليه في بعض المسائل استقلال المشرع برأيه من دون الاستناد إلى دليل يقره شرعاً. وذلك ليس عجزاً منه للوصول إلى الرأي الراجح في كل المسائل التي تناولها قانون الأسرة، وإنما جاء اختياره بناء على تبنيه لتوجه معين اقتضته التغيرات الحاصلة في المجتمع نتيجة الانفتاح على العالم الخارجي.

إلا أن المشرع قد وفق إلى حدّ بعيد في تقوية المركز القانوني للمرأة بما يكفل حمايتها، ويعزز حرمتها ويضمن مساواتها مع الرجل، لكن ليس على الوجه الذي تقره مقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

ويلحظ ذلك على الجملة في النقاط الآتية:

- حماية للمرأة من تعسف الزوج في الطلاق حكم لها المشرع بالتعويض عن ذلك، زيادة عن المتعة المقررة لها شرعاً كحق من حقوق المطلقة، حتى وإن لم ينص المشرع عليها صراحة إلا أن هذا هو المعمول به قضاءً.

- الارتقاء بالخلع من رخصة للمرأة إلى الحق الأصيل لها في مقابلة حق الرجل في الطلاق.

- توسيع الأسباب التي تسمح للمرأة طلب الطلاق وإمكانية الحصول على تعويضات من جراء الضرر طبقا للمادة 53، حتى ولو كان في بعضها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية من حيث عدم الحاجة إلى إثبات الضرر.

- أصبح من حق الأب حضانة الأبناء مباشرة بعد الأم بالمادة 64، بغية تحصيل التوازن بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، حتى ولو كان الأساس في ذلك ضعيف.

- بقاء الأم و الأبناء في بيت الزوجية في انتظار القرار الفاصل فيما يخص السكن بالمادة 72.

- إلزام الزوج بضمان بيت محترم لأبنائه و أمهم الحاضنة أو تأجير سكن لهم بالمادة 72.

- لا يشكل عمل المرأة سببا في إسقاط حقها في الحضانة بالمادة 67.

وعلى هذا فبقدر سعي المشرع إلى تحقيق المساواة والتوازن بين المرأة والرجل من حيث الحقوق والالتزامات بقدر ما فتح الباب لوضع جديد من شأنه أن يضيق على الرجل فيما له سعة في أحكام الشريعة.

وأما نتيجة هذا الباب فتكمن في ردّ شبهة من يرى بأن ما يواجه قانون الأسرة حاليا هو إشكالية التصادم بين الفكر الحديث والفكر التقليدي، وأنه لا يمكن تحاشي هذا إلا بالانخراط في منظومة المبادئ العالمية، وعليه تصبح وجوبية طرح الإشكالات القانونية ضمن هذا الإطار وهو البعد العالمي.

فإنه يجاب عليه بأن أحكام الشريعة الإسلامية تستوعب ما يطرحه الفرد والأسرة والمجتمع المحلي والدولي، وأن أحكام الأسرة مصانة شرعا بما يكفل استقرارها وتماسكها، على خلاف التخبط والانحلال الذي تعرفه المرأة والأسرة في الديانات والقوانين الوضعية الأخرى.

خاتمة

تتضمن خاتمة هذا البحث أهم وأبرز النتائج المتوصل إليها متبوعة بتوصيات وذلك فيما يأتي:

أولاً: النتائج

أ- فيما يتعلق بالقضاء

- إن القضاء في الفقه الإسلامي هو فصل الخصومات وقطع المنازعات بالحكم الشرعي على وجه مخصوص، فله مفهوم واحد وخصائص ذاتية محددة، إن افتقدت إحداها فلا وجود لهذا القضاء، وهي صدوره من ذي الولاية وبأحكام الشريعة الإسلامية على وجه الإلزام لتمييزه عن الفتوى. بينما يتناول في القانون الوضعي قانون المرافعات الذي يدرس شؤون القضاة ويهتم بدراسة النظام القضائي وتحديد اختصاصات المحاكم وتنظيم السير الحسن لها إلى غاية تنفيذ الأحكام. فاستقاء الأحكام من الشريعة الإسلامية هو الفيصل بين القضاء الشرعي وغيره من الأنظمة القضائية الوضعية. والمرجع في نظر جميع القضايا والمخاضات إلى أحكام الشريعة الإسلامية فهي الأصل والأساس المعتمد في جميع أحكام القضاء، وليس ثمة سلطان ذو هيمنة على القضاء والقضاة إلا لحكم الشريعة الإسلامية.

- مما يمتاز به القضاء في الإسلام مراعاة الجانب التعبدي وذلك لارتباطه بقاعدة الحلال والحرام، والثواب والعقاب، وهذا المعنى كفيل بتربية الوازع الديني عند القاضي المسلم مما يجعل من ذلك مراقباً له في حياته عامة من تصرفات قولية وفعلية، لذا حرص الإسلام على غرس العقيدة في وجدان المسلم قبل تكليفه بالأحكام، وأحاطه بسياج من الأخلاق بجانب التكليف، ليكون ذلك هو الضامن لتنفيذ تلك الأحكام الشرعية، وهو الحامي لصحة التنفيذ وحسن السلوك والبعد عن الانحراف، وهو الرقيب في الطاعة الحقيقية في التطبيق، لذلك فإن العقيدة وتعاليم الأخلاق لها أثر عظيم في سلامة ونزاهة النظام القضائي في الإسلام، بخلاف ما عليه القضاء في الأنظمة الوضعية.

- يظهر دور الوازع الديني بشكل ظاهر وجلي في وسائل الإثبات القضائية، فالقيم الأخلاقية ومبادئ العقيدة تسهم بنصيب وافر في الإثبات وتوفر له الحيطة والاطمئنان في الأداء والفصل في النزاع، وتجعل من الإخلال به مناطاً للجزاء الأخروي؛ ولهذا فالأخلاق الفاضلة والعقيدة السليمة أساس وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وهي منطلق العدل وركيزة الحق.

- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على اعتبار حرية الدفاع ومجانبة القضاء والمساواة والاستقلال من المبادئ الأساسية للقضاء، وذلك حرصاً على تحقيق نزاهة القاضي وحمايته، وضماناً لإقامة العدل وكفالة حق التقاضي.

ب- ما يتعلق بالقاضي

- إن تعريف القاضي في الفقه الإسلامي يقوم على الربط بينه وبين ممارسة العمل القضائي ذاته، فإذا كان القضاء في الشريعة لا يُسند إلا لمن توافرت فيه الأهلية الكاملة لتقلد هذا المنصب، فهو أيضاً لا يُنعت بصفة القاضي إلا إذا استقى أحكامه من الشريعة الإسلامية، بخلاف القاضي في القانون الوضعي الذي لا

يشترط فيه العلم بالأحكام الشرعية، كما أن إطلاق لقب القاضي لا ينطبق وصفه إلا على الرجل - عند الجمهور - في الفقه الإسلامي، بينما يشمل الرجل والمرأة في التشريع الجزائري.

- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يتعين على رئيس الدولة نصب القاضي الذي يتمتع بالاستقلال الكامل والحرية المطلقة فيما يصدره من أحكام، وذلك حماية له حتى يتمكن من القيام بأعباء هذه المسؤولية الشاقة لإقامة العدل بين الناس. كما يعتبر من وسائل حمايته تأمينه على مقومات حياته، وذلك بعدم جواز عزله دون سبب، لأنه معين لمصلحة المجتمع، فيبقى ما دامت المصلحة محققة.

- يتفق الفقه الإسلامي - على الراجح - والقانون الوضعي على جواز أخذ القاضي للرزق وذلك حتى لا يتطلع لما في أيدي الناس، وفي المقابل يحرم عليه أخذ الرشوة وقبول الهدية من أحد الخصوم، وكذا إجابة الدعوات الخاصة، ومباشرة البيع والشراء بنفسه أو لغيره، أو القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء ومهابته. كما لا يجوز له القضاء بعلمه الذي اكتسبه من خارج مجلس القضاء، وذلك بهدف تحقيق نزاهته ودفعاً للشبهة والتهمة وضماناً لحق المتقاضين.

ج- فيما يتعلق بحجية الحكم القضائي

- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على إعطاء الأحكام القضائية حجية معينة وإن اختلفا بعد ذلك في مداها وقوتها. فمفهوم حجية الأمر المقضي به في الفقه الإسلامي تعني احترام ما قضى به القاضي وعدم جواز إعادة النظر فيه ما دام صدر مستوفياً لشروطه، وذلك لافتراض صحة الأحكام من حيث الظاهر. أما مفهوم الحجية في القانون الوضعي فهي نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم، فيعتبر بمقتضاها متضمناً قرينة لا تقبل إثبات العكس على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق من حيث الموضوع.

- إن حجية الأمر المقضي به في الفقه الإسلامي يثبت للحكم بمجرد صدوره صحيحاً، ولا تختلف قوة وضعفا باختلاف المراحل التي يمر بها الحكم، بخلاف الأمر في القانون الوضعي حيث تثبت للحكم في بدايته حجية ضعيفة، فيجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، ثم تأتي مرحلة أخرى أقوى حيث تثبت للحكم قوة الأمر المقضي به إذا تحصن من الطعن فيه بالطرق العادية - المعارضة والاستئناف -.

- وبالنسبة لعدم تأثير أحكام القضاء باختلاف الاجتهاد، فالقاعدة في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يغير حكمه الأول وينقضه بتغيير اجتهاده في المسألة التي صدر فيها الحكم، كذلك لا يجوز لقاض آخر أن ينقض هذا الحكم لاختلاف اجتهاده عن اجتهاد القاضي الذي أصدر الحكم، وذلك لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، لما في ذلك من المفساد. أما في القانون الوضعي فيجوز للقاضي في مرحلة الطعن أن ينقض حكم القاضي الآخر إذا اختلفا في الحكم، ولكن يمكن القول أن الحكم إذا صدر نهائياً أو استنفذ طرق الطعن فيه فإنه لا يستطيع قاض أن ينقضه لاختلاف اجتهاده عن اجتهاد القاضي الذي أصدره.

- ويشترط حتى يجوز الحكم حجته أن يكون صادرا من المحكمة بموجب سلطتها القضائية، أما إذا صدر بناء على سلطتها الولائية أو الإدارية فإنه لا يتمتع بالحجية.
- إن الحكم القضائي لا يمتد إلى تغيير الوصف الشرعي للمسألة التي حكم فيها؛ بمعنى أنه لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال، وقد تناول فقهاء الشريعة هذه المسألة. أما القانون فلم يتعرض لها، وذلك لأنه لا يتدخل في موقف الخصوم الاعتقادي، ولا يصف الأمر بحل أو حرمة.
- يعترف الإسلام بالأثر الإيجابي لحجية الأحكام، وهو احترام ما قضت به أحكام القضاء مستقبلا دون إعادة بحثها من جديد، ويعبر عن هذا الأثر "بكتاب القاضي إلى القاضي"، ويعتبر طريقا للحكم في الرأي الغالب.

د- ما يتعلق بالاجتهاد القضائي

- إن الاجتهاد القضائي الشرعي يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام في الشريعة الإسلامية، ويترتب على ذلك أنه يخضع في أصوله وضوابطه وقواعده وشروطه لنفس ما يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام. فهو وثيق الصلة بالاجتهاد العام الذي يمثل مصدر التجديد الفقهي ودعامته، وذلك ببيان الحكم الفقهي الذي يبنى عليه الحكم القضائي المناسب لكل ما يستجد من وقائع، أو بتجديد النظرة في الاجتهادات السابقة نتيجة طروء معطيات مستحدثة تقتضي إعادة النظر، ويتحقق بذلك للشريعة خلودها وتثبت صلاحيتها لكل زمان ومكان.
- يختلف الاجتهاد القضائي عن الاجتهاد الفقهي العام من حيث الوظيفة القضائية التي يتصف فيها الحكم القضائي بصفة الإلزام ويتمتع فيها الحكم بالحجية متى صدر صحيحا من حيث الظاهر، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي يصدر في شكل فتوى لا تأخذ صفة الإلزام ولا تتمتع بالحجية، طالما يجوز للمجتهد نقض اجتهاده.
- كما أن الاجتهاد الفقهي يكون في جميع القضايا النازلة والمتوقعة. أما الاجتهاد القضائي فيكون في القضية محل النزاع.
- يقوم الاجتهاد القضائي الشرعي على فهم المراد الإلهي من الوحي -أحكاما ومقاصد وغايات- ثم تطبيق هذا الفهم وتزيله على الواقع، ومن ثم فإن اجتهاد القاضي الشرعي يعتبر ثنائي المقصد والاتجاه (فقه النص وفقه الواقع). دون مجاوزة لحدود النصوص ومفاهيمها الحقيقية.
- يكتسب الاجتهاد القضائي الشرعي أهميته من حيث ضرورته لتأكيد صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وبالتالي عالمية وشمولية هذه الشريعة، وأنها تصلح لحكم الإنسانية في جميع مجالات الحياة المختلفة. و بها يتمكن علماء الأمة من تفويت الفرصة على المنادين باستيراد تشريعات وأنظمة علمانية غريبة.
- لا يسوغ الاجتهاد في القضاء في مجال الأحوال الشخصية إلا لمن توافرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه، وأن يقع فيما دون القطعيات.

- يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي عن مفهومه في التشريع الجزائري في أحكام الأسرة، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن إحدى درجات التقاضي والحكم عليها بالتطبيق الصحيح أو المخالف للقواعد الشرعية والقانونية، وذلك بالاستناد إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي -سلفا- أو ما نص عليه الفقهاء المتأخرين في المذهب المالكي على الخصوص، وهذا يعدّ نقلا للفتوى لا اجتهادا بمفهومه اللغوي والشرعي.

- يقوم الاجتهاد القضائي- في أغلب قراراته التي كانت السبب الموجد لبعض مواد قانون الأسرة الحالي- على الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل (قاعدة مشهورة في اصطلاح المالكية المتأخرين) والتي تعني العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها مراعاة للمصلحة وما تقتضيه الحالة الاجتماعية للأمم. وهذا ضرب من ضروب الاجتهاد المذهبي الذي تقتضيه جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة. فيكون استثناء من قاعدة الاجتهاد القضائي وليس أصلا في العملية الاجتهادية.

- إطلاق اصطلاح المبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا أولى من اصطلاح الاجتهاد القضائي، وهذا خاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية لأن الاجتهاد فيها يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي، كون أحكامها مستمدة من أصول وفروع الشريعة الإسلامية، فلا يكون الاجتهاد فيها إلا وفق ضوابطه الشرعية. أما المبادئ فتعني ما استقر عليه العمل القضائي، وهي الأحكام التوفيقية الصادرة عن المحكمة العليا في شكل قرارات نهائية بشأن البتّ في الأحكام الاستئنافية التي يرجع إليها في المسائل المشابهة لها، لا على سبيل الإلزام.

- إن الاجتهاد القضائي الشرعي من شأنه أن يعطي حولا - لقضايا مستجدة- تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي بوجه عام، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية الواردة بشأن القضية -محل النزاع- فلا تظهر فيها سمة التجديد الفقهي، الأمر الذي جعل إسهامات المحكمة العليا ضئيلة في مجال تقنين أحكام الأسرة.

- إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

ه- ما يتعلق بأحكام الأسرة

- بنيت معظم أحكامها على النصوص الشرعية، وتبقى مسائلها الفرعية مجالا للاجتهاد في تطبيقها ومعالجة المستجد منها.

- تعتبر أحكام الأسرة من النظام الشرعي العام الذي لا مجال للأمم في مخالفته، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو منصوص عليه شرعا.

- تعرضت لهجمة مغرضة من غير المتخصصين وبخاصة من الجمعيات النسوية، ومع ذلك بقيت هذه القوانين التي تنظم شؤون الأسرة قيد التطبيق لانسجامها مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها.

- التجديد في مجال أحكام الأسرة يكون ببيان الأحكام الشرعية المتعلقة بالمستجدات، كمسألة انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، فيكون التجديد هنا مرادفا للاجتهاد الشرعي العام.

- إعادة عرض مباحث أحكام الأسرة من حيث التبويب والصياغة، وهو التجديد الشكلي الذي يراعى فيه الشمولية والتيسير بما يتناسب وروح التشريع الإسلامي وبما يحقق مصلحة المجتمع.

- ليس من التجديد في شيء تبديل وتغيير الأحكام الشرعية الثابتة في مجال الأسرة والخروج عليها استجابة لضغط الواقع، كمنع تعدد الزوجات، أو جعل الطلاق بيد القاضي، لما في ذلك من تجاوز لأحكام الشريعة الإسلامية.

- تلعب الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا مثل تأكيد دور الولي في عقد زواج موليته.

- من الصفات الواجب توافرها في المشرعين والقضاة في مجال الأسرة العلم بالأحكام الشرعية ومقاصدها وفقه الواقع حتى تقوم اجتهاداتهم على أساس من الموازنة بين ما يجب تحقيقه من المصالح وما يجب درؤه من المفاسد، وبذلك تكون لهم القدرة والكفاية العلمية التي تؤهلهم للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وانتقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود النص القانوني وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

و- ما يتعلق بالجانب التطبيقي من البحث

1- جاء قانون الأسرة في تعديلاته الجديدة بحلول ترقيعية وسطية لمسائل فرعية، جعل منها قضايا جوهرية من شأنها الرفع من مكانة المرأة وتقوية مركزها القانوني والاجتماعي، تلبية لمطالب معينة وإرضاء لتوجهات مختلفة فغلب عليه الطابع السياسي والإيديولوجي أكثر من اهتمامه بالصياغة القانونية والفنية له، ما جعل صياغته لبعض المواد تتسم بالركاكة اللغوية والقانونية وعدم الانسجام، حيث يُلاحظ ذلك من خلال القراءة البسيطة لفحواه.

والواقع أن استمداد أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية يجعلها لا تتأثر بهوى التيارات المختلفة، ذلك أن التقنين لا يجل الحرام ويجرم الحلال، وذلك فيما ليس فيه مجال للاجتهاد، وأما ما مجاله الاجتهاد فيخضع لتوافر شروطه وضوابطه المستقاة من أحكام الفقه الإسلامي. فليس لولي الأمر تقييد المباح بغير ضوابطه الشرعية من جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة وعدم مخالفة ذلك للقواعد الشرعية، وذلك كما في المواد: 8 و8 مكرر و8 مكرر 1 الخاصة بتعدد الزوجات. وإذا كان لولي الأمر تقييد المباح فيكون برأي العلماء المتخصصين في علوم الشريعة بالتنظير والتفصيل الفقهيين.

2- إن نجاح أي تعديل مستقبلي لقانون الأسرة مرهون بالمزاوجة بين الأصالة والمعاصرة، وذلك بإعمال النظر الاجتهادي المقاصدي الذي من شأنه أن يساير متطلبات العصر وفق مقتضيات روح التشريع الإسلامي، ولا يكون ذلك إلا من قبل المتأهلين من ذوي الكفاية والاختصاص، للوصول إلى حلول توفيقية لمشاكل الأسرة والتي من شأنها تحقيق الاستقرار والتوازن الحقيقيين.

- 3- إن أبرز ما يتسم به هذا القانون هو توجهه إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة وإلى تعزيز دور المرأة السياسي والاجتماعي والقانوني في المجتمع، من خلال المظاهر التي تلمح فيما يأتي:
- ساوى المشرع بين المرأة والرجل في تحديد السن القانونية للزواج من خلال المادة 7.
 - جعل للمرأة الحق في اختيار الزوج الذي ترضاه راشدة كانت أم قاصرة وفق للمادتين 11 و13.
 - منحت المادة 19 الحرية للزوجين في الاشتراط بما يريانه ضروريا، وجعل مسألة شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة في مرتبة الضروريات.
 - أفادت المادة 36 بأن الحقوق والواجبات قائمة على أساس تبادلي بين الزوجين.
 - وسّعت المادة 53 من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق، ومنها عدم وفاء الزوج بشروطها.
 - جاء في المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي". وذلك في مقابلة حق الرجل في الطلاق، حيث ارتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل.
 - جاء في المادة 57: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في الحضانة". وفي هذا إشارة إلى حق المرأة في العمل وتكافؤ الفرص بينها وبين الرجل.
 - 4- عمد المشرع الجزائري في تعديله لبعض مواد قانون الأسرة - للوصول إلى ترضية في الغالب- إلى التلفيق بين الآراء الفقهية في المسألة الواحدة، مما اضطره في بعض الأحيان إلى الأخذ بالمرجوح من الأقوال في المذاهب الفقهية كما في المادة 11 الخاصة بشرط الولي.
 - 5- أخذ المشرع في تحديد أهلية الزواج ببلوغ كل من الرجل والمرأة سنا معينة طبقا للمادة السابعة، وهذا يتماشى ومقاصد الزواج في هذا العصر، وله ما يسنده من أقوال لبعض الفقهاء، ورخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة، ويرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي وفقا للمادة نفسها. فاتخذ بذلك موقفا وسطا يتماشى وظروف الحياة الاجتماعية العامة.
 - غير أنه أكسب القاصر- الذي لم يبلغ السن القانونية للرشد- حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفقا للفقرة الأخيرة من المادة نفسها، ولم ينص على حقه في التقاضي فيما يخص الطلاق وآثاره.
 - وعلى هذا فخلع المرأة التي لم تبلغ السن القانونية كأن تكون في سن السابعة عشرة أو الثامنة عشرة هل يعتبر خلعها خلع بالغة رشيدة لأنها قد تجاوزت سن البلوغ أم يعتبر خلع سفيهة محجور عليها؟. وفق ما يفهم من نص المادة أن خلعها يكون باعتبارها بالغة رشيدة، وهذا مخالف للقواعد القانونية من ناحيتين:
- الأولى:** أنها محجور عليها بالفعل، لأن تصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها.

والثانية: أنها لا تعدّ رشيدة بحكم القانون، لأن القانون لم يعط الرشد إلا لمن يبلغ التاسعة عشرة، ومن يلزمها ببدل الخلع، وعلى هذا إذا خالعت في هذه الفترة يقع الطلاق ولا يجب المال، وهو ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

6- أخذ المشرع بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية، وما تفرضه ظروف العصر من إيجاب الفحص الطبي قبل الزواج وذلك من خلال المادة 7 مكرر، وذلك حفاظا على تحقيق الغرض من الزواج، وقد نص الفقهاء على هذا الشرط عندما جعلوا العيوب التناسلية من أسباب الفسخ باتفاق، واشترط المالكية لصحة عقد الزواج أن لا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا.

7- سائر المشرع الجزائري التطورات العلمية الحاصلة، فأجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون بيان لدواعيه وذلك من خلال المادة 45 مكرر، كما أجاز في إثبات النسب اللجوء إلى الطرق العلمية بنص المادة 40، لكن دون بيان لشروطه وضوابطه كما فعل الفقه المعاصر.

8- وسّع المشرع من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في كثير من الحالات فيما يخص عقد الزواج، منها الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة وفق المادة 7، وكذا الترخيص بالزواج الجديد عند وجود زواج سابق قائم وذلك في المادة 8، وجعل تخلف هذا الشرط سببا قانونيا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول.

9- رتب المشرع على تخلف عنصر الرضا بطلان العقد تأكيدا منه على إلغاء سلطة الولي في الإيجاب وذلك في المادة 33 على عكس ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت ولاية الإيجاب على خلاف بين فقهاء المذاهب في تحديد علة الإيجاب بين الصغر و البكارة.

10- رتب المشرع حكم الفسخ قبل الدخول إذا تخلفت شروط صحة الزواج -التي عدها بعض الفقهاء أركاناً- وأما بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 33 عن طريق الجمع بين آراء مختلفة للفقهاء.

11- وسّع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج، وخاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل أو استمرارها فيه بعد الزواج، وشرط عدم الزواج عليها وفق المادة 19، ورتب على عدم الوفاء بهذه الشروط الحق في طلب المرأة التطلق وذلك وفقا للفقرتين 6 و 9 من المادة 53، وهذا على خلاف ما عليه جمهور الفقهاء. ويتنافى مع أحكام هذا القانون المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية التي لا تقر ذلك بإطلاق.

12- اتجه المشرع إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الأمور التي تتنافى ومقاصد التشريع الإسلامي في تنظيم العلاقة الزوجية والمحافظة على دوامها واستمرارها عندما وسع من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطلق عدا التطلق للضرر والعيوب التي نص عليها الفقهاء وذلك في المادة 53. كما جعل للمرأة الحق في الخلع دون موافقة الزوج وفقا للمادة 54، وهو بذلك يخالف مقاصد الشريعة في التضييق من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية.

13- أهمل المشرع النص على الإجراءات التي يمكن للزوجين اتخاذها عند نشوز أحدهما، وجعل للقاضي الحكم بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر وفقا للمادة 55، والأصل أنه يمكن للمرأة أن تصالح زوجها عند نشوزه، كما يمكن للرجل أن يؤدب زوجته عند نشوزها، وإذا امتنعت عن طاعته فإنه تسقط نفقتها من تاريخ الامتناع كما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وهذا ما لم ينص عليه المشرع.

14- جعل المشرع مهمة الحكّمين عند استحكام الشقاق تقتصر على الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وأن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وفقا للمادة 56.

غير أن المقرر في الفقه المالكي -الذي أخذت به معظم التشريعات العربية في هذه الجزئية- أنه إذا عجز الحكّمان عن الصلح بين الزوجين حكما بالتفريق بينهما بطلقة بائنة لا رجعة للزوج عليها إذا كانت الإساءة منه، وبداهة فإن هذا التطبيق لا يمس حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والفرقة، أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوجة فللحكّمين أن يحكما بالتفريق نظير بدل مناسب تلزم به الزوجة. وعلى هذا فإذا كانت الإساءة مشتركة من الزوجين فللحكّمين أن يقترحا-عند العجز عن الإصلاح- التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة التي وقعت منها، وكل ذلك متفق مع المذهب المالكي الذي ينص على أنه لا ينبغي للحكّمين أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه.

15- جعل المشرع الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وفقا للمادة 57، ولم يجعل منها الطلاق بالتراضي الذي يكون فيه للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح-الطلاق بالتراضي- والأصل أن تكون مراقبته قابلة للمراجعة من طرف المجلس القضائي، الذي قد يبطل شروطا أو يعلن عدم سلامة الصلح في مسائل معينة قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما.

16- جعل المشرع مصلحة المحضون فوق مصلحة الحاضن، وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة بغض النظر عن موطن الحاضن، كما جعل للمطلقة الحاضنة حق البقاء في مسكن أب المحضون إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي وتوفير مسكن أو دفع بدل الإيجار. وأما أهم النتائج الفرعية الخاصة بالطلاق وآثاره فهي:

1- الطلاق في نظر الشريعة علاج استثنائي جعلته بيد الرجل لما يوصف به من الحلم والأناة وما يتحمله من تبعات، وفوق كل ذلك فهو مقيد بالزمان والعدد والوصف، فإن خرج عن واحدة من هذه كان طلاقا تعسفيا يلحق موقعه الإثم مع التعويض.

2- يحرم جعل الطلاق بيد القاضي، وإنما يجوز إيقاعه تحت إشراف القضاء لما له من دور في حفظ الحقوق والآثار المادية الناتجة عن الفرقة، صيانة لها من الضياع وحشية الإنكار عند النزاع.

3- الطلاق بالتراضي لا يكون دوما رجعيا، فقد يقع بائنا كما في صورة الخلع الاتفاقي أو الطلاق على مال أو صورة الطلاق بالتفويض على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري في حكم الطلاق بالتراضي.

- 4- بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييرها على واقعة الطلاق، تبين أن هناك تعسفا في الطلاق إذا كان من غير مسوغ شرعي.
- 5- يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيتها، وأن لا يكون بناء على طلب الزوجة أو رضاها.
- 6- يعتبر من صور الطلاق التعسفي؛ طلاق المريض مرض الموت، وطلاق المرتد، والطلاق دون سبب.
- 7- الطلاق التعسفي واقع، وصاحبه آثم على رأي الجمهور.
- 8- تعدّ المرأة متعسفة في تطليق نفسها بموجب التفويض، إذا أوقعته من غير مسوغ شرعي، ومن ثم يسقط حقها في التعويض وهذا من الناحية الفقهية.
- 9- إن المتعة تعني عن التعويض في الطلاق التعسفي، وتكون تعويضا عن الضرر، وألم فراق زوجها لها، فتجب في كل طلاق أوقعه الزوج بإرادته، وفي كل فرقة حصلت من جهة الزوج كالإيلاء، ولا تجب في الفرقة التي تكون بسبب من المرأة كردها، وهذا ما يجب النص عليه من طرف المشرع.
- 10- إن أهم تدبيرين للحدّ من الطلاق هو التربية والتوعية والتوجيه لكلا الزوجين، والسماح بالتعدد في الزوجات للقادر على مؤنة ذلك حفاظا على الزوجة الأولى.

ثانيا: التوصيات

يوصي الباحث بما يلي:

أولا: فيما يخص القضاء

- 1- ضرورة الإعداد الفني والعلمي والتكوين المهني السليم الذي من شأنه أن يفرز قاضيا متخصصا مما يضمن له القدرة على الحكم طبقا للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية، وذلك في إطار من الحيدة والتجرد. بما يكفل الثقة بالقضاء وحسن سير العدالة وانتظامها، ومقتضى ذلك ولازمه أن تقتصر ممارسة العمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية على فئة مؤهلة تأهيلا فنيا خاصا بالعلم القانوني والشرعي الوافر والمتعمق والمعرفة الواسعة والثقافة العالية، وتخصص القاضي بهذا المفهوم يعد ضمانا للمتقاضين. مما يوفره من قدرة على أداء وظيفته في حيدة وتجرد وفهم واستنباط دون أن يخضع في ذلك كله لغير حكم القانون، وتكون له بذلك القدرة على التطبيق الصحيح والسليم للقانون.
- 2- ضرورة إعداد محامين مختصين في علوم الشريعة والقانون، مما يضمن لهم القدرة على النهوض بمسؤولية الدفاع، التي تعتبر قرينة على تحقيق وإقامة العدل بين المتقاضين.
- 3- إعادة الاعتبار للقضاء الشرعي وبخاصة في مجال الأحوال الشخصية، وذلك بإعادة العمل بنظام المحاكم الشرعية التي تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية - كخطوة يرحى تعميمها- والتي من شأنها

الإسراع في حل قضايا الزواج ومشكلات وآثار الطلاق على وجه الاستعجال، مع ضمان التطبيق الصحيح للقانون الخاص بذلك.

ثانياً: فيما يتعلق ببعض مواد القانون

أ- من حيث ضرورة إعادة النظر

1- إعادة النظر في المادة 8 مكرر1، وذلك لأن فسخ الزواج الثاني بعد عقده دون استصدار رخصة من القاضي لا يعدّ من الأسباب الشرعية الموجبة لفسخه قبل الدخول، خاصة إذا تم ذلك بعلم ورضا الزوجتين. ويمكن الاستعاضة عن المادة 8 مكرر1 بالمادة 8 مكرر عند التدليس فيجوز للزوجتين طلب التطلق، أما إذا كان السبب في ترخيص القاضي يرجع بالأساس إلى تحقق القاضي من قدرة الزوج على مؤنة الزواج وتوفر نية العدل، فيمكن للمرأة طلب التطلق بناء على ما ورد في الفقرة العاشرة من المادة 53 التي تشمل كل ضرر معتبر شرعاً.

2- إعادة النظر في المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره". ويكون ذلك على النحو الآتي:

- إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي: "يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فإن عدموا فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعاً، فرجل عدل من المسلمين".
- أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي: "تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل".

3- إعادة النظر في المادة 50 وذلك بتقييد الرجعة دون عقد ومهر جديدين ببدء حساب العدة الشرعية وانتهائها، ولا يقيد حصول الرجعة بفترة الصلح، أو بعد صدور الحكم بالطلاق.

4- إعادة النظر في المادة 52 وذلك من خلال تقييد التعسف بالضرر بالفاحش. وأن يحكم للمطلقة تعسفاً بالمتعة بدلا عن التعويض، لأنهما تعني في أحكامها وحكمة مشروعيتها عن التعويض.

5- إعادة النظر في المادة 53 وذلك بتقييد الحق في طلب المرأة التطلق بسبب شرط تعدد الزوجات بالضرر المعتبر شرعاً، وليس لمجرد التعدد.

ب- ما يجب النص عليه

جاءت أغلب المواد القانونية عامة غير مخصصة، ومطلقة غير مقيدة، مما يفتح الباب واسعاً للتأويل والاجتهاد فيها مع كونها مفصلة أحكامها في الفقه الإسلامي، ومن ذلك المواد الآتية: 7 مكرر التي لم تبين جزاء تخلف شرط الفحص الطبي قبل الزواج من حيث صحته وبطلانه، وكذا المادة 8 التي لم تبين الإجراءات الواجب اتباعها إلى غاية استصدار رخصة القاضي بالزواج الثاني، وكذا المادة 40 في فقرتها الأخيرة والتي لم

تبين شروط وضوابط اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، والمادة 45 مكرر التي لم تبين دواعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، والأمر نفسه بالنسبة للفقرات المتعلقة بالمادة 53 .
كما أهمل المشرع النص على اللعان كوسيلة لنفي النسب مع أنه الطريق الوحيد المقرر شرعا لحكمته الظاهرة في ذلك.

وفي الأخير فإن هذه النتائج والتوصيات التي ارتأيتها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير ونظر حسب تعدد وجهات النظر واختلاف الأفهام.

وعلى هذا يبقى هذا القانون- في رأبي - مشوبا بالقصور شكلا وموضوعا، مما يتطلب إعادة النظر في بعض موادته بالتعديل والإثراء أو الإضافة أو الإلغاء، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرعين، وإنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتريه النقص، و ما الكمال إلا لصاحب الشريعة.
هذا فإن أصبت من الله وحده والفضل له تعالى أولا و آخرا، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	أطراف الآيات	السورة	رقم الآية	الصفحة
1	﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾	البقرة	102	485
2	﴿ هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لِهِنَّ ﴾	البقرة	187	562
3	﴿ فَإِذَا قُضِيَتْ مِنْكُمْ مَنَاسِكُكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا ﴾	البقرة	200	54
4	﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾	البقرة	221	335
5	﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ﴾	البقرة	222	86
6	﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾	البقرة	226	232
7	﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾	البقرة	228	6
8	﴿ وَيُعَوِّظُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾	البقرة	228	6
9	﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة	228	5
10	﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ﴾	البقرة	229	6
11	﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾	البقرة	229	6
12	﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيقَا حَدُودَ اللَّهِ فَمَا جُنَّاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾	البقرة	229	6
13	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تُنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾	البقرة	230	491
14	﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾	البقرة	231	6
15	﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾	البقرة	232	335
16	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾	البقرة	233	5
17	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَّاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة	234	340
18	﴿ لَا جُنَّاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ ﴾	البقرة	236	308
19	﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْتُمْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾	البقرة	237	312
20	﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِقِينَ ﴾	البقرة	241	6
21	﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رِجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾	البقرة	282	138
22	﴿ فَلْيَمْنِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ ﴾	البقرة	282	327
23	﴿ لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾	آل عمران	28	329
24	﴿ إِذَا قُضِيَ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ﴾	آل عمران	47	54
25	﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرَبَاعَ ﴾	النساء	3	400
26	﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾	النساء	4	309
27	﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾	النساء	6	380
28	﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾	النساء	11	6
29	﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ ﴾	النساء	19	567
30	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا ﴾	النساء	19	595
31	﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا ﴾	النساء	20	569
32	﴿ وَقَدْ أَقْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنِ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾	النساء	21	255

252	22	النساء	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾	33
310	24	النساء	﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَتَّبِعُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ﴾	34
310	25	النساء	﴿وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	35
5	34	النساء	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا﴾	36
5	34	النساء	﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾	37
485	34	النساء	﴿فَإِنْ أَطَعْتُمُ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾	38
6	35	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنَ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾	39
108	58	النساء	﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾	40
146	59	النساء	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾	41
54	65	النساء	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾	42
65	83	النساء	﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾	43
146	105	النساء	﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾	44
546	128	النساء	﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾	45
400	129	النساء	﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾	46
607	130	النساء	﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْتِهِ﴾	47
133	141	النساء	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	48
247	1	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	49
67	3	المائدة	﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي﴾	50
604	48	المائدة	﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ﴾	51
146	49	المائدة	﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾	52
500	150	الأعراف	﴿وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِهِ غَضْبَانَ أَسِفًا﴾	53
329	73	الأنفال	﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾	54
500	83	التوبة	﴿فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ﴾	55
54	71	يونس	﴿فَاجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ ثُمَّ لَا يَكُنْ أَمْرُكُمْ عَلَيْكُمْ غُمَّةً﴾	56
148	44-43	النحل	﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ﴾	57
54	23	الإسراء	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾	58
54	114	طه	﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾	59
458	4	النور	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾	60
451	6	النور	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾	61
4	32	النور	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾	62
260	33	النور	﴿وَلَيْسَتَغْفِبَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾	63
108	51	النور	﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ﴾	64

336	27	القصص	﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾	65
4	21	الروم	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾	66
442	14	لقمان	﴿ وَفَصَّالَةٌ فِي عَامِينَ ﴾	67
343	6	الأحزاب	﴿ النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ ﴾	68
378	21	الأحزاب	﴿ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾	69
426	33	الأحزاب	﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾	70
527	49	الأحزاب	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾	71
341	50	الأحزاب	﴿ وَأَمْرًا مُمْتَنَةً إِنَّ وَهَيْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا ﴾	72
465	50	الأحزاب	﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾	73
132	14	سبا	﴿ فَلَمَّا قُضِيَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ ﴾	74
401	1	فاطر	﴿ جَاعِلِ الْمَلَائِكَةَ رُسُلًا أُولِي أجنحة مثنى وثلاث ورباع ﴾	75
248	22	الصفات	﴿ احشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ ﴾	76
123	26	ص	﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ ﴾	77
146	9	الزمر	﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾	78
54	14	الشورى	﴿ وَلَوْ لَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ ﴾	79
65	38	الشورى	﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴾	80
442	15	الأحقاف	﴿ وَحَمَلُهُ وَفَصَّالَةٌ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾	81
302	17	محمد	﴿ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾	82
345	13	الحجرات	﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ ﴾	83
249	20	الطور	﴿ وَرَوَّجْنَاهُمْ بِخُورِ عَيْنٍ ﴾	84
108	25	الحديد	﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ ﴾	85
54	10	الجمعة	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾	86
482	1	الطلاق	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾	87
6	1	الطلاق	﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾	88
232	1	الطلاق	﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾	89
86	2	الطلاق	﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾	90
377	4	الطلاق	﴿ وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمُحِيضِ مَنْ نَسَانَكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ ﴾	91
465	6	الطلاق	﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾	92
143	6	الطلاق	﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدْنَ أَجُورَهُنَّ ﴾	93
249	7	التكوير	﴿ وَإِذَا التُّفُوسُ زُوِّجَتْ ﴾	94

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	أطراف الأحاديث	الصفحة
1	"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"	7
2	"مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر"	7
3	"لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"	7
4	"لا يفرك - أي لا يبغض - مؤمن مؤمنة"	7
5	"أقضاكم علي وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل"	62
6	"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"	66
7	بم تحكم يا معاذ؟ قال: أجتهد رأبي	66
8	"إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد"	64
9	"قضى بأن لا نفقة لها ولا سكنى"	109
10	"أنت أحق به ما لم تتزوجي"	109
11	"ادرءوا الحدود بالشبهات"	116
12	"من بلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعدده"	123
13	"إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن - أبلغ - بحجته من بعض"	227
14	القضاة ثلاثة	136
15	لا يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة	138
16	"علمهم الشرائع، واقض بينهم"	148
17	"من أحب فطرتي فليست بسنتي ومن سنتي النكاح"	259
18	"تزوجوا الولود الودود فإنني مكاثركم الأمم يوم القيامة"	264
19	"النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي"	259
20	"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"	266
21	"ملكتهما بما معك من القرآن"	295
22	"التمس ولو خاتما من حديد"	310
23	"لا مهر أقل من عشرة دراهم"	311
24	"لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل"	329
25	"الأيام أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها"	331
26	"لا نكاح إلا بولي"	336
27	"لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها"	338
28	"كانت لي أخت تُخطب إلي فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها"	340
29	"ليس للولي مع الثيب أمر"	342

343	"ليس أحد من أولياتك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني"	30
348	"التيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماؤها"	31
365	"أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل"	32
367	"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"	33
367	"أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"	34
400	"اختر منهن أربعا"	36
402	"من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل"	37
402	"اللهم هذا قسمي فيما أملك"	38
409	"يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"	39
416	"لا يجزى لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها"	40
418	"أحق ما أوفيتهم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"	41
418	"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"	42
419	"ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله"	43
440	"الولد للفراش وللعاهر الحجر"	44
454	"ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"	45
462	"المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا"	46
466	"وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"	47
466	"أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت"	48
466	"خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف"	49
485	"أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"	50
485	"إن الشيطان ينصب عرشه على الماء ويبعث جنوده"	51
487	"إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"	52
491	"رُفِعَ القلم عن ثلاث"	53
492	"إن الله وضع عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"	54
493	"إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به نفسها"	55
502	"أتاني جبريل فقال: راجع حفصة"	56
504	"ثلاث جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة"	57
524	"من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"	58
564	"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"	59
568	"المختلعات هن المنافقات"	60
604	"وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تتزلهم على حكم الله"	61

615	"هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أحدهما شئت"	62
622	"يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء"	63

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم	الصفحة	اسم العلم
379	إسحاق بن راهويه	21	ابن خلدون
379	أبو بكر الأصب	49	الموردي
379	عثمان البيتي	52	الرازي
471	الليث بن سعد	52	البيضاوي
151	ابن الماجشون	52	الغزالي
152	السيوطي	52	الأمدي
158	المازري	52	الشوكاني
150	سحنون	55	ابن رشد
247	ابن منظور	55	ابن فرحون
323	الثوري	59	الشهرزوري
323	أبو ثور	59	الجويني
343	القرطبي	60	القرافي
345	الأوزاعي	61	ابن القيم
345	ابن سيرين	62	ابن العربي
347	محمد بن الحسن الشيباني	67	الشاطبي
378	ابن أبي ليلى	81	ابن دقيق العيد
140	ابن حزم	95	النووي
140	ابن القاسم	140	ابن جرير

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص

أولاً: كتب التفسير

1	الألوسي: روح المعاني، تصحيح علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
2	الخصاص: أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1986.
3	الزمخشري: الكشاف، دار عالم المعرفة، بيروت، لبنان، (دط، دت).
4	الشوكاني: فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983.
5	الصابوني محمد علي: تفسير آيات الأحكام، دار الصابوني، دمشق، ط5، 1986.
6	الصابوني محمد علي: صفوة النفايس، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981.
7	الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984.
8	ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت).
9	القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2006.
10	ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1988.

ثانياً: كتب الحديث

11	البخاري: الجامع الصحيح-تصحيح وتحقيق محب الدين الخطيب-المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، 1979.
12	اليهقي: السنن الكبرى-تحقيق محمد عبد القادر عطا- دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003.
13	الترمذي: الجامع الصحيح-تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي- مطبعة الحلبي، مصر، ط2، 1968.
14	ابن حجر: فتح الباري، بشرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، ط1، 2005.
15	ابن حنبل: المسند: دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995.
16	الدارقطني: سنن الدارقطني-تحقيق شعيب الأرنؤوط- مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
17	أبوداود: سنن أبي داود-تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد- دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
18	الزرقاني: شرح الموطأ، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1981.
19	الشوكاني: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 2006.
20	الصنعاني: سبل السلام، دار المنار، القاهرة، مصر، 2002.
21	ابن العربي: القيس شرح موطأ مالك بن أنس، (ضمن موسوعة شراح الموطأ) لعبد السند حسن يمامة، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، ط1، 2005.
22	ابن ماجه: سنن ابن ماجه-تحقيق خليل مأمون شيجا- دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
23	مالك: الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1997.
24	مسلم: صحيح مسلم- اعتنى به أبو قتيبة محمد الفارياي- دار طيبة، السعودية، ط1، 2006.
25	النسائي: السنن الكبرى، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2001.
26	النوي: المنهاج، (شرح النووي على صحيح مسلم)، المطبعة المصرية، ط1، 1929.

ثالثاً: كتب علم الأصول والمقاصد القديمة والحديثة

27	الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصمعي للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2003.
28	الأمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003.
29	الإيجي عضد الدين: شرح مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،

	2004.
30	الأيوبي محمد هشام: الاجتهاد ومقتضيات العصر، دار الفكر، الأردن، (دط،دت).
31	البرديسي محمد زكريا: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، (دط،دت).
32	البيضاوي: الإجماع في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
33	الجويني: البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الديب، كلية الشريعة، جامعة قطر، (دط، دت).
34	الجيزاني محمد بن حسين بن حسن: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1996.
35	حامد يوسف العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث، القاهرة، 1996.
36	حسب الله علي: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط7، 1997.
37	الحصري أحمد محمد: استنباط الأحكام من النصوص، منشورات جامعة قاروننس، ليبيا، ط1، 1981.
38	حمادي إدريس: الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط1، 1994.
39	الحضري بك محمد: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط6، 1969.
40	الخطيب البغدادي: الفقيه والمتفقه، تحقيق عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1996.
41	خلاف عبد الوهاب: أصول الفقه، مطبعة الزهراء، الجزائر، (دط،دت).
42	خلاف عبد الوهاب: مصادر التشريع الإسلامي فيما نص فيه، دار القلم، الكويت، ط6، 1993.
43	الخواص الشيخ العقاد: الاجتهاد والتجديد في الشريعة الإسلامية، دار الجليل، بيروت، ط1، 1998.
44	الدسوقي محمد: الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط1، 1987.
45	الرازي: الحصول في علم أصول الفقه، تحقيق د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996.
46	ابن رشد: الضروري في أصول الفقه، تحقيق جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
47	الريسوني أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، ط2، 1992.
48	الريسوني أحمد: الاجتهاد-النص-الواقف-المصلحة، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2000.
49	الريسوني قطب: الاجتهاد القضائي المعاصر - ضرورته ووسائل النهوض به - دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
50	الزحيلي وهبة: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 2004.
51	الزحيلي وهبة: تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 2000.
52	الزرقا مصطفى أحمد: الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1988.
53	الزركشي: البحر المحيط، في أصول الفقه، قام بتحريه، عبد الستار أبو غدة، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر، ط2، 1992.
54	أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط،دت).
55	زيدان عبد الكريم: الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994.
56	سانو مصطفى قطب: أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
57	سانو مصطفى قطب: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
58	السبكي عبد الوهاب: رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب، بيروت، ط1، 1999.
59	ابن سلامة أبو إسلام مصطفى: التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الحرمين للعلوم النافعة، السعودية.
60	سلامة محمود محمد عوض: المصالح المرسله وأثرها في الفقه الإسلامي، نشر كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
61	السيوطي: الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر (دط،دت).
62	الشاطبي: الاعتصام، تعليق، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار التوحيد، السعودية، (دط،دت).
63	الشاطبي: الموافقات - تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد - دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1997.
64	شرف عبد الحكم: حجية الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، 1988.
65	شليبي مصطفى: أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، ط4، 1983.

66	الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط1، 2000.
67	الشيخ محمد الأمين سالم: الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار، دار البحوث للدراسات، الإمارات، ط1، 2003.
68	صحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1975.
69	ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، تحقيق د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار الوفاء للنشر والتوزيع، الجزائر، (دط، دت).
70	الصويعي عبد الله محمد: اجتهاد الرسول، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ليبيا، ط1، 1986.
71	ابن عاشور الطاهر: مقاصد الشريعة-تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي- دار النفائس، الأردن، ط2، 2001.
72	عبد الرحمن جلال : الاجتهاد ضوابطه وأحكامه، دار الطباعة الحديثة، مصر، ط1، 1986.
73	عطية جمال الدين: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة المدينة المنورة، ط1، 1988.
74	عطية جمال الدين: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، سورية، 2003.
75	العلاوي رقية طه جابر: أثر العرف في فهم النصوص، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط1، 2003.
76	العمرى نادية شريف: الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1985.
77	العمرى وميض بن رمزي: المنهج الفريد في الاجتهاد والتقليد، دار النفائس، الأردن، ط1، 1999.
78	الغزالي أبو حامد: المستصفي من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة، (دط، دت).
79	الفراي جمال نادر: أثر الاضطراب في إباحة الحرمات الشرعية، دار الجليل، بيروت، ط1، 1993.
80	الفرفور عبد اللطيف صالح: نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسل، دار دمشق، ط1، 1987.
81	القاسمي جمال الدين: الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1986.
82	القراي: نفائس الأصول في شرح الحصول، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، مكتبة مصطفى الباز، مكة المكرمة، (دط، دت).
83	القرضاوي يوسف: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1989.
84	القرضاوي يوسف: الخصائص العامة للإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1993.
85	القنوجي أبي الطيب: تحصيل المأمول من علم الأصول، تحقيق أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.
86	ابن القيم: إعلام الموقعين، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت).
87	أبو المكارم إسماعيل: الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1978.
88	المهدي الوافي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية-نشأته وتطوره- دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1984.
89	المهدي الوافي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1984.
90	ميهوب عبد الحميد: أحكام الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1978.
91	يحي محمد: الاجتهاد والتقليد، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

رابعاً: كتب الفقه

أ-الفقه الحنفي

92	الحصكفي: الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، (دط، دت).
93	السرخسي: المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
94	الشيخ نظام وجماعة: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
95	الطرابلسي أبي الحسن علي بن خليل: معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة الحلبي، ط2، مصر 1973.
96	ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.
97	العيني: البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990.
98	الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1986.
99	الموصللي عبد الله بن محمود: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت).

100	ابن نجيم: فتح الغفار بشرح المنار، مطبعة الحلبي، مصر، 1936.
101	ابن الهمام: شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.

ب-الفتحة المالكي

102	الآبي عبد السميع الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، (دط،دت).
103	الباجي أبو الوليد:المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.
104	البصري أبي القاسم عبيد الله: التفرغ، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1987.
105	ابن جزى: قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود، عالم الفكر، القاهرة، ط1، 1985.
106	الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992.
107	الخرشي: الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، (دط،دت).
108	الدردير: الشرح الصغير - ومعه حاشية الصاوي - مطبعة الحلبي، مصر، 1952.
109	الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (دط،دت).
110	ابن رشد: بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982.
111	الرصاص: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
112	الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت.
113	الشنقيطي أحمد بن أحمد الجكني: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986.
114	الشنقيطي محمد الموريتاني: تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1988.
115	ابن عبد البر: الاستذكار، توثيق عبد المعطي أمين قلعي، دار الوعي، القاهرة، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، ط1، 1993.
116	ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط،دت).
117	القراقي: الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
118	القراقي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والإمام، تحقيق محمود عرنوس، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 2005.
119	القيرواني أبي زيد: النوادر والزيادات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999.
120	مالك: المدونة الكبرى برواية سحنون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط4، 1994.
121	المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992.
122	النفاوي أحمد: الفواكه الدواني على رسالة لأبي زيد القيرواني، مطبعة الحلبي، مصر، 1955.
123	الونشريسي: المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، 1981.

ج-الفتحة الشافعي

124	البغا مصطفى ديب: التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، (متن أبي شعاع)، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط4، 1989.
125	الحصني تقي الدين: كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، تحقيق كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
126	ابن أبي الدم: أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987.
127	الرافعي: الشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
128	الرافعي: الشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
129	الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993.
130	الروياتي بن إسماعيل: بحر المذهب في فروع مذهب الشافعي، تحقيق أحمد عز، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002.
131	السيوطي: شرح الكوكب الساطع، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، 2000.
132	السيوطي: الأشباه والنظائر في الفروع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، (دط،دت).

133	الشافعي: الأم، تحقيق، رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2001.
134	الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، بيروت، لبنان، ط2، 1979.
135	الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
136	الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبط وتصحيح، الشيخ زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.
137	العمراني أبي الحسين: البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة، بيروت، ط1، 2000.
138	الغزالي أبو حامد: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
139	الغزالي أبو حامد: الوسيط في المذهب - تحقيق وتعليق - محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط1، 1997، 3/5.
140	المواردي: الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989.
141	المواردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
142	المزني: مختصر المزني في فروع الشافعية، وضع حواشيه، محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
143	النوي: المجموع شرح المهذب للشيرازي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، السعودية، (دط، دت).
144	النوي: روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، 2003، (دط).
145	الهيثمي ابن حجر: الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، بيروت، 1983.

د- الفقه الحنبلي

146	الهوري: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
147	الهوري: الروض المربع شرح زاد المستقنع، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (دط، دت).
148	الهوري: شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-ناشرون-بيروت، لبنان، ط1، 2000.
149	ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط4، 1969.
150	ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1987.
151	ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، تحقيق محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، (دط، دت).
152	الفراء: الأحكام السلطانية، تعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983.
153	ابن قدامة: المغني، شرح مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة، السعودية، ط3، 1997.
154	ابن قدامة: الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1997.
155	ابن قدامة عبد الله بن أحمد: عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف، السعودية، (دط، دت).
156	ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصادب الشيطان، تصحيح محمد حامد الفقي، دار الجيل للطباعة، مصر، (دط، دت).
157	ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1953.
158	ابن القيم: جامع الفقه، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط1، 2000.
159	ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط7، 1985.
160	ابن مفلح الحنبلي: المدع في شرح المنع، المكتب الإسلامي، بيروت، (دط)، 1978.

ه- الفقه الظاهري

161	ابن حزم: المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1929.
-----	--

خامساً: كتب فقهية حديثة

162	أحمد الشريف عادل محمد جبر: حماية القاضي وضمانات نزاهته - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
163	أحمد حافظ نجم: حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط، دت).
164	أحمد ناجم محمد الأمين بن محمد محمود: القضاء وشروط القاضي في الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 2001.
165	إسماعيل محمد بكر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، مصر، ط1، 1997.

166	الأشقر أسامة عمر سليمان: مستجدات في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط2، 2005.
167	الأشقر عمر سليمان وآخرون: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002.
168	الأشقر عمر سليمان وعبد الناصر أبو البصل: مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن، ط2، 1997.
169	الأشقر محمد سليمان: الفتيا ومناهج الإفتاء، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.
170	الألباني ناصر الدين: التعليقات الرضية على الروضة الندية، تحقيق علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن عفان للنشر، مصر، ط1، 2003.
171	إمام محمد كمال الدين: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
172	بن باز عبد العزيز: مجموع الفتاوى، جمع وترتيب محمد بن سعد الشويعر، إدارة مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ط1، 2002.
173	بجيت أحمد محمد: بحث من فقه القاضي في الإسلام، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2006.
174	بديوي عبد العزيز خليل إبراهيم: بحث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، دار الفكر العربي، مصر، (دط، دت).
175	بديوي عبد العزيز خليل: القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
176	البرديسي: الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1965.
177	البرديسي: الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، (دط، دت).
178	البري زكريا: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط، دت).
179	البري زكريا: بداية المجتهد في أحكام الأسرة المسلمة، مطبعة دار التأليف، مصر، (دط، دت).
180	البسام عبد الله بن عبد الرحمن: توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 2003.
181	البكر محمد عبد الرحمن: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، مصر، ط1، 1988.
182	بلتاجي محمد: دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، ط1، 2006.
183	بلتاجي محمد: دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، (دط)، 1990.
184	بوساق محمد بن المدني: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشيبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 1999.
185	البوطي محمد سعيد رمضان: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، بيروت، 2002.
186	البوطي محمد سعيد رمضان: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 1981.
187	تاج عبد الرحمن: الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط2، 1952.
188	الجبوري عبد الله محمد: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، دار النفائس، الأردن، ط1، 2005.
189	الجزيري عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
190	جميل فخري محمد: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2009.
191	جميل فخري محمد: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2009.
192	الجندي محمد فهيم: محاضرات في الأحوال الشخصية، مكتبة النصر، القاهرة، 1998.
193	الجيزاني محمد بن حسين: فقه النوازل - دراسة تأصيلية تطبيقية - دار ابن الجوزي، السعودية، ط2، 2006.
194	الحاج موسى حسن موسى: القضاء الشرعي السني - تنظيمه واختصاصاته - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
195	حسب الله علي: الفرقة بين الزوجين، دار الفكر، مصر، ط1، 1968.
196	حسن محمود محمد: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، لجنة التأليف والتعريب، جامعة الكويت، ط1، 1999.
197	حسين أحمد فراج: أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
198	الحمادي حسن أحمد علي: حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001.
199	الحضيضي عبد الرحمن عبد العزيز: القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، معهد البحوث العلمية، جامعة أم القرى، السعودية، ط1، 1989.

200	الخفيف علي: محاضرات في فُرق الزواج، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، 1958.
201	الخفيف علي: الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، 1971.
202	خلاف عبد الوهاب: أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990.
203	الحن مصطفى سعيد: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط7، 1998.
204	داودي عبد القادر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007.
205	الدريبي فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984.
206	الدريبي فتحي: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، سورية، ط2، 1985.
207	الدريبي فتحي: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
208	الرفاعي عبيد منصور: المرأة ماضيها وحاضرها، أوراق شرقية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
209	رمضان سمك عبد العزيز: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
210	رمضان سمك عبد العزيز: الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1993.
211	الزحيلي محمد: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 2002.
212	الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط7، 1996.
213	الزحيلي وهبة: نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1982.
214	الزحيلي وهبة: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط4، 1997.
215	الزرقا محمد: شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، ط2، 1989.
216	الزرقا مصطفى: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سورية، ط2، 2004.
217	الزرفاف محمد: الولاية على القاصرين ومن في حكمهم، مطبوعات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1966.
218	أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957.
219	أبو زهرة محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
220	أبو زهرة محمد: تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، (دط، دت).
221	أبو زهرة محمد: تنظيم الإسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط، دت).
222	أبو زهرة محمد: محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، (دط، دت).
223	البياري عامر سعيد: مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم، (دط، دت).
224	أبو زيد بكر عبد الله: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
225	أبو زيد رشدي شحاتة: الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي والقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2001.
226	أبو زيد رشدي شحاتة: انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، (دت).
227	أبو زيد وصفي عاشور: الجبر في الفقه الإسلامي، دار السلام، القاهرة، ط1، 2007.
228	زيدان عبد الكريم: أصول الدعوة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1993.
229	زيدان عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، (دط، دت).
230	زيدان عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993.
231	زيدان عبد الكريم: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 2000.
232	سابق السيد: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (دط، دت).
233	سراج محمد أحمد: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
234	سراج محمد: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1993.
235	السرحان محي هلال: كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم، تحقيق ودراسة، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط1، 1984.

236	السعيد مصطفى السعيد: مدى استعمال حقوق الزوجية، مطبعة الاعتماد، مصر، (دط، دت).
237	سيد محمد سامح: الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ط2، 2005.
238	الشافعي جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
239	شبارو عصام محمد: قاضي القضاة في الإسلام، دار مصباح الفكر، بيروت، 1988.
240	شرف الدين عبد العظيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ط2، 1967.
241	شرف الدين عبد العظيم: تاريخ التشريع الإسلامي، منشورات جامعة قارونوس، بنغازي، ليبيا، ط4، 1993.
242	الشرباصي رمضان علي السيد: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (دط، دت).
243	شعبان زكي الدين: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962.
244	شعبان زكي الدين: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونوس، بنغازي، ليبيا، ط6، 1996.
245	شليبي مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1983.
246	الصابوني عبد الرحمن: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1987.
247	الصابوني عبد الرحمن: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سورية، 1965.
248	الصابوني عبد الرحمن: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1968.
249	الضمراوي جمال: الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007.
250	أبو طالب حامد محمد: التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1982.
251	أبو طالب صوفي حسن: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2001.
252	الطنطاوي محمود محمد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1972.
253	الطويل محمد بن مسفر: تعدد الزوجات في الإسلام، دار أنصار السنة، القاهرة، (دت).
254	عالية سمير: القضاء والعرف في الإسلام، دار مجد، بيروت، 1986.
255	عبد المقصود يوسف محمود: بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ط1، 1975.
256	عبيد حسنة عمر: تأملات في الواقع الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1990.
257	عثمان محمد رأفت: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، القاهرة، ط1، 1989.
258	عثمان محمد رأفت: عقد الزواج - أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي - دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1977.
259	بن العدوي مصطفى: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1988.
260	عرفة الهادي السعيد: إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، ط1، 1989.
261	عرونوس محمود بن محمد: تاريخ القضاء في الإسلام، مطبعة الحلبي، مصر، (دط، دت).
262	العزاني حمود محمد: تولية القاضي وحدود ولايته القضائية وانتهاؤها في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004.
263	العتار عبد الناصر توفيق: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، (دط، دت).
264	العتار عبد الناصر توفيق: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، أسيوط، مصر.
265	العتار عبد الناصر توفيق: تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، دار الشروق، جدة، ط4، 1977.
266	عقلة محمد: نظام الأسرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط2، 1990.
267	عقلة محمد: نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط1، 1983.
268	العمروسي أنور: موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
269	عوضين محمد نجيب: نكاح المتعة بين جمهور المحرمين وعناد المبيحين، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط، دت).
270	عياد عبد الرحمن: أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة، السعودية، 1981.
271	أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964.

272	أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، مصر، (دط، دت).
273	أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967.
274	أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (دط، دت).
275	الغامدي ناصر بن مشري: الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000.
276	الغرياني الصادق عبد الرحمن: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
277	الغندور أحمد: الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط1، 1967.
278	فرج السيد أحمد: المؤامرة على المرأة المسلمة-تاريخ ووثائق- دار الوفا، المنصورة، مصر، ط2، 1986.
279	فرحات كرم حلمي: تعدد الزوجات في الأديان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2002.
280	الفقي حامد عبده: أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
281	قاسم علي محمد علي: نشوز المرأة -أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
282	قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1908.
283	قدري سيد معين الدين: التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 2000.
284	القطان مناع: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، (دت).
285	قطب محمد: شبهات حول الإسلام، دار الشروق، بيروت، لبنان، (دط، دت).
286	القيسي أبو المهلب هيثم بن سليمان: أدب القاضي والقضاة، تحقيق، د. فرحات الدشراوي، الشركة التونسية للتوزيع، (دط، دت).
287	كوثر علي كامل: أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006.
288	محمد زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة النهضة، مصر، ط3، 1920.
289	محمود محمد عوض سلامة: الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1996.
290	مدكور محمد سلام: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1969.
291	مدكور محمد سلام: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967.
292	مدكور محمد سلام: القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
293	المرزوقي محمد بن عبد الله: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1، 2004.
294	مرسي عبد العليم: القضاء في الشريعة الإسلامية، عالم المعرفة، بيروت، ط1، 1985.
295	مرسي فاروق عبد العليم: الشريعة الإسلامية أصل أحكام القضاء، دار الأقصر للكتاب، مصر، ط1، 1987.
296	مليجي أحمد محمد: النظام القضائي الإسلامي، دار التوفيق النموذجية، مصر، ط1، 1984.
297	مهران محمود بلال: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط1، 2000.
298	مهران محمود بلال: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985.
299	الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بيروت، (مطابع دار الصفاة)، ط1، 1993.
300	موسى كامل: المدخل إلى التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1989.
301	موسى محمد يوسف: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، ط1، 1956.
302	النبهان محمد فاروق: المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، (دط، دت).
303	النشوي ناصر أحمد إبراهيم: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
304	هاشم محمود محمد: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مطابع جامعة الإمام سعود، ط1، 1988.
305	ياسين محمد نعيم: حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط1، 1984.
سادسا: كتب قانونية	
306	إبراهيم بك أحمد: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطابع دار الجمهورية، مصر، ط5، 2003.
307	إبراهيم محمد محمود: الوجيز في المرافعات مركزا على قضاء النقص لسنة 1981، دار الفكر العربي، مصر، (دط، دت).

308	أبو الليل إبراهيم الدسوقي: العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995.
309	الأشقر عمر سليمان: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس، عمان، ط1، 1997.
310	إمام محمد علي: محاضرات في نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط)، 1953.
311	إمام محمد كمال الدين: في الصياغة التشريعية، دراسة لأحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
312	الأنطاكي رزق الله: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة دمشق، ط3، 1961.
313	باناجة سعيد محمد أحمد: دراسة مقارنة حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985.
314	البدراوي عبد المعتم: مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1972.
315	بسيوني عبد الغني عبد الله: مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.
316	بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2004.
317	بن ملحة الغوثي: القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
318	الهينساوي سالم: قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار آفاق الغد، مصر، ط1، 1980.
319	بوشير محند أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003.
320	بوضيف عمار: المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007.
321	بوضيف عمار: النظام القضائي الجزائري، دار الريحانة، الجزائر.
322	بوضيف عمار: شرح قانون الإجراءات المدنية، دعوى المخاصمة، درا ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
323	البياتي منير: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدول القانونية، دار البشر للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 1994.
324	التحيوي محمود السيد عمر: نظام القضاء المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
325	جريشة علي: المصادر الشرعية الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية، دار التراث العربي، مصر، ط2، 1987.
326	جعفر علي محمد: نشأة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2002.
327	جعفور محمد سعيد: المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط14، 2007.
328	جميل فخري محمد: مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009.
329	الجندي أحمد نصر: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009.
330	حسب الله حسن: الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزي، دار الطباعة للجامعات، القاهرة، 1988.
331	حسنيين محمد: الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
332	خالد هاشم: مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
334	الخليلي حبيب إبراهيم: المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
335	دلاندة يوسف: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007.
336	ذيابي باديس: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
337	رمضان سمك عبد العزيز: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
338	الزحيلي وهبة: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، دمشق، سورية، ط1، 1987.
339	زهرة محمد مرسي: الإنجاب الصناعي - أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2008.
340	السباعي مصطفى: المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، 1984.
341	السباعي مصطفى: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، ط6، 1962.
342	السباعي مصطفى: شرح مدونة الأحوال الشخصية السوري، دار الفكر، دمشق، ط6، 1963.
343	السرطاوي محمد علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1995.

344	سعد إبراهيم نجيب: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دط، دت).
345	سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
346	السعدي محمد صبري: تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
347	بن سعيد عمر: الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
348	سلطان أنور: المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
349	سليم عصام أنور: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
350	سيف رمزي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (دط، دت).
351	الشريف عبد السلام: الزواج والطلاق في القانون الليبي، منشورات جامعة قارونس، ليبيا، ط3.
352	الشواربي عبد الحميد: حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
353	الشواربي عبد الحميد: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط3، 1997.
354	الشواربي عبد الحميد: قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
355	صاوي السيد أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
356	صقر نبيل: قانون الأسرة الجزائري نصوصها وتطبيقاتها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
357	الطبطبائي عادل: الحدود الدستورية بين السلطتين الدستورية والقضائية، لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، 2000.
358	ضاحي محمد: الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط1، 1938.
359	عامر عبد العزيز: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1984.
360	عبد البر محمد زكي: تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986.
361	علي عوض حسن: رد ومحاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1989.
362	عمر محمد عبد الخالق: النظام القضائي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1976.
363	عمران فارس محمد: الزواج العرفي، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ط1، 2001.
364	العمروسي أنور: أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1983.
365	العمروسي أنور: المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، 1963.
366	عياد عبد الرحمن: أصول علم القضاء، مطابع معهد الإدارة العامة، السعودية، 1981.
367	فتيان فريد: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، العراق، 1985.
368	فرج توفيق حسن: الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1963.
369	فوضيل نادية: دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
370	قاسم محمد أنس: مذكرات في الوظيفة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1989.
371	قدادة خليل أحمد حسن: شرح النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط، دت).
372	القرداعي محي الدين علي: مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي - دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1985.
373	كباره عبد الفتاح محمد ظافر: الزواج المدني وموقف الإسلام منه، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، 1980.

374	الكيلاي فاروق:استقلال القضاء، دار المنظمة العربية، القاهرة، ط1، 1977.
375	لوعيل محمد لمين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
376	أبو الليل إبراهيم الدسوقي:العقد والإرادة المفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1995.
377	محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991.
378	محمد عبد الجواد:تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية،معهد الدراسات الإضافية، جامعة الخرطوم، 1966.
379	المزغي رضا ، عبودة عبد المجيد:التفسير القضائي في القانون المدني، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1983.
380	مسلم أحمد: أصول المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، 1978.
381	منصور حسن حسن: اخطط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.
382	النشار محمد فتح الله: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
383	نعمان محمود:المدخل للقانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1975.
384	والي فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
385	الوفا أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط14، 1986.
386	يجي ياسين محمد: مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1987.

سابعاً: أبحاث ومقالات

387	أبو ليل أحمد: تقييد حق الزوج في التطليق، أبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، عدد خاص، كلية الشريعة والقانون، مطبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1994.
388	آيت سعيد الحسين: التجديد في التعليل الفقهي، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم، 53، تنسيق:محمد الروكي، ط1، 1996.
389	البري زكريا: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية،(ضمن مجموعة بحوث باسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية)، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، ط4، 1984.
390	بوضياف عمار: بين القضاء والسياسة، مجلة المنهل، السعودية، العدد، 531، 1996.
391	الحسني محمد بلبشير: دور الاجتهاد الفقهي في تدعيم الانتساب الحضاري للإسلام، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم، 53، تنسيق:محمد الروكي، ط1، 1996.
392	الحسين رمضان:الاجتهاد في تحقيق المناط وأنواعه وضوابطه، نشر مجلة المسلم المعاصر، العدد 90، السنة 1999.
393	الزحيلي وهبة: الاجتهاد الفقهي منطلقاته واتجاهاته، منشورات كلية الآداب، جامعة محمد الخامس، المغرب، (الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد)، تنسيق: محمد الروكي، سلسلة رقم 53، 1996.
394	الزحيلي وهبة: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، (ضمن مجموعة بحوث باسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية)، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط4، 1984.
395	شبير محمد عثمان: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، مجلة الحكمة، تصدر في لندن، العدد السادس ، 1995.
396	عارف علي عارف: الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية بماليزيا، العدد الخامس، السنة الثالثة، فيفري، 1999.
397	القرضاوي يوسف: الاجتهاد وشروطه، ملتقى الاجتهاد، (محاضرات الفكر الإسلامي السابع عشر، قسنطينة)، مؤسسة العصر، الجزائر.

398	المطيعي محمد بحيث: مجلة اخاماة الشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، القاهرة، (د ت).
-----	---

ثامنا: الرسائل الجامعية

399	الأجطل عبد العظيم محمد: المقاصد الشرعية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006.
400	أحمد علاء الدين علي إبراهيم: قواعد الاختصاص القضائي، رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1996.
401	الجوفي مريم أحمد: القانون الواجب التطبيق على الزواج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998.
402	حسانين نجلاء جمعة محمد: إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2005.
403	حامد أحمد عبد الحلیم: مباحث الاجتهاد عند الأصوليين وأثرها في اختلاف الأحكام، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، مصر، 1987.
404	عبر ربحي القدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1996.
405	القاسم عبد الرحمن عبد العزيز: مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973.
406	قليصي أحمد بن سعيد بن محمد: ولاية المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2003.
407	مسلم كمال طه: الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006.
408	أبو هاشم توفيق: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1990.

تاسعا: المعاجم اللغوية

409	الزيدي السيد مرتضى: تاج العروس، دار صادر، بيروت، لبنان، (دط، دت).
410	ابن فارس أبو الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (دط، دت).
411	الفيومي: المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت).
412	المعجم الوسيط: مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.
413	أبو منصور الأزهري: تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط1، (دت).
414	ابن منظور: لسان العرب، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط، دت).

عاشرا: كتب التراجم

420	ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب، في معرفة أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دط، دت)
417	ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1977
419	ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996
418	ابن كثير: البداية والنهاية، دار الفكر، بيروت، (دط، دت)
416	الذهبي: العبر في خبر من عبر، تحقيق أبو هاجر محمد السعيد بن بسبوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط، دت)
415	الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، (دط، دت).

حادي عشر: القوانين والأوامر

دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 معدل بالقانون 02-03 الممضي في 10 أبريل 2002
قانون 84-11 المؤرخ في 09/6/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.
المرسوم التنفيذي 06-154 المؤرخ في 11/5/2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر بخصوص الشهادة الطبية ما قبل الزواج
قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/2/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المتضمن قانون العقوبات
القانون العضوي 04-11 المؤرخ في 6/9/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء
القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 6/9/2004 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته.
المرسوم التنفيذي رقم 2000-84 المؤرخ في 6-7-2000 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 90-139 المتعلق بتنظيم المعهد الوطني للقضاء وتسييره وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم.
القرار المؤرخ في 9-1-2005 المتضمن فتح المسابقة الوطنية لتوظيف الطلبة القضاة، لسنة 2005.
الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/9/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/2/1970 المتعلق بالحالة المدنية.
قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975

الانترنت

إسلام أو لاين، نت. www.islamonline.net
موسوعة الاستشارات على شبكة الانترنت. www.istisharaat.com
موقع الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي على شبكة الانترنت www.bouti.net .
الأبحاث غير المنشورة
محمد محدة: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور.

فهرس الموضوعات

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة	أ-م
الفصل التمهيدي: تطور النظام القضائي للأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين العربية	
المبحث الأول: مكانة الأسرة في التشريع الإسلامي وفي القانون الجزائري	4
المطلب الأول: مكانة الأسرة في الإسلام	4
المطلب الثاني: مكانة الأسرة في التشريع الجزائري	8
المبحث الثاني: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القوانين العربية	10
المطلب الأول: مراحل تقنين الأحوال الشخصية	10
المطلب الثاني: تطور مفهوم قانون الأحوال الشخصية	12
المطلب الثالث: مراحل تطور التطبيق القضائي للأحوال الشخصية في العصر الحديث	14
المطلب الرابع: تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية	17
المبحث الثالث: تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القانون الجزائري	21
المطلب الأول: ما قبل صدور القانون 1984	21
المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984	25
المطلب الثالث: ملاحظات تقويمية لقانون الأسرة 84-11	30
المبحث الرابع: تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 بالأمر 02/05	37
المطلب الأول: الدعوة إلى التغيير	37
المطلب الثاني: تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 بالأمر 02/05	39
المطلب الثالث: الاختصاص القضائي وصلاحيات قسم شؤون الأسرة	44
الباب الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	
الفصل الأول: أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي	48
المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي	51
المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي	51
المطلب الثاني: الفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي	58
المطلب الثالث: مشروعية الاجتهاد وحكمه	65
المطلب الرابع: شروط الاجتهاد	68
المطلب الخامس: مراتب الاجتهاد	77
المطلب السادس: مجال الاجتهاد وضوابطه	83
المطلب السابع: ضرورة الاجتهاد وأسبابه في العصر الحديث	93
المطلب الثامن: مصادر الأحكام الاجتهادية	100
المبحث الثاني: النظام القضائي في الفقه الإسلامي	107
المطلب الأول: مشروعية القضاء وحكمه والحكمة من تشريعه	107
المطلب الثاني: التنظيم القضائي في الإسلام- تطوره واختصاصاته	112
المطلب الثالث: مبادئ القضاء في الفقه الإسلامي وخصائصه	122

132.....	المبحث الثالث: أحكام القاضي في الفقه الإسلامي.
132	المطلب الأول: تعريف القاضي.....
133	المطلب الثاني: شروط القاضي وضوابطه.....
154	المبحث الرابع: سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بمذهب معين.....
154	المطلب الأول: حدود سلطة ولي الأمر في تقييد القاضي بأحكام معينة.....
155	المطلب الثاني: تقييد القاضي المجتهد بمذهب معين.....
157.....	المطلب الثالث: تقييد القاضي المقلد بمذهب معين.....
160.....	المبحث الخامس: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.....
161.....	المطلب الأول: تعريف الحكم القضائي.....
162.....	المطلب الثاني: المقصود بحجية الحكم ائي.....
163.....	المطلب الثالث: تأسيس الحجية على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله.....
169.....	الفصل الثاني: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الأسري الجزائري.
172.....	المبحث الأول: تطور التنظيم القضائي في الجزائر.....
172.....	المطلب الأول: المرحلة الانتقالية ابتداء من 1962-1965.....
174.....	المطلب الثاني: مرحلة الإصلاحات القضائية ابتداء من سنة 1965 وما بعدها.....
176	المطلب الثالث: مرحلة الإصلاح القضائي لسنة 1996.....
178	المبحث الثاني: السلطة القضائية ومبادئ التنظيم القضائي الجزائري.....
178	المطلب الأول: القاضي وشروط توظيفه في التشريع الجزائري.....
186	المطلب الثاني: حقوق وواجبات القضاة.....
190	المطلب الثالث: هياكل القضاء الحالي.....
192	المطلب الرابع: المبادئ الأساسية للنظام القضائي الجزائري.....
201	المبحث الثالث: الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري.....
201	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا.....
203	المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي ومصادره.....
212	المبحث الرابع: حجية الأحكام القضائية في القانون الوضعي.....
212	المطلب الأول: المقصود بحجية الحكم القضائي.....
213	المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث الحجية المترتبة عليها.....
214	المطلب الثالث: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن.....
217	المبحث الخامس: اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين.....
217	المطلب الأول: مدى حرية القاضي في الاجتهاد في القانون الوضعي.....
.....	المطلب الثاني: التقنين في مجال الأحوال الشخصية.....
	221
226	المبحث السادس: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية.....
228	المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد في قضايا الأسرة.....
230	المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العملية.....
231	المطلب الثالث: سعة فضاء الاجتهاد القضائي ومجاله أحكام الأسرة.....

237	المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة -دواعيه-ضوابطه-آثاره.....
	الباب الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما
244	الفصل الأول: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل الزواج وآثاره.....
247	المبحث الأول: مقدمات عقد الزواج.....
247	المطلب الأول: تعريف عقد الزواج وبيان حقيقته ومميزاته.....
258	المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه.....
265	المطلب الثالث: الخطبة في عقد الزواج.....
272	المطلب الرابع: التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة.....
281	المطلب الخامس: اقتران الفاتحة بالخطبة.....
286	المبحث الثاني: أركان عقد الزواج.....
286	المطلب الأول: تحديد أركان عقد الزواج في الفقه والقانون.....
292	المطلب الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه.....
302	المبحث الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها مقارنة بقانون الأسرة.....
302	المطلب الأول: نظرة في شروط عقد الزواج.....
306	المطلب الثاني: الصداق وأثر تخلفه في عقد الزواج.....
326	المطلب الثالث: الولاية في عقد الزواج.....
366	المطلب الرابع: الإشهاد على النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
374	المبحث الرابع: الشروط القانونية لعقد الزواج مقارنة بالفقه الإسلامي.....
375	المطلب الأول: الأهلية في عقد الزواج.....
391	المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون والطب والفقه.....
397	المطلب الثالث: شرط عدم وجود زواج سابق قائم.....
408	المطلب الرابع: شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج وأثر مخالفة ذلك في قانون الأسرة الجزائري.....
412	المبحث الخامس: الاشتراط في عقد الزواج وآثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
413	المطلب الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج.....
422	المطلب الثاني: أثر الاختلاف الفقهي في الاشتراط في عقد الزواج.....
428	المطلب الثالث: حكم عقد الزواج وأقسامه.....
436	المبحث السادس: آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
439	المطلب الأول: إثبات النسب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
463	المطلب الثاني: النفقة كأثر من آثار عقد الزواج.....
471	الفصل الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي الشرعي في مسائل انحلال الزواج وآثاره.....
474	المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.....
474	المطلب الأول: الفرق وأنواعها في الفقه الإسلامي.....
478	المطلب الثاني: مفهوم الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.....
496	المطلب الثالث: أحكام الطلاق من خلال المواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة.....
509	المطلب الرابع: الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
532	المطلب الخامس: التعويض عن الطلاق التعسفي.....
561	المبحث الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....

562.....	المطلب الأول: تعريف الخلع وبيان حكمة مشروعيته وحكمه
571.....	المطلب الثاني: الخلع بين الرخصة والحق الأصيل
585.....	المبحث الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
585.....	المطلب الأول: التطبيق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
589.....	المطلب الثاني: التطبيق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة
593.....	المطلب الثالث: التطبيق للشقاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
602.....	المطلب الرابع: التحكيم في دعوى التطبيق للشقاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
611.....	المبحث الرابع: آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
612.....	المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
622.....	المطلب الثاني: أحكام الحضانة وفق التعديل الجديد
635.....	خاتمة

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

ملخصات البحث

ملخص البحث باللغة العربية

ملخص البحث باللغة الفرنسية

ملخص البحث باللغة الإنجليزية

ملخص البحث

ظلت أحكام الشريعة الإسلامية إلى منتصف القرن التاسع عشر القانون العام في جميع نواحي الحياة، حيث لا قانون سواها في البلاد العربية والإسلامية. ومما ساعد هذه الشريعة على البقاء عبر الدهور والأيام أنها احتوت في أصولها على عناصر البقاء، وذلك لاحتوائها مصادر مرنة متطورة تسمح للمشرعين في كل عصر ولأولي الأمر أن يصيغوا نظريات وقواعد من المبادئ التي جاءت بها نصوص هذه الشريعة دون مخالفة لها أو تغيير.

والاجتهاد القضائي الشرعي - وهو فرع من فروع الاجتهاد العام - بما يقوم عليه من أصول وضوابط صحيحة جعلته صالحا للحكم في القضايا المطروحة أمامه، وقادرا على النظر فيما يقدمه من حلول لما يستجد من وقائع وحوادث في مختلف مجالات الحياة الإنسانية في كل زمان ومكان. غير أن المتغيرات التي شهدتها المجتمعات الإسلامية وتأثير المدّ الأجنبي والغزو الثقافي الغربي أدى إلى انحصار مجال تطبيق القضاء الشرعي في مسائل الأحوال الشخصية التي تنظم العلاقات الأسرية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية الثابتة بالنصوص القطعية والاجتهادية، والتي تجعلها مسايرة لمتطلبات العصر وحاجات الحياة الإنسانية بما يتوافق وروح التشريع الإسلامي.

إلا أن هذا الأمر لم يكن محل اتفاق بين رجال الفكر المحافظين وبين دعاة التغيير المتأثرين بالحضارة الوافدة وبالنهضة الغربية الحديثة، وذلك بالدعوة إلى التضييق من مجال تطبيق القضاء الشرعي في شؤون الأسرة بدعوى عدم مسايرتها للواقع وقصورها عن معالجة المستجدات وهضمها لحقوق المرأة، وذلك بالاستعاضة بالقوانين الوضعية الأجنبية التي تعدّ - في نظرهم - أكثر واقعية واستجابة لمتطلبات العصر وتطوراتها، وضمانا لتقوية المركز القانوني والاجتماعي للمرأة.

والواقع أن ما يشهده العالم الغربي من انحلال في القيم وانهيار في المبادئ والأخلاق، وانحدار بمستوى المرأة ومكانتها إلى أدنى الدرجات، دليل على رفعة الشريعة الإسلامية وسموها بتكريمها للمرأة أياً كان موقعها بما يضمن لها الحماية والاستقرار والسلامة والأمن.

وعلى الرغم من كل هذا فقد بقيت الأسرة في المجتمع الجزائري - على غرار بعض الدول العربية - تحكمها الشريعة الإسلامية، حتى ولو لم تجعل لها محاكم شرعية خاصة بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية وقضايا الأسرة، وذلك من خلال القانون 84-11 لسنة 1984 الذي جاء

وليد صراعات إيديولوجية وتجاهبات فكرية، أدت في النهاية إلى صدور قانون يتماشى والتقاليد الأصيلة للمجتمع الجزائري إلى حدّ ما.

وبعد مرور أزيد من عشرين سنة، وعلى إثر التغيرات السياسية والتطورات العلمية التي شهدتها الجزائر، وارتفاع أصوات المنادين بالتغيير، ونظرا للضغوط الخارجية المفروضة -على المجتمعات العربية- بدعوى حماية حقوق الإنسان ومساواة المرأة بالرجل، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في القانون بتعديله عن طريق إلغاء بعض موادّه وإثراء البعض الآخر منها وإضافة الجديد إليه.

وعلى خلفية هذا الصراع فقد مس التعديل الذي جاء به الأمر 05-02 لسنة 2005 أهم المواد التي من شأنها أن تعزز مكانة المرأة وتقوي مركزها القانوني والاجتماعي للوصول بها إلى مساواتها بالرجل. ويتمثل ذلك على الخصوص في مبدأ الرضا التام بالنسبة للمرأة في عقد الزواج وإهمال أي دور للولي في تزويجها إذا كانت راشدة، ومنعه من إجبار موليته على الزواج إن كانت قاصرة، والتضييق من تعدد الزوجات بسنّ قيود إضافية، ومساواة المرأة بالرجل في اكتمال الأهلية، وبالاحتفاظ للمرأة بحقوقها في الاضطرار قبل الزواج وبعده خاصة ما تعلق بعملها وعدم الزواج عليها، وعدم إسقاط الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون.

وأما فيما يتعلق بالحقوق والواجبات بين المرأة والرجل، فقد جعلها المشرع قائمة على أساس تبادلي، وجعل للمرأة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للزوج.

وفيما يخص انحلال الزواج، فقد ارتقى المشرع بحق المرأة في طلب الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل الذي يقابل حق الرجل في الطلاق، وعلى ذلك فلا يتوقف إيقاع الخلع على رضا الزوج. كما وسع من دائرة الأسباب التي تجيز لها طلب التطليق وفك الرابطة الزوجية بما يرفع عنها الضرر الموجب لذلك مع استحقاقها التعويض عند ثبوت الضرر. كما أكد الحق في السكن بالنسبة للمطلقة الحاضنة حماية لها ولمحضونها.

ومسايرة منه للتطورات العلمية الحاصلة فقد أدخل المشرع تعديلات شكلية تمس الجانب الموضوعي للزواج، وذلك باضطرار وثيقة طبية تثبت خلو طالبي الزواج من أي مرض قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج. كما أجاز اللجوء إلى التلقيح الصناعي كوسيلة علمية حديثة للإنجاب، وفي موضوع النسب أجاز للقاضي الاعتماد على الطرق العلمية الحديثة في إثباته. غير أن هذا

الجواز مقيد شرعا بما يحتاط فيه للمحافظة على الأنساب من الضياع وبما تدعو الضرورة أو الحاجة إليه.

فجاءت هذه الدراسة لتبرز مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة وما استقرت عليه مبادئ القضاء من خلال المواد المتعلقة بالزواج والطلاق وآثار كل منهما مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية التي حرصت على تنظيم العلاقة الزوجية بما يكفل استقرارها وتقوية أواصرها من تفعيل دور الولي وإشراكه في عقد زواج موليته على سبيل تقدير المصلحة الحقيقية لها في اختيار الأنسب لها وبرضاها إذا كانت راشدة، والذي من شأنه أن يرتب الأثر الإيجابي للزواج ويرفع من مكانة المرأة وقدرها حتى لا تنسب إلى الوقاحة. وأما بالنسبة لتعدد الزوجات فقد أباحته الشريعة الإسلامية بقيود من شأنها أن تحقق العدل والحق في حياة كريمة لكل زوجة، إذا صاحب الالتزام بهذه القيود قدر من الوعي والتربية الصحيحة، فيكون هذا منهاجا لحل كثير من مشكلات الأسرة بدلا من أن يكون مشكلا اجتماعيا تعجز القوانين الوضعية عن إيجاد حلول واقعية له.

كما جعلت الشريعة الإسلامية العلاقة بين الزوجين قائمة على أساس أن قوامه الرجل تشاورية، وأن الطلاق جعل بيده حماية لهذه الرابطة من انحلالها لأتفه الأسباب، وأن الأصل في الطلاق الحظر - على الراجح في الفقه الإسلامي - إلا إذا دعت الحاجة إلى ذلك، فيكون الطلاق حلاً علاجياً استثنائياً يرفع الضرر عن أحد الزوجين أو عن كليهما.

وقد شرعت من التدابير الإجرائية ما يصلح أن تكون حلولاً وقائية للمحافظة على رابطة الزواج، كما في حالة بعث الحكّمين عند خوف الشقاق بين الزوجين، وعلاج نشوز الزوجة بمراحل وخطوات تأديبية بقصد إصلاح حالها، كما أن للزوجة أن تنازل عن بعض حقوقها وتصلح زوجها عند نشوزه.

وبهذا فإن نظرة الشريعة الإسلامية تتجه للتضييق من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى هدم العلاقة الزوجية، وذلك من خلال دعوتها إلى الإصلاح والتصالح بين الزوجين عند تصدع العلاقة بينهما، وتقييد إيقاع الطلاق بالزمن والعدد والوصف، وأن يكون لحاجة ماسة تدعو إليه. وقد أثبتت الشريعة في هذه الحالة متعة لكل مطلقة تعتبر تعويضا لها عن ألم فراق زوجها لها، وإيناسا لها عن وحشة وحثتها.

وهذه النظرة تقرها المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وما استقر عليه الاجتهاد الفقهي قديما وحديثا، والذي أسهم وبشكل فعال في التصدي لكل المستجدات بإيجاد الحلول المناسبة لها، بخلاف إسهامات قرارات المحكمة العليا التي لا ترقى في مفهومها إلى تحقيق معنى الاجتهاد الشرعي في شروطه وضوابطه. فجاءت -هذه القرارات- وسطا بين النظرة الفقهية والقانونية، الأمر الذي جعلها لا تتعدى مجرد تقليد لمذهب أو رأي معينين. فاقترنت إسهاماتها على تصحيح أو تخطئة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة من المحكمة العليا، وهذا الحكم ينطبق على النظر في مسائل الأسرة لاستمداد تقنين أحكامها من الشريعة الإسلامية، وهو ما يتطلب إخضاع العملية الاجتهادية في قضاء الأحوال الشخصية لنفس شروط وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي. ولئن اتسمت هذه القرارات بنوع من الاجتهاد فلا يعدو أن يكون صورة للتجديد في جانبه الشكلي والذي يتمثل في تقنين أحكام الأسرة.

وأما التجديد في جانبه الموضوعي فيتمثل في الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية بعدما كان الأمر مقتصرًا على المذهب المالكي.

ومع ذلك ينبغي مراعاة مجموعة من الضوابط في عملية الاجتهاد الانتقائي والانتقال بين المذاهب لاختيار الحكم الأيسر والأقرب في تحقيق المصلحة الحقيقية دون مخالفة في ذلك للقواعد الشرعية الكلية. ولا يكون ذلك إلا من المتأهلين علميا وعمليا ممن لهم حدّ الكفاية في العلم بالأحكام الشرعية والقانونية، حتى يخلص الجهد إلى صياغة قانونية مرنة وشاملة.

الأمر الذي جعل قانون الأسرة متأرجحا بين الجانب الإيجابي والسلبي في صياغة بعض أحكامه المتباينة فقها وقانونا وقضاء، ومحل صراع إيديولوجي وتجاذب فكري عميق، يُبقي مجال المناقشة والإثراء واسعًا، وإمكانية التعديل قائمة.

Sommaire de recherche

Les dispositions de la charia islamique et le milieu du dix-neuvième siècle, le droit général à tous les aspects de la vie, où la loi ailleurs dans les pays arabes et musulmans. Elle est assistée par le droit de survivre tout le temps. Il contient des éléments de son actif à rester, à contrôler les sources de pointe souple pour permettre aux législateurs de chaque époque et de formuler des premières théories, les principes et les règles qui ont été dans les textes de la charia sans rupture, ni changement.

Jurisprudence et juridiques - une branche de l'ensemble des cas - y compris les actifs sous-jacents et les contrôles pour corriger la bonne gouvernance dans les affaires dont elle est saisie, et de pouvoir examiner ses solutions à de nouveaux faits et des incidents dans les différents domaines de la vie humaine à tous les temps et les lieux. Cependant, les changements dans les sociétés musulmanes et de l'impact de la marée à l'étranger et de l'Ouest invasion culturelle a conduit à l'élimination du dépôt de la demande des questions juridiques régissant le statut personnel, des relations familiales dans le cadre des dispositions de la charia islamique fixe et déterministe discrétionnaire textes, qui font d'elles de suivre le rythme avec les exigences de l'époque et les besoins de la vie humaine dans l'esprit de la législation OCI.

Toutefois, ce n'est pas le lieu d'un accord entre les gouverneurs et les hommes de pensée entre les partisans du changement touchés par la nouvelle civilisation et le progrès moderne de l'Ouest, avec un appel à réduire le champ d'application de la justice dans les affaires de la famille légitime, affirmant être en conformité avec la réalité et ne parvenait pas à l'évolution de la situation et de la digestion des droits des femmes, et les lois de remplacement de l'état qui sont étrangers - à leurs yeux - une approche plus réaliste et adapté aux exigences de l'âge et du développement, et à assurer le renforcement du statut juridique et social des femmes.

En effet, ce que le monde assiste à la désintégration des valeurs occidentales et de l'effondrement des principes et l'éthique, et la baisse du niveau et du statut des femmes au niveau le plus bas niveaux, des éléments de preuve de la haute condoléance islamique pour les femmes quel que soit le lieu d'assurer sa protection et à la stabilité, la sécurité et de la sécurité. En dépit de toutes cette famille est restée dans la société algérienne - comme certains États arabes - régie par la loi islamique, même si elle ne les rend pas compte tenu notamment de la légitimité des tribunaux en matière de statut personnel et de la famille, par le biais de la loi n° 84-11 pour l'année 1984, qui est né de des conflits idéologiques et des affectations de pensée, qui a finalement conduit à la publication de la loi en conformité avec les traditions authentiques de la société algérienne, dans une certaine mesure.

Après plus de vingt ans, à la suite des changements politiques et des développements scientifiques en Algérie, et la grande voix de partisans du changement, étant donné les pressions extérieures imposées - pour les sociétés arabes - sous prétexte de protéger les droits de l'homme et l'égalité entre les hommes et les femmes, il incombe au législateur de revoir la loi modifiée par celle-ci. la l'annulation de certains de ses articles et l'enrichissement des autres et ajouter à Dans le contexte de ce conflit a affecté l'amendement, qui a augmenté de 05-02 pour l'année 2005, les matériaux les plus importants qui permettraient d'améliorer la situation des femmes et de renforcer leur cadre juridique et l'égalité sociale de l'accès aux hommes. C'est en particulier le principe de consentement pour les femmes dans le contrat de mariage et l'abandon de tout rôle dans le mariage de la Couronne s'ils ont un sens, et de l'empêcher de forcer le mariage de sa fille qu'elle est mineure dans sa responsabilité, puis la polygamie adopter des restrictions supplémentaires, et de l'égalité des hommes et des femmes dans la réalisation de l'éligibilité et le

maintien des femmes le droit d'exiger, avant et après le mariage, notamment en ce qui concerne ses travaux et de ne pas se marier, et aucune goutte de maternité pour les femmes qui travaillent ne sont pas de nuire aux intérêts de l'enfant.

En ce qui concerne les droits et devoirs entre les hommes et les femmes, a fait un droit fondé sur une base de réciprocité, et à rendre les femmes étaient financièrement indépendant de l'information financière à son mari.

En ce qui concerne la dissolution du mariage, la loi a évolué en une femme le droit de demander une licence de la « Khule3 » « La demande de divorce de la femme » à droite, ce qui correspond au droit naturel des hommes de divorcer, il dépend du consentement du rythme de la « Khule3 » mari. Également élargi les motifs de divorce pour demander une levée du lien du mariage, ce qui porte atteinte à la raison positive à l'indemnisation en cas de preuve de dommage. Il a également souligné le droit au logement pour la protection absolue de son et de favoriser son enfant en état de nursery.

Et suivre le rythme de l'évolution du progrès scientifiques ont présenté des amendements à la législation concernant les aspects formels de fond du mariage, et que l'exigence d'un document médical de prouver l'absence de mariage, les demandeurs de toute maladie susceptible de constituer une menace, est incompatible avec le mariage. Il a également autorisé l'utilisation de moyens artificiels de la naissance de la science moderne, et la question des ratios permet au juge de se fonder sur des méthodes scientifiques modernes à prouver. Ceci, cependant, y compris le passeport légitimement limité par la garde de préserver le lignage et la perte de la nécessité ou de besoin.

Cette étude vient de mettre en évidence la mesure dans laquelle le législateur a été occupé par l'Algérie le droit de la famille et les principes établis par le pouvoir judiciaire à travers les articles sur le mariage et le divorce et les implications de chacun avec ce qui est établi dans la jurisprudence islamique et les principes de la loi islamique, qui vise à réglementer la relation conjugale dans le but d'assurer la stabilité et renforcer les liens de l'activation du rôle de tuteur et de participation à un mariage de sa gardée pour l'estimation d'intérêt réels dans le choix des plus appropriés, et avec son consentement, si l'adulte, ce qui aurait un impact positif de mariage et d'élever le statut des femmes et afin de ne pas attribuer à l'impudence. Quant à la polygamie a approuvé les restrictions de la loi islamique qui permettrait d'atteindre la justice et le droit à une vie digne de chaque époux, si l'engagement en faveur de ces restrictions dans la mesure où la prise de conscience et une bonne éducation, cette approche serait donc une solution à de nombreux problèmes de la famille plutôt que d'un problème social, les ordonnances ne peuvent de trouver des solutions réalistes à elle.

Islamique a également fait le lien entre époux fondée sur le fait que la tutelle des hommes de consultation, et le divorce dans sa main, faisant de la protection de la dissolution de l'Association pour les plus futiles raisons, et que l'origine de l'interdiction du divorce - de la plus correcte de la loi islamique -, mais en cas de besoin, à un divorce, une thérapeutique dommage exceptionnel portant sur l'un des conjoints ou les deux.

A entrepris des actes de procédure à ce qui fonctionne et de solutions préventives pour préserver le mariage, comme dans le cas où les deux envoyés une peur de la dissension entre les époux, l'épouse d'importance et de traitement des phases et des mesures disciplinaires en vue de réformer le même, et pour la femme à renoncer à certains de leurs droits et de la réconciliation avec son mari en cas de désagrément.

Dans cette optique, la charia islamique tend à se réduire chacun de ce qui conduirait à la destr

uction de la relation conjugale, y compris par le biais de son appel à la réforme et de réconciliation entre les époux lors de la rupture entre eux, et en limitant le rythme de l'époque du divorce, le nombre et la description, et ont appelé à un besoin urgent. La charia a prouvé dans cette affaire est considérée comme un pur plaisir pour tous afin de compenser la douleur de la séparation de son mari, et son inhospitalière et en intensité.

Ce point de vue est appuyé par les principes généraux du droit islamique et de la jurisprudence établie par l'ancien et le moderne, ce qui a contribué de manière efficace et dans le traitement de toutes les nouvelles de trouver les solutions appropriées, d'autres contributions que les décisions de la Cour suprême, qui n'a pas de réaliser le concept de la signification de diligence en matière de médecine légale et de contrôle. Came - ces décisions - un compromis entre le point de vue de la jurisprudence et juridique, et qu'il n'est plus qu'une simple tradition de la doctrine ou opinion souligné. Vaguetsrt contributions à la correction ou la critique de la jurisprudence des juridictions inférieures de la Cour suprême, cette disposition s'applique à l'examen des questions de la famille d'en tirer des dispositions de la codification du droit islamique, qui exige que le pouvoir discrétionnaire dans le district de statut personnel dans les mêmes conditions et contrôles de la jurisprudence.

Bien que les décisions de ce genre de cas n'est pas seulement une image de l'innovation dans la partie formelle, ce qui est de codifier les dispositions de la famille. La partie de la rénovation est de profiter de toute la doctrine après avoir été limité au rite malékite.

Toutefois, il convient de prendre en compte un éventail de disciplines dans le cas des processus de sélection et de la transition entre les doctrines de la gauche et le choix de la gouvernance la plus proche de l'intérêt réel, sans violer les règles de la faculté de droit. Est non seulement scientifiquement et pratiquement qualifiés avec une assez loin en termes de science et de la législation flexible timité juridique, constate le même effort pour formuler un ensemble complet et juridique.

Qui a le droit de la famille du swing entre le positif et négatif libellé de certaines dispositions de la divergence de jurisprudence et de droit et le pouvoir judiciaire, et la place des conflits idéologiques et de la profonde attraction intellectuelle, que le débat large et à l'enrichissement, et la possibilité de la modification liste.

Research Summary

The provisions of Islamic Sharia law to the mid-nineteenth century, the general law in all aspects of life, where the law elsewhere in the Arab and Muslim countries. It was assisted by the law to survive through Aldhor days and it contains elements of its assets to stay, to control sources of advanced flexible to allow the legislators in each era and to formulate initial theories, the principles and rules that or change. came in the texts of the Shariah without breaking it, Jurisprudence and legal - a branch of the general case - including the underlying assets and controls to correct him good governance in the cases before it, and able to consider its solutions to new facts and incidents in various areas of human life at all times and places. However, the changes in Muslim societies and the impact of the tide of foreign and Western cultural invasion led to the elimination of filing the application of the legal issues governing the personal status of family relations under the provisions of Islamic Sharia fixed and discretionary deterministic texts, which make them keep pace with the requirements of the times and the needs of human life in line with the spirit of the legislation OIC.

However, this was not the place of an agreement between the governors and men of thought between the advocates of change affected by the incoming civilization and advancement of modern Western, with a call for narrowing the scope of application of the judiciary in the affairs of the legitimate family, claiming to be in line with reality and fail to address the developments and the digest of women's rights, and laws by replacing the status which are foreign - in their view - a more realistic and responsive to the requirements of the age and development, and to ensure the strengthening of the legal and social status of women.

Indeed, what the world is witnessing the disintegration of the Western values and the collapse of the principles and ethics, and the decline of the level and status of women to the lowest grades, evidence of the high Islamic Shariah and her Pet krema for women regardless of the location to ensure its protection and stability, safety and security.

In spite of all this family has remained in the Algerian society - as some Arab states - governed by Islamic law, even if it does not make them especially in view of the legitimacy of the courts in matters of personal status and family issues, through Act No. 84-11 for the year 1984, which was born of ideological conflicts and the enticements of thought, which finally led to the issuance of the law in line extent. with the genuine traditions of the Algerian society to some After more than twenty years, following the political changes and scientific developments in Algeria, and the high voices of advocates of change, given the external pressures imposed - to Arab societies - the pretext of protecting human rights and equality between men and women, it was incumbent on the legislature to re

consider the law amended by cancellation of some of its articles and the enrichment of others and add to it.

Against the backdrop of this conflict has affected the amendment, which was up 05-02 for the year 2005, the most important materials that would enhance the status of women and strengthen their legal and social equality of access to the men. This is in particular the principle of full consent for women in the marriage contract and the neglect of any role in the marriage of the Crown if they have any sense, and to prevent him from forcing Muleth to marriage that she is a minor, and then polygamy enact additional restrictions, and the equality of men and women in the completion of the eligibility and retention of women the right to require before and after marriage, especially with regard to its work and not to marry, and no-drop nursery for working women do not harm the interests of the child.

With regard to the rights and duties between men and women, made it a law based on a reciprocal basis, and to make the women were financially independent from the financial disclosure to her husband.

With regard to the dissolution of marriage, the law has evolved in a woman's right to request a license from the Khula to the right, which corresponds to the inherent right of men to divorce, so it depends on the consent of the rhythm of the Khula husband. Also expanded from the grounds for divorce to request a lifting of the marriage bond, bringing harm to the positive with due compensation when evidence of damage. He also stressed the right to housing for the absolute protection of her and her foster Mhoudunha.

And keep pace with the developments from the scientific advances have introduced amendments to legislation affecting the formal substantive aspect of marriage, and that the requirement of a medical document to prove the absence of marriage applicants from any ailment likely to pose a threat is incompatible with marriage. It also authorized the use of artificial means of birth of modern science, and the issue of ratios allows the judge to rely on modern scientific methods to prove. This, however, including the passport legitimately restricted by the guard to preserve the lineage and the loss of the necessary or needed.

This study came to highlight the extent to which the legislature has been held by the Algerian family law and the principles established by the judiciary through the articles on marriage and divorce and the implications of each with what is established in Islamic jurisprudence and the principles of Islamic law, which sought to regulate the marital relationship in order to ensure stability and strengthen the ties of activating the role of guardian and involvement in a marriage Muleth for estimating real interest in the selection of the most appropriate, and with her consent if the adult, which would have a positive impact of marriage and raise the status of women and so as not to attribute to impudence. As for polygamy has A

APPROVAL restrictions of Islamic law that would achieve justice and the right to a dignified life of each spouse, if the commitment to these restrictions as far as awareness and proper education, this approach would thus be a solution to many of the problems of the family rather than a social problem unable ordinances to find realistic solutions to it.

Islamic Sharia also made the relationship between spouses based on the grounds that the guardianship of men consultative, and divorce in his hand, making the protection of the dissolution of the Association for the most trivial reasons, and that at the origin of the prohibition of divorce - to the more correct view of Islamic law - but if need be, to be a divorce, a therapeutic bringing exceptional damage on one of the spouses or both.

Has begun of procedural measures to be what works and preventive solutions to preserve the marriage, as in the case when the two sent a fear of dissension between the spouses, the wife prominence and treatment phases and disciplinary steps in order to reform the same, and for the wife to give up some of their rights and reconciliation Nhozh at her husband.

In this view, the Islamic sharia tends to narrow each of which would lead to the destruction of the marital relationship, including through its call for reform and reconciliation between the spouses when the rift between them, and restricting the pace of the time of divorce and the number and description, and have called for an urgent need. Sharia law has proved in this case is considered an absolute pleasure for all to compensate for the pain of parting from her husband, and her *Ian* assa inhospitable and intensity.

This view is endorsed by the general principles of Islamic law and jurisprudence established by the ancient and modern, which contributed to and effectively in dealing with all new finding appropriate solutions to them, other than contributions to the decisions of the Supreme Court, which did not amount to achieve the concept of the meaning of diligence in terms of forensic and controls. Came - these decisions - a compromise between the view of jurisprudence and legal, and that it is no more than a mere tradition of the doctrine or opinion pointed out. Vaguet contributions to the correction or criticism of the judicial decisions of lower courts from the Supreme Court, this provision applies to the consideration of family issues to derive from the provisions of the codification of Islamic law, which requires the discretionary place in the district of personal status to the same conditions and controls the legal jurisprudence.

While the decisions of this kind of case is not merely a picture of the innovation in the formal part, which is to codify the provisions of the family.

The substantive part of the renovation is to take advantage of all the doctrine after it was limited to the Maliki rite.

However, it should take into account a range of disciplines in the case of selective process and the transition between the doctrines of the left and the choice of governance closest to the real interest without violating the rules of the law faculty.

Is not only scientifically and practically qualified with a far enough in terms of science and legal legitimacy, even finds the effort to formulate a comprehensive and flexible legal.

Which made the law of the family swing between the positive and negative wording of some provisions of the divergent jurisprudence and law and the judiciary, and the place of ideological conflict and the deep intellectual attraction, keep the list. The discussion broad and enrichment and the possibility of the amendment