



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المركز القانوني للزوجين في الأسرة

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون
تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:
لنكار محمود

إعداد الطالبة:
بشير راضية

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
رحماني منصور	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	رئيساً
لنكار محمود	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مشرفاً ومقرراً
بودفع علي	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	ممتحناً
شمال عبد العزيز	أستاذ محاضر-أ-	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	ممتحناً
رحايب حبيبة	أستاذ محاضر-أ-	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	ممتحناً
محروق كريم	أستاذ محاضر-أ-	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1	ممتحناً

D0712121001D

السنة الجامعية: 2020-2021



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المركز القانوني للزوجين في الأسرة

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون
تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:
لنكار محمود

إعداد الطالبة:
بشير راضية

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
رحماني منصور	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	رئيساً
لنكار محمود	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مشرفاً ومقرراً
بودفع علي	أستاذ	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	ممتحناً
شمال عبد العزيز	أستاذ محاضر-أ-	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	ممتحناً
رحايب حبيبة	أستاذ محاضر-أ-	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	ممتحناً
محروق كريم	أستاذ محاضر-أ-	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1	ممتحناً

D0712121001D

السنة الجامعية: 2020-2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رسول الله ﷺ فيما روي عن عائشة رضي الله عنها:

﴿...إن النساء شقائق الرجال﴾

مرواه الترمذي، حديث رقم 83.

شكر وتقدير

بعد حمدية وشكرية لله عز وجل الذي شرح لي صدرية، ويسر لي أمرية، ووفقني لإنجاز هذا العمل.

وعملاً بقوله ﷺ فيما روي عن أبي هريرة ؓ: ﴿لا يشكر الله من لا يشكر الناس﴾

رواه أبو داود، حديث رقم 4811.

فإنني أقدم بشكري الجزيل، بأطيب العرفان، وخالص الامتنان:

إلى من تكرم بالإشراف على هذا العمل، ولم يخل علي بتوجيهاته القيمة، أفكاره المتميزة ودعمه المتواصل، أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور لنكار محمود.

إلى اللجنة المحترمة التي أشرف بمناقشتها لهذا العمل.

إلى من أنار سيلي بتوضيحاته القيمة خاصة العملية منها، السيد قروج رؤوف، قاضي التحقيق بمحكمة الذرعان، مجلس قضاء الطارف.

إلى كل من ساعدني في إجلاء ما التبس علي من مسائل، وأنا بصدد إنجازها، الدراسة، أساتذتي الكرام من مختلف الجامعات داخل الوطن وخارجه.

كما لا يفوتني أن أشكر القائمين على:

مكتبة جامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة

مكتبة جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

مكتبة جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان

مكتبة مجلس قضاء المسيلة

محكمة المسيلة

ولاية المسيلة

 بشير راضية

إهداء

عملاً بقوله تعالى:

﴿وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

سورة الإسراء، الآية 24.

أهديه ثمرة عملي هذا:

إلى من دفعني الخوف من فقدانها للإسراع في إنجاز هذا العمل، حتى أهديه لها، لا إلى روحها الطاهرة، والدتي شفاهاً الله ورعاها.

إلى من تعلمت على يديه مكابدة الصعاب، وكنت أرد الدمع إلى عيني كلما أوشك على النزول أمامه، خوفاً من أن أخذل القوة التي زرعها في نفسي، والديه أطال الله في عمره.

كما أهديه:

إلى من تشرفت بإضافة هذا العمل إلى ألقابهم، إخوتي وأخواتي.

إلى من وجدت فيهم الاحترام، واحتضنوني بكل ود على مدار مشواري الدراسي، أساتذتي الكرام بجامعة سكيكدة.

إلى من ساندوني وأنسوني، زملائي وزميلاتي.

إلى كل عزيز في القلب لم يدركه القلم.

 بشير راضية

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

إ.ق:	اجتهاد قضائي
ب:	باب
ت:	تحقيق
ج.ر.ج.ج:	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ج:	جزء
ح. رقم:	حديث رقم
د.ب.ن:	دون بلد النشر
د.ج:	دينار جزائري
د.د.ن:	دون دار النشر
د.ر.ط:	دون رقم الطبعة
د.ر.م:	دون رقم الملف
د.س.ن:	دون سنة النشر
د.ع:	دون عدد
د.م.ج:	ديوان المطبوعات الجامعية
د:	دورة
سا:	الساعة
ص:	صفحة
ص ص:	من الصفحة إلى الصفحة
ضابط.ح.م:	ضابط الحالة المدنية
ط:	طبعة
ع:	عدد
غ. أ. ش:	غرفة الأحوال الشخصية
غ.أ.ش.م:	غرفة الأحوال الشخصية والموارث
غ.ج.2:	الغرفة الجنائية الثانية
غ.ج.م:	غرفة الجنح والمخالفات
غ.ش.أ.م:	غرفة شؤون الأسرة والموارث
غ.ش.أ:	غرفة شؤون الأسرة
غ.ع:	الغرفة العقارية
غ.ق.خ:	غرفة القانون الخاص
غ.م:	الغرفة المدنية
ف:	فصل، فقرة (حسب موضعها)
ق. م. ف:	القانون المدني الفرنسي
ق.إ.ج:	قانون الإجراءات الجزائية

قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ.:
قانون الأسرة	ق.أ.:
القانون التجاري	ق.ت.:
قانون الجنسية الجزائرية	ق.ج.ج.:
قانون الحالة المدنية	ق.ح.م.:
قانون العقوبات	ق.ع.:
القانون المدني	ق.م.:
كتاب	ك.:
المجلة القضائية	م.ق.:
مجلة الأحوال الشخصية	م.أ.ش.:
مدونة الأسرة	م.أ.:
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية	م.ج.ع.ق.إ.س.:
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية	م.ج.ع.ق.س.:
مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية	م.ح.ع.إ.:
مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية	م.ع.ق.إ.س.:
مجلة العلوم القانونية والإدارية	م.ع.ق.إ.:
مجلة العلوم القانونية والسياسية	م.ع.ق.س.:
مجموعة القانون الجنائي	م.ق.ج.:
مجلة المحكمة العليا	م.م.ع.:
مادة	م.:
مجلد	مج.:

باللغة الأجنبية:

Art.	<i>Article</i>
C.C.F	<i>Code Civil Français</i>
CEDAW	<i>Convention on the Élimination of all Forms of Discrimination Against Women</i>
Chp.	<i>Chapitre</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i> (المرجع نفسه)
J.O.R.A	<i>Journal Officiel de la République Algérienne</i>
L.	<i>Loi</i>
N°.	<i>Numéro</i>
Op.cit.	<i>Ouvrage précédemment cité</i> (مرجع سابق)
P.	<i>Page</i>
PP.	<i>De la page n° à la page n°</i>
S.N.E	<i>Sans numéro d'édition</i>
Suiv.	<i>Suivantes</i>
Tit.	<i>Titre</i>
Vol.	<i>Volume</i>

مقدمة

خلق الله الزوجين الذكر والأنثى، بدءًا من خلقه لآدم عليه السلام وحواء، وجعلهما المركبين والعنصرين الأساسيين اللذين تقوم عليهما الأسرة، وأنسلَ منهما ذرية عَمَرَت بها الأرض على ما هو عليه الآن، وفي ذلك قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾¹، وقال أيضا: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾².

ولتمييز العلاقة الفطرية التي تجمع بين الرجل والمرأة عن باقي العلاقات الأخرى، والحياد بها عن سبيل العي والحرام، والرسي بها في بر الأمان؛ شرع لهما أحكام الزواج الذي أسماه بالميثاق الغليظ تكريما لهما، حيث قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾³، وألقى في قلوبهما حاجة كل منهما إلى الآخر لتوفير الأُنس له، وزرع بينهما المودة، الرحمة، الطمأنينة والسكينة، وفي ذلك قال: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁴.

وجعلَ علاقة الزوجين داخل الأسرة تكاملية، حيث عملت الشريعة الإسلامية جاهدة على تحقيق العدل بينهما، بما يتناسب مع طبيعة كل منهما، كونهما يتماثلان مع بعضهما، إلا ما استثناه الشارع الحكيم بنص، وذلك لإنجاح العلاقة الزوجية والوصول بها إلى حياة تتخللها أسمى سمات التفاهم، التوافق، المودة، الرحمة، التعاون والتشاور.

وخلقَ الزوجين متباينين يكمل كل منهما الآخر تحقيقًا للتوازن بينهما والعدل؛ هي حكمة الله في خلقه ولله في خلقه شؤون، ودون أن يكون في ذلك خفضًا لقيمة أحدهما عن الآخر، فبالقول أن الشمس أكبر لا نعني بهذا التقليل من شأن القمر، فكل منهما مهمته وفضله المرجو منه. لذا، فلو أدى كلٌّ من الزوجين مهمته تبعًا لاستعداده الفطري الخاص به لاستقامت الدنيا، أما أن يشترد كل منهما عن المهمة المعهودة إليه، ويتلهف لتقلد مهمة الآخر فذاك ما لا تصلح عليه الحياة بحال⁵، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾⁶، وقوله أيضا: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى﴾⁷، بمعنى أنه لا تصلح الأنثى لما يصلح له

1 - سورة النساء: آية 01.

2 - سورة النحل: آية 72.

3 - سورة الإسراء: آية 70.

4 - سورة الروم: آية 21.

5 - عمر بن عبد العزيز قريشي: سماحة الإسلام، ط.3، مكتبة الأديب، الرياض-المملكة العربية السعودية/الذهبية للنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 2006، ص.356. انظر أيضا، عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2011، ص.182-183.

6 - سورة النساء: آية 32.

7 - سورة آل عمران: آية 36.

الذكر¹. وتبادل الأدوار في غير محله وفي غير حاجة؛ هو ما يؤدي بنا إلى تشبه كل جنس بما من شأنه أن يكون عليه الجنس الآخر، وهو ما نهانا عنه رسولنا الكريم ﷺ فيما روي «عن ابن عباس قال: لعن رسول الله المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»²، ولما روي عنه كذلك قال: «لعن النبي المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء...»³.

ووفقا لما سبق، فإن الشريعة الإسلامية قد سعت إلى تحقيق فلسفة التكامل لا لحساب الرجال، ولا لحساب النساء، بل لحساب الإنسان والمجتمع ككل، تحقيقا منها للعدل، التوازن والتكامل الذي تقرضه الطبيعة البشرية⁴، وقضاءً منها على التمييز الصارخ الذي كان مرتكبا ضد المرأة خصوصا، وتكريما لها عما كانت عليه قبل نزول الإسلام⁵.

وهذا التوجه هو ما حافظت عليه قوانين الأسرة للدول العربية عامة، وقانون الأسرة الجزائري رقم 84-11⁶ المؤرخ في 09 جوان 1984 خاصة، الذي ظل لسنوات طوال، معتمدا التوجه الشرعي في أغلب نصوصه، ومحافظا عليه.

إلا أن الوضع لم يبق على ما كان عليه؛ حيث ونظرا لتغير المعطيات السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية وغيرها. وكذا، تَبَنَّى المجتمع الدولي دور المدافع عن حقوق الإنسان عامة، والهامي لحقوق المرأة خاصة، وتحديدًا ما تعلق منها بضرورة مساواتها بالرجل. وأيضًا، بعد ولوج المرأة عالم الشغل وبقوة. وبروز الحركات الجمعوية النسوية المطالبة بالرفع من قيمة المرأة، والمنددة بالتمييز ضدها، ومساواتها بشقيقها الرجل.

1 - نذرت امرأة عمران، ما في بطنها لخدمة المسجد، ظنا منها بأنه غلام، فلما وضعتها أنثى اعتذرت، لعدم صلاحية الأنثى لما يصلح له الذكر من خدمة المسجد والإقامة فيه، لما يلحق بها من حبض ونفاس. انظر، أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي القرشي البغدادي: زاد الميسر في علم التفسير، سورة آل عمران، آية 35-37، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2002، ص.189.

2 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. اللباس، ب. المتشبهون بالنساء، والمتشبهات بالرجال، ح. رقم 5885، ط.1 جديدة مضبوطة ومصححة ومفهرسة، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، 2002، ص.1485.

3 - المرجع نفسه، ح. رقم 5886، ص.1485.

4 - سيد قطب: في ظلال القرآن، مج.2، ج.5، سورة النساء، من الآية 24 إلى 147، ط.32، دار الشروق، القاهرة-مصر/بيروت-لبنان، 2003، ص.643.

5 - منال فنجان علك: مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ص.119.

6 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج بتاريخ 12 جوان 1984، ع.24. (المعدل والمتمم).

بات في نظرهم، تباين مركز الزوجين في الأسرة، المؤسس على اختلافهما في الخِلفة، والمحقق للتكامل، التوازن والعدل بينهما؛ تمييزاً ضد الزوجة، واضطهاداً لها، وخطاً من قيمتها. وصارت الأسرة المحافظة أسرة تقليدية ورجعية، وأدوار الزوجين فيها نمطية، وعاداتها وتقاليدها بالية.

وقد وجدوا لفكرهم المُتمرد، وموقفهم المُنفرد ذاك ما يحميه، ويلبسه لباس الشرعية، تلك الشرعية الصورية التي ابتغوا من ورائها تلثيم أهدافهم الحقيقية، المتمثلة في ضرب كيان الأسرة المسلمة، وذلك بالاختباء وراء الاتفاقيات الدولية التي تطالب بحماية حقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة خاصة، وأبرزها على الإطلاق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)¹، التي تطالب بإلغاء جميع الأنظمة، الأعراف والقوانين، التي تشكل في نظرها تمييزاً ضد الأخيرة، وتدعو إلى تكريس المساواة التامة، التماثل والتطابق المُطلَقَيْن بين الجنسين². تلك المساواة، التي أرادوا من ورائها زرع الفتنة في الأسر المسلمة وتدميرها، رغم علمهم بأنها لا يمكن أن تكون، كونها «مناقضة مناقضة مباشرة لقوانين الخلق»³. حيث تنطوي على اهتزاز استقرار الأسرة، بقلب أدوار الزوجين فيها، مما يؤدي إلى ظلم أحدهما على حساب الآخر، ذلك أن المساواة بين مختلفين تقتضي الإجحاف في حق أحدهما حتماً.

ذلك التوجه الجديد الذي استهدف نواة المجتمع، التي كانت تشكل محطة سُكون وثبات لمجتمع متحول ومتطور، وتمثل مرفأً أمان وسط عالم مضطرب؛ لم تسلم منه الأسرة العربية المسلمة عامة، والجزائرية خاصة، كونها المُترَيِّص به الأساسي من تلك المطالب. حيث تم نقد ق.أ لسنة 1984 من قبل اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بأنه ينطوي على أحكاماً تمييزية ضد المرأة، باستمرار إخضاعه للأسرة إلى سلطة الرجل⁴، واعتبرت أن إعطاء الزوج مركز رب الأسرة، وصاحب الكلمة الأولى في

1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 03 سبتمبر 1981، بموجب المادة 27 (1). انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي،

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>، تاريخ الولوج 2020/05/08، ص. 14:49.

2 - رشدي شحاتة أبو زيد: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط.1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية-مصر، 2009، ص.37. نهى القاطرجي: المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2006، ص.225. وهالة سعيد تبسي: حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2011، ص.69.

3- محمد خليفة التونسي: الخطر اليهودي، بروتوكولات حكماء صهيون، البروتوكول الرابع، تقدير الكتاب وترجمته، عباس محمود العقاد، ط.4، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.131.

4- تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، (د20)، بتاريخ 19 جانفي 05 فيفري 1999، و(د21)، بتاريخ 07-25 جوان 1999، ص.24. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي،

[A/54/38/REV.1](http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx)، تاريخ الولوج 2020/05/09، ص. 13:10.

اتخاذ القرارات يخالف الاتفاقية¹، لكون ذلك في نظرها يعد تكريساً للهيمنة الذكورية وإلغاءً للجنس الأنثوي. كما تم نعت عادات وتقاليد المجتمع الجزائري بالقوالب النمطية السلبية الجامدة². وليس ذلك فحسب، بل تناولوا حتى على كتاب الله حين رأوا ضرورة إعادة تفسير القرآن³، كون الشريعة الإسلامية عفا عليها الزمن، وأن نصوصها باتت بالية، وأن الفقه الإسلامي لم يعد يتفق بحال مع المصلحة الوطنية مما يجب عدم فرضه على النساء⁴.

وهو الأمر الذي خيم بظلاله على ق.أ لسنة 1984، خاصة بعد موافقة الجزائر على اتفاقية سيداو بتحفظ بموجب الأمر رقم 96-03 المؤرخ في 10 جانفي 1996، وانضمامها إليها كذلك بتحفظ⁶ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، ومع نص الدستور⁸ في م 154 منه على أن:

1 - التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج وفي العلاقات الأسرية، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د13)، 1994، ص.240. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، HRI/GEN/1/REV.7، تاريخ الولوج 2020/05/09، سا. 13:58.

2- محضر موجز للجلسة 667، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، (د32)، نيويورك، الثلاثاء 11 جانفي 2005، ص.06. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/SR.667، تاريخ الولوج 2020/05/09، سا. 13:04. انظر أيضاً، تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، ص.20، مرجع سابق، A/54/38/REV.1.

3- محضر موجز للجلسة 407، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، (د20)، نيويورك، الخميس 21 جانفي 1999، ص.09. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/SR.407، تاريخ الولوج 2020/05/09، سا. 13:25.

4- محضر موجز للجلسة 412، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، نيويورك، الجمعة 26 جانفي 2002، ص.12. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/SR.412، تاريخ الولوج 2020/05/09، سا. 13:35.

5 - الأمر رقم 96-03 المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن الموافقة، مع التحفظ، على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج. بتاريخ 14 جانفي 1996، ع.3.

6 - تحفظت الجزائر على المواد: 02، 09 ف2، 15 ف4، 16 و 29 ف1. انظر، التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 18 ماي 2009، ص.15، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/DZA/3-4، تاريخ الولوج 2020/05/08، سا. 15:13. وللتفصيل أكثر راجع، تشوار جيلالي: (تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك)، م.ع.ق.إ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.ص. 01-19.

7 - المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج.ر.ج. بتاريخ 24 جانفي 1996، ع.6.

8 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج. بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ع.76. المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج. بتاريخ 14 أبريل 2002، ع.25. والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج. بتاريخ 16 نوفمبر 2008، ع.63. والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج. بتاريخ 07 مارس 2016، ع.14. والرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج. بتاريخ 30 ديسمبر 2020، ع.82.

«المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.»؛ حيث بات من المحتم على الحكومة الجزائرية إعادة النظر في قوانينها وتحديدا ق.أ.

كما ذكر في مشروع القانون¹ المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، بأن هذا الأخير رغم أنه ينبع من مبادئ العدل، المساواة، الحرية والإحسان وغيرها؛ فإنه يكرسها بكيفية أعطت لشعوب العالم والمجتمع الدولي صورة غير حقيقية عن تلك القيم، مما جعله غير مطابق للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، ومن الواجب مراجعته.

وهو ما كان عليه الحال سنة 2005، حيث صدر الأمر رقم 02-05² المؤرخ في 27 فيفري 2005، المُعَدِّل والمُتَمِّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن ق.أ، والذي تمت الموافقة عليه بموجب القانون رقم 05-09³ المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

هذا الأخير، الذي حاول من خلاله المشرع الجزائري الإتيان -بالإلغاء أو التعديل أو الإضافة- على كل ما يشكل تمييزا ضد الزوجة في مفهوم الاتفاقية، وفي منظور لجنتها المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، دون أن يتحرى إن كان في ذلك مصلحة للمرأة عامة -زوجة كانت أم مطلقة أم والد- أم لا، ودون أن يلتفت إلى الزوج الذي أشاح عنه وجهه في العديد من المواطن. وقد سعى الطاقم المشكّل منه اللجنة التي أشرفت على تعديله، إلى محاولة التبرير لبعض خَرَجَاتِ المشرع التي خالف فيها جمهور الفقهاء، بالالتجاء في بعض الأحيان إلى الاستناد على جانب ممن شذ من أقوال الفقهاء، وهو ما نهى عنه العلماء، حيث قال الأوزاعي: «من أخذ بنوادر العلماء خرج من الإسلام»⁴، وكذا ما قاله إسماعيل بن إسحاق القاضي: «من جمع زلل العلماء ثم أخذ بها ذهب دينه»⁵، ودون أن يكون لتغيير موقفه ذاك حاجة ملجئة إليه.

أدى به ذلك، في غالب الأحيان للوصول إلى مواقف فريدة من نوعها، وما في ذلك من خطورة على الأسرة الجزائرية، ويرجع السبب في هذا الغموض الذي انتهجه المشرع، إلى الضغط الذي مورس عليه ويمارس، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التي رغم ما وصل إليه المشرع من قلب

1 - مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الاثنين 14 مارس 2005 (صباحا)، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، بتاريخ 28 مارس 2005، السنة 03، رقم 146، ص.06.

2 - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المُعَدِّل والمُتَمِّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. بتاريخ 27 فيفري 2005، ع.15.

3 - القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. بتاريخ 22 جوان 2005، ع.43.

4 - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ج.9، ك. الشهادات، ب. ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، رقم 20918، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.356.

5 - المرجع نفسه: رقم 20921، ص.356-357.

لأدوار الزوجين في الأسرة إرضاءً لها، فإنه لم يهنأ لها بال، ولا زالت تلاحظ بأن ق.أ. الجزائري رغم ما تضمنه من إصلاحات؛ فإنه لا يزال يتضمن في جوفه تمييزاً ضد المرأة.

والتي واصلت ضغطها على الحكومة الجزائرية بغية رفع تحفظاتها، التي وصفتها بأنها بالية¹، وهو ما جنحت إليه الجزائر التي رفعت معظم تحفظاتها إن صراحة² أو ضمناً³. وتواصل مسيرتها نحو المساواة ومناهضة التمييز، حيث أصدرت مؤخراً قانوناً للوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها رقم 20-405 المؤرخ في 28 أبريل 2020، الذي ركز من خلال مادته الثانية في فقرتها الأولى والثانية، على التمييز بسبب الجنس، الذي من شأنه عرقلة الاعتراف بالحقوق والحريات أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة في شتى المجالات.

ومن خلال ما سبق، كان لنا أن نتساءل عن مدى اعتناق المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين المركز القانوني للزوجين في الأسرة؟

هذا التساؤل الرئيس، تمخّضت عنه تساؤلات فرعية تمثلت في حدود تكريس المشرع للمساواة بين المركز القانوني للزوجين في علاقتهما تجاه بعضهما، ومدى عمق نفسه في مواصلة مسيرته نحو تبني تلك المساواة حين وبعد انفصام تلك العلاقة؟ وهل تعامل المشرع معهما في علاقتهما تجاه أولادهما كوالدين بغض النظر عن جنسهما تحقيقاً منه للمساواة؟ أم أنه كلف بتلك المسؤولية أحدهما على حساب الآخر تكريساً منه للتمييز؟

1- محضر موجز للجلسة رقم 667، مرجع سابق، ص. 09. انظر، [CEDAW/C/SR.667](#).
2 - سحبت الجزائر تحفظها صراحة على م 09 ف2، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008. انظر، المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 09 ف2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج. بتاريخ 21 جانفي 2009، ع.5.
3 - بالنسبة لتحفظ الجزائر على م 15 ف4 من الاتفاقية، الذي صاغته كما يلي: «تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 4 من المادة 15، ولا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها لا يجب أن تفسر على نحو يجعلها تتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من مجلة الأسرة الجزائرية». فقد عقب عليه لاحقاً بعد تعديل ق.أ. كما يلي: «إن اختيار مكان السكني أو الإقامة يتعلق بجوانب الزواج التي ترك تقريرها، بصورة كاملة لتقدير الزوجين، إما في وقت إبرام عقد الزواج أو في وقت لاحق بواسطة وثيقة مصدق عليها، بموجب المادة 19 من مجلة الأسرة... وفي واقع الحياة اليومية أصبح هذا التحفظ بدون مفعول. وبسبب التحولات الاجتماعية-اقتصادية يضطر مادياً العديد من الأقران المترشحين، على عدم التعايش في نفس المسكن لبعد مقر عمل القرين... وبخصوص العازبة الراشدة، فإنه لا يوجد أي حكم قانوني أو تنظيمي يمنعها من حرية اختيار مكان سكنها أو إقامتها. وهذا قانون دستوري راسخ (مبدأ حرية التنقل داخل حدود الإقليم الوطني)»، وهذا ما يدل على أنها سحبت ضمناً. انظر، التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، ص. 16-17، مرجع سابق، [CEDAW/C/DZA/3-4](#).

4 - القانون رقم 20-05 المؤرخ في 28 أبريل 2020، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها، ج.ر.ج. بتاريخ 27 أبريل 2020، ع.25.

ومنه، تتجلى لنا أهمية هاته الدراسة، في تصدُّر الموضوع المبحوث فيه هرم المواضيع، التي باتت تفرض نفسها على الواقع المعاش فرضاً -داخليا وخارجيا- حيث لا يخلو حديث منه. إضافة إلى كثرة التداعيات حوله، كونه موضوع الساعة وكل ساعة، فهو باقٍ ما دامت الحياة المؤسسة على الزوجين والأسرة باقية، وهو معروض للنقاش ما دام مبدأ المساواة مطروح للتطبيق، حيث لا زائل له طالما المنظمات الدولية المتبينة له والمطالبة به قائمة.

ولعل أبرز البواعث الذاتية، التي دفعتني إلى انتقاء هذا الموضوع؛ ميولي الشخصي للقضايا المتعلقة بالأسرة، ورغبتي الجامعة في التطرق بالبحث إلى كل ما يحيط بها، كي أعرف ما لي وما عليّ، وكي أستفيد من التعمق فيه وأفيد.

في حين كانت أهم المُسوِّغات الموضوعية، التي أدت بي إلى خوض غمار هذا الموضوع؛ حدائته وحيويته بين الموضوعات، كون المطالبة بإرساء مبدأ المساواة بين المركز القانوني للجنسين عامة وللزوجين داخل الأسرة خاصة، عرفت انتشارا واسعا دوليا، إقليميا ومحليا، وارتفاعا ملحوظا للتداعيات حولها في أوساط جميع أطراف المجتمعات، وفي جميع القوانين، مما أدى في بعض الأحيان إلى تكريسها في غير محلها لتتحول من نعمة إلى نقمة؛ الأمر الذي دفعني إلى ولوج ثنايا هذا الموضوع، كي أوضّح حقيقة موقف المشرع الجزائري منه.

وحتى لا أدّعي الكمال، التفرد والتميز، التي هي سمات اتسم بها الخالق وحده، عز شأنه وجل ثناؤه وتقدست أسماؤه؛ فإنه ورغم ملاحظتي وأنا بصدد الاطلاع على الدراسات السابقة، باعتبارها اللبنة الأساسية التي يركز عليها الباحث في بحثه -وعلى حسب اطلاعي- ندرتها في هذا الشأن، خاصة التي تجمع بالدراسة بين الزوجين معا، لكون بعضها انصب على تناول المركز القانوني للزوج وحده أو الزوجة وحدها، دون جمعهما في عمل واحد، في حين ركز بعضها الآخر على دراسة المركز القانوني للزوج أو الزوجة عند انعقاد الرابطة الزوجية فقط، أو إثر انحلالها فحسب، دون التطرق إلى الوضعيتين في دراسة واحدة. إلا أنني ورغم ذلك، تمكنت من رصد دراستين تقتربان من موضوع بحثي هذا تمثلتا في:

- دراسة بن عومر محمد الصالح، الموسومة بعنوان **المساواة بين الجنسين في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم والعلوم السياسية، لسنة 2015-2016. ورغم ما اكتسبته هاته الأخيرة من أهمية؛ إلا أنها انصبت على دراسة المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج فحسب، دون التطرق إلى آثار ذلك الإبرام، ولا إلى المساواة بينهما بعد انقضاء الزواج، ولا إلى آثار ذلك الانقضاء. في حين تهدف دراستنا هاته، إلى التطرق إلى المركز القانوني للزوجين في الأسرة مجتمعين، سواء في علاقتهما الزوجية، أو في علاقتهما الوالدية، وذلك حين الزواج وبعد انتهائه، بغية استطلاع موقف المشرع الجزائري، إذا ما وُفّق في إرساء المساواة بينهما من عدمه،

• دراسة بوكايس سمية، الموسومة بعنوان المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم العلوم السياسية، لسنة 2018-2019. حيث عملت فيها الباحثة على ملامسة أكبر قدر ممكن من جزئيات قانون الأسرة الجزائري فيما تعلق بمساواته بين الجنسين من عدمها، مدعمة تلك الدراسة بالمقارنة بين القانون الجزائري والتونسي. وإذا كانت هاته الدراسة تتقارب مع دراستنا في كمّ المعلومات التي تم إدراجها في البحث؛ فإن الاختلاف بين الدراستين يكمن في كيفية سرد وإدراج تلك المعلومات، حيث عمدت الباحثة إلى إتباع خطة كلاسيكية انتهجها الكثير من الباحثين في دراساتهم المختلفة، تمثلت في بابين تطرقت في الأول إلى المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وآثاره، في حين تطرقت في الثاني إلى المساواة بين الزوجين في مسائل الطلاق وآثاره. في حين اتبعنا بموجب دراستنا هاته خطة جديدة، تبين مركز الزوجين بجلاء ووضوح، من خلال تخصيص باب للحديث عن مركزهما تجاه بعضهما، في حين خصصنا الباب الثاني للحديث عن مركزهما تجاه أولادهما. كما أن دراستنا ليست مقارنة بحتة بل عمدنا من خلالها إلى الإطلال على قانوني المغرب وتونس وكذا قانون فرنسا بصفة مختصرة وعارضة كإضافة في البحث لإثرائه. فضلا عن ذلك، فقد أضفنا بموجب دراستنا عدة عناصر لم تتعرض لها الباحثة، كمسألة سفر الحاضن بالمحزون ومدى تأثيره على صاحب الحق في الزيارة وإبراز المركز القانوني للوالدين بمقتضاها وغيرها.

وحتى وإن تشابهت الدراسات فيما بينها؛ فإن الأهداف فيها تختلف بين باحث ومبحث وآخرين، والتي بدأ لنا تسطيرها على النحو التالي:

- الوقوف على حقيقة موقف المشرع الجزائري من قضية المساواة بين المركز القانوني للزوجين في الأسرة، وتحديد مدى التكريس الفعلي له لمبدأ المساواة ذاك،
- إبراز الخلفية الحقيقية التي كانت وراء إدخال المشرع الجزائري لتعديلات جوهرية -بشكل ملفت للانتباه- مست الأدوار التقليدية التي كان يقوم بها الزوجين داخل الأسرة، ومدى تأثير ذلك على استقرارها وتوازنها،
- تبيان المسائل التي مست بالمركز القانوني للزوجين في الأسرة -تعديلا أو حذفًا أو إضافة- التي أبقى فيها المشرع على التمسك بالمرجعية الشرعية (الشريعة الإسلامية)، من التي تجاوزها إلى التمسك بالمرجعية الدولية (الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية سيداو)،
- إبراز مختلف المستجدات التي جاء بها ق.أ، في إطار تكريس المساواة بين المركز القانوني للزوجين في الأسرة،

- استجلاء المَواطن التي كانت فيها القوة للزوجة، وهل خدمتها أم خذلتها وأثقلت كاهلها. والمواطن التي كانت فيها المسؤولية للزوج، وهل كانت مسؤوليته تلك مساوية للحقوق التي أبقى له عليها المشرع أم مجحفة في حقه،
 - إعادة تثبيت المعنى السليم للمساواة العادلة، التي تخدم الأسرة، وتكرس العدل، التوازن والتكامل بين الزوجين، خاصة في ذهنيات العامة من الناس، وبالضبط في ذهنية النساء، وغسل أدمغتهم من مفهوم المساواة والتماثل التامين. تلك المصطلحات الدخيلة والهجينة على المجتمع الجزائري، التي طالب بها الغرب، وتبعهم فيها أصحاب العقول الخالية، والألباب المريضة، لانطوائها على ظلم أحد الزوجين لا محالة،
 - إجلاء الغموض عن مواقف المشرع الجزائري، التي عرفت إبهاما وتذبذبا في الطرح، من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والفقه الإسلامي، أو الاستعانة بالاجتهادات القضائية، أو النزول إلى الواقع العملي،
 - الوصول إلى جملة من التوصيات التي قد تجد صداها في تعديلات المشرع اللاحقة وغيرها.
- واقترضت منا هاته الدراسة، ولملامسة جل الأهداف التي تم تسطيرها؛ المزج بين عدة مناهج علمية نذكر أهمها:

- **المنهج التحليلي:** الذي مفاده تحليل موقف المشرع الجزائري بشأن هاته الدراسة، حيث تم بواسطته عرض وتحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع محل البحث،
 - **المنهج المقارن:** والذي حظي بحصة الأسد في هاته الدراسة، لكونها ارتكزت عليه بصفة مباشرة وكبيرة، ونحن بصدد عقد مقارنات خاصة بين المركز القانوني للزوجين.
- وكما أسلفنا، ولما صارت المساواة بين الجنسين عامة، والزوجين خاصة، مطلبا عاما، اجتاحت شتى المجالات، واخترق مختلف القوانين داخليا وخارجيا؛ فإننا ارتأينا أن نحدد دراستنا هاته، ونركزها على ق.أ بصفة رئيسية، وذلك باستعمال مختلف المراجع القانونية المتنوعة من كتب ومقالات. مع عدم إهمال بعض القوانين الأخرى بصفة ثانوية، كلما تطلب الأمر منا الاستعانة بها كقانون الجنسية والقانون المدني مثلا.
- ولإثراء الدراسة أكثر، فقد ارتأينا أن نستظهر الموقف الفقهي، الذي حصرناه في غالب الأحيان في المذاهب الأربعة من المالكية، الحنفية، الشافعية والحنابلة. وذلك بالاعتماد على أمهات الكتب، للوقوف على المسائل التي أبقى فيها المشرع الجزائري على ارتباط ق.أ بالجانب الشرعي، من المسائل التي حاد فيها عنه. باعتبار الشريعة الإسلامية تعد المصدر الأساسي له، والتي كفلها الدستور بموجب مادته الثانية (02)، التي نصت على أن «الإسلام دين الدولة». وكذا م222 من ق.أ التي أحالت إليها في كل ما لم يرد النص عليه في ذلك القانون.

وارتأينا أيضا، تدعيم هاته الدراسة باجتهادات المحكمة العليا، التي تعتبر المَقوم لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، كما وتضمن رفقة مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون، وهو ما جاء في م179 من الدستور، فضلا عن كونها تعتبر المؤثر المباشر على ثبات أو تغير مواقف المشرع الجزائري، وكذا المكمل كلما شهد النص القانوني سكوتا، والمفسر كلما شهد ذلك النص غموضا. وإضافة إلى اجتهادات المحكمة العليا، فقد قمنا بجلب بعض الأحكام والقرارات القضائية من محاكم ولايتي المسيلة والجلفة.

فضلا عن ذلك، ولتنوير الدراسة أكثر، وكإضافة في البحث، رغم كونه غير مقيد بالمقارنة مع تشريعات الدول الأخرى؛ فقد عمدنا إلى عمل إطلالة على التشريع المقارن، وقد اخترنا تشريعات كل من المغرب، تونس وفرنسا كلما استدعى الأمر منا استحضارها. لكون المشرع المغربي مثلا، قد امتازت مدونته بالدقة والوضوح في كثير من المواطن، فأردنا أن نعتد بتجربته كي تكون المَقوم لبعض المواطن التي شهد فيها موقف المشرع الجزائري اعوجاجا أو نقصا. كما أنه، لولا اطلاعنا عليها لما تسنى لنا تقديم بعض التوصيات، التي أوردناها على هدى ما جاءت به.

وحتى لا ننسى العامل الأكثر تأثيرا في تعديل ق.أ الجزائري لسنة 2005، والمتمثل في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ فقد عمدنا إلى أن تكون حاضرة في جل جزئيات الدراسة، إضافة إلى كل ما ارتبط بها من إعلانات، تقارير وتوصيات وغيرهم التي لها علاقة بها.

هذا، وإفادة الباحثين والتسهيل عليهم في الحصول على المعلومات القانونية الخاضعة للتنظيم الداخلي والسرية فيه؛ وظفنا بعض التعليمات الداخلية باللغتين العربية والفرنسية، بعد انتهاجنا للإجراءات القانونية والإدارية المعمول بها في هذا الشأن، بغية الترخيص لنا باستغلالها.

كما حتمت علينا بعض المسائل من هاته الدراسة، التي شهدت إغفال وسكوت المشرع الجزائري عن تنظيمها، وعدم حصول إجماع فقهي حولها، حيث تعددت بشأنها الآراء الفقهية، وتضاربت بخصوصها اجتهادات المحكمة العليا، كمسألة نسب الطفل الطبيعي؛ التثقل لجلب بعض المعلومات العملية، لاستجلاء ما أمكن استجلؤه من لبس، كزيارة مديرية النشاط الاجتماعي لولاية المسيلة، والمؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب النساء والتوليد سليمان عميرات بالمسيلة أيضا.

بالإضافة إلى كل ما سبق، فإننا لم ندخر جهدا في محاولة الإلمام بجزئيات البحث، وإثرائه أكثر بكل ما هو عملي، رسمي وحديث، حيث سعينا بمعونة عمادة الجامعة في الحصول على إحصائيات وطنية من الديوان الوطني للإحصائيات، وأخرى محلية من مجلس قضاء المسيلة، تمس جوانب البحث، تَوَقُّا منا إلى إفادة كل من يطلع على هذا العمل.

ولما كان ليس لأحد بلوغ غاياته وأهدافه، دون أن يعترض سبيله صعوبات وعراقيل، مادية كانت أم معنوية؛ فإننا سنوجز أهمها وذات العلاقة المباشرة بالبحث فيما يلي:

- تداخل وتشابك جزئيات الموضوع، حتى الدقيقة منها بصفة كبيرة، صَعَّب علينا المهمة، تفاديا للوقوع في التكرار ونحن بصدد معالجتها،
- صعوبة التحديد الدقيق للمركز القانوني للزوجين في الأسرة، كونه يلامس أرفع عنصرين مُكوِّنَيْن لها، واللذين تختلف النظرة إليهما من جنس إلى آخر، ومن شخص إلى آخر، بين كونهما زوجين، وكونهما والدين، وبين كونهما متزوجين، وكونهما مطلقين،
- حساسية الموضوع، كون الغوص فيه يتجاذبه التيار الإسلامي من جهة، والحدائي العلماني من جهة أخرى، ويؤثر فيه الاعتبار الداخلي من جهة، والدولي من جهة أخرى،
- صعوبة التحليل بموضوعية، حتى لا نميل لأي من الجنسين بحكم الطبيعة البشرية، ذلك أن الوقوف موقف العادل المُعتدل فيه لم يكن بالأمر الهين.

لكن، ورغم ذلك فكل تلك المعوقات تهون في سبيل العلم، ونشاطر الشافعي فيما جاء به في ديوانه¹ حين قال:

بقدِرِ الكَدَّ تَكْنَسِبُ المعالي	ومن طلب العلاسهر الليالي
ومن رام العلامن غير كد	أضاع العمر في طلب الحال
تروم العز ثم تامل لا	يغوص البص من طلب الآلي

وفي ختام هذا التقديم الموجز لموضوع البحث؛ وإجابة على الإشكالية السالفة الطرح، وتحقيقا للأهداف المرجوة الآتفة العرض؛ ارتأينا انتهاج خطة ثنائية مؤلفة من بابين:

- الباب الأول: المركز القانوني للزوجين في الأسرة على مستوى العلاقة الزوجية
- الباب الثاني: المركز القانوني للزوجين في الأسرة على مستوى العلاقة الوالدية

1 - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: ديوان الشافعي، قافية اللام، طريق المعالي، ط.2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة-مصر، 1985، ص.108.

الباب الأول

المركز القانوني للزوجين في الأسرة
على مستوى العلاقة الزوجية

من نعم الله عز وجل علينا، أن خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها، وجعل لنا فيها المستودع والمستقر. لأن الرجل والمرأة بفطرتهما وطبيعتهما البشرية، كلُّ منهما يجد نفسه بحاجة إلى الآخر، وفي انجذاب إليه. ولم يترك الشارع الحكيم تلك الغرائز دون ضابط محكم، حتى يبعدها عن غرائز غيرهما من المخلوقات، بل شرع لهما لممارستها أحكام الزواج.

تلك العلاقة الزوجية المقدسة والعظيمة، هي ما عملت الشريعة الإسلامية جاهدة على تحقيق العدل بين الزوجين فيها، بما يتناسب مع طبيعة كل منهما، في جميع المراحل التي يمران بها، ليشكلا وفقا لذلك مركبا واحدا، يكمل بموجبه كل منها الآخر، بما يحقق التوازن بينهما، دون أن يلحقا ضررا ببعضهما البعض. وإذا كان ق.أ لسنة 1984 قد تضمن نصوصا قانونية تجسد إلى حد كبير ما حثت عليه شريعتنا الغراء؛ فإن عدم فلاح المُخَاطَبِينَ به في الالتزام بما يقتضيه أدى إلى إظهار انطباع غير لائق على عادات وتقاليد مجتمعنا في نظر الغير، الذي بات يصفه بأنه قانون ذكوري، مُهين للمرأة، ومهيم عليها، في حين أن العيب في غالب الأحيان كان فينا لا فيه.

ومنه، ونظرا لارتفاع الأصوات الداعية إلى إعادة النظر فيه، وتحديد فيما تعلق بالمركز القانوني للزوجين على مستوى علاقتهم الزوجية، بحجة التمييز الواقع على المرأة عامة وعلى الزوجة خاصة، ونظرا للتحويلات التي مست جميع القطاعات، بما فيها القطاع الحساس المتمثل في الأسرة، تلك الخلية الدقيقة من المجتمع التي تتكون أساسا وابتداءً منهما باعتبارهما قطباها وسنامها؛ أعيد النظر في مركزهما والأدوار التقليدية على -حد تعبير البعض- التي كانت منوطة بهما، حيث شهد المركز القانوني لهما بعد تعديل 2005، تغيرا ملموسا وواضحا، بغية تحقيق المساواة بينهما، سواءً عند الدخول في العلاقة الزوجية (الفصل الأول)، أو عند الخروج منها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

المركز القانوني للزوجين عند الدخول في العلاقة الزوجية

شرع الإسلام الزواج، ليكون السبيل الشرعي والسليم، الذي يمارس من خلاله الزوجان حياتهما الخاصة، وفق ضوابط وأطر محكمة، باعتبارهما عماد العلاقة الزوجية وأساسها، حيث قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹.

وباعتبار أن الزوجين هما العنصران الهامان، والمركبان الأساسيان للأسرة ابتداءً وأصالاً؛ فإن المركز القانوني لهما عند الدخول في العلاقة الزوجية، قد شهد تساوي ملحوظاً إلى حد كبير، سواء لحظة تقريرهما الدخول في تلك العلاقة النبيلة (المبحث الأول)، وذلك من خلال جعل الزواج مرهوناً بإرادتهما ورضاهما الاثنين، وكذا من خلال إلزامهما بجملة من الشروط التي تصونه. أو بعد الدخول في العلاقة الزوجية (المبحث الثاني)، وذلك من خلال ما يترتب عن ذلك الدخول من حقوق وواجبات زوجية معنوية كانت أم مادية متبادلة بينهما إلا ما شهدته النفقة من تمييز بينهما.

1 - سورة الروم: آية 21.

المبحث الأول

المركز القانوني للزوجين لحظة تقرير الدخول في العلاقة الزوجية

متى تقرر الدخول في العلاقة الزوجية، كان لإرادة الزوجين السلطان الأسمى في ذلك التقرير، حيث باتت لتلك الإرادة الكلمة الأولى والأخيرة للدخول في تلك العلاقة (المطلب الأول)، إلا أن تلك الإرادة ورغم إعلاء المشرع لها، فإنه لا بد معها من توفر جملة من الشروط النازمة للدخول في العلاقة الزوجية (المطلب الثاني)، ذلك أن الزواج كغيره من العقود، يلزمه جملة من الأركان والشروط التي سعى المشرع من خلالها إلى تجسيد المساواة بين الزوجين قدر المستطاع.

المطلب الأول

إرادة الدخول في العلاقة الزوجية

احتلت الإرادة مركزا قويا في العقود المدنية عامة وعقود الزواج خاصة، حيث بات الزواج ينقصد بمجرد تبادل الزوجين الرضا بالدخول في العلاقة الزوجية (الفرع الأول). غير أن ذلك الرضا لم يكن ليتحقق في بعض الحالات، لو لم تتم الموافقة على بعض الشروط التي يتقدم بها أحد الزوجين إزاء الآخر، وهو ما يعرف بالاشتراط للدخول في العلاقة الزوجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرضا بالدخول في العلاقة الزوجية

فتح القانون الباب واسعا أمام الزوجين في حرية اختيار بعضهما البعض ورضاها بالزواج دون إكراه، حيث جعل من ذلك الرضا العنصر الأساسي للدخول في العلاقة الزوجية (أولا)، إلا أن تلك الحرية وذلك الرضا ليسا مطلقين، حيث ترد عليهما بعض القيود التي تحد من إطلاقهما (ثانيا).

أولا: حرية الزوجين في اختيار بعضهما والرضا بالزواج

المبدأ العام في انعقاد العقد هو الإرادة؛ أي تراضي المتعاقدين¹ وفقا لما جاءت به م59 من ق.م²: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين...»، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث اعتبر الزواج عقدا رضائيا بموجب م04 من ق.أ: «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...». ولما كان الرضا³ أمرا داخليا يكمن في النفس؛ وجب التعبير عنه بالإيجاب

1 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، د.ر.ط، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص.55.

2 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ع.78. (المُعَدَّل والمُتَمَّم).

3 - الرضا لغة: «رَضِيَ: الرَضَا، ضِدَّ السَّخَطِ...وقد رَضِيَ رُضْيًا ورَضُوًا ورَضُوًا...ومَرْضَاةً، فهو رَاضٍ من قومٍ رَضَا، ورَضِيٌّ من قومٍ أَرْضِيَاءَ ورَضَاةٍ...ورَضِيَ من قومٍ رَضِينَ...وقالوا رَضِيُوا...ورَضِيْتُ عنك وعليك رَضًا...والاسم الرَضَاءُ...ورَضِيْتُ الشيء=

والقبول¹. لهذا كان وجوب توفر الرضا (الإيجاب والقبول)، أو ما اصطلح عليه بالصيغة في النكاح، محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين أوقفوا انعقاد النكاح عليه، واعتبروه بمثابة الركن فيه².

حيث يرى بعض المالكية، بأن للنكاح ثلاثة أركان، وشرطين للصحة في قولهم: «ركنه ولي ومحل وصيغة، وصحته بصداق وشهادة عدلين غير الولي»³، بينما يرى البعض بأن له أربعة أركان في قولهم: «وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة»⁴، في حين يرى البعض الآخر بأن له خمسة أركان، وذلك حين قسموا ركن المحل والمتمثل في الزوجين إلى ركنين منفصلين يشتملان الزوج على حدة والزوجة على حدة⁵. وإضافة إلى اختلافهم في تعداد أركان النكاح، فقد اختلفوا أيضا في التمييز بين ما يعتبر ركنا وما يعتبر شرطا⁶.

=وَرَضَيْتُهُ، فهو مَرْضِيٌّ، وقالوا مَرْضُوءٌ... ويقال: رَضِيتُ به صاحِباً...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.3، ب. الراء، (رَضِي)، ط. جديدة محققة ومشكولة شكلا كاملا ومذيلة بفهارس مفصلة، دار المعارف، القاهرة، د. س.ن، ص.1664.

- الرضا اصطلاحا: «تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد وسلامة هذا الأخير من العيوب...». انظر، فضيل العيش: قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ط.2، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص.23.

1 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج.1، أحكام الزواج، ط.6، د.م.ج، الجزائر، 2010، ص.141.

2 - أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج.3، مسائل الإجماع في النكاح وأبوابه، ط.1، دار الهدى، مصر/دار الفضيلة-الرياض، 2013، ص.129.

3 - أحمد بن محمد بن أحمد الدريد: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ب. في النكاح، د.ر.ط، مكتبة أيوب، كانو -نيجيريا، 2000، ص.58.

4 - صالح عبد السميع الآبي الأزهرى: جواهر الإكليل، شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، في مذهب الإمام مالك، ج.1، د.ر.ط، المكتبة الثقافية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.277.

5 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي (الحطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج.4، ك. النكاح، أركان النكاح، ط.1، دار الرضوان، نواكشوط-موريتانيا، 2010، ص.228.

6 - في قول الشيخ خليل في مختصره: «وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة»، رأى الحطاب في مواهب الجليل في تعليقه على هذا: أن أركان النكاح في الحقيقة خمسة، لأن المحل يشمل "الزوج والزوجة" وليست أربعة، كما قال الحطاب أيضا: «أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاح شرعي إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا 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 الإسهاد...». انظر، المرجع نفسه، مج.4، ك. النكاح، أركان النكاح، ص.228.

- وفي قول ابن عاصم الأندلسي في تحفته: «والمهر والصيغة والزوجان *** ثم الولي جملة الأركان»، قال التسولي في البهجة شرح التحفة في هذا: «وقد عد في الشامل هذه الأركان شروطا لأن النكاح الذي هو العقد معنى من المعاني والولي والصداق ذوات فلا يصح تفسيره بها، وأركان الشيء أجزاؤه، وهذه خارجة عنه. وكذا الصيغة خارجة عنه، إذ بها يوجد العقد الذي هو الربط، وجعل ابن محرز الولي والصداق والشهود شروطا والزوجين ركنا وهو أظهر... وقد علمت أن من نظر إلى أن العقد الشرعي لا يوجد إلا بها عدها أركانا، ومن نظر إلى كونها خارجة عنه وأنها غيره لم يصح تفسيره بها عدها شروطا، ومن نظر إلى أن العقد لغة يوجد في نفسه من عاقد وهو الزوج والزوجة، لكن يشترط في صحته شرعا الولي والصيغة، جعل الأولين ركنين، والثانيين شرطين، والكل صحيح». انظر، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. النكاح وما يتعلق به، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1998، ص.377.

أما الشافعية، فيرون بأن للنكاح خمسة أركان وهي الصيغة، الزوجة، الشاهدان، الزوج والولي، وهذين الأخيرين هما العاقدان¹. في حين يرى الحنابلة، بأن ركنا النكاح هما الإيجاب والقبول، أما شروطه فهي تعيين الزوجين، رضاهما، الولي، الشهادة والكفاءة في إحدى الروايتين، وفي الرواية الثانية ليست بشرط وهي أصح²، في حين اعتبرها البعض الآخر ثلاثة أركان وهي الزوجان (الخاليان من الموانع)، الإيجاب والقبول³. أما الحنفية، فيرون بأن للنكاح ركنا واحدا وهو الإيجاب والقبول، أما الشروط فقد قسموها إلى شروط انعقاد، شروط جواز، شروط نفاذ وشروط لزوم. وبعبارة أخرى جعلوا للعقد ركنا وللركن شروط⁴.

ومن خلال ما سبق، نلاحظ تركيز الفقهاء واتفاقهم على الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول أو ما أسماه بالصيغة، رغم اختلافهم في تصنيف أركان العقد وشروطه، وفي تمييز الأركان عن الشروط، وكذا في تعدادها⁵، حيث يستعملون المصطلحين كأنهما بنفس المعنى، وفي ذلك قال التاودي في تحفته⁶: «الفقهاء يتسامحون في مثل هذا فيسمون ما يتوقف عليه الشيء أركانا مرة ويسمونه شروطا أخرى». كما قال الدردير في الشرح الصغير⁷ أيضا: «والأمر في ذلك سهل فكل وجهة ولا خلاف في المعنى»، وقال الدسوقي في حاشيته⁸: «جَعَلَ الشُّهُودَ شَرْطًا وَالصَّدَاقَ رَكْنًا مَجْرَدَ اصْطِلَاحٍ لَهُمْ». كما اختلفوا أيضا في الوصف الذي يطلق على العقد الذي تخلف فيه بعض الأركان والشروط، إذ لا يميزون بين بطلان العقد وفساده⁹، وفي هذا

=- كما سار الدسوقي في حاشيته كذلك، إلى اعتبار أركان النكاح أربعة، حين قال: ولي، صداق، محل (زوج وزوجة معلومان وخاليان من الموانع الشرعية) وصيغة. إلا أنه لم يعد الشهود من الأركان لأن ماهية العقد لا تتوقف عليهما، والصداق كذلك إذ لا يشترط ذكره عند العقد لجواز نكاح التفويض، فالأولى جعلهما شرطين (الصداق والشاهدان). انظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. في النكاح، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.220.

1 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ف. في أركان النكاح وغيرها، ط.1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1997، ص.188.

2 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ك. النكاح، ب. أركان النكاح وشروطه، ط.1، مكتبة السوادني، جدة-المملكة العربية السعودية، 2000، ص.303-307.

3 - منصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، د.ر.ط، دار المؤيد/مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، د.س.ن، ص.511.

4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.317، 325.

5 - أحمد الخليلشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، د.ر.ط، دار نشر المعرفة، الرباط-المغرب، 2012، ص.97-99 مع الهوامش.

6 - أبو عبد الله محمد التاودي: شرح تحفة الأحكام للتاودي، د.ر.ط، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.93، (نسخة PDF)، محملة من مكتبة المصطفى، انظر، <https://www.al-mostafa.com>، تاريخ الولوج: 2018/09/14، سا. 13:57.

7 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، د.ر.ط، دار المعارف، القاهرة - مصر، د.س.ن، ص.336.

8 - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. في النكاح، مرجع سابق، ص.220.

9 - أحمد الخليلشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، مرجع سابق، ص.97-99 مع الهوامش.

علق ابن الهمام¹ على استعمال عبارة الفسخ تارة والبطلان تارة أخرى بأنه: «لا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع».

ولعل ذلك الاختلاف بينهم راجع إلى اختلافهم في تحديد معنى الركن والشرط ابتداءً². حيث يعتبر الجمهور الركن بأنه: «ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به»، أو «ما يتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء كان جزءاً منه أو خارجاً عنه»، أما الشرط فهو: «ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءاً منه». بينما يعتبر الحنفية الركن بأنه: «ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً داخلاً في حقيقته»، أما الشرط فهو: «ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولم يكن جزءاً من حقيقته»³، أو بعبارة أخرى: «الركن ما كان داخل الماهية، والشرط ما كان خارجاً عنها»⁴.

وتأسيساً على ما سبق، نصل إلى أن المشرع الجزائري قد حسم ذلك الخلاف، آخذاً برأي الحنفية في هذا الشأن وجاعلاً للزواج ركناً⁵ موضوعياً واحداً وهو الرضا⁶، بموجب م 09 من ق.أ في نصها: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، مقتدياً في ذلك بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في م 146⁷ من ق.م.ف، التي تفيد بأنه لا زواج حيث لا رضا، أين اعتبر ذلك الرضا أساس الزواج⁸. ومرتباً على تخلفه البطلان، كما جاء في م 33 ف 1 من ق.أ: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»، وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد

1 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.3، ك. النكاح، ف. في بيان المحرمات، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.234.

2 - محفوظ بن الصغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، د.ر.ط، دار الوعي، روية-الجزائر، د.س.ن، ص.98.

3 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.36.

4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.325.

5 - الركن لغة: «أحد الجوانب التي يَسْتَدُّ إليها الشيء ويقوم بها. - جزء من أجزاء حقيقة الشيء. يقال: ركن الصلاة...و-الأمر العظيم. وما يُقَوَّى به...وفلان رُكِّن من أركان قومه: شريف من أشرفهم...». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. الرء، (رَكَن)، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، 2004، ص.370-371.

- الركن اصطلاحاً: «ما كان جزءاً من حقيقة الشيء لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده. كالإيجاب والقبول في عقد الزواج». انظر، بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.54.

6 - أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.43.

7 - Art. 146 du C.C.F dispose: «il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement». Voir, Alice Tisserand-Martin, Georges Widerkehr, Pascal Ancel, Xavier Henery, Guy Venandet, Pascale Guiomard: CODE CIVIL, Tit. cinquième «du mariage», Chp. premier «des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage», 117^e édition, Dalloz, Paris-France, 2017, P. 341.

8 - Corinne Renault-Brahinsky : Droit des personnes et de la famille , 16^e édition , Gualino éditeur, France, 2017-2018, P.134.

قراراتها بأنه: «يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا. ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج».¹

وعليه، وباستقراءنا لنصوص م04، 09، 10 و33 ق.أ؛ يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد ركز فقط على الرضا، واضعاً إياه نصب عينيه، حيث اعتبره المحور الأساسي الذي يدور حوله الزواج، وفي هذا قضت المحكمة العليا بما يلي: «إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون».²، وأيضاً «لا يمكن (القاضي)³ حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسم الدخول بها».⁴ متخلياً بذلك عن باقي الأركان التي كان ينص عليها قبل التعديل⁵، متفقاً في هذا مع ما ذهب إليه نظيره المغربي الذي نص في م10 من م.أ⁶ على ما يلي: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر...»، وكذا المشرع التونسي في الفصل 03 من م.أ.ش⁷ «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين...».

وقد بين المشرع الجزائري الطريقة التي يتم بها الرضا بموجب م10 ق.أ: «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»، حيث لم يشترط أن يصدر الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة، إذ توجه بخطابه إلى الزوجين معا دون أن يفرق بينهما واضعاً إياهما في نفس المقام.

كما جعل ألفاظ الصيغة تشمل كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، متفقاً بذلك مع جمهور الفقهاء الذين قالوا بأن النكاح ينعقد بلفظي الإنكاح والتزويج⁸، كونهما المصطلحان الواردان في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾⁹، وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾¹⁰ وغيرهما، حيث اتفق الشافعية¹¹ والحنابلة في قول أبو عبد الله ابن حامد وأتباعه كالقاضي أبي يعلى¹ على

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، ع.2، ص.267.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م.ق، 2002، ع.2، ص.424.

3 - الصواب أن تكتب (للقاضي).

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.275.

5 - كانت تنص م09 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق...».

6 - ظهير شريف رقم 1.04.22، صادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 فيفري 2004، ع.5184، ص.418.

7 - الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 17 أوت 1956، السنة 100، ع.66، المعدل والمتمم.

8 - أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج.3، مسائل الإجماع في النكاح وأبوابه، مرجع سابق، ص.131.

9 - سورة الأحزاب: آية 37.

10 - سورة النساء: آية 22.

11 - أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري: تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، ك النكاح، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، 2003، ص.119.

أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظي التزويج أو الإنكاح، في حين أجاز الحنفية إضافة إليهما ألفاظ البيع، الهبة، الصدقة والتمليك، إذا وجد ما يدل على الزواج من نية وقرائن تدل عليها²، شأنهم في ذلك شأن المالكية³، والحنابلة في قول ابن تيمية⁴: «ينعقد بما عده الناس نكاحا، وبأي لغة ولفظ وفعل كان»⁵. في حين لا ينعقد النكاح بألفاظ أعمرت أو أوصيت أو أجرت أو أعرت أو رهنّت، لأنها تقتضي التوقيت دون التأبيد الذي يقتضيه عقد النكاح، وفي هذا قال ابن عاصم الأندلسي: «فالصيغة النطق بما كأنكحكا *** من مقتض تأبدا مستوحشا»⁶. غير أنه لم يكن دقيقا في ذلك مثلما كان عليه المشرع المغربي، الذي حدد الكيفية التي يتم بها الإيجاب والقبول في م10، ليحدد في م11 شروطهما وهي أن يكونا شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة، متطابقين وفي مجلس واحد، باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ⁷.

هذا، ولم يتحدث المشرع الجزائري عن الأهلية هنا، رغم أنها «جزء من الرضا»⁸ وشرط من شروط صحته⁹، تاركا الحديث عنها ضمن شروط صحة الزواج (م09 مكرر)، كما تجاهل أيضا الحديث عن عيوب الإرادة¹⁰، باستثناء التدليس الذي تكلم عنه في م08 مكرر المتعلقة بتعدد الزوجات، وذلك ربما لاستبعاده

- 1 - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن أسباسلار البعلبي الحنبلي: فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج.4، ب. ركني النكاح وشروطه، ط.2، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، د.س.ن، هامش ص.299.
- 2 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.317، 318. انظر أيضا، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. النكاح، ط.6، دار المعارف، بيروت-لبنان، 1982، ص.04.
- 3 - محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، القسم 2 المعاملات، ك.1 النكاح، ب.2 في أركان النكاح، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2013، ص.340.
- 4 - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن أسباسلار البعلبي الحنبلي: فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج.4، ب. ركني النكاح وشروطه، مرجع سابق، هامش ص.299.
- 5 - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، ج.8، ك. النكاح، ب. أركان النكاح وشروطه، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت/دار المؤيد، الرياض، 2003، ص.202.
- 6 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. النكاح وما يتعلق به، مرجع سابق، ص.383.
- 7 - محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة ونتائجها، ط.7، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2015، ص.49-52.
- 8 - فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا "ملحق قانون الأسرة باللغتين"، ط. جديدة، مطبعة الطالب، الجزائر، 2007-2008، ص.15.
- 9 - علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.8، د.م.ج، الجزائر، 2008، ص.48.
- 10 - عيوب الإرادة هي: الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال أو الغبن. للتفصيل أكثر انظر، دراج سعاد: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، د.ر.ط، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو-الجزائر، د.س.ن.

لوقوع باقي العيوب الأخرى، حيث لا غلط مع شخصية عقد الزواج ، ولا إكراه مع رضائته وحرية الاختيار المكرسة فيه، ولا غبن مع طبيعته التي يغلب عليها الطابع الروحي أكثر من المادي¹.

كما لم يتحدث أيضا، عن الموانع الشرعية المؤقتة منها والمؤبدة هنا، رغم أنها تشكل ركنا قائما بذاته، ذلك أن توافرها في أحد الزوجين أو في كلاهما، يؤدي إلى بطلان العقد لا محالة، حيث يجعل منه غير قابل للتصحيح ولا للتصحيح حتى وإن حدث دخول، وخاصة في حالة علمهما بالحرمة وانتهاكها، حيث أدرجها ضمن شروط الصحة بموجب م 09 مكرر ق.أ، ورتب على توافرها بين الزوجين حكمين متناقضين، أحدهما حملته م 32² ق.أ وتمثل في البطلان، والثاني حملته م 34³ ق.أ وتمثل في الفسخ قبل الدخول وبعده. وذلك خلافا لنظيره المغربي الذي رتب البطلان، في حالة ما إذا اختل أحد الأركان الواردة في م 10 م.أ، إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج، وكذا إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول وهذا بموجب م 57 من م.أ.

كما أنه، ولضمان المساواة بين الزوجين في حرية اختيار بعضهما البعض دون أي واسطة ولا إكراه، ولتجسيد مبدأ الرضا فعليا؛ ألغى المشرع الوكالة بالنسبة للزواج، التي كانت تنص عليها م 20 قبل التعديل⁴، ليصبح الزواج شخصا بحضور الزوجين، ويتم بطريقة علنية باستثناء العاجز عن الكلام⁵، أمام ضابط.ح.م أو الموثق (م 07 مكرر و 18 ق.أ)، حيث لا يُقدم هذين الأخيرين على كتابة العقد حتى يستمعا إلى قبولهما باعتبارهما المعنيين به⁶، منتهجا بذلك نهج المشرع الفرنسي، الذي أكد على الحضور الشخصي حتى بالنسبة للزواج المعقود في الخارج، بموجب م 146 ف 1⁷. وهذا ما نصت عليه ف (ب) من المبدأ الأول من توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة، الخاصة بالرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لسنة 1996⁸، التي جاء فيها ما يلي: «لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتضت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود...». إلا أنه كان

1 - خالد التومي: (ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية؟)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط-المغرب، 2015، ج.2، ع. مزدوج 5/4، ص.122.

2 - تنص م 32 من ق.أ على ما يلي: «يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع...».

3 - تنص م 34 من ق.أ على ما يلي: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء...». ونعلم بأن المحرمات هي إحدى الموانع، فكيف يرتب المشرع حكمين متعارضين على نفس الواقعة؟

4 - كانت تنص م 20 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة...».

5 - بلحاج العربي: أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.281.

6 - عبد الرحمان بن محمد العمراني: مقالات في أحكام الأسرة، ج.2، "موقع المرأة في أركان عقد الزواج"، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2012، ص.31.

7 - Art. 146-1 du C.C.F (L. n° 93-1027 du 24 août 1993) dispose: «le mariage d'un français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence». Voir, Alice Tisserand-Martin....: CODE CIVIL, Op. cit, P. 343.

8 - توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2018 (د20)، المؤرخ في 01 نوفمبر 1965، المبدأ الأول، ف (ب). انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/RecommendationOnConsentToMarriage.aspx>

تاريخ الولوج: 2018/04/05، سا. 22:00.

على المشرع أن يقف موقفا واضحا في هذا الخصوص، بأن ينص صراحة على إلغاء الوكالة في الزواج، حتى يضع حدا للتأويلات التي نتجت عن هذا الإلغاء¹.

وما يدعم تكريس المشرع لرضا الزوجين كذلك؛ هو إلغاؤه لولاية الاختيار بالنسبة للراشدة، حيث أصبح حضور الولي أمرا شكليا (م11 ف1)، مبقيا عليها فقط بالنسبة للقاصرة (م11 ف2)، فضلا عن إلغاء لولاية الإجماع مطلقا (م13) كما سنراه لاحقا. وكذا، إلغاؤه للمادة 12 ف2 قبل التعديل التي كانت تعطي للأب سلطة منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في مصلحتها، متماشيا بذلك مع ما جاءت به الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية الداعية إلى تقوية المركز القانوني للمرأة، حيث جاء في م01 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لسنة 1964² بأنه: «لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعراهما عنه بشخصيهما...». وكذا جاء في م06 ف2 (أ) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967³ ما يلي: «يكون للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها والتزوج بمحض رضاها الحر التام...». وأيضا ورد في م16 ف1 (أ) -رغم تحفظ الجزائر عليها- من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ما يلي: «نفس الحق في عقد الزواج...»، وكذا في البند (ب) منها: «نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل...». إلا أنه، يجب على المشرع الجزائري أن يكون حريصا عند تعديله لأي قانون، بأن يضع في الحسبان القوانين الأخرى ذات الصلة، حتى لا تتضارب النصوص القانونية فيما بينها، والدليل على ذلك إلغاؤه للمادة 20 ق.أ التي كانت

1 - حيث رأى البعض، بأن المشرع بإلغائه للمادة 20 ق.أ يكون قد اتخذ موقفا غامضا، حيث لم ينص صراحة على ذلك، مما يحيلنا إلى القواعد العامة في ق.م، وتحديدًا إلى م571 منه التي تجيز الوكالة. انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.78. متفقا بذلك مع من رأى بأن المشرع ألغاه لتفادي التكرار فقط، كونها منصوص عليها في ق.م. انظر، فضيل العيش: قانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، مرجع سابق، ص.27. بينما رأى البعض الآخر، بأن إلغائها أحدث فراغا قانونيا يقتضي معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز الوكالة، بموجب م222 من ق.أ. انظر، بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.72. بينما رأى آخرون، بأن المشرع ألغاه رغم الفائدة البسيطة التي كانت تدرها، لأن الإبقاء عليها لا يتماشى مع طبيعة عقد الزواج بالوجه الحالي، الذي يقوم على الاعتبار الشخصي المرتكز على مبادئ الرضا، الحرية والاختيار، كما أنه يجب تطبيق ق.أ في مسائل الأحوال الشخصية لا غير، ذلك أن الخاص يقيد العام. انظر، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.166، 168.

2 - اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 1964/11/07، تاريخ بدء النفاذ 1994/12/19، بموجب م06. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي،

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>، تاريخ الولوج 25 نوفمبر 2017، سا. 08:08.

3 - إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22)، المؤرخ في 07 نوفمبر 1967. انظر، صفحة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مركز الوثائق،

http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1969، تاريخ الولوج 2017/11/24، سا. 10:02.

تنص على الوكالة بموجب تعديل 2005، في حين لا يزال ق.ح.م¹ ينص عليها ضمن م²32 منه. كما أجازت التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018³، المتعلقة بتنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط، في حالة غياب أحد طرفي الزواج عند تقديم ملفهما تقديم وكالة عادية عن الطرف الغائب.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد حقق مبدأ المساواة بين المركز القانوني للزوجين في اختيار بعضهما والرضا بالزواج، مكرسا بذلك مبدأ سلطان الإرادة، ومعليا لمبدأ الرضا فوق كل اعتبار. إلا أن حرية الاختيار تلك، ومبدأ الرضا ذاك، قد تخللته بعض القيود التي تحد منه، لعل أهمها مانع الدين الذي سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: القيود الواردة على حرية الزوجين في اختيار بعضهما والرضا بالزواج

إذا كان المشرع الجزائري قد عمل جاهدا وفق تعديل 2005، على تجسيد احترام حرية الزوجين في اختيار بعضهما البعض، وتكريس مبدأ الرضا بذلك، بما يحقق المساواة بينهما تماشيا مع ما جاءت به الترسانة الدولية لحقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة خاصة؛ فإنه أبقى على بعض القيود التي تحول دون إطلاق العنان لإرادتهما تلك، محافظا على ما جاءت به شريعتنا الغراء. ولعل أهمها تقييد إرادة الزوجين في الزواج بغير المسلم (ة). كما لا يفوتنا أن ننوه إلى أن عدم إدراجنا للولاية كقيود على حرية المرأة، هو راجع إلى جعل الولي بعد تعديل 2005 مجردا من جميع الصلاحيات، التي كانت تجعل منه قييدا على الأقل على ابنته البكر في منعها من الزواج، إذا كان في ذلك المنع مصلحة لها.

لذا، فهل يعتبر هذا المنع اعتداءً على حرية الزوج في اختيار قرينه؟ أم أن فيه حماية للزوجين، الأسرة والمجتمع؟ وهل يعتبر السماح للرجل بالزواج بغير المسلمة (الكتابية)، وتحريم ذلك على المرأة إطلاقا، تمييزا بين الجنسين، وتقوية لمركز الزوج على حساب مركز الزوجة؟

بالنسبة للرجل، لم يتطرق ق.أ إلى ذلك، مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب م²22 من ق.أ التي تنص على ما يلي: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». وبالرجوع إلى هاته الأخيرة، نجد أنها تبيح للرجل الزواج بغير المسلمة، شرط أن تكون كتابية⁴، يهودية كانت أم نصرانية¹، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ

1 - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج. بتاريخ 27 فيفري 1970، ع.21. (المُعَدَّل والمُتَمَّم).

2 - تنص م²32 من ق.ح.م على ما يلي: «يجوز للأطراف المعنيين في حالة ما إذا كانوا غير ملزمين بالحضور شخصيا أن يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي ورسمي.».

3- التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط، ص.03.

4 - بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط.2 مزيعة ومنقحة، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص ص.99-100.

حِلَّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ...»². لكن، لا يعني هذا أن الإباحة على إطلاقها، فهي لا تكون إلا إذا دعت «المصلحة الراجحة»³ إلى ذلك. أما التي لا تدين بدين سماوي⁴ (المشركة)، فلا يحل له الزواج منها⁵، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ وَلَآئِمَةً مُّؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾⁶.

أما بالنسبة للمرأة، فقد نص المشرع الجزائري صراحة على عدم السماح للمسلمة بالزواج بغير المسلم مطلقا، كتابيا كان أم مشركا، بموجب م30 فقرة أخيرة من ق.أ التي جاء فيها: «يحرم من النساء مؤقتا...زواج المسلمة من غير المسلم». ومؤكدا على ذلك بموجب التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 المذكورة سابقا، التي تمنع الجزائرية المسلمة من الزواج بغير المسلم⁷. متفقا بذلك مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، كونها المصدر الأساسي لقانون الأسرة⁸، حيث جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾⁹، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾¹⁰.

إلا أن هذا المنع مؤقت من الجانبين، حيث يزول بزوال المانع¹¹، وذلك بالدخول في الإسلام نية، قولاً وفعلاً¹². غير أن الملاحظ في زيجات الجزائريات المسلمات مع من ادعوا اعتناق الإسلام، أن أغلبها

1 - عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 1997، ص.99.

2 - سورة المائدة: آية 05.

3- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، د.ر.ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، 1967، ص.117.

4 - من لا تدين بدين سماوي هي: التي لا تؤمن برسول، ولا كتاب إلهي، بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام، أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار، أو الصائبات اللاتي يعبدن الكواكب. ويلحق بهم من يعبدون مع الله آلهة أخرى ومن لا دين لهم كالملاحدة والشيعيات وأمثالهن. وكذا المرتدة عن الإسلام، لا تعتبر ذات دين حتى ولو انتقلت من الإسلام إلى دين كتابي. انظر، عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط.2، دار القلم، الكويت، 1990، ص.55. انظر أيضا، محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.100-101.

5 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سبق، ص.151.

6 - سورة البقرة: آية 221.

7- التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018، مرجع سابق، ص.02.

8 - بن عومر محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص.316.

9 - سورة البقرة: آية 221.

10- سورة الممتحنة: آية 10.

11 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص.32.

12 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.121-122.

مبنية على شهادات اعتناق إسلام صورية، تجعل من ذلك الزواج مهددا بالانهيار في أي لحظة، وهو ما لمسناه من خلال مشوارنا العملي بمكتب تنقل الأجانب على مدار أكثر من عشرة (10) سنوات.

وإذا كان المشرع الجزائري قد تطرق إلى هذا القيد بالنسبة للمرأة فقط (م30 ف أخيرة ق.أ)، تاركا أمر الرجل إلى ما تحيلنا إليه م222 ق.أ، فإن المشرع المغربي كان حريصا، دقيقا وواضحا في هذا الشأن، حيث نص في م39 من م.أ على ما يلي: «موانع الزواج المؤقتة هي: ...زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية...»، في حين خرجت الشقيقة تونس خروجاً فاضحاً على أحكام الشريعة الإسلامية، حينما قرر رئيس الحكومة بموجب مکتوبه المؤرخ في 08 سبتمبر 2017، السماح للمرأة التونسية بالزواج بغير المسلم، وذلك بإلغاء المنشور عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973، الصادر عن الوزير الأول، المتضمن تعليمات تقضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم إلا بعد تقديم ما يثبت اعتناق الإسلام، لتعارضه مع الفصلين 21 و 46 من الدستور¹، ومخالفته للاتفاقيات الدولية المصادق عليها. وكذا، إلغاء المنشور عدد 216 المؤرخ في 05 نوفمبر 1973، الصادر عن وزير العدل، المطبق للمنشور عدد 606، والمتضمن تحجير زواج التونسية المسلمة بغير المسلم²، مفضلاً بذلك الدّوس عن أحكام الشريعة الإسلامية على «التضحية برغبتها»³، ومتغافلاً بذلك على ما نص عليه الفصل 05 من م.أ.ش التي تفيد بوجوب خلو الزوجين من الموانع الشرعية.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري رغم تكريسه لحرية الزوج في اختيار قرينه وبنائه للزواج على ركن الرضا وحده، ورغم احترامه لحرمة حرية المعتقد ضمن نصوص دستوره (م51 منه)، ورغم انضمامه كذلك لعديد الاتفاقيات الدولية التي تُرسّخ ذلك، والتي تمارس عليه ضغوطاتها، حيث لاحظت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أنه على الرغم من تعديل ق.أ فإنه لا يزال يحظر

1 - حيث ينص الفصل 21 منه على ما يلي: «المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز...»، وينص الفصل 46 منه كذلك على ما يلي: «تلتزم الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتعمل على دعمها وتطويرها. تضمن الدولة تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات. تسعى الدولة إلى تحقيق التناصف في المجالس المنتخبة. تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة...». انظر: دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 10 فيفري 2014، ع. خاص، بموجب قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي بالإذن بنشره، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 04 فيفري 2014، السنة 157، ع.10.

2 - المنشور عدد 164 المؤرخ في 08 سبتمبر 2017، الجمهورية التونسية، وزارة العدل، المتضمن مکتوب رئيس الحكومة المؤرخ في 08 سبتمبر 2017، لإلغاء المنشور عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973، الصادر عن الوزير الأول، المتضمن تعليمات تقضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم، إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الأجنبي للدين الإسلامي، وكذا إلغاء المنشور عدد 216 المؤرخ في 05 نوفمبر 1973، الصادر عن وزير العدل، المطبق للمنشور عدد 606، المتضمن تحجير زواج التونسية المسلمة بغير المسلم.

3 - أحمد الرحموني: (هل زواج المسلمة من غير المسلم مسألة نصوص؟)، قضاء نيوز، الموقع الإخباري للمرصد التونسي لاستقلال القضاء، 16 سبتمبر 2017. انظر: <http://kadhanews.com/index.php/2016-04-11-11-33-53/2016-08-16-11-25->

12/item/11550-2017-09-16-07-08-36، تاريخ الولوج 2017/12/30، سا. 01:02.

زواج المسلمة من غير المسلم، لتوصي بالاعتراف بهذا الزواج «اعترافاً قانونياً كاملاً وبدون استثناء»¹؛ فإنه وفي هاته النقطة تحديداً أبقى على ارتباطه الوثيق بما جاء في الشريعة الإسلامية، حيث ساوى بين الزوجين في منعه لهما من الزواج بغير المسلم (المشرك)، دون أن يكون في ذلك اعتداء على إرادتهما في اختيار القرين والرضا به، حيث أن ذلك المنع منصوص عليه بنصوص قرآنية قطعية الدلالة على التحريم، وفي ذلك حماية للزوجين المسلمَيْن، للأولاد وللمجتمع الإسلامي ككل. لأن من مقاصد الزواج السكينة، الطمأنينة والراحة، والتي لن تتحقق مع تباين الزوجين في العقيدة تبايناً تاماً. كما أن المُشْرِكِينَ ليس لهم دين يعصمهم من الحرام، المعاصي والرذيلة، مما يجعل الزوجين المسلمَيْن في غير مأمن معهم في العرض، النفس، المال، الولد والدين². فكان تحريم ذلك من باب الخوف من انصهار ديانتهم في ديانة المشركين.

ومن جهة أخرى، فإن السماح للرجل بالزواج بغير المسلمة (الكتابية)، دون السماح بذلك للمرأة، لا ينطوي على أي تمييز بين الجنسين، أو اضطهاد للمرأة، مثلما تُروّج له الهيئات المعادية للإسلام والمطالبة بتحقيق المساواة التامة بين الزوجين. ذلك أن الزوج المسلم يفرض عليه الإسلام احترام جميع الرسل، مما لا يدع مجالاً للشك في احتمال إيذائه لزوجته الكتابية في دينها، أما غير المسلم فلا يعترف بالله ولا برسوله الكريم ﷺ، مما يجعل من وجود المسلمة في عصمته امتحاناً لها في دينها وإيذاءً لها في شعورها العقائدي، الأمر الذي يعدم السعادة والطمأنينة بينهما، إلا إذا هي انسلخت عن دينها³ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾⁴. كما أن للزوج تأثيراً على الزوجة وسلطاناً عليها، مما يخشى عليها أن تخضع له وتتعود على دينه وتتبع ملته، فضلاً عن تربية الأولاد على دين أبيهم. وعليه، فإذا كان هذا الأمر مناسباً عند زواج المسلم بغير المسلمة (الكتابية)، فلن يكون الحال عليه أبداً عند زواج المسلمة بغير المسلم، وهو ما يأباه الإسلام⁵ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁶.

وإذا كان الرضا أساس الدخول في العلاقة الزوجية؛ فإنه يحدث وأن يعلن عنه بناءً على موافقة الطرف الآخر على شروط معينة تكون داعمة له وضامنة أكثر لاستقرار واستمرار العلاقة الزوجية، وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني.

1 - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع، للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع، بشأن تنفيذ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، (د44)، جنيف 03-21 ماي 2010، ص.05. انظر، صفحة الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، E/C.12/DZA/CO/4، تاريخ الولوج: 2018/02/21، سا. 17:45.

2 - بدران أبو العنين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.116.

3 - الشيخ محمد الشماخ: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط.1، دار القلم، دمشق/الدار الشامية، بيروت/دار البشير، جدة، 1995، ص.64.

4 - سورة البقرة: آية 120.

5 - عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.94-95.

6 - سورة النساء: آية 141.

الفرع الثاني

الاشتراط للدخول في العلاقة الزوجية

منح ق.أ للزوجين آلية الاشتراط للدخول في العلاقة الزوجية، بما يخدم مصالح الأسرة، شريطة عدم التعارض مع أحكام هذا القانون. حيث أعطى لهما الحق في ذلك على قدم المساواة (أولاً). إلا أن تلك المساواة في الحق في الاشتراط لم تدم طويلاً، عندما خص القانون الزوج ببعض الجزاءات التي يتعرض لها جراء إخلاله بتلك الشروط، دون أن يرتب على الزوجة نفس الجزاءات إذا ما كان الإخلال من جانبها (ثانياً).

أولاً: حق الزوجين في الاشتراط

لما كان مبدأ سلطان الإرادة يجد مجاله خصباً في العقود عامة، وعقود الزواج خاصة، استناداً على "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليها في م106 من ق.م. ولما كان الزواج عقداً رضائياً، يتركز على ركن وحيد وهو الرضا؛ كان للزوجين أن يُضْمَنَّا عقد زواجهما بشروط إرادية¹، تساعد على تحقيق استقرار أكثر لعلاقتهم الزوجية. حيث أنه وفي حالة اعتماد تلك الشروط؛ فإنها ستكون داعمة للرضا ومحقة له، كون إرادة هذين الأخيرين لم تتجه نحو القبول، لو لم تتم الموافقة على تلك الشروط من قبل المشترط عليه².

والاشتراط في عقد الزواج³؛ هو إضافة أحد الزوجين أو كلاهما لشروط تحقق مصلحة الطرف المشترط أو الاثنين معاً. وهي شروط إرادية خارجية، تضاف إلى الالتزام الذي استكمل كافة عناصره، فتقيد أثره أو تلحقه بأمر زائد عن أصله، وقد تكون قبل أو أثناء أو بعد إبرام العقد⁴. لذا، فالاشتراط «يستهدف أساساً آثار العقد ليعملها بالزيادة أو النقصان»⁵.

1 - الشرط الإرادي: «هو الشرط الذي يترك أمر تحقيقه أو تخلفه لإرادة أحد المتعاقدين، أو هو الشرط الذي يتعلق بتنفيذ العقد فيه على أمر موكل بتحقيقه أو تخلفه إلى إرادة أحد المتعاقدين...». للتفصيل أكثر انظر، حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج.2، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، ط.1، دار وائل، عمان-الأردن، 2004، ص.175.

2 - أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2014-2015، ص.80.

3 - يختلف الاشتراط في عقد الزواج، عن الزواج المعلق على شرط، في كون الأول جائز شرعاً وقانوناً، لأن عقد الزواج فيه منعقد ومرتب لآثاره القانونية، كون الشرط زائد عن أصل العقد، وضعه أحد الطرفين أو كلاهما تحقيقاً لمصلحة معينة. أما الثاني، فهو باطل بطلاناً مطلقاً، لأنه يعلق انعقاد الزواج على وقوع ذلك الشرط، في حين أن عقد الزواج يشترط أن يكون منجزاً (باتاً)، أي غير مقيد بأجل، ولا معلقاً على شرط واقفاً كان أم فاسخاً. بمعنى أن تكون صيغته مطلقة غير مضافة إلى أجل في المستقبل، ولا معلقة على شرط محتمل أو غير محتمل تحقيقه، لتعارض ذلك مع حقيقة الزواج وطبيعته التي تشترط ترتيب آثاره في الحال. للتفصيل أكثر انظر، بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.250-253.

4 - بوراق فتيحة: الاشتراط في عقد الزواج -دراسة مقارنة- بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص.10.

5 - عمران عائشة: (الشروط الجعلية في عقد الزواج)، م.ح.ع.أ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017/12/15، مج.10، ع.4، ص.103.

ورغم أن الاشتراط جائز شرعا وقانونا، بحيث تحكمه إرادة الزوجين، لما يحققه من مصلحة للطرف المشترك؛ فإن تلك الإرادة لم يُطلق لها العنان دون قيد ولا شرط¹، حيث ضُبطت بضرورة وضع شروط متفقة مع «نظام الزواج ومقاصده الشرعية»². وفي هذا، اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط بين مضيق وموسع وما بينهما³. حيث منع الظاهرية⁴، كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته، واستدلوا على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول ﷺ قال: «ما بال رجل يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط...»⁵. بينما أجاز الحنابلة⁶، كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه، واستدلوا على ذلك بما روي عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول ﷺ قال: «...المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»⁷. وأما أكثر المالكية⁸، الحنفية⁹ والشافعية¹⁰، فقد ذهبوا إلى أن الشروط المعتمدة؛ هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد.

أما عن حكم تلك الشروط من حيث الصحة أو الفساد ومدى تأثيرها على العقد؛ فقد اتفق الفقهاء على صحة ووجوب الوفاء بالشروط التي تتفق مع مقتضى العقد، أو تؤكد، أو نص الشرع على جوازها، أو جرى العرف الصحيح على العمل بها "كالإنفاق على الزوجة والعشرة بالمعروف". كما اتفقوا أيضا، على فساد الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد، أو نص الشرع على فسادها "كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يعاشرها معاشرة الأزواج"¹¹. إلا أنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على العقود التي تضمنتها¹؛ فقال المالكية²،

- 1 - محمد سمارة: أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط.8، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2008، ص.131.
- 2 - بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.253.
- 3 - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.210.
- 4 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح والطلاق، ك. النكاح، مسألة 1857، ولا يصح نكاح على شرط أصلا، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.123.
- 5 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الشروط، ب. الشروط في الولاء، ح. رقم 2729، مرجع سابق، ص.669.
- 6 - نقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام النميري الحارثي (المشهور بابن تيمية): اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ج.8، من ك. العارية إلى نهاية ك. النكاح، ف.6، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح، ط.1، دار كنوز إشبيلية، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2009، ص.399.
- 7 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.3، أبواب الأحكام، ب. ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ح. رقم 1352، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص.27.
- 8 - السيد عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي: سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.1، ط.1، دار صادر، بيروت-لبنان، 1994، ص.296.
- 9 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.20، ك. الصلح، د.ر.ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1989، ص.137-138.
- 10 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب. ما يحرم من النكاح، مرجع سابق، ص.243-244.
- 11 - محمود علي السرتاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، مزيدة ومنقحة ومعدلة حسب القانون، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان-الأردن، 2010، ص.81.

ببطلان الشرط وفسخ النكاح قبل الدخول، وصحته بعده بمهر المثل مع فسخ الشرط، غير أن هناك شروطاً عندهم يفسخ بسببها العقد قبل الدخول وبعده، "كأن يُشترط الأجل في النكاح عُيْن أو لم يُعَيَّن، وكذا نكاح الشغار". أما الحنفية³، فقالوا ببطلان الشرط وصحة النكاح. في حين قرر الشافعية⁴، ببطلان الشرط والنكاح معاً. أما الحنابلة⁵، فعندهم إذا كان الشرط يحول دون بقاء النكاح "كتأقيته"، يبطل الشرط والنكاح معاً. أما إذا لم يَحُلْ دون ذلك، فيبطل الشرط ويصح النكاح، "كأن يقسم لها أقل من قسمة صاحبها، أو أن يشترط عليها أن تتفق عليه". كما اختلفوا أيضاً، في الشروط التي ليست من مقاصد العقد، ولا تتنافى مع مقتضاه، ولم يرد بشأنها نص أمر ولا ناهي، وفيها مصلحة للمشتترط "كأن تشترط عليه ألا يتزوج عليها"؛ فذهب المالكية⁶، إلى أنها شروط مكروهة، لا يفسخ بها النكاح لا قبل الدخول ولا بعده، ولا يلزم الوفاء بها وإنما يُستحب، إلا إذا كان في ذلك يمين بطلاق أو عتاق فتلزمه. أما الحنفية⁷، فالنكاح معها صحيح والشرط باطل. في حين ذهب الشافعية⁸، إلى أن النكاح صحيح والشرط فاسد. أما الحنابلة⁹، فهي عندهم شروط صحيحة يجب الوفاء بها، وإلا فللزوجة حق الفسخ.

واشترط عدم تنافي تلك الشروط مع أحكام ق.أ؛ هو ما اتجه إليه المشرع الجزائري بموجب م19 منه¹⁰ والتي جاء فيها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.»، حيث فتح باب الاشتراط واسعاً أمام إرادتيهما، شأنه في ذلك شأن المذهب الحنبلي، شريطة ألا

- 1 - عبد الرحمان حموش: (الشروط الاتفاقية بين الزوجين فقها وقانوناً)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4، ص.130.
- 2- السيد عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي: سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.1، مرجع سابق، ص.296-297.
- 3 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ب. نكاح الشغار، مرجع سابق، ص.105.
- 4- صلاح الدين خليل كيكليدي العلاني الشافعي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، ج.2، قاعدة الشرط إما أن يقتضيه العقد أو لا، د.ر.ط، المكتبة المكية، مكة المكرمة/دار عمار، الأردن، 2004، ص.374.
- 5- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. النكاح، ط.3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص.485-488.
- 6- القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.3، ط.1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص.296-297.
- 7 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.472.
- 8- صلاح الدين خليل كيكليدي العلاني الشافعي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، ج.2، قاعدة الشرط إما أن يقتضيه العقد أو لا، مرجع سابق، ص.373 وهامشها.
- 9 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، الأقضية والأحكام والبيوع، ف. في حكمه ﷺ في الشروط في النكاح، ط.3 جديدة منقحة ومزودة، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، 1998، ص.98.
- 10 - كريمة محروق: قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد -دراسة تحليلية مقارنة-، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019، ص.55-56.

تتصادم تلك الشروط مع مقتضى هذا القانون، مركزا من خلال ذلك على مثالين بارزين، تمثلا في شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، بعدما كانت م19 قبل التعديل تخلو من أي تمثيل¹. ومن ثمة، وباعتماد المشرع لجواز إدراج شرط عدم تعدد الزوجات؛ يكون قد سار نحو التضييق أكثر على الزوج في ممارسة حقه في التعدد، بغية تبني نظام الزوجة الواحدة لتحقيق المساواة بين الزوجين كما سنراه لاحقا. أما عن شرط عمل المرأة؛ فقد أراد به تجسيد المساواة بين الزوجين في مجال العمل، تطبيقا لما جاء في م67 من الدستور: «يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة...»، وكذا م68 منه: «تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل...»، كما أنه الشرط الذي أصبح مستحبا من كلا الزوجين في غالب الأحيان، بدلا من أن يكون اشتراط من أحدهما عن الآخر، كونه يعد ضمانا لكليهما في تحسين مستوى معيشتهم خاصة في الوقت الحالي². إلا أن الإشكال الذي يثار هنا، يتعلق بمدى أهلية الموثق أو ضابط. ح.م لتمحيص الشروط المتفقة مع ق.أ وكذا مع أحكام الشريعة الإسلامية من المتعارضة معهما، مما يتطلب تكوين خاص بهم حول هذا الأمر³.

وعليه، يتضح لنا جليا من خلال م19 السالفة الذكر؛ بأن المشرع الجزائري قد منح للزوجين نفس الحق في الاشتراط على قدم المساواة، حيث لم يجعله مقصورا على أحدهما دون الآخر⁴، تحقيقا منه لمبدأ المساواة بين المركز القانوني لهما. وفي هذا تأكيدا منه على احترام إرادة الزوجين، في إدراج الشروط التي يريانهما كفيلة بضمان استقرار أكثر لعلاقتهم، ودعما لمبدأ الرضا الذي جمع بينهما في تلك العلاقة. وما هذا إلا انصياعا منه إلى ما أملت عليه بنود اتفاقية سيداو، التي وإن لم تسهب في هذا العنصر، إلا أنها أشارت إليه في إحدى توصيات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، من خلال ما عبرت عنه "بالعقود" أو "الاتفاقات المبرمة قبل الزواج وبعده"، ولو أنها ركزت أكثر على الجانب المالي من تلك الاتفاقات⁵. كما أننا نستشف ذلك أيضا، من خلال م16 ف1 (أ) من اتفاقية سيداو السالفة الذكر، وكذا البند (ج)، التي نصت بمقتضاه على ما يلي: «نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه».

1- كانت تنص م19 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون.».

2- لحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الأسرة نصا وشرحا، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، د.س.ن، ص.ص.35-36.

3 - سليمان ولد خصال: (قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2004/07/09، مج.5، ع.9، ص.35.

4 - رباحي أحمد: (ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي)، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ع.7، ص.34.

5- توصية عامة بشأن م16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الآثار الاقتصادية المترتبة عن الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية، العقود: الاتفاقات المبرمة قبل الزواج وبعده، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د.29)، 2013/10/30، ص.09. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/GC/29، تاريخ الولوج 2018/02/21، سا. 18:00.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين، في أحقيتهما في اشتراط ما يراه كل منهما مناسبا لدعم مركزه، وضامنا لحقوقه؛ فقد ميز بينهما في الجزاء المترتب على الإخلال بتلك الشروط، والذي خص به الزوج دون الزوجة، وهو ما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط

انطلاقا من قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾¹، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾². ولما روي عن عقبة ابن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿إِنْ أَحَقَّ الشَّرْطُ أَنْ يُوَفَّى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ﴾³. وكذا م 107 ف 1 من ق.م: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه...»؛ يتضح لنا بأن هاته الشروط إنما تكتسي طابعا إلزاميا، بحيث يجب الوفاء بها، إذا ما وافقت مقتضى العقد وأحكام ق.أ، ذلك أنه في الحالة العكسية (في حالة تنافي الشرط مع مقتضى عقد الزواج)؛ رتب المشرع الجزائري جزاءين حملتهما طيات المادتين 32 و 35 من ق.أ، حيث نصت الأولى على ما يلي: «يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.»، بينما نصت الثانية على أنه: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.».

ومن ثمة، فإن المشرع الجزائري قد خصَّ الشرط المنافي لمقتضى العقد بجزاءين متعارضين، حيث قضى الأول ببطلان العقد برمته (م 32)، أما الثاني فببطلان الشرط وصحة العقد (م 35). وقد رأى البعض⁴، بتغليب م 35 من حيث التطبيق على م 32، لكونها جاءت مستقلة، متضمنة لحكم خاص، ولاحقة على هاته الأخيرة، بينما رأى البعض الآخر⁵، بأن المشرع قد قصد من وراء ترتيب حكمين لنفس المسألة، فتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي، لكي يطبق كل منهما على حسب الحالة المعروضة عليه. حيث يطبق م 32، على الشرط المنافي لمقتضى العقد والمنهي عنه شرعا كتأقيت الزواج، بينما يطبق م 35، على الشرط المنافي لمقتضى العقد والذي لم يرد بشأنه نهى.

هذا، فضلا عن تعارض م 32 مع م 33 ق.أ، حيث تقضي م 33 ببطلان الزواج فقط عند اختلال ركن الرضا المنصوص عليه في م 09، أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة المنصوص عليها في م 09 مكرر، فمصير العقد الفسخ قبل الدخول دون صداق، والثبوت بعده بصداق المثل؛ بينما تقضي م 32 ببطلان العقد في حالة اشتماله على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد، رغم ترتيب المشرع للموانع ضمن شروط

1 - سورة الإسراء: آية 34.

2 - سورة المائدة: الآية الأولى.

3 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. النكاح، ب. الوفاء بالشروط في النكاح، ح. رقم 1418، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2006، ص ص. 640-641.

4 - عبد الفتاح تقيّة: (الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم 84-11 تشريع الأسرة الجزائري)، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2003، ع.2، ص.96.

5 - عمران عائشة: (الشروط الجعلية في عقد الزواج)، مرجع سابق، ص.110.

صحة العقد وليست كركن. لذا، كان على المشرع أولاً أن يستبدل مصطلح البطلان بالفسخ في م32 حتى يكون في محله، ثم يوضح بأن فسخ العقد برمته إنما هو جزء على اشتغال الزواج، إما على إحدى الموانع المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30، وإما على شرط يتنافى ومقتضى العقد منهي عنه شرعاً كشرط توقيت الزواج وغيرها¹، حيث «لا سلطان لإرادة المتعاقدين فيها، لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام»²، كي تصبح م32 خاصة بالجزاء المترتب على الشرط المنافي لمقتضى العقد والمنهي عنه شرعاً كالتأقيت (فسخ الزواج)، في حين تختص م35 بالجزاء المترتب على الشرط المنافي والذي لم يرد بشأنه نهى (بطلان الشرط وصحة الزواج)، وإما أن يجرد م32 من عبارة «شرط يتنافى مع مقتضى العقد»، لتكون مادة خاصة بالجزاء المترتب على الزواج المشتمل على مانع، ويُبقي فقط على م35 كمادة وحيدة ومستقلة خاصة بالجزاء المترتب على الشرط المنافي لمقتضى العقد.

وإذا كان ما قيل يتعلق بالزامية الوفاء بالشرط في الظروف العادية؛ فإنه يحدث وأن يلتزم أحد الزوجين بشروط معينة، ثم مع طول الزمن قد تحدث أمور استثنائية طارئة، لم تكن في الحسبان، ولا يمكن دفعها. حيث تجعل من تنفيذ ذلك الالتزام بالأمر المستحيل، وهو ما يدخل ضمن نظرية القوة القاهرة، أو بالأمر العسير، وهو ما يدخل ضمن نظرية الظروف الطارئة، مما يتوجب على هذا الأخير اللجوء إلى القضاء لإلغاء تلك الشروط أو تعديلها بما يتلاءم مع قدرته³، وهو ما نصت عليه م107 ف3 من ق.م: «...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً...جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...». حيث أنه رغم الحث والتأكيد على ضرورة الوفاء بالشرط؛ إلا أنه ليس بتحميل الفرد ما لا طاقة له به، لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁴، وكذا: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾⁵، لذا نهى مالك عن الزواج بالشروط، تحسباً لهذا الأمر⁶.

إلا أنه ورغم ذلك، فالمشرع الجزائري لم يتطرق في ق.أ إلى هذا الأمر الاستثنائي، خلافاً لنظيره المغربي الذي لم تغب عنه هاته الجزئية، حيث نص عليها في م48 من م.أ: «...إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقاً، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاء منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه.» (والمعلقة بشرط الزوجة عدم

1 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص ص132-133.

2 - نشوة العلواني: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2003، ص.40.

3 - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د.ر.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن، ص.644.

4 - سورة البقرة: آية 282.

5 - سورة الطلاق: آية 07.

6 - القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.3، مرجع سابق، ص.296.

التزوج عليها). إلا أن ما يعاب عليه، أنه استثنى من هذا الترخيص، شرط عدم تعدد الزوجات، حيث منع الزوج الموافق عليه، من الاستفادة من التحلل منه، تحت ذريعة تغير الظروف إلى ما يفوق طاقته أو يعدمها، مغلبا مصلحة الزوجة التي قد لا تكون جدية على مصلحة الزوج التي قد تكون جدية وحرية¹.

ومنه، يتضح لنا بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حيث ألزم الطرف الملتزم بالوفاء بالشرط تحت أي ظرف كان، إلا في حالة تنازل الطرف الآخر عنه. وقد رتب جزاءً على الإخلال بالشرط، كان في صالح الزوجة دون الزوج، وذلك بتمكينها من طلب التطلق بموجب م53 ف9 من ق.أ. كما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج...». وكذا، الحق في التعويض بموجب م53 مكرر من ق.أ: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

ومن ثمة، فإن المشرع الجزائري ورغم مساواته بين الزوجين في الحق في الاشتراط بموجب م19 كما سبق بيانه؛ فإنه في الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط قد اعترف فقط للزوجة بالحق في التطلق والتعويض عند الضرر، أما الزوج فليس له «إلا أن يرضى بالمخالفة من زوجته أو يطلق»². في حين أن هناك حالات يكون فيها الزوج هو المشتري والزوجة هي المشتري عليها، وأن إخلالها بالتزامها قد يسبب لهذا الأخير استحالة مواصلة الحياة الزوجية وكذا الضرر، مما لا يدع للزوج مجالا سوى استعمال حقه في الطلاق بموجب م48 ق.أ، معتبرا إياه يملك حل عقدة النكاح متى شاء³، متغافلا بذلك على كون الزوجة هي الأخرى أصبحت تملك الحق الأصلي في فك الزواج عن طريق الخلع. لذا، كان عليه أن يساوي بين الزوجين في هذا الخصوص، وأن يضمن للزوج أيضا حقه في طلب التطلق والتعويض في حال إخلال الزوجة بالشرط الذي سبق لها وأن التزمت به، حتى لا يجد الزوج نفسه في دائرة المطلق المتعسف والمتحمل لوزر التعويض (م52 ق.أ)، فيتحول بذلك من الواقع عليه الضرر إلى المتعسف في حق الغير (الزوجة).

وعليه، ومن خلال ما سبق؛ نتوصل إلى أن المشرع الجزائري لم يساو مطلقا بين المركز القانوني للزوجين، فيما يخص الجزاء المترتب عن الإخلال بالشروط التي اتفقا عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حيث غلب مركز الزوجة على حساب مركز الزوج بالرغم من مساواته بينهما في حق الاشتراط.

ورغم تأسيس المشرع عقد الزواج على الرضا كرنا واحدا، جاعلا من إرادة الزوجين معا فيه المُعتبر الوحيد؛ فإن ذلك العقد لا يخلو أيضا من شروط حافة به تنظمه وتضبطه موضوعية كانت أم شكلية، حاول

1 - الحسين الموس: مدونة الأسرة في ظل تقييد المباح (الأهلية، التعدد، الطلاق)، ط.1، النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2015، ص ص.103-104.

2 - محمد حيدرة: (الشروط التقييدية المقترنة بعقد الزواج ودورها في إحداث التوازن العقدي)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2015/06/01، مج.16، ع.27، ص.121.

3 - رباحي أحمد: (ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص.34.

المشرع جاهدا من خلالها إرساء المساواة بين الزوجين، متكبدا لأجل ذلك جريرة خروجه في بعض الأحيان عن جمهور الفقهاء، نراها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الشروط الناظمة للدخول في العلاقة الزوجية

تضاربت آراء فقهاء المذاهب الأربعة، فيما يعد ركنا وفيما يعد شرطا، بل وقد نجد ذلك التضارب حاصل داخل المذهب الواحد، خاصة المذهب المالكي كما أشرنا سابقا¹، وقد أدى ذلك التضارب حتما إلى تضارب قوانين الدول العربية عامة، و ق.أ الجزائر خاصة في هذا الشأن. لذا، فقد ارتأينا إتباع التقسيم والتصنيف الذي اعتمده المشرع الجزائري في قانونه الأسري، والذي جعل من الرضا الركن الموضوعي الوحيد بنصه عليه في م 09 ق.أ، أما الشروط فقد نص عليها بموجب م 09 مكرر ق.أ. ومما يدعم هذا التصنيف كذلك، هو ترتيبه للبطلان² على تخلف الركن (م 33 ف 1 ق.أ)، وللفسخ قبل الدخول دون صدق على تخلف الشرط (م 33 ف 2 ق.أ)، والفسخ قبل الدخول وبعده عند وجود موانع الزواج (م 34 ق.أ). كما أن الشروط ليست على نفس المستوى من القوة، من حيث تأثيرها على صحة العقد، فمنها ما يؤدي تخلفها إلى الفسخ قبل الدخول أو قبله وبعده، وهي ما يمكن أن نطلق عليها بالشروط الموضوعية (أولا)، ومنها ما لا يؤدي تخلفها لا إلى البطلان، ولا إلى الفسخ، ولا وجود لها فقها، رغم وجوبها من الناحية القانونية، استدعت ضرورات العصر استحداثها، وهي ما يمكن أن نطلق عليها بالشروط الإدارية أو الشكلية (ثانيا).

الفرع الأول

الشروط الموضوعية للدخول في العلاقة الزوجية

نص المشرع الجزائري بموجب م 09 مكرر من ق.أ على ما يلي: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج، -الصداق، -الولي، -شاهدان، -انعدام الموانع الشرعية للزواج.»، وذلك بعد أن كان يجعل منها أركاناً لعقد الزواج، باستثناء الموانع التي كان ينص عليها في الفصل الثاني (موانع الزواج).

1 - راجع، هامش ص ص 17-18 من هاته الدراسة.

2 - الزواج الباطل: هو ما لا يمكن إصلاحه، وهو كل ما أجمع العلماء على عدم صحته لعله في عقده، وذلك لاختلال ركن من أركان العقد، أو شرط من شروطه (أي شروط الركن)، مثل التزوج بمحرم، أو التزوج بالخامسة. وبعبارة أخرى، فإن البطلان يلزم عقدا ولد ميتا، ولم يكن صحيحا في أي وقت بعد ولادته، بأن فقد ركنا من أركانه، أو اختل فيه أكثر من شرط من شروط الصحة، أو إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج.

- الزواج الفاسد: هو ما يمكن إصلاحه، وهو كل ما اختلف العلماء في صحته، مثل تصديق الزوج زوجته خمرًا. وبعبارة أخرى، فإن الفساد يرد على عقد ولو كان صحيحا، واختل فيه شرطا واحدا من شروط الصحة.

يراجع فيما تقدم، عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب المقارنة، ك. 1، الزواج، ط. 2، مزيدة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014، ص. 254. انظر أيضا، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 295.

كما رتب على تخلفها الفسخ دون صداق إذا لم يحصل دخول (م33 ف2)، مما يدل على أنها شروط¹ صحة²، رغم إدراجها تحت عنوان "أركان الزواج"، إلى جانب الرضا الذي نص عليه بموجب م09، والذي رتب على تخلفه البطلان (م33 ف1)، مما يدل على أنه شرط انعقاد والركن الوحيد في الزواج كما سبق ذكره. لذا، كان على المشرع أن يجعلهم تحت عنوان شروط الزواج، ويقسمهم إلى شروط انعقاد وشروط صحة.

ولكي نقف على المركز القانوني للزوجين من حيث المساواة أو عدمها، سنركز بالدراسة على شرطي الأهلية (أولا)، والولاية (ثانياً)، كونهما شرطين متلازمين، حيث تظهر الولاية كلما نقصت الأهلية أو انعدمت. كما أنهما الشرطان اللذان يعكسان المركز القانوني لهما جلياً، واللذان مسهما تعديل 2005 بصفة مباشرة وقوية، كما لا يفوتنا أن نحيلكم إلى مانع الدين الذي سبق وأن تطرقنا له آنفاً³، كونه أحد الموانع الشرعية التي تعكس المركز القانوني للزوجين.

أولاً: الأهلية في عقد الزواج

لما كان الزواج تكليفاً شرعياً، كان لابد فيه من تمتع المقبل عليه بالأهلية⁴ الكاملة. وإذا كانت القوانين الوضعية قد ربطت كمال الأهلية بالتمتع بالقوة العقلية وبلوغ سن معينة؛ فإن الفقه الإسلامي قد ربط

1 - الشرط لغة: «اللزائم الشيء»، والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة ج: شروط، وفي المثل: «الشرط أملك، عليك أم لك...». انظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ب. الطاء، ف. الشين، الشرط، ط.8، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2005، ص.673.

- الشرط اصطلاحاً: «هو ما يتوقف عليه الشيء ولا يكون جزءاً من حقيقته...». انظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006، ص.137.

2 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.303.

3 - راجع، ص ص 24-27 من هاتاه الدراسة.

4 - الأهلية لغة: «...وهو أهل لكذا: أي (مستوجب) له، ومستحق... (وأهله لذلك تأهلاً وأهله) بالمد: (رأه له أهلاً) ومستحقاً، أو جعله أهلاً لذلك...». انظر، السيد محمد مرتضي الحسيني الزبيري: تاج العروس من جواهر القاموس، ج.28، تابع ب. اللام، (أهل)، د.ر.ط، التراث العربي، سلسلة تصدرها وزارة الإعلام في الكويت، 1993، ص.42.

- الأهلية اصطلاحاً: «هي صلاحية الشخص لصدور العمل الشرعي والقانوني منه على وجه يعتد به شرعاً وقانوناً». انظر، بلقاسم شتوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط.1، دار النشر مطبعة المنار، سطيف، 2011، ص.33.

- تنقسم الأهلية إلى قسمين:

1/ أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ومناطها "الحياة"، حيث تثبت منذ الميلاد وأحياناً قبل ذلك (في حالة الجنين) إلى غاية الوفاة، وأحياناً بعد ذلك (في حالة تصفية التركة وسداد الديون). وهي بدورها قسمان ناقصة: وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له فقط، وتثبت للجنين. وكاملة: وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له وعليه، وتثبت منذ الولادة إلى غاية الوفاة.

2/ أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال وأقوال يعتد بها شرعاً وقانوناً، أو صلاحيته لاستعمال الحق، ومناطها "التمييز والعقل". وهي الأخرى بدورها قسمان ناقصة: وهي صلاحيته لصدور بعض الأفعال دون الأخرى، أو لصدور أفعال تتوقف على إجازة وليه، وتثبت منذ التمييز إلى غاية البلوغ. وكاملة: وهي صلاحيته لصدور الأفعال دون توقفها على إجازة غيره، وتثبت منذ البلوغ=

كمالها بالتمتع بالقوة العقلية وبالبلوغ الطبيعي، وذلك بظهور إحدى الأمارات التي تتحقق في الفتى والفتاة¹، والتي جمعها ابن عاشر في قوله: «وَكُلُّ تَكْلِيفٍ بِشَرَطِ الْعَقْلِ مَعَ الْبُلُوغِ بِدَمٍ أَوْ حَمَلٍ أَوْ بِمَنِيٍّ أَوْ بِإِنْبَاتِ الشَّعْرِ أَوْ بِثَمَانٍ عَشْرَةٍ حَوْلًا ظَهَرَ»². حيث يشترك الذكر والأنثى في ثلاث منها وهي: الاحتلام، إنبات شعر العانة والسن (رغم الاختلاف فيها)، وتختص الأنثى في اثنتين منها وهي: الحيض والحمل³. هذا، فضلا عن التمتع بالقوة العقلية، استنادا إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ. وعن الصغير حتى يكبر. وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»⁴. وبالرجوع إلى السن، فقد اختلف الفقهاء في تحديدها، حيث قدرها الشافعية⁵، بخمس عشرة (15) سنة للذكر والأنثى. شأنهم شأن الحنابلة⁶. بينما قدرها الحنفية⁷، بثمانية عشرة (18) سنة للذكر، وسبع عشرة (17) سنة للأنثى. في حين قدرها المالكية⁸، بثمانية عشرة (18) سنة للجنسين.

أما عن ق.أ فهو الآخر اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة⁹، لأن تحقيق المتعة ليست وحدها الهدف منه، بل لابد فيه من إدراك لتبعاته، وتحمل لمسؤولياته المادية والمعنوية، مما يقتضي تمتع الزوجين بالسلامة العقلية، والبلوغ الطبيعي، إضافة إلى السن المحددة قانونا. وهو ما دفع بالمشروع إلى تقدير كمال الأهلية ببلوغ سن محددة بموجب القانون¹⁰. حيث كان قبل التعديل يميز بين الرجل والمرأة في تحديدها، بوجوب بلوغ الرجل إحدى وعشرين (21) سنة، والمرأة ثمانية عشر (18) سنة، ليتدارك

= إلى غاية الوفاة. انظر، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 266، 268. انظر أيضا، عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب المقارنة، ك.1، الزواج، مرجع سابق، ص 89-90.

1 - المرجع نفسه، ص 91-92.

2 - أبو محمد عبد الواحد ابن عاشر: متن ابن عاشر المسمى المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، د.ر.ط، مكتبة القاهرة، مصر، د.س.ن، ص.03.

3 - أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي: شرح منظومة ابن عاشر في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن، ص.11.

4 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج.1، ك. الطلاق، ب. طلاق المعتوه والصغير والنائم، ح. رقم 2041، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن، ص.658.

5 - محمد بن محمد بن محمد الغزالي: الوسيط في المذهب، مج.4، ك. الحجر، ط.1، دار السلام، القاهرة، 1997، ص.39.

6 - أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي: المبدع شرح المقنع، ج.4، ك. الحجر، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص.304.

7 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.10، ك. الحجر والحبس، ف. في بيان ما يرفع به الحجر، مرجع سابق، ص.94.

8 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، ب. في بيان أسباب الحجر، مرجع سابق، ص.293.

9 - بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2012، ص.158.

10 - تشوار جيلالي: (سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري)، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1999، ع.4، ص.75.

الأمر بموجب تعديل 2005، وذلك بتوحيده لسن الزواج بين الجنسين وتحديدتها بتسعة عشر (19) سنة لكليهما، بموجب م 07 ف 1 من ق.أ التي جاء فيها: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...». وذلك حتى يبدي الطرفين موافقتهما على الزواج عن دراية¹، وكذا تماشياً مع سن الرشد المدني، والمحدد أيضاً بتسع عشرة (19) سنة في م 40 ف 2 من ق.م².

وبهذا التوحيد يكون المشرع قد وقى بما تقدمت به الحكومة الجزائرية، بموجب التقرير الثاني الموجه إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، حيث كان التفاوت بين الرجل والمرأة في سن الزواج محل استفسار أحد الخبراء الذين نظروا التقرير، ليكون رد أحد ممثلي الجزائر بأن تنقيح ق.أ سيكون من بين تطلعاته توحيد السن بتسعة عشر (19) سنة لكلا الجنسين³. ذلك أن هذا التفاوت في نظرهم ينطوي على افتراض خاطئ مؤداه أن معدل النمو الفكري لدى المرأة يختلف عنه لدى الرجل لذا لا بد من إلغائه⁴، تحقيقاً للمساواة، والمواءمة مع م 15 ف 2 من اتفاقية سيداو التي جاء فيها: «تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، ونفس فرص ممارسة تلك الأهلية...»، وكذا م 02 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج التي نصت على ما يلي: «تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج. ولا ينعقد قانوننا زواج من هم دون هذه السن. ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.».

وما يلاحظ على المشرع في تقديره لكمال الأهلية، هو تركيزه على بلوغ سن معينة، دون أن يولي أهمية للقوة العقلية حيث لم يوردها ضمن م 07، على العكس من نظيره المغربي الذي كان حريصاً على ذلك حيث نص في م 19 من م.أ على أنه: «تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية...». حيث ورغم اشتراط المشرع الجزائري للفحص الطبي (م 07 مكرر)، الذي قد يكشف عن القوة العقلية، إلا أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون شرطاً شكلياً كما سنراه لاحقاً. لذا، كان عليه أن يشير إلى السلامة العقلية ضمن م 07 المتعلقة بالأهلية. كما لم يتطرق المشرع إلى زواج المصاب بعاهة عقلية، على خلاف نظيره المغربي الذي أجاز تزويجه وفق شروط معينة نصت عليها م 23 من م.أ.

وإذا كان الأصل في كمال الأهلية، هو بلوغ الزوجين 19 سنة، فإن هناك استثناء يرد على هذا الأصل، يتمثل في الحكم الوارد في م 07 ف 1 من ق.أ التي جاء فيها: «...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل

1 - التقرير الدوري الجامع للتقريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص 18. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#).

2 - لحسين شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 34.

3 - محضر موجز للجلسة 668، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، (د32)، نيويورك، الثلاثاء 11 جانفي 2005، ص ص 09-10. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.668](#)، تاريخ الولوج 2018/02/23، سا. 21:30.

4 - التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، ص 244. انظر، [HRI/GEN/1/REV.7](#).

ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج.»، حيث ساوى أيضا بين الطرفين في إمكانية حصولهما على الإذن بالزواج، دون أن يجعله حكرا على أحدهما دون الآخر. إلا أن الخطأ الذي وقع فيه المشرع مجددا رغم تعديله لقانون الأسرة؛ هو عدم تحديده للسن الدنيا التي يستطيع القاضي النزول عندها والسماح بالزواج، تاركا له المجال واسعا أمام سلطته التقديرية، مما يطرح مشكلة زواج الصغار¹، لأن عدم التحديد هذا يحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تسمح بزواج الصغار بإجماع الفقهاء² ودليلهم الآية: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾³، والتي لم تحض هي الصغيرة التي لم يأت عليها زمان الحيض، وهذا دليل على جواز تزويجها، ذلك أنه لا عدة لغير المدخول بها⁴، وكذا من السنة عن عائشة رضي الله عنها قالت: «تزوجني رسول الله لست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين»⁵. حيث لم يخالفهم في هذا إلا ابن شبرمة الذي قال: «لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة إلا حتى تبلغ وتأذن»⁶، استنادا إلى قوله تعالى: ﴿وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁷، متفقا رأيه مع ف2 من م16 من اتفاقية سيداو التي نصت على أنه: «لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريع، لتحديد سن أدنى للزواج...».

بالإضافة إلى ذلك، لم يبين المشرع الآلية التي يعتمد عليها القاضي، للتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، هل يتم ذلك باللجوء إلى الخبرة الطبية، أم البحث الاجتماعي؟ ذلك أنه إذا ترك الأمر إلى تقدير القاضي وحده، من خلال حضور الطرفين ومعاينتهما، فلا بد إذن من تأهيل طبي للقضاة في هذا الشأن، حتى لا يتوقف إذن القاضي على قناعته الشخصية التي تختلف من قاضٍ إلى آخر. لذا، كان على المشرع أن يحدد سنا معينة لا يجوز للقاضي النزول دونها مهما كان الطرف، ولتكن خمسة عشر (15) سنة لكلا الطرفين، استنادا إلى ما روي عن نافع عن ابن عمر قال: «أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع

1 - تشوار جيلالي: (الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ع.10، ص.106.

2 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، ط.2، مكتبة الفرقان/مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، 1990، ص.103.

3 - سورة الطلاق: آية 04.

4 - أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي القرشي البغدادي: زاد الميسر في علم التفسير، سورة الطلاق، مرجع سابق، ص.ص. 1444، 1446.

5 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. النكاح، ب. تزويج الأب البكر الصغيرة، ح. رقم 1422، مرجع سابق، ص.642.

6 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح، الطلاق، ك. النكاح، مسألة 1826 "للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر"، مرجع سابق، ص.38.

7 - سورة النساء: آية 06.

عشرة سنة فلم يُجرَّه، وعرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازته¹. وكان عليه أيضا أن يحدد الآليات التي يستند عليها في منح الإذن، وكل ذلك حماية للصغير من الجنسين.

ويتحدد المشرع لسن الزواج كأصل، وجواز النزول عنه كاستثناء بموجب الإذن القضائي، يكون قد ضمن إلى حد ما حماية الصغار من خطر الزواج المبكر، الذي قد ينعلم فيه الوعي التام بمسؤولياته، مما يؤثر على الرضا كركن أساسي فيه، لانعدام أو نقص ملكتي التمييز والإدراك. ولتحقيق ذلك لابد من توقيع الجزاء على من يخل بهذا الأمر، ذلك أن القاعدة القانونية تتضمن أمرا ينطوي على إلزام تقتضي مخالفته توقيع جزاء معين، وإلا لكانت تلك القاعدة مجرد نصيحة². وهو الأمر الذي غييه المشرع تماما في هذا الشأن، حيث لم يرتب أي جزاء على الزواج مع مخالفة السن وعدم الحصول على الإذن القضائي.

ولما كان الزواج فقها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، التي تجعل من تصرف الصغير المميز الذي لم تكتمل أهليته بعد، صحيحة موقوفة النفاذ على إجازة وليه أو وصيه³؛ فإن ق.أ هو الآخر يتجه نحو هذا المنحى، حيث نصت م83 منه على أن: «من بلغ سن التمييز⁴ ولم يبلغ سن الرشد... تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر...». كما نصت م11 ف2 منه أيضا على أنه: «يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقربين والقاضي ولي من لا ولي له». إلا أنه، لا يمكن تطبيق هاته الإجازة في حالة زواج القاصر دون إذن القاضي، ذلك أن إجازة الولي لا تكفي وحدها، لتعليق المشرع لانعقاد هذا الزواج على إذن القاضي. وعليه، يكون عقد غير صحيح لأنه موقوف الانعقاد (إذن القاضي السابق لإبرام العقد)، وليس موقوف النفاذ (إجازة الولي أو الوصي)⁵. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فلا يمكن القول بصحة الرضا في غياب السن القانونية، التي تعبر عن كمال الأهلية قانونا، حيث يقع الزواج باطلا عند اختلال الرضا وفق م33 ق.أ، كما لم تتضمن م33 ف2 الأهلية كأحد شروط الصحة، التي بغياؤها أو نقصها تلحقها الإجازة إذا تم الدخول⁶. لكن، ورغم ذلك ومع وجود م22 من ق.أ التي تسمح بتنشيت الزواج العرفي⁷، الذي يتم دون

1 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. المغازي، ب. غزوة الخندق وهي الأحزاب، ح. رقم 4097، مرجع سابق، ص.1007.

2 - سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، د.ر.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص.ص.59-60.

3 - بدران أبو العنين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، القسم 2، نظرية الملكية والعقود، ب.3، نظرية العقد، د.ر.ط، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن، ص.ص.433-434.

4 - سن التمييز هو 13 سنة حسب م42 ف2 من ق.م.

5 - تشوار جيلالي: (الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟)، مرجع سابق، ص.111.

6 - تشوار جيلالي: (سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص.89.

7 - نقصد بالزواج العرفي كل زواج توفرت فيه جميع أركانه وشروطه الشرعية، ماعدا التوثيق لدى الجهات المكلفة بتسجيله. للتفصيل أكثر حول موضوع الزواج العرفي راجع، كريمة محروق: عقد الزواج غير الموثق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ط.1، الناشر بي.آ للطباعة، قسنطينة-الجزائر، التوزيع الخارجي عالم الكتب الحديث، الأردن، 2016.

مراعاة السن والإذن القضائي في حالة النزول عليه؛ يتضح لنا بأن ق.أ. يتسم بالمرونة، ويميل إلى المحافظة على الأسرة واستقرارها خاصة بعد الدخول. رغم ما يترتب عليه ذلك من عدم احترام المخاطبين به، لافتقاره للجزاء المدني منه والجزائي. كما أن عدم ترتيب المشرع للفسخ على تخلف شرط الأهلية، مبناه عدم ترتيب الفسخ على شرط لم يقل به الفقه، ولم يدرجه ضمن الشروط الشرعية للزواج، رغم وجوبه من الناحية القانونية¹.

وتأسيسا على ما سبق، فإذا تم زواج القاصر وفق م 07 ف 1 ق.أ، فإن المشرع يكسبه أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج فقط من حقوق والتزامات (م 07 ف 2). لأن ترشيده للزواج، يرشده أيضا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى وليه أو وصيه فيما تعلق فقط بتلك الحقوق والالتزامات المترتبة على الزواج². وهنا، ساوى المشرع بين الزوجين في تأهيلهما للتقاضي دون أن يميز بينهما من حيث الجنس. إلا أنه في حالة الطلاق، فإن الطلب يقدم باسم القاصر من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، كما جاء في م 437³ من ق.إ.م.إ⁴، ذلك لأن الطلاق تصرف مستقل عن آثار الزواج⁵.

وعليه، ومن خلال ما سبق، يتضح لنا مساواة المشرع الجزائري بين المركز القانوني للزوجين في أهلية الزواج، حيث حددها للجنسين بتسعة عشر (19) سنة، كما ساوى بينهما فيما تعلق بالإذن القضائي للسماح بالزواج دون ذلك السن، وساوى بينهما أيضا في تأهيلهما للتقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. وبدا جليا تأثير اتفاقية سيداو على المشرع في هذا الشأن، رغم الثغرات التي تخللت م 07 من ق.أ، والمتعلقة بعدم تحديد السن التي يُسمح معها للقاضي بالنزول عندها، وكذا عدم تحديده للجزاء على عدم احترامها. حيث ورغم جنوحه إلى ضمان استقرار الزواج الذي تم فيه خرق م 07؛ إلا أنه كان عليه أن يرتب جزاءً يتمثل في فرض غرامة مالية على المخالف تضمن الالتزام بها.

وبعد نجاح المشرع في توحيد سن الزواج بين الجنسين؛ كانت أمامه عقبة كبيرة لا بد عليه من تذليلها للوصول إلى المساواة إلى حد كبير بين المركز القانوني للزوجين من خلالها، تمثلت في الولاية في عقد الزواج، التي كانت تزعج وتقلق كثيرا لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والتي ستكون محل دراستنا في النقطة الثانية.

-
- 1 - أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، مرجع سابق، ص. 99-100.
 - 2 - لحسين شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص. 35. انظر أيضا، حمليل صالح: (قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ماي 2005، ع. 6، ص. 234، 238-239.
 - 3 - تنص م 437 من ق.إ.م.إ على ما يلي: «عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة.».
 - 4 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. بتاريخ 23 أبريل 2008، ع. 21.
 - 5 - فاسي عبد الله: المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص. 125.

ثانيا: الولاية في عقد الزواج

لطالما لازم نظام الولاية¹ في الإسلام العاجزين عن التصرف، بسبب فقدان أهليتهم أو نقصها، وذلك لرعاية مصالحهم وتبدير شؤونهم، تحقيقا للمنفعة ودفعاً للمغبة². والولاية في الزواج تصنف من بين أقسام³ الولاية على النفس⁴، التي قسمها الفقهاء إلى ولاية إجبار، وهي التي «تخول لصاحبها تزويج المولى عليه جبرا، وبدون أن يكون له أي دخل في الرأي والاختيار»⁵. وولاية اختيار، وهي التي «تعطي للولي حق تزويج المولى عليه برضاه واختياره، حيث لا ينفرد الولي هنا بالعقد وحده وإنما لابد من رضا واختيار المولى عليه»⁶.

وتثبت ولاية الإيجار، على الصغير والصغيرة ومن في حكمهما "كالمجنون والمعتوه"⁷، حيث اتفق الأئمة الأربعة على وجوبها على الصغير¹، كما أجمعوا على أن للأب أن يجبر البكر غير البالغ، دون الثيب

1 - الولاية لغة: «(الولي) يسكن اللام الفُزْبُ والدُّنُو...و(الولي) ضدُّ العَدُوِّ... (الولاية) بالكسر السلطان و(الولاية) بالفتح النصرة...وفلان أولى بكذا أي أحرى به وأجدر...». انظر، محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ب. الواو، (و ل ي)، ط.4، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 1990، ص ص.463-464.

- الولاية اصطلاحاً: «تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد. انظر، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.238.

2 - بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص.312.

3 - تنقسم الولاية باعتبار قوة الولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى: ولاية قاصرة (وهي ولاية الشخص على نفسه وماله)، وولاية متعديّة (وهي ولاية الشخص على غيره، ولا تثبت له إلا إذا ثبتت له الولاية على النفس). وتنقسم باعتبار العموم والخصوص إلى: ولاية خاصة (تثبت للشخص للتصرف في شأن من الشؤون الخاصة لأشخاص معينين، بتسليط من الشارع أصلاً، كولاية الأب أو الجد على الصغار)، أو بتسليط من الأصيل نيابة عنه، "كالوصي"، وولاية عامة (تثبت للشخص للتصرف في شأن من شؤون المجتمع العامة، كالسلطان والحاكم". وتنقسم باعتبار موضوعها إلى: ولاية على المال (وهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات الخاصة بالمال وتنفيذها)، وولاية على النفس (وتتعلق بالتصرف الصحيح النافذ في شأن من الشؤون الخاصة بنفس المولى عليه، والإشراف على مصالحه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه)، وتنقسم الولاية على النفس بدورها إلى: ولاية الحضانة، ولاية الكفالة، وولاية التزويج. وتنقسم ولاية التزويج بدورها أيضاً إلى: ولاية إجبار وولاية اختيار، وهي الجزئية التي تهمنا في هذا الشأن، والتي سيتم التطرق إليها في المتن. وتنقسم الولاية باعتبار مصادرها إلى: ولاية مكتسبة (وهي المستمدة من الغير، سواء كان هذا الغير ولياً خاصاً، كالأب والجد، أو ولياً عاماً، كالسلطان والحاكم"، وتسمى بالولاية النيابة، فوصي كل منهم أو وكيله يستمد ولايته ممن أنابه)، وولاية ذاتية (تثبت للشخص ابتداءً ولا تكون مستمدة من الغير، وهي غير قابلة للإسقاط ولا للتنازل، كولاية الأب والجد على الولد القاصر"، وتسمى بالولاية الأصلية). للتفصيل أكثر انظر، ناصر أحمد إبراهيم النشوي: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد الزواج، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص ص.251-265.

4 - بن عומר محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص.141.

5 - محمد حسين الذهبي: الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، د.ر.ط، دار الحديث، القاهرة، 2010، ص.103.

6 - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص.318.

7- محمد زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، معزز باجتهادات المحاكم الشرعية، ج.1، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006، ص.89.

البالغ، إلا خلافا شاذاً فيهما، مرده اختلاف علة الإيجاب أهى الصغر أم البكارة. فمن قال بالصغر، قال تجبر الثيب الصغيرة ولا تجبر البكر البالغة. ومن قال بالبكارة، قال تجبر البكر البالغة ولا تجبر الثيب الصغيرة. ومن قال بالعلتين معا قال تجبر الثيب الصغيرة والبكر البالغ. والأول لأبى حنيفة، والثاني للشافعي، والثالث لمالك². حيث أثبت الحنفية، ولاية الإيجاب على الصغيرة بكراً كانت أم ثيباً³. أما المالكية، فقد أثبتوها كذلك على الصغيرة بكراً كانت أم ثيباً ما لم تبلغ المحيض، وكذا على البكر البالغ مع استحباب استثمارها قبل العقد ندباً لا وجوباً⁴، كما يقع على هاته الأخيرة الإيجاب ولو كانت عانساً إلا لذي عاهة وهو المشهور في المذهب⁵. أما الشافعية، فأثبتوها على الصغيرة إذا كانت بكراً⁶، وكذا على البكر ولو كبيرة شرط حصول المنفعة لها⁷، ويندب استئذانها تطيباً لخطرها⁸. أما الحنابلة، فقد أثبتوها على الصغيرة البكر، وكذا على البكر البالغ في رواية، وفي رواية أخرى عدم إجبارها⁹، والرواية الثانية هي المرجحة¹⁰.

أما ولاية الاختيار، فلا تثبت على الرجل البالغ العاقل، حيث أجمع الفقهاء على وجوب رضاه وعدم إلزامه بالعقد¹¹، فله تزويج نفسه بمن يشاء دون أن يتوقف عقده على الولي، ودون أن يعترض عليه أحد¹². أما المرأة البالغة العاقلة الرشيدة، فقد اختلف الفقهاء في إثباتها عليها على رأيين، في حين كان للمشرع الجزائري موقف فريد في هذا الشأن.

- 1 - أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج.3، مسائل الإجماع في النكاح وأبوابه، ط.1، دار الهدى، مصر/دار الفضيلة، الرياض، 2013، ص.139.
- 2 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.06.
- 3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.357.
- 4 - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مج.2، ك. النكاح، ب. الآباء وسائر الأولياء والحكم في عقدهم على النساء، ط.1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1978، ص.522-523.
- 5 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. في النكاح وما يتعلق به، مرجع سابق، ص.222-223.
- 6 - محمد بن إدريس الشافعي: الأم، ج.6، ك. ما يحل وما يحرم من النكاح، ما جاء في إنكاح الآباء، ط.1، دار الوفاء، المنصورة- مصر، 2001، ص.48.
- 7 - المرجع نفسه، ص.49.
- 8 - سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي: البجيرمي على الخطيب، ج.4، ك. النكاح، القول في الإيجاب على النكاح، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1996، ص.160.
- 9 - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن أسباسلار البعلي الحنبلي: فقه الدلائل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج.4، ب. ركني النكاح وشروطه، مرجع سابق، ص.322-323.
- 10 - علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.8، ك. النكاح، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص.55.
- 11 - أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج.3، مسائل الإجماع في النكاح وأبوابه، مرجع سابق، ص.136.
- 12 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.132.

حيث ذهب جمهور الفقهاء من المالكية¹، الشافعية² والحنابلة³، إلى أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة بأي حال، لا أصالة عن نفسها، ولا نيابة عن غيرها، كون الولي شرط صحة في النكاح. ذلك أنه ليس لها أن تتولى عقد زواجها، بل يتولى ذلك وليها، لكن من دون أن ينفرد به ولا أن تتفرد هي به، حيث يتولى هو الصيغة بعد أن تختار هي الزوج وترضى به بمشاركته لها في ذلك، تحقيقاً لاتفاق إرادتهما، لذا تسمى "ولاية الشركة"⁴. ويرون بأن المرأة تتميز بالعاطفة التي قد تتغلب على رجحان اختيارها، مما كان لابد من مشاركة وليها في ذلك، كما أنها تميل إلى الحياء، وحتى لا تنسب إلى الوقاحة بحضورها مجامع الرجال، كان لابد من تولي الولي مباشرة العقد الذي تكون قد رضيت به⁵.

في حين ذهب الحنفية، إلى أن المرأة الحرة العاقلة البالغة، ينعقد نكاحها برضاها وإن لم يعقد عليها ولي، بكرة كانت أم ثيباً⁶، بشرط أن يكون الزوج كفاء⁷، والمهر مهر المثل⁸. ولو أنه من المستحب أن يتولى الولي العقد كي لا تنسب إلى الوقاحة⁹، لذا تسمى "ولاية ندب واستحباب". ولهذا الأخير حق الاعتراض إذا كان الزوج غير كفاء، ما لم تحبل أو تلد حفاظاً على الولد من الضياع بالتفريق بينهما¹⁰. وقد اختيرت رواية الحسن عن أبي حنيفة للفتوى؛ والتي مفادها أنها إذا عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح¹¹. وعليه،

- 1 - القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: عيون المجالس، ج.3، ك. النكاح، مسألة 733، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض، 2000، ص.1034.
- 2 - أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج.7، ك. النكاح، الركن الرابع، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص.525.
- 3 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي: المغنى، ج.9، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.345.
- 4 - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص.154.
- 5 - نضال محمد أبو سنينة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2011، ص.175.
- 6 - برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدى، مج.2، ج.3، ك. النكاح، ب. في الأولياء والأكفاء، ط.1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ، ص.31-32.
- 7 - الكفاءة عندهم تشمل: النسب، الإسلام، الحرية، الديانة (التقوى والصلاح)، المال والصناعة (الحرفة). انظر، المرجع نفسه، ص.50-55.
- 8 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ك. النكاح بغير ولي، مرجع سابق، ص.13-14. انظر أيضاً، علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج.2، ك. النكاح، ب. الولي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1984، ص.152.
- 9 - الكمال ابن الهمام الحنفي: فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية، ج.2، ب. الأولياء والأكفاء، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ، ص.393.
- 10 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.4، ك. النكاح، ب. الولي، ط. خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.156.
- 11 - أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (حافظ الدين النسفي): البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، ج.3، ك. النكاح، ب. الأولياء والأكفاء، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص.194. انظر أيضاً، أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي (القدوري): مختصر القدوري، ك. النكاح، عقد المرأة على نفسها، (291)، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، 2005، ص.335.

فالولي عندهم، شرط لصحة نكاح الصغير والمجنون والرقيق وليس شرط لصحة نكاح الحرة المكلفة¹. إذ يرون بأن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، ذلك أن زوال الولاية على مالها وثبوتها لها، يثبت لها الولاية على نفسها أيضاً². كما أن تزويجها لنفسها، هو تصرف في خالص حقها، طالما هي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصح تصرفها في نفسها كما يصح في مالها³.

وسبب اختلاف الفقهاء في موضوع الولاية؛ راجع إلى أنه لم يأت دليل واضح على اشتراطها أو إسقاطها لا من القرآن ولا من السنة، ذلك أن الآيات والسنن التي احتج بها الفريقين كلها محتملة⁴ -والتي لم يسعنا المقام إلى إدراجها هنا-، حيث احتج كلا الفريقين بنفس الأدلة أحياناً، وكل منهم يفسرها لصالحه حسب اجتهاده.

أما المشرع الجزائري، فلم يكن قبل تعديل 2005، يسمح للمرأة مطلقاً بعقد زواجها بنفسها، بل كان يمنح للولي تولي ذلك مهما كانت صفتها، بكرًا كانت أم ثيبًا (م 11 ق.أ قبل التعديل)، وذلك لاعتباره ركناً في عقد الزواج حينها (م 09)، عملاً بالمذهب المالكي، إلا أنه لم يكن يسمح لهذا الأخير بمنع الثيب من الزواج ممن ترغب فيه إذا كان أصلح لها، في حين له منع ابنته البكر من ذلك متى كان في المنع مصلحة لها (م 12)، كما لم يجز له إجبار من في ولايته (بكرًا كانت أم ثيبًا) على الزواج، أو تزويجها دون موافقتها (م 13).

حيث يبدو بأن المشرع قبل التعديل، لم يكن يساوي بين المركز القانوني للزوجين في موضوع الولاية، ذلك أنه كان يعلق حق المرأة في عقد زواجها على وليها، على خلاف الرجل الذي يعقد زواجه بنفسه، أو عن طريق وكيل (م 20 الملغاة الآن)، وهو الأمر الذي رأى فيه البعض مساساً بكرامتها وحجراً عليها، حيث أن الإبقاء على الولاية عليها بموجب م 11، يعتبر انتقاصاً من أهليتها وفقاً للمادتين 81⁵ ق.أ و 44⁶ ق.م، اللتين توجبان الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها، لصغر السن أو جنون أو غيرهما، في حين هي ولايتها مكتملة ببلوغها 21 سنة وفق م 07 قبل التعديل. وهو ما رأت فيه اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة،

1 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج. 4، ك. النكاح، ب. الولي، مرجع سابق، ص. 155.

2 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 373.

3 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج. 5، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 12.

4 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 09.

5 - تنص م 81 من ق.أ على ما يلي: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون».

6 - تنص م 44 من ق.م على ما يلي: «يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون».

انتهاكا لاتفاقية سيداو شكلا ومضمونا¹، التي تنص في م16 ف(أ) على: «نفس الحق في عقد الزواج». فضلا على التضارب الذي كان حاصلًا بين م09 التي كانت تعتبر الولي ركنا في عقد الزواج، وهو الأمر الذي أكدته م11، وبين م32 و33 اللتين رتبنا على تخلفه الفسخ قبل الدخول بلا صداق، والتثبيت بعده بصداق المثل، بدلا من ترتيب البطلان. حيث لم يكن البطلان مقررا إلا إذا اختل ركن آخر مضاف إليه².

وفي خضم كل تلك الضغوط وذلك التضارب؛ وجد المشرع نفسه مضطرا إلى تنقيح المواد المتعلقة بالولاية، بين تعديل وإلغاء، بغية الرفع من مركز المرأة ومساواتها بالرجل، وذلك بتعديله للمادة 11 أين فرق من خلالها بين الراشدة والقاصرة، عملا بالمذهب الحنفي، متخليا بذلك عن مصطلحي الشيب والبكر³.

حيث خص الراشدة بالفقرة الأولى من م11 التي أصبح نصها كالتالي: «تعد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره». وما يلاحظ على هذا النص أنه أسقط ولاية الاختيار على المرأة الراشدة، وذلك بمنحها سلطة عقد زواجها، شأنها في ذلك شأن الرجل البالغ العاقل، مع اختلاف طفيف بينهما، تمثل في اشتراط حضور وليها، الذي منح لها أيضا سلطة واسعة في اختيارها له. كيفما شاءت، فقد ترشح زميلها في العمل للحضور رغم وجود أبيها، مستبدلا بذلك معيار القرابة واحترام الترتيب الذي أقرته وأوجبته المذاهب الفقهية⁴، بمعيار الاختيار الذي أقره هو دونما سبب مقنع. ليحدد بالولي عن مغزاه الحقيقي والشرعي في توليه عقد زواج موليته مع الزوج الذي اختارته رفقته ورضيت به، وحضوره مجلس العقد وطرحه لشروطها إن وجدت حفاظا على حيائها⁵؛ إلى مجرد شاهد ثالث أو ضيف شرف⁶. كما ألغى المشرع م12 التي كانت تمنحه سلطة منع ابنته البكر من الزواج لمصلحتها، ليصبح مكتوف الأيدي أمام زواجها الذي قد تكون أساءت الاختيار فيه دون أن يحرك ساكنا. وبهذا، يكون المشرع قد شل سلطة الولي في زواج الراشدة كليا، وسلب منه جميع صلاحياته كولي، ولم يبق له إلا على الحضور فقط الذي لا

1 - محضر موجز للجلسة 406، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، (د20)، نيويورك، الخميس 21 جانفي 1999، ص.ص. 09-10. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.406](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CEdAW%20C%20SR.406.aspx)، تاريخ الولوج: 2018/04/02، سا. 20:00.

2 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.85.

3 - فاسي عبد الله: (حدود سلطات الولي في الزواج)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ع.14، ص.213.

4 - سنعود إليه بالتفصيل في الباب الثاني، الفصل الثاني، المبحث الثاني، المطلب الأول، الفرع الأول.

5 - علي بودفع: (حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة القانون)، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، ماي 2009، ع.4، ص.257.

6 - مصطفى منصورية: (ثنائية الأصالة والحدثة في قانون الأسرة الجزائري: دراسة حول التعديلات التي تضمنها الأمر رقم 05-02)، م.ع.ق.س، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جانفي 2018، ع.17، ص.179.

ينتقص من قدرتها على إبرام العقد¹، ليضفي على زواجها قوة رمزية لا قانونية²، وما يؤكد ذلك التوجه قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «...ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط.»³.

وبهذا التعديل، يكون المشرع قد ابتعد كل البعد عن المذهب المالكي، متخذا موقفا فريدا لم يقل به أحد من قبل، نتيجة لمحاولته التوفيق بين المطالبين بإلغاء الولي والرافضين لذلك، وبين الوفاء بالتزاماته الدولية، والتمسك بتعاليمه الإسلامية، ليخرج نتيجة لذلك عن جميع المذاهب الفقهية⁴. وإذا أردنا أن نبحت عن تأصيل هذا الموقف فقها فلن نجد ضاللتنا، لأن التبرير له بانتهاج المذهب الحنفي في غير محله، لكون هذا الأخير وإن كان يسمح للرشيدة العاقلة بالانفراد في عقد زواجها؛ فإنه يشترط أن يكون الزوج كفاء والمهر مهر المثل. كما أن هذا يكون ظاهر الرواية، وهو خلاف المستحب، الذي يندب تولي وليها عقد نكاحها حتى لا تنسب إلى الوقاحة. كما أن الرواية المختارة للفتوى تحتاط للولي، وتحفظ له حق الاعتراض وطلب فسخ العقد، إذا كان المتعاقد مع موليته غير كفاء أو مهرها أقل من مهر المثل، في حين أغفل المشرع شرط الكفاءة.

ويرجع السبب في هذا الغموض الذي خيم على موقف المشرع الجزائري؛ إلى الضغط الذي مورس عليه ويمارس، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التي ورغم ما وصل إليه الولي من تهميش؛ فإن غليلها لم يشف بعد ولا زالت تلاحظ بأنه رغم ما تضمنته الإصلاحات من إلغاء للولاية على المرأة الراشدة؛ فإن القانون استبقى على بعض آثارها (حضور الولي)، لذا فهي ترى بأن آخر أثر تبقى من آثار الولاية يجب محوه⁵. كونها ترى بأن احتياج المرأة الراشدة إلى ولي لعقد زواجها يعد حكما تمييزيا ضدها، وتكريسا لمركز منقوص لها⁶. لذا، تدعو إلى إلغائه تطبيقا للمادة 02 ف (و) من اتفاقية سيداو التي تنص على ما يلي: «اتخاذ جميع التدابير المناسبة... لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة.».

- 1 - ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع، (د51)، 13 فيفري- 02 مارس 2012، ص.05. انظر، صفحة الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، [CEDAW/C/DZA/Q/3-Add.1/4](#)، تاريخ الولوج 2018/04/03، سا. 22:00.
- 2 - محضر موجز للجلسة رقم 412، مرجع سابق، ص.11. انظر، [CEDAW/C/SR.412](#).
- 3 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2007/02/14، ملف رقم 381880، م.م.ع، 2007، ع.2، ص.483.
- 4 - تشوار حميدو زكية: (بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.60.
- 5 - محضر موجز للجلسة رقم 668، مرجع سابق، ص.09. انظر، [CEDAW/C/SR.668](#).
- 6 - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع، (د51)، 13 فيفري- 02 مارس 2012، ص.16. انظر، صفحة الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، [CEDAW/C/DZA/CO/3-4](#)، تاريخ الولوج 2018/04/03، سا. 23:00.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا متذبذبا غامضا فريدا، بشأن الولاية على المرأة الراشدة، فإن المشرع المغربي كان واضحا في ذلك، حيث نص في م24 من م.أ على أن: «الولاية حق للمرأة، تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها». كما نص في م25 على أنه: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها». وعليه، فالمشرع المغربي قد أصاب في حرصه على التوفيق بين التزاماته الدولية التي فرضت عليه منح الراشدة حق الولاية على نفسها، وتقاليد مجتمعه في منحها إمكانية تفويض ذلك إلى أبيها أو أحد أقاربها، دون أن يفتح لها الباب إلى اختيار "شخص آخر"، مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري. أما المشرع التونسي فقد كان صريحا في مساواته بين الزوجين في انعقاد زواجهما، حيث نص في الفصل 03 من م.أ.ش على أنه: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين. ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر الزوجة». كما نص في الفصل 09 على أنه: «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلتا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا».

أما عن القاصرة، فقد خصها المشرع الجزائري بالفقرة الثانية من م11 التي أصبح نصها كالتالي: «دون الإخلال بأحكام م07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له»، حيث جعل المشرع عقد زواجها يتولاه وليها، شأنها في ذلك شأن القاصر، كما ألزمهما بالترتيب الوارد في النص القانوني، دون توضيح ترتيب الأقارب الأولين، خلافا لما جاء في المذاهب الفقهية، من مالكية¹، حنفية²، شافعية³ وحنابلة⁴. إلا أنه، مَنَعَ الولي من إجبارها على الزواج، أو تزويجها دون موافقتها، كما جاء في م13 ق.أ: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها». وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: «لا يمكن القاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسم الدخول بها»⁵. وبناءً عليه، فالولي بات يتولى عقد زواجها فقط بعد موافقتها دون أن يكون له حق منعها إذا أساءت الاختيار نتيجة نقص أهليتها وكذا طبيعتها كأنثى تغلب عليها عواطفها وذلك بعد إلغاؤه م12. كما ليس له جبرها على

1 - يرى المالكية، بأنه ليس لغير الأب أو وصيه أو الحاكم (القاضي اليوم) تزويج الصغار. انظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. في النكاح، مرجع سابق، ص.244-245.

2 - يرى الحنفية، بأنه للأب والجد وغيرهما من الأولياء (العصبة) تزويج الصغار، وأن العصبة مقدمة على ذوي الأرحام، فإذا انعدمت العصبة، فالراجح أن تؤول الولاية لذوي الأرحام، ثم إذا انعدم ذوو الأرحام آلت الولاية للحاكم (القاضي). انظر، شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.4، ك. النكاح، ب. نكاح الصغير والصغيرة، مرجع سابق، ص.213. انظر أيضا، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في شرط التقدم، مرجع سابق، ص.377-378.

3 - يرى الشافعية، بأنه ليس لغير الأب والجد تزويج الصغار. انظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ف. في زواج المحجور عليه، مرجع سابق، ص.226.

4 - ذهب الحنابلة، إلى نفس ما ذهب إليه المالكية. انظر، منصور بن يونس بن إدريس اليهودي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. أركان النكاح وشروطه، د.ر.ط، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1983، ص.45-46.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.275.

الزواج إذا كان في ذلك مصلحة لها طبقا للمادة 13. مما يدل على إسقاط ولاية الإيجار عليها وإخضاعها لولاية اختيار رغم كونها قاصرة.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري، أراد من وراء تعديله للمادة 11، تحقيق مبدأ المساواة بين المركز القانوني للزوجين، تماشيا مع ما نصت عليه اتفاقية سيداو، رغم الموقف الغامض الذي انفرد به¹، حيث ساوى بين الزوجين الراشدين إلى حد ما، وذلك بإسقاطه لولاية الاختيار على الرشيدة، التي بات بإمكانها عقد زواجها بنفسها، شأنها شأن الزوج البالغ العاقل، مع اشتراط حضور وليها، الذي قد يكون أي شخص آخر تختاره هي. كما ساوى أيضا بين الزوجين القاصرين، حيث جعل عقد زواجهما يتولاها وليهما، لكن دون أن يستطيع ممارسة صلاحياته بموجب الولاية، فلا هو يستطيع المنع من الزواج ولا الإيجار عليه، وبالتالي فقد أسقط على القاصرة ولاية الإيجار، مبقيا فقط على ولاية الاختيار المقيدة عليها. مما يجعل من دوره معدوما بالنسبة للراشدة، وشكليا فقط بالنسبة للقاصرة².

ومنه، فقد أصبح الولي بموجب م 09 مكرر مجرد شرط لصحة زواج القاصرة، يترتب على تخلفه بالنسبة لها وفقا للمادة 33 ف2 الفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، والتثبيت بعده بصديق المثل، في حين لا يترتب تخلفه بالنسبة للراشدة أي أثر لا بطلان ولا فسخ. لذا، كان على المشرع أن يعدل عبارة "الولي" الواردة في م 09 مكرر لتصبح على النحو التالي: "الولي في حالة وجوبه"، حتى تتجانس مع م 33 ف2 التي تنص على فسخ الزواج قبل الدخول إذا تم بدون "ولي في حالة وجوبه"، ليزيل بذلك التعارض واللبس الذي يخيم على النصين.

ونأمل من المشرع، أن يعيد للولي مكانته بأن يجعله يتولى زواج موليته راشدة كانت أم قاصرة، وذلك بإلغائه لعبارة "الحضور" وكذا "الشخص الآخر". وأن يبقى على إلغاء ولاية الإيجار، لأنه لا يعقل أن تجبر الفتاة مهما كانت صفتها على الزواج بمن لا ترغب فيه، ذلك «أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها»³، حيث أصاب في هاته النقطة. وأن يعيد سلطة المنع له، ويجعلها تحت رقابة القضاء، على ابنته القاصرة التي قد تختار من لا يتناسب معها ولا مع وليها وأسرته، وهي النقطة التي بإلغائها يكون المشرع قد جانب الصواب.

ذلك، أن إلغاء دور الولي قد انعكس سلبا على الزيجات الأخيرة، التي اغلبها باءت بالفشل، الناتج عن التهور وسوء اختيار القرين، من جراء الانفراد في اتخاذ القرار، مما يجعلنا نتساءل عن مصير المرأة التي تُطلّق بعد سوء اختيارها الانفرادي لزوجها، وبعد عداوتها لأهلها نتيجة تغييبها لوليها في زواجها، إلى

1 - تشوار جيلالي: (تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك)، مرجع سابق، ص. 13.

2 - فاسي عبد الله: (حدود سلطة الولي في الزواج)، مرجع سابق، ص. 214.

3 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، الأفضية والأنكحة والبيوع، ف. في حكمه ﷺ في الثيب والبكر يزوجهما أبوهما، موافقة الإنن لقواعد الشرع، مرجع سابق، ص. 89.

أين ستعود بعد طلاقها؟ إلى الولي الذي رفضت أن توليه زواجها وفضلت عليه الغريب؟ هذا ما يجعل من إلغاء دور الولي في زواج موليته، بدلا من أن يكون حرية لها، ومساواة لها مع شقيقها الرجل - كما اعتقده البعض - وزرا عليها، ومسؤولية ثقيلة أُلقيت على كاهلها.

حيث يتطلب منا الأمر إلغاء المفهوم الخاطئ للولي، الذي يعتبره البعض انتقاصا من كرامة المرأة، في حين أن الولاية ليست حجرا ولا انتقاصا من أهليتها، بل هي تشريف وتكريم لها مهما ارتفع شأنها¹، فالقاضية أو الوالدة تبقى إمرة تمتلك من العاطفة ورفع الحس، ما يجعلها تقع في شباك المنافقين بسهولة²، مما يتطلب تواجد وليها بجانبها، لما له من حكمة وخبرة في الحياة وفي مجال الرجال، ولما يتميز به من الشفقة عليها وحب الخير لها.

وكما عمل المشرع على المساواة بين الزوجين في الشروط الموضوعية لعقد الزواج -التي تم اختيارها للدراسة-؛ فإنه قد جعل لذلك العقد شروطا أخرى تنظم الجانب الشكلي فيه، عمل أيضا على تحقيق المساواة بين المركز القانوني للزوجين بمقتضاها، حتى ولو كلفه الأمر تقييد ما شرعه الله للزوج من حقوق، فقط ليصل إلى المساواة، نراها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية للدخول في العلاقة الزوجية

متى استوفى الزواج ركنه وشروطه، المنصوص عليها في م 09 و 09 مكرر من ق.أ؛ كان صحيحا من الناحية الشرعية، إنما ينقصه من الناحية القانونية الشكلية، التي تعني «الجانب الرسمي التوثيقي للزواج الذي يفرضه القانون للإثبات»³، حتى يُحتج به، وتثبت به الحقوق، ويكون ضمانا من التلاعب به. وتوثيق الزواج، لم يقل به فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، نظرا لندرة حالات إنكار الزوجية آنذاك⁴، حيث اعتمده الفقه حديثا وأدخله ضمن المصالح المرسل⁵.

1 - إلياس مسعودة نعيمة: (نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، 2014/12/01، ع.2، ص.133.

2 - العربي بختي: أحكام المرأة والأسرة في الديانة اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ر.ط، كنوز الحكمة، الجزائر، 2018، ص.123.

3 - عمار الداودي: (الشروط الشكلية لعقد الزواج)، المجلة التونسية للقانون، 2005، ص.101 وما يليها. نقلا عن، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.264.

4 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.103.

5 - المصلحة المرسل هي: «كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع دون أن يكون لها أو لجنسها القريب شاهد بالاعتبار أو الإلغاء». انظر، محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1973، ص.330.

ويعني هذا التعريف، أنه لا دليل عليها من الشرع، وإنما ينظر إليها بالعقل بأنها تجلب منفعة أو صلاحًا، أو تدفع ضررًا أو تدرأ فسادًا.

والشروط الشكلية في عقد الزواج، هي جملة الإجراءات الإدارية والتنظيمية¹، المتبعة لتوثيق العقد². وللوقوف على المركز القانوني للزوجين من حيث المساواة أو عدمها، فيما تعلق بالشروط الشكلية لعقد الزواج، سنركز بالدراسة على شرطي الشهادة الطبية ما قبل الزواج (أولاً)، والرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات (ثانياً)، كونهما الشرطان اللذان يعكسان المركز القانوني لهما جلياً، واللذان استحدثتهما تعديل 2005.

أولاً: الشهادة الطبية السابقة لعقد الزواج

لم يقل فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً بضرورة إجراء الفحص الطبي ما قبل الزواج³، نظراً للوازع الديني الذي كان يحول دون إخفاء الناس لعيوبهم، حيث كانوا يتحلون بالصدق والأمانة، ودليل ذلك ما روي

1 - تتمثل الإجراءات الإدارية والتنظيمية المتبعة لتوثيق العقد، في تحديد الجهات الرسمية المخول لها قانوناً إبرام عقد الزواج، والمتمثلة في الموثق أو ضابط. ح.م (م 18 ق.أ، م 71 ق.ح.م)، وكذا الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل في حالة إبرام الزواج بالخارج (م 69 ق.ح.م). أما عن إجراءات تسجيل عقد الزواج، فقد أحالتنا م 21 من ق.أ إلى ق.ح.م، الذي نظم المسألة وفقاً للمواد من 71 إلى 77 ق.ح.م، حيث حددت م 74، 75 و 76 الوثائق التي يجب تقديمها من كلا الزوجين، إضافة إلى بعض الوثائق التي تم النص عليها بموجب ق.أ، مثل الشهادة الطبية ما قبل الزواج (م 07)، الرخص القضائية في حالة الإن في زواج القاصر (م 07 ف 1)، وكذا تعدد الزوجات (م 08)، فضلاً عن الرخص الإدارية في حالة زواج الأجانب (م 31) التي تخضعه إلى أحكام تنظيمية، وكذا في زواج رجال الجيش، الدرك والشرطة. وما يعاب على المشرع، أنه رغم تنقيحه لقانون الأسرة، وإضافته لعديد الشروط الحديثة، ورغم إحالته إلى ق.ح.م، إلا أنه لم يكلف نفسه تعديل هذا الأخير أيضاً فيما تعلق بالوثائق الواجب توفيرها، حيث أصبحت هاته الأخيرة متفرقة بين ق.أ و ق.ح.م بالإضافة إلى النصوص التنظيمية، في حين كان من المستحسن أن يتم جمعها في قانون واحد. كما يعاب على المشرع أيضاً، عدم اشتراطه لشهادة الكفاءة (القدرة) على الزواج (*le capacité de mariage*) بالنسبة للأجانب على مستوى ق.أ، حيث كانت تُشترط فقط على مستوى مصالح الأمن، ولجنسيات معينة فقط، لئتم اشتراطها مؤخرًا على مستوى مكتب تنقل الأجانب بمقر الولاية أيضاً، ولجميع الجنسيات. كما يعاب عليه كذلك، عدم اشتراطه لرخصة زواج المصاب بإعاقة ذهنية. أما عن إثبات الزواج، فقد نصت م 22 ق.أ على أنه «يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة».

يراجع فيما تقدم، كريمة محروق: عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 87-93. *Instruction ministérielle N°. 02, datée le 11/02/1980, du ministère de l'intérieur, concernant de l'autorisation administrative préalable pour la célébration de mariage des étrangers en algérie.* المنشوران رقمًا 329 بتاريخ 13 جوان 1967، و 364 بتاريخ 25 جوان 1968، الصادران عن وزارة العدل، والمتعلقان بضرورة الحصول على رخصة مسبقة من الجهة المختصة بهيئة الدفاع الوطني. نقلاً عن بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 267. المرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 13 أوت 1983، الصادر عن وزارة الداخلية، المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني، ج.ر.ج.ج بتاريخ 16 أوت 1983، ع. 34. (م 23، 24، ص. 2052). والتعليم الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018، مرجع سابق، ص ص. 02-03.

2 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 264.

3 - الفحص الطبي لغة: هو مركب من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة. حيث يعرف أَلْفَحْصُ بأنه: «شِدَّةُ الطَّلَبِ خِلَالِ كُلِّ شَيْءٍ، فَحَصَ عَنْهُ فَحْصًا: بَحَثَ، وكذلك تَفَحَّصَ وَافْتَحَّصَ...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج. 5، ب. الفاء، فحص، مرجع سابق، ص 3356. أما الطَّبِّي، فمن الطَّبِّ وتعني: «علاج الجسم والنفس. ومنه علم الطَّبِّ... (الطَّيِّبُ) مَنْ جَرَفَتْهُ الطَّبُّ أَوْ الطَّبَّابَةُ، وهو الذي يعالج المرضى ونحوهم...». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. الطاء، (الطَّبُّ)، مرجع سابق، ص. 549. =

عن أم سلمة لما خطبها الرسول ﷺ فقالت: «ما مثلي تُكح، أما أنا فلا ولد فيّ، وأنا غيور ذات عيال، قال: ﴿أنا أكبر منك، وأما الغيرة فيذهبها الله، وأما العيال فالإله ورسوله﴾ فتزوجها»¹، وهو الأمر الذي نفتقر إليه في الوقت الحالي. كما أنهم آنذاك، لم يحظوا بالتطور العلمي مثلما هو عليه الآن، حتى يتمكنوا من إجرائه².

أما العلماء المعاصرون³، فقد اختلفت آراؤهم حوله بين مؤيد ورافض. حيث يرى البعض ومنهم "ابن باز" بمنعه إذ لا حاجة إليه، لكونه ينافي حسن الظن بالله تعالى، كما أن نتائجه غير مضمونة، ودليلهم في ذلك ما روي «عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: ﴿يقول الله تعالى: أنا عند ظن عبدي بي، وأنا معه إذا ذكرني، فإن ذكرني في نفسه ذكرته في نفسي، وإن ذكرني في ملأٍ ذكرته في ملأٍ خير منهم، وإن تقرب إليّ شبرا تقربت إليه ذراعاً؛ وإن تقرب إليّ ذراعاً تقربت منه باعاً، وإن أتاني يمشي أتيته هرولة﴾»⁴.

بينما يرى أكثرهم بجواز الأخذ به، لعدم تعارضه لا مع الشرع ولا مع حسن الظن بالله، لكون الثقة بالله لا تتعارض مع الأخذ بالأسباب⁵، حيث قال عمر حين وقع الطاعون بالشام: ﴿نفر من قدر الله إلى قدر الله﴾⁶. لذا، فهو موافق لمقاصد الشريعة الإسلامية، التي تحثنا على الوقاية وعدم الإضرار بأنفسنا، لقوله تعالى: ﴿لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁷، ولما روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾⁸، وما روي عن أبي هريرة كذلك قال: «قال رسول الله ﷺ: ﴿وَفَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ كَمَا تَقَرُّ مِنَ

= الفحص الطبي ما قبل الزواج اصطلاحاً: «فحص المقبلين على الزواج قبل عقد القران... للكشف عن احتمالية حملهما لأمراض وراثية أو معدية أو مضرّة يترتب عليها -الأمراض- عدم استقرار الحياة الزوجية، وتقديم المشورة المناسبة لحالتهما». انظر، صفوان محمد عضيات: الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط. 1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2009، ص. 57.

1 - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، ج. 8، ك. عشرة النساء، الحال التي يختلف فيها حال النساء، ح. رقم 8877، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2001، ص. 166.

2 - عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب المقارنة، ك. 1، الزواج، مرجع سابق، ص. 271.

3 - أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج. 3، ك. الزواج ومقدماته وتوابعه، د. ر. ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة-مصر، د. س. ن، ص. 130-131.

4 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. التوحيد، ب. قول الله تعالى ﴿وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ﴾، وقوله جل ذكره ﴿تَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِي وَلَا أَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِكَ﴾، ح. رقم 7405، مرجع سابق، ص. 1827.

5 - فلة زردومي: (الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به -دراسة فقهية مقاصدية-)، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية العلوم الإسلامية، 2016/12/21، مج. 19، ع. 1، ص. 287.

6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطب، ب. ما يقال في الطاعون، ح. رقم 5729، مرجع سابق، ص. 1451.

7 - سورة البقرة: آية 195.

8 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، ج. 2، ك. البيوع، ح. رقم 216/2345، ط. 2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002، ص. 66.

الأسد»¹، ولما روي عنه أيضا أن النبي ﷺ قال: «لا تُورِدُوا الْمُمرضَ عَلَى الْمُصِحِّ»². كما تحتنا كذلك، على حفظ النسل الذي يشكل أحد أهم الكليات الخمس، لما روي عن «معل بن يسار، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وأنا لا تلد، أفأتزوجها؟ قال: «لا» ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: «تزوَّجوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمُ»³. كما أنه ومن باب الاحتياط، فإن «زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى»⁴.

ومنه، فلا بأس في الأخذ به، كونه يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، من باب السياسية الشرعية⁵ والمصالح المرسله، لما يحققه من دور وقائي فعال في حفظ النفس، النسل ومن ثمة المال، لأن "الوقاية خير من العلاج". وحتى لا يدفعنا عدم العلم بالعييب أو الداء إلى فسخ النكاح للعييب، وما يترتب عنه من أضرار، وإن كان ليس له (الفحص الطبي) تأثير على صحة العقد شرعا.

أما عن المشرع الجزائري، فلم ينص سابقا على ضرورة إجرائه، وتقديم شهادة طبية ما قبل الزواج، إلا ما جاء في قانون الصحة العمومية الملغى لسنة 1976⁶، حيث جاء في م115 منه ما يلي: «تحدد بموجب مرسوم، كفيات الفحص الطبي السابق للزواج وذلك لأجل حماية صحة العائلة». ومنذ ذلك الحين، لم يصدر أي مرسوم ينظم تلك المسألة، إلى أن تم إلغاؤه. ليصدر قانون الصحة وترقيتها لسنة 1985⁷، الذي لم يحمل في طياته أي أثر للشهادة الطبية ما قبل الزواج. كما لم يتطرق لها أيضا، القانون المعدل والمتمم لهذا الأخير لسنة 1998⁸. هذا، فضلا عن عدم تناول ق.أ لسنة 1984 لهذا الأمر.

1 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطب، ب. الجذام، ح. رقم 5707، مرجع سابق، ص. 1447.

2 - المرجع نفسه: ك. الطب، ب. لا عدوى، ح. رقم 5774، ص. 1461.

3 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج. 3، ك. النكاح، ب. في تزويج الأبرار، ح. رقم 2050، ط. خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق-الحجاز، فرع بيروت، 2009، ص. 395.

4 - شبير محمد عثمان: (موقف الإسلام من الأمراض الوراثية)، مجلة الحكمة، تصدر في لندن، صفر 1416هـ، ع. 6، ص. 210. نقلًا عن، أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الفحص الطبي، ط. 1، دار النفائس، عمان-الأردن، 2000، ص. 91.

5 - السياسية الشرعية: «هي تدبير شؤون الدولة الإسلامية، التي لم يرد بحكمها نص صريح، أو التي من شأنها أن تتغير وتتبدل، بما فيه مصلحة الأمة، ويتفق مع أحكام الشريعة وأصولها العامة». انظر، عبد العال أحمد عطوة: المدخل إلى السياسة الشرعية، ط. 1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1993، ص. 56.

6 - القانون رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، ج. ر. ج. ج. بتاريخ 19 ديسمبر 1976، ع. 101، م. 115، ص. 1401. (هذا القانون تم إلغاؤه).

7 - القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج. بتاريخ 17 فيفري 1985، ع. 8. (المعدل والمتمم).

8 - القانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج. بتاريخ 23 أوت 1998، ع. 61.

وبعد أن أدركت الجزائر مدى تأخرها في النص عليها، على غرار القوانين الغربية والعربية، نظرا لأهميتها في تحقيق استقرار الزواج، وذلك لما تتمتع به من دور وقائي في حماية كلا الزوجين، الذي يمتد إلى الأطفال فالمجتمع. وكذا، لدفع الأضرار المادية والمعنوية، التي قد تدفع إلى طلب التفريق بعد الزواج للعيوب، التي كان بالإمكان تفاديها قبله، خاصة إذا ما فُعِّلَت عن حق، واستُخْدِمَت على أكمل وجه؛ تداركت الجزائر ذلك النقص وفق تعديلها لقانون الأسرة لسنة 2005 بموجب م 07 مكرر منه. لتُصَدِّر سنة 2006 المرسوم التنفيذي رقم 154-06¹، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام م 07 مكرر السالفة الذكر. ليؤكد قانون الصحة لسنة 2018²، إجبارية هذا الإجراء قبل الزواج، بموجب م 72 منه التي جاء فيها: «الفحص الطبي السابق للزواج إجباري. تحدد قائمة الفحوصات والتحاليل عن طريق التنظيم.».

حيث أوجبها المشرع على كلا الخطيبين، نزولا عند نص م 07 مكرر ف 1 التي جاء فيها: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.» وكذا م 02 ف 1 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 التي جاء فيها: «يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.».

أما عن الجهة المخول لها تسليم الشهادة الطبية؛ فهم الأطباء العاملون سواء في القطاع العام أو الخاص دون تحديد³، متروك أمر الاختيار في هذا الشأن إلى رغبتهم، مثلما جاء في م 02 ف 2 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06: «يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم.» ورغم ميل المشرع بعدم التحديد هذا، إلى التيسير على الخطيبين، خاصة إذا لم يكونا من نفس المنطقة السكنية⁴؛ إلا أنه يطرح عدة إشكالات لعل أهمها، فتح المجال لهما إلى طرق باب من يمنحهما الشهادة ولو بطرق ملتوية. لذا، فمن المستحسن أن يصبح الفحص الطبي ما قبل الزواج في مراكز مخصصة

1 - المرسوم التنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر.ج. بتاريخ 14 ماي 2006، ع.31.

2 - القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر.ج. بتاريخ 29 جويلية 2018، ع.46. (للإشارة، فإن هذا القانون قد ألغى أحكام القانون المتعلق بالصحة وترقيتها المعدل والمتمم الذي سبق التطرق إليه).

3 - علاق عبد القادر: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013، ص.245.

4 - ملوك محفوظ، بومدين محمد: (الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج وإشكالات تطبيقه)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، 2016/06/30، مج.2016، ع.37، ص.274.

لذلك وتابعة للقطاع العمومي¹، لتفادي الأماكن غير المؤهلة، وذات الطابع التجاري التي تهدف إلى الربح المادي دوسا على أخلاقيات المهنة².

كما أن عدم اشتراط فحص الخطيبين من طرف نفس الطبيب، قد لا يفي بالغرض المطلوب، ذلك أن بعض الفحوصات قد تفترض مراقبة مدى تطابق نتائج كلا الطرفين مع بعضها البعض، ثم تقديم الطبيب لملاحظاته المشتركة حولهما، وخير مثال على ذلك تحليل فصيلة الدم وعامل الريزوس (*le groupage sanguin et rhésus*)، التي تقتضي من الطبيب معرفة زمرة دم كلا الطرفين، حتى يستطيع إبداء ملاحظاته المشتركة حول المخاطر التي قد يتعرض لها الحمل الثاني وما بعده مرة أخرى، خاصة في الحالة التي تكون فيها المخطوبة حاملة لفصيلة دم سلبية، والخاطب إيجابية³. لذا، فمن المستحسن أن يتم فحص كل خطيبين أمام نفس الطبيب، وأن يتولى هذا الأخير إبلاغهما بنتائج فحوصاتهما أمام بعضهما البعض، وأن يتأكد من علمهما بالحالة الصحية لكل منهما. ذلك أن إطلاع كل منهما على نتائج فحوصاتهما فقط دون نتائج الطرف الآخر لا يحقق الحماية المزدوجة، التي تقتضي العلم بحالته حتى يقرر الإقدام على الزواج أو الإحجام عنه، وكذا العلم بحالة القرين حتى يقرر القبول أو الرفض. ولو أن هذا الأمر يتعارض مع مبدأ الحفاظ على السر المهني للطبيب، إلا إذا تدخل القانون صراحة واعتبره من الحالات المستثناة منه، كما جاء في م24 من ق الصحة لسنة 2018، وم36 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب⁴. لذا، كان على المشرع أن يحرر الطبيب في هاته النقطة بالضبط من مبدأ السر المهني، حفاظا على سلامة العلاقة الزوجية.

كما أن تقييد المشرع لسلطة الطبيب في إمكانية منعه أو تأجيله لتسليم الشهادة الطبية، في الحالات التي تُنبئ عن وجود أمراض قاتلة أو معدية أو مؤثرة على صحة الأولاد يُعَدُّم فائدتها، حيث حصر المشرع دوره حسب م05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 في مجرد تبليغ الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته، ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها، وإعداد شهادة طبية بذلك وتسليمها له. على خلاف ما ذهب إليه المشرع التونسي الذي منحه الحق في رفض تسليمها أو تأجيلها لأسباب طبية، كما جاء في الفصل 03⁵

1 - موسى مرمون: (الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 28/02/2005 والمتمم له)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة1، جوان 2014، مج. ب، ع.41، ص.495.

2 - فلة زردومي: (الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به -دراسة فقهية مقاصدية-)، مرجع سابق، ص.289.

3 - كرنطار هناء: طبية عامة، بلدية دائرة ولاية المسيلة، (الفحص الطبي السابق للزواج)، 26 جويلية 2020، سا 11:45، (مقابلة شخصية).

4 - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج بتاريخ 08 جويلية 1992، ع.52.

5 - ينص الفصل 03 من القانون عدد 46 لسنة 1964 على ما يلي: «...ويمكنه أن يرفض تسليم الشهادة إن تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه وأن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض وتصير حالته الصحية غير مضرّة لذريته.».

من القانون عدد 46 لسنة 1964¹، المتعلق بالشهادة الطبية. لذا، كان على المشرع أن يمنح للطبيب هاته الصلاحية، على الأقل في حالة وجود مرض قاتل لا محالة، أو مرض له تأثير على سلامة وصحة الأولاد، مع منحهما إمكانية الطعن فيها، لأن الزوجين وإن كان لهما الحق في تقرير مصيرهما، فإنه ليس لهما الحق البتة في تقرير مصير أولادهما وإخراجهما إلى هذا العالم بصحة مُعْتَلَّة.

أما الأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج؛ فلم يحددها لنا المشرع لا حصرا ولا مثالا. حيث جعل للطبيب سلطة تقديرية في تكليف بعض الخُطاب بإجراء فحوصات معينة دون البعض الآخر. وذلك خلافا للمشرع التونسي الذي حددها بموجب الفصل 202² من القانون المتعلق بالشهادة الطبية السابقة الزواج. وعدم التحديد هذا، وإن كان له جانب إيجابي كبير، يتمثل في عدم حصر النص في بعض الأمراض التي قد يتم إيجاد العلاج لها، فضلا عن احتمال ظهور أمراض أخرى مستقبلا؛ فإن سلبياته أكبر كونه يجعل الطبيب حر وغير ملزم بطلب إجراء بعض الفحوصات، مما قد يؤدي به إلى التهاون أو التواطؤ، وإمكانية تسليمه لشهادة مخالفة للحقيقة (تقرير مغرض أو شهادة مجاملة)، وما ينجر عنه من تغليب وتغريب بالطرف الآخر، وهو ما منعه مدونة أخلاقيات الطب بموجب م58 منه. لذا، كان على المشرع على الأقل أن يلزمه بالفحوصات التي تكشف عن الأمراض القاتلة مثل السيدا (VIH) والسرطان، الأمراض المعدية مثل التهاب الكبد الفيروسي (HBV/HCV/HIV)، الأمراض التناسلية والجنسية وعلى رأسها الزهري (LA SYPHILIS)، والعقم، بالإضافة إلى فحص الاضطرابات العصبية، وكذا الإدمان على الكحول والتدخين، ثم يفتح له باب الحرية في طلب إجراء باقي الفحوصات التي يمكن أن تنصب على الأمراض الوراثية التي رغم خطورتها إلا أن الإصابة بها محتملة وليست مؤكدة³، وغيرها من الأمراض الأخرى.

أما الفحوصات التي يلتزم الطبيب بإجرائها، فقد حددتها م03 من المرسوم رقم 06-154، حيث لم تجز له تسليم الشهادة إلا بناءً على نتائج فحص عيادي شامل، وتحليل فصيلة الدم (ABO+rhesus)، بينما منحته ف1 من م04 إمكانية إجراء الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض، في حين فتحت ف2 من م04 الباب واسعا أمامه، لاقتراح فحوصات أخرى، للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية وإعلامها بمخاطر العدوى منها. هذا، وبالإضافة إلى إخضاع النساء اللواتي لازلن في سن الإنجاب، إلى

1 - القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1963، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة الزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 03 نوفمبر 1964، السنة 108، ع.53.

2 - ينص الفصل 02 من القانون عدد 46 لسنة 1964 على ما يلي: «يجب أن توجه بصفة خاصة عناية الطبيب أثناء الفحص المنصوص عليه بالفصل السابق إلى الإصابات المعدية والاضطرابات العصبية ونتائج الإدمان على المشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض الخطرة وخاصة مرض السل ومرض الزهري بالنسبة للقرين وللذرية.».

3 - موسى مرمون: (الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 28/02/2005 والمتمم له)، مرجع سابق، ص.495. وأيضا، كرنطار هناء: طبية عامة، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الفحص الطبي السابق للزواج) 26 جويلية 2020، ص 11:45، (مقابلة شخصية).

الفحوصات الخاصة بالحميراء (Rubéole)، ذلك أن عدم وجود مناعة ضدها لدى المرأة، قد يعرض الجنين للتشوهات الخلقية، إذا أصيبت بها أثناء حملها¹، كما هو موضح في نموذج الشهادة الطبية المرفقة بالمرسوم. إلا أنه كان على المشرع أن يعطي أهمية للفحص الطبي النفسي، ولأهمية تحضير الخاطبين نفسيا لدخول معترك الحياة الزوجية، ومدى تحملهما لمسؤولياتها، حيث ركز فقط على مدى أهلية الزوجين البدنية، متجاهلا بذلك الجانب النفسي الذي لا يقل أهمية عن الجانب البدني.

وعن الموثق أو ضابط.ح.م، فقد منعت م06 من ذات المرسوم من تحرير عقد الزواج، إلا بعد تقديم المعنيين للشهادة. كما أوجبت عليه م07 ف1 منه، التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤثر بذلك في عقد الزواج. إلا أن المشرع قد أخطأ في إناطة مهمة مواجهة الخطيبين وإبلاغهما بنتائج الفحوصات إليهما، نظرا لكونهما غير مؤهلين طبيا لذلك². لذا، كان عليه أن يجعل فحصهما يتم أمام نفس الطبيب، وأن يتولى هذا الأخير مهمة مواجهتهما وإبلاغهما بنتائج فحوصاتهما، وأن ترفق تلك النتائج بالشهادة، التي ينبغي تحيينها وتدقيق المعلومات التي احتوتها، كونها وفقا للشكل الحالي تكاد تكون شبه فارغة. كما منعت عليه م07 ف2 رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين. لذا، فسلطته هنا ليست تقريرية بل إعلامية فقط، طالما لا يستطيع رفض إبرام العقد حتى في حالة ما إذا حملت الشهادة الطبية في طياتها نتائج خطيرة، ليُغلب بذلك رضاها ورغبتها فوق كل اعتبار.

وعليه، نستخلص خلال كل ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد ساوى بين المركز القانوني للخطيبين في اشتراط إحضارهما للشهادة الطبية ما قبل الزواج، دون أن يختص بها أحدهما عن الآخر. إلا أن هاته الأخيرة، لا تعدو أن تكون شرطا شكليا إجرائيا في عقد الزواج، مادام لا يترتب على تخلفها بطلان العقد ولا فسخه³. في حين رتب على إغفالها مسؤولية ضابط.ح.م، الذي يمارس مهامه تحت مسؤولية ومراقبة النائب العام طبقا للمادة 26 من ق.ح.م. ومنه، فهو لم يعط أهمية لنتائجها، بدليل منعه للطبيب من رفض تسليمها ولا تأجيل ذلك لأسباب صحية، ومنعه للموثق أو ضابط ح.م من رفض إبرام العقد لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين. في حين جعل من وجوب إحضارها كوثيقة شكلية إجرائية في تحرير العقد شرطا أساسيا وهما بنفس الأهمية، حيث غلب أهمية الشهادة من الناحية الشكلية في إبرام العقد، على أهميتها الموضوعية كوثيقة وقائية تحمي العلاقة الزوجية وبالتالي الذرية. كما لم يعط أهمية حقيقية لوجوب الالتزام بتقديمها، بدليل أنه أجاز تثبيت الزواج العرفي بموجب م22 من ق.أ الذي تم من دونها، مما يجعل من اشتراطها دون جدوى

1 - بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص.182.

2 - ملوك محفوظ، بومدين محمد: (الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج وإشكالات تطبيقه)، مرجع سابق، ص.281.

3 - مسعودي رشيد: (الشهادة الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة)، الراشدية مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المركز الجامعي مصطفى إسمطبولي معسكر، فيفري 2008، ع.1، ص.75.

فعلية، خاصة مع ما يشوبها عمليا من لبس يجعل منها وثيقة صورية، لا تعبر عن القيمة الوقائية الحقيقية التي سُنّت لأجلها.

وإذا كان في اشتراط الحصول على الشهادة الطبية السابقة للزواج من قبل كلا الزوجين فائدة تلحق الاثنين معا، خاصة لو استعملت بجدية وأُثريت أكثر مما هي عليه الآن؛ فإن اشتراطه للرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات، هو ما لا يحقق الفائدة المزدوجة لكلا الزوجين، والذي يخدم الزوجة فقط على حساب الزوج. وهو ما سنتطرق له في النقطة الثانية.

ثانيا: الرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات

أجازت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات¹، كلما دعت الحاجة الملحة إليه، بالدليل القطعي²، الذي حمّله قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾³. إلا أنها لم تُبَقَّ عليه على عشوائيته التي كان عليها إبان الحضارات الإنسانية، والديانات السماوية السابقة⁴، حيث ضبطته بعدة شروط، تمثلت في تسقيف عدد الزوجات المسموح بالتعدد معهن إلى أربع⁵، وضرورة العدل بينهم الذي أوجبت عند الخوف من عدم تحقيقه الاقتصار على زوجة واحدة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً

1 - تعدد الزوجات لغة: هو مركب من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة. فالتَّعَدُّ: من (ع د د)، تَعَدَّدَ، يَتَعَدَّدُ، تَعَدُّدٌ «تَعَدَّدَتِ الْأَرْأُ حَوْلَ الْمَوْضُوعِ»: كَثُرَتْ، تَتَوَعَّدُ... «تعدد الزوجات»: التزوج بأكثر من امرأة...». انظر، عبد الغني أبو العزم: معجم الغني الإلكتروني، حرف التاء، تعدد، (ع د د)، مصدر الكتاب موقع معاجم صخر، مارس 2013، تحميل عن المكتبة الشاملة، <http://shamela.ws/rep.php/book/2236>. أما الزوجة: «...يُقَالُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ: الرَّوْجَانِ...وَرَوْجُ الْمَرْأَةِ: بَعْلُهَا. وَرَوْجُ الرَّجُلِ: امْرَأَتُهُ...وَالرَّجُلُ رَوْجُ الْمَرْأَةِ، وَهِيَ زَوْجُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.3، ب. الزاي، زوج، مرجع سابق، ص.1885.

- تعدد الزوجات اصطلاحا: «هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعا بينهما على أن لا يزيد عددهن على الأربعة». انظر، أحسن زقور: (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 07/09/2004، مج.5، ع.9، ص.68.

2 - شعيب يوسف: (تعدد الزوجات في الإسلام بين المستند الشرعي وشبهات المعارضين)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 10/07/2007، مج.7، ع.14، ص.289.

3- سورة النساء: آية 03.

4 - للاطلاع أكثر في هذا الخصوص راجع، العربي بختي: نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط.1، دار كنوز الحكمة، الأبيار-الجزائر، 2013، ص.34، 63، 91، 107-108، 132-133.

5 - أما عن جمع الرسول ﷺ لتسع نسوة -هو المعتد به والمشهور- في آن واحد؛ فَمَرَدُّهُ إلى الخصوصية التي متعه الله بها بإجماع المجتهدين والفقهاء، كما أنه لم يعدد زواجه إلا بعد مجاوزته الخمسين (50) سنة، إضافة إلى كون زواجه كلهن ثيبات ماعدا السيدة عائشة رضي الله عنها. مما يدل على أنه ﷺ قد قصد من وراء ذلك، غايات تعليمية، تشريعية، اجتماعية وسياسية، بعيدا عن تحقيق مقاصد الهوى، كما اتهمه الغرب بهتانا وزورا. انظر، عبد الله ناصر علوان: تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي ﷺ، ط.1، دار السلام، مصر، د.س.ن، ص.31، 52. انظر أيضا، محمد علي الصابوني: شبهات وأباطيل حول تعدد زوجات الرسول ﷺ، د.ر.ط، د.د.ن، مكة المكرمة، 1980، ص.10، 13-32.

أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ¹، والعدل المراد هنا هو المستطاع، والمتمثل في التسوية في الأمور الظاهرية المادية كالمبيت والنفقة²، ذلك أن الميول القلبية تدخل في صميم العدل المعنوي، الذي يعتبر خارج عن إرادة الإنسان، مما يجعله غير مستطاع، وبالتالي غير مطالب به صاحبه³، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّةِ⁴﴾، ودليل ذلك أن النبي ﷺ رغم حرصه على العدل بين زوجاته، إلا أنه كان يحب سيدتنا عائشة رضي الله عنها أكثر منهن⁵، حيث روي عنها «أن النبي ﷺ كان يقسم بين نسائه فيعدل ويقول: ﴿اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك﴾»⁶. وإضافة إلى تسقيف العدد وضرورة العدل؛ فقد اشترطت الشريعة الإسلامية أيضا القدرة على الإنفاق، لما روي «عن عبد الله قال: قال لنا رسول الله ﷺ: ﴿يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج﴾»⁷، حيث يعتبر من الظلم المحذور أن يُقدم الرجل على الزواج بأخرى، مع علمه بعجزه على الإنفاق، كونه لازما سواء كان الزواج أحادي الزوجة أو متعدد⁸.

ومما سبق، يتضح لنا بأن الشريعة الإسلامية قد توجهت بالخطاب، المتضمن الخوف من عدم تحقيق العدل، الموجب للاقتصار على زوجة واحدة، إلى نفس الراغب في التعدد لا لأحد غيره⁹. وهو ما ذهب إليه مجمع البحوث الإسلامية في أن «تعدد الزوجات مباح بصريح نصوص القرآن الكريم وبالقيود الواردة فيه، وأن ممارسة هذا الحق متروك إلى تقدير الزوج ولا يحتاج في ذلك إلى إذن القاضي»¹⁰. ومنه، فتفويض القضاء بذلك، يُعد تعديا على حرية الرجل، وقمعا لإرادته، ومنعا له من ممارسة حريته الشخصية،

1- سورة النساء: آية 03.

2- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج. 1 (الزواج والطلاق)، مرجع سابق، ص. 127.

3- عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج. 4، ك. النكاح، ط. 2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص. 213.

4 - سورة النساء: آية 129.

5- محمد علي الصابوني: شبهات وأباطيل حول تعدد زوجات الرسول ﷺ، مرجع سابق، ص. 40.

6 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج. 2، أبواب النكاح، ب. ما جاء في التسوية بين الضرائر، ح. رقم 1140، مرجع سابق، ص. 433.

7 - المالك الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج. 1 (01-1470)، ك. النكاح، ب. استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه ووجد مؤنه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، ح. رقم 03 (1400)، مرجع سابق، ص. 630.

8- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 6 ط. 1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص. 292.

9 - عمر بوعلال: (تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغربية)، م.ع.ق.إ.، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 01 جوان 2015، مج. 6، ع. 11، ص. 52.

10- مجمع البحوث الإسلامية: المؤتمر الثاني، القاهرة، سنة 1965، بشأن تعدد الزوجات. نقلا عن: عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 6، مرجع سابق، ص. 293.

وتقييدا للمباح الثابت بالنص الصريح دون أن تكون هناك ضرورة ملجئة أو حاجة عامة¹، فقط تعزيزا لمركز الزوجة².

ذلك أنه وبوجود شرطي إباحة تقييد التعدد، المتمثلين في تحقيق مصلحة حقيقية لا وهمية أو دفع مضرة واقعة أو متوقعة، وأن تكون مرجعية ذلك دينية لا دولية³؛ يصبح اشتراط الرخصة⁴ القضائية أو الإذن المُقَيَّد مقبولا، خاصة مع ثبوت الامتداد الإسلامي له⁵، لما روي «عن المسور بن مخرمة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول وهو على المنبر: ﴿إن بني هاشم بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما هي بضعة مني يربيني ما أربها، ويؤذيني ما آذاها﴾»⁶، وفي رواية ﴿إن فاطمة مني، وأنا أخوف أن تُقتل في دينها... وإنني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله ﷺ وبنت عدو الله أبدا﴾⁷.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تبيح للرجل التعدد، كرخصة استثنائية عندما تدعو الحاجة إليه، مُقَيَّدةً إِيَّاه بشروط تضمن للمرأة كرامتها، دون أن تحرم الرجل من ممارسة حقه المكفول له شرعا؛ فإن المشرع الجزائري قبل التعديل، قد سار على دربها بالإبقاء عليه، مع اشتراط بعض الشروط، دون أن يخضعه لرقابة القاضي ولا لوجوب الترخيص منه، وذلك بموجب م 08 ق.أ. إلا أن المهووسين بالمساواة بين الرجل والمرأة يرون فيه بأنه «نظام لا يتناسب مع عصر نالت فيه المرأة حقوقها كاملة غير منقوصة، كما أنه نظام ينتقص من مكانة المرأة لصالح الرجل وعلى حساب كرامتها وعزتها»⁸، مطالبين بضرورة تعديل أو إلغاء القوانين الوضعية التي تجيزه. وعلى رأس أولئك، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التي حثت على

- 1- العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط. 1 معادة، د.م.ج، الجزائر، 2014، ص. 52.
- 2- محمد توفيق قديري: (مظاهر التوازي بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، جوان 2015، ع. 5، ص. 148.
- 3- عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ك. 1، الزواج، مرجع سابق، ص. 207-208.
- 4 - الرخصة لغة: من «(رَخَصَ) - رُخَصَ، ورُخَصَانًا: نَعَمْ وَلَآنَ... (الرُّخْصَةُ): التسهيل في الأمر... وإِذْنٌ تبيح به الحكومة لحامله مزاولة عمل ما أو استعمال شيء كَرُخْصَةِ المطعم ورخصة السيارة...». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، حرف الراء، (رُخَصَ)، د.ر.ط، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير، مصر، 1989، ص. 259.
- الرخصة اصطلاحا: «ما شرع من الأحكام تخفيفا للعزيمة لعذر». انظر، تقي الدين النبهاني: الشخصية الإسلامية، ج. 3، ط. 3، دار الأمة، بيروت-لبنان، 2005، ص. 58.
- 5 - عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ك. 1، الزواج، مرجع سابق، ص. 207.
- 6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. 1، النكاح، ب. دَبَّ الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف، ح. رقم 5230، مرجع سابق، ص. 1332.
- 7 - المرجع نفسه، ك. فرض الخمس، ب. ما ذكر من درع النبي ﷺ وعصاه وسيفه وقدحه...، ح. رقم 3110، ص. 766.
- 8 - عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، د.ر.ط، مطابع الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن، ص. 07.

إلغائه بصفة نهائية أينما كانت ممارسته مستمرة بموجب التوصية رقم 21 الصادرة عنها¹، حيث أوصت بتنشيطه وحظره ممارسةً وقانوناً²، كونه برأيها يخالف حق المساواة بين الرجل والمرأة، التي جاءت بها ف (أ) من م16 من اتفاقية سيداو: «نفس الحق في عقد الزواج».

وبإسقاط م16 من اتفاقية سيداو على التعدد نتساءل، أيقصدون بإباحته لكيلهما؟ أو بحرمان الاثنين منه؟ إنها المساواة المطلقة والتماثل، التي أراد من ورائها أعداء الإسلام زرع الفتنة في الأسر المسلمة وتدميرها، لعلمهم بأنها لا يمكن أن تكون، كونها «مناقضة مناقضة مباشرة لقوانين الخلق»³، ذلك أن المساواة بين مختلفين تقتضي ظلم أحدهما حتماً. فإذا كان الزواج من حق الجنسين على السواء، فإن التعدد فيه يتحدد بمدى صلاحية أحدهما له، ذلك أن المرأة خلقت للإنجاب، وتعدد الأزواج يُفقد نسب الولد لا محالة، على عكس الرجل⁴. لذا، فالتعدد بالنسبة للمرأة «مستقبح عقلاً، وحرام شريعاً، ومستحيل طبيعة وواقعاً، فلا يقول به إلا من كان إباحي النزعة، مدنس السمعة، فاسد الخلق، عديم الغيرة، ملوث الشرف»⁵، وهو ما عرف بنكاح الرهط، الذي كان منتشرًا في الجاهلية، إلى أن جاء الإسلام وهذه رفقة أنواع أخرى من الأنكحة⁶، التي وإن كانت معتداً بها في الجاهلية كأنكحة، إلا أنها تعتبر علاقات جنسية غير شرعية ولا أخلاقية شرعاً⁷.

وبين التمسك بتعاليم الإسلام، التي تبيح للزوج التعدد عند الضرورة، مع اشتراط ما يحفظ للمرأة قيمتها، والرضوخ للضغوطات التي تسعى إلى إلغائه، وجد المشرع نفسه ملزماً بضرورة إعادة النظر فيه وبالضبط ما تعلق بالقيود الواردة عليه. حيث أضاف قيوداً أخرى مستحدثة على ما جاءت به الشريعة وكذا م08 قبل التعديل؛ تمثلت في وجوب الحصول على الترخيص القضائي، الذي نصت عليه م08 بعد التعديل: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على طالب الزواج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب

1- التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، ص.240. انظر، [HRI/GEN/1/Rev.7](https://www.unhcr.org/refugees/7)

2- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص.16.

3 - محمد خليفة التونسي: الخطر اليهودي، بروتوكولات حكماء صهيون، البروتوكول الرابع، مرجع سابق، ص.131.

4 - عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.102-103.

5 - عبد الله ناصر علوان: تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي ﷺ، مرجع سابق، ص.14.

6 - روي عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته: «أن النكاح كان في الجاهلية على أربعة أنحاء...ونكاح آخر، يجتمع الرهط دون العشرة، فيدخلون على المرأة كلهم بصبيها، فإذا حملت ووضعت ومرت ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع، حتى يجتمعوا عندها، فنقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم، وقد ولدت وهو ابنك يا فلان، فتسمي من أحببت منهم، فيلحق به ولدها...فلما بعث الله محمداً ﷺ هدم نكاح أهل الجاهلية كله، إلا نكاح أهل الإسلام اليوم». انظر، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود ج.3، ك. الطلاق، ب. في وجوه النكاح التي كان يتنكح بها أهل الجاهلية، ح. رقم 2272، مرجع سابق، ص.583-584.

7 - علي بودفع: يقين مسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2020، ص.41.

الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.».

حيث أخضعه المشرع إلى رقابة القاضي، وقيده بوجوب الحصول على الرخصة القضائية، التي يتأكد هذا الأخير قبل منحها من موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج منها، ذلك أن مجرد علمهما بالتعدد أو إخبارهما به من قبل الزوج (ف2 م08) غير كاف، رغم ما لهذا الإخبار من أهمية، حيث يعتبر أمرا وجوبيا، حتى لا تفاجأ كلتاها بوضع الزوج. إلا أن العلم وحده غير كاف في نظر دعاة المساواة، بل لابد من الموافقة والرضا، وهو الأمر الذي أكدته قرار المحكمة العليا: «لا يكفي، لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج.»¹.

هذا، ولم يبين المشرع الإجراءات التي يتبعها رئيس المحكمة ليتأكد من موافقتها، تاركا ذلك للسلطة التقديرية له (ف3 من م08). وعمليا، وفي محكمة المسيلة مثلا، فإن موافقتها تتم بواسطة تصريح شرفي لكل منهما بالقبول، يتضمن اسم الزوجة الأخرى. إضافة إلى وجوب حضورهما الشخصي رفقة طالب التعدد أمام رئيس المحكمة لإجراء التحقيق كل يوم الثلاثاء². إلا أنه، كان على المشرع أن يحدد تلك الإجراءات بوضوح ضمن ق.أ، اقتداءً بالمشرع المغربي الذي حدد إجراءاته بدقة متناهية في م43³ من م.أ.

وإضافة إلى ذلك، وجب أيضا على رئيس المحكمة، التأكد من وجود المبرر الشرعي، الذي لم يوضح المقصود به، نوعه ومعياري التفرقة بين الشرعي وغير الشرعي منه⁴، حيث ترك الأمر للسلطة التقديرية لهذا الأخير. وقد أحسن في عدم حصره لتلك المبررات، كونها عديدة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص. ولعل أهمها، مرض الزوجة المزمن وعقمها، اللذان جاء بهما المنشور الوزاري رقم 102/84 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1984، المفسر للمادة 08 قبل تعديلها، ليضيف المنشور الوزاري رقم 14/85 الصادر بتاريخ 22 أوت 1985، حالات أخرى يقدرها القاضي⁵. كما أننا إذا حاولنا الرجوع إلى أحكام

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/01/19، ملف رقم 334060، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.325.

2- مجلس قضاء المسيلة، محكمة المسيلة، الوثائق المطلوبة في ملف طلب الترخيص لعقد زواج بزوجة ثانية طبقا للمادة 08 ق.أ.

3 - تنص م43 من م.أ على ما يلي: «تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور؛ فإذا توصلت شخصا ولم تحضر أو امتنعت من تسلّم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها. كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه. إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة.».

4 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص.86.

5 - نقلا عن، بن عומר محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، مرجع سابق، ص.178، 180.

الشريعة الإسلامية لتوضيح ذلك (م222 ق.أ)، فلن نجد ضاللتنا كونها لم توجب المبرر الشرعي لإباحة التعدد¹.

كما يجب عليه أيضا، التأكد من توفر العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، إلا أنه باستعماله لعبارة "نية العدل" (ف1 من م08)، يكون قد ناقض ما جاءت به الشريعة الإسلامية، التي اشترطت العدل المادي دون المعنوي، في حين تدل تلك العبارة، على أمر داخلي لا يمكن إثباته ماديا.

والملاحظ في هذا الشأن، هو أن المشرع الجزائري قد توافق مع نظيره المغربي في إباحة التعدد، حيث نظم هذا الأخير بموجب المواد من 40 إلى 46 من م.أ، إلا أنه كان أكثر تنظيما حين حدد إجراءاته بوضوح نافي لكل جهالة، كما كان صارما في ذلك، إلى درجة أنه لم يسمح للزوج الموافق على شرط الزوجة بعدم التعدد عليها بالتحلل منه، حتى ولو تغيرت ظروفه إلى ما يفوق طاقة تحمله، وبالتالي استثنى هذا الشرط من م48 ف2 التي تسمح بإلغاء أو تعديل الشرط الذي أصبح مرهقا لصاحبة، مغلبا بذلك مصلحة الزوجة على مصلحة الزوج دون عذر مقنع. أما المشرع التونسي، فرغم الخلفية الدينية الإسلامية التي تنطلق منها دولته، إلا أنه خرج عن أحكامها، بمنعه للتعدد إطلاقا تحت أي ظرف كان، واعتباره جريمة يعاقب عليها القانون²، وذلك بموجب الفصل 18³ من أمر 13 أوت 1956، ليعاد التأكيد على ذلك المنع بصفة أدق بموجب تنقيح الفصل 18⁴ الذي جاء به القانون ذي الصبغة التفسيرية عدد 70 لسنة 1958⁵، لتضاف إلى هذا الفصل ثلاث فقرات⁶ أخرى حاسمات في هذا الشأن، تُصّد الباب أمام مُريد التعدد بشكل لا يُبقي أمامه

1 - زغودي عمر: (الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ع.1، ص.255.

2 - توفيق شندارلي: (مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشخصية العربية -نظام تعدد الزوجات نموذجا-)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ديسمبر 2014، مج.1، ع.4، ص.102.

3 - كان ينص الفصل 18 من م.أ.ش في الصياغة الأصلية الواردة في الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 على ما يلي: «تعدد الزوجات ممنوع. والتزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقابا بالسجن مدة عام، وبخطية قدرها 240.000 فرنك أو بإحدى العقوبتين فقط.».

4 - أصبح ينص الفصل 18 من م.أ.ش بعد تنقيحه بمقتضى القانون عدد 70 لسنة 1958 على ما يلي: «تعدد الزوجات ممنوع. كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.».

5- القانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 04 جويلية 1958، المتعلق بتنقيح الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 01-04 جويلية 1958، السنة 101، ع.52-53.

6 - ينص الفصل 02 من المرسوم عدد 1 لسنة 1964 على ما يلي: «أضيفت ثلاث فقرات إلى الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية هذا نصها: الفقرة الثالثة (الجديدة) -ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معايشة زوجه الأول. الفقرة الرابعة (الجديدة) -ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يعتمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين. الفقرة الخامسة (جديدة) -ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل.».

أي مجال للمحاولة، وذلك بموجب المرسوم عدد 1 لسنة 1964¹، المتعلق بتنقيح بعض فصول من م.أ.ش، المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964². وما الدافع من وراء كل تلك التنقيحات، العقوبات والموانع اللامتناهية إلا تحقيق المساواة بين الزوجين في مسألة التعدد، منتهجا بذلك نهج المشرع الفرنسي³، الذي يمنع بموجب م147⁴ من ق.م.ف عقد زواج ثاني قبل انحلال الأول.

ورغم الموقف المجحف الذي سلكه المشرع في حق الزوج؛ إلا أنه ترك له سبيلا آخر لتعدد زواجه ولو كان ملتويا، تمثل في التعدد العرفي دون الحصول على الرخصة القضائية ثم تسجيله، بموجب م22 من ق.أ التي تسمح بتثبيت الزواج العرفي بموجب حكم وبسعي من النيابة العامة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: «استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني، حتى ولو كان عرفيا...»⁵. حيث فضل الإبقاء على هذا السبيل تقديرا منه للمصالح⁶.

ونأمل من خلال ما سبق، بآلا يكون هذا التقييد الظاهري بداية للمنع المطلق والصريح، وآلا يكون هذا التضيق خطوة أولى نحو التفكير في إلغائه نهائيا، بانتهاج سبيل "الخطوة بالخطوة"، الذي يحاول من خلاله المشرع تعديل ق.أ تدريجيا، كونه لم يحن الأوان بعد لإجراء تغييرات جذرية، لتحقيق اتساق تام مع اتفاقية (CEDAW)⁷، حيث ربط الوفد الجزائري إثر رده على خبراء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ذلك، بمدى انتشار نسبة العلمنة في المجتمع الجزائري⁸. كما أرجعه إلى أن ق.أ مستلهم من الشريعة الإسلامية⁹، التي تعد المصدر الأساسي له، والتي كفلها الدستور بموجب م02 منه، التي تنص على أن: «الإسلام دين الدولة...». وأنه مسألة غير مطروحة في الوقت الحاضر، وأنه شبه منعدم في واقع المجتمع

1 - المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، المتعلق بتنقيح بعض فصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 21 فيفري 1964، السنة 107، ع.9.

2 - القانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964، المتعلق بالمصادقة على المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، المتعلق بتنقيح بعض من فصول مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 24-28 أبريل 1964، السنة 107، ع.21.

3 - شريف هنية: (الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البلدة، كلية الحقوق، 2011/01/01، مج.1، ع.1، ص.51.

4 - Aart. 147 du C.C.F dispose: «On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 344.

5 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2014/01/16، ملف رقم 0881943، م.م.ع، 2014، ع.1، ص.332.

6 - راجع، يوسف القرضاوي: في فقه الأولويات، دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، ط.2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1996، ص.27-29.

7 - محضر موجز للجلسة رقم 406، مرجع سابق، ص.08، انظر، [CEDAW/C/SR.406](#)

8 - التقرير الدوري الثاني للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 11 جانفي 2005، ص.13. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/DZA/2](#)، تاريخ الولوج، 2018/05/01، سا. 10:30.

9 - المرجع نفسه، ص.12. انظر، [CEDAW/C/DZA/2](#)

الجزائري¹. ومع ذلك، فإن تلك الردود كانت محتشمة، متذبذبة وغامضة، نأمل أن تتحلى بعدها الحكومة الجزائرية بمواقف صارمة لا رجوع فيها، وواضحة لا لبس فيها، في الدفاع عن مبادئ ديننا الحنيف، وهوية مجتمعنا الأصيل، حتى يُقطع الشك باليقين، ولا يُفتح لهم المجال لانتظار إلغائه بعد حين.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري، قد قوى المركز القانوني للزوجة في مواجهة زوجها، وذلك بتقييده للتعدد بشرط الحصول على الرخصة القضائية، المستندة على وجوب توافر عدة شروط، أصعبها على الإطلاق موافقتها هي، والتي تعتبر ضرب من ضروب الاستحالة. تلك الاستحالة، التي تتأكد أكثر إذا ما كانت لديه زوجتان أو ثلاث سابقات، دون سبب دافع فقط للرفع من مركز الزوجة القانوني.

وإذا تم الزواج مستوفيا لركنه وشروطه، والتي سبق وأن رأينا المجهود الذي بذله المشرع بغية تحقيقه للمساواة بين المركز القانوني للزوجين بمقتضاها؛ فإن المشرع لم يتوقف عند هذا الحد، بل واصل مسيرته تلك نحو المساواة حتى بعد الدخول في العلاقة الزوجية من خلال الحقوق والواجبات الزوجية المنبثقة عنها، معنوية كانت أم مادية إلا فيما تعلق بالنفقة، وهو ما سنطرق له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

المركز القانوني للزوجين بعد الدخول في العلاقة الزوجية

تترتب على الدخول في العلاقة الزوجية، الناجمة عن عقد الزواج الصحيح، المستوفى لركنه وشروطه، جملة من الآثار، تتمثل في حقوق² وواجبات³ تجاه الزوجين فيما بينهما، وأخرى تتعداهما إلى الأولاد -نتطرق لها في حينها- والأقارب.

حيث رتب الشارع الحكيم حقوقا مشتركة متبادلة بين الزوجين تعتبر واجبات في الآن نفسه، في حين أفرد للزوجة حقوقا خاصة بها، كما أفرد للزوج هو الآخر حقوقا خاصة به، بما يتناسب وفطرتهما التي

1 - ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدورين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص.04. انظر، [CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1](#)

2 - الحق لغة: «(الحق) خلاف الباطل...وحققت الأمر أحققته إذا تيقنته أو جعلته ثابتا لازما...وهو مأخوذ من الحق الثابت وقولهم هو أحق بكذا يستعمل بمعنيين أحدهما اختصاصه بذلك من غير مشاركة نحو زيد أحق بماله أي لا حق لغيره فيه والثاني قد يكون...للتفضيل فيقتضي اشتراكه مع غيره وترجيحه على غيره...». انظر، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير، ك. الحاء، حقق، د.ر.ط، مكتبة لبنان، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.55.

- الحق اصطلاحا: «مصلحة مشروعة يحميها القانون». انظر، محمد رأفت عثمان: الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، ط.4، دار الضياء، الزيتون-القاهرة، 1991، ص.10.

3 - الواجب لغة: «وَجَبَ وَجُوبًا وَجِبِيَّةً الشَّيْءُ ثَبِتَ وَلَزِمَ وَحُرِّمَ، وَهُوَ الْوَاجِبُ. وَتَمَّ وَفُذَّ...وَجَبَّ الشَّيْءُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ: جَعَلَهُ لَازِمًا عَلَيْهِ...أَوْجِبَ الشَّيْءُ: جَعَلَهُ وَاجِبًا...الواجب: اللازم...». انظر، أحمد رضا: معجم متن اللغة، مج.5، حرف الواو، (وج ب)، د.ر.ط، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960، ص.707.

- الواجب اصطلاحا: «ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه...». انظر، محمد رأفت عثمان: الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، مرجع سابق، ص.16.

فطرهما عليها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، «أي لهن على الرجال من الحق مثلما للرجال عليهن، فليؤد كل واحد منهما للآخر ما يجب عليه بالمعروف»²، وكذا لما روي عن «عمرو بن الأحوص، قال: حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ... فقال: ﴿...ألا إن لكم على (نساءكم)³ حقا، ولنسائكم عليكم حقا...﴾»⁴. ليكون ذلك التصنيف، هو الذي درج عليه المشرع الجزائري قبل التعديل، وذلك بتمييزه بين الزوجين فيما تعلق بالحقوق والواجبات الزوجية، كلٌ حسب طبيعته والدور الذي يلعبه في الأسرة ويليق به بما يحقق الانسجام بينهما. حيث خص كليهما بواجبات مشتركة (م36)⁵، بينما أفرد الزوج بواجبات نحو زوجته (م37)⁶، مثلما أفرد الزوجة هي الأخرى بواجبات نحو زوجها (م39)⁷، في حين منح لهاته الأخيرة حقوقا (م38)⁸.

إلا أن تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية من جهة، والاضغوطات التي تعرض لها المشرع داخليا وخارجيا من جهة أخرى، التي اعتبرت في ذلك التوزيع تمييزا ضد المرأة؛ هو ما دفع به إلى إعادة هيكلتها، حيث تخطى عن التقسيم السابق الذي كان يركز على ذاتية الزوجين نفسيهما بين ذكر وأنثى، ليأتي بتقسيم جديد يركز على نوعية الحقوق والواجبات بين معنوية (المطلب الأول)، ومالية (المطلب الثاني)، دون تمييز بين الزوجين من حيث الجنس، إلا فيما تعلق بالنفقة الزوجية كما سيأتي بيانه.

1 - سورة البقرة، آية 228.

2 - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، ج.1، الفاتحة-البقرة، الآية 228، ط.2، دار طيبة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1999، ص.609.

3 - الصواب أن تكتب (نسائكم).

4 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.2، أبواب الرضاع، ب. ما جاء في حق المرأة على زوجها، ح. رقم 1163، مرجع سابق، ص.455.

5 - كانت تنص م36 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «يجب على الزوجين ما يلي: 1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، 2- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، 3- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف.».

6 - كانت تنص م37 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «يجب على الزوج نحو زوجته: 1-النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.».

7 - كانت تنص م39 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «يجب على الزوجة: 1-طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، 2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، 3- احترام والدي الزوج وأقاربه.».

8 - كانت تنص م38 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «للزوجة الحق في: -زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف، -حرية التصرف في مالها.».

المطلب الأول

الحقوق والواجبات المعنوية

بعد أن كان المشرع الجزائري ينيط بكل واحد من الزوجين نوعا معينا من الحقوق والواجبات التي تتماشى مع تركيبته البيولوجية والنفسية، فضلا عن إشراكهما في فئة معينة من الحقوق والواجبات المعنوية¹، ليَجعل منهما ركيزتين مكملتين لبعضهما البعض، دعما بذلك لوحدة واستقرار الأسرة؛ تراجع بعد تعديل 2005 عن ذلك التصنيف، ليقوم بالتخلي عن الحقوق والواجبات الزوجية الخاصة بكل طرف، إلا ما تم النص عليه في نصوص قانونية أخرى، مبقيا فقط على الحقوق والواجبات الزوجية المعنوية المشتركة، حيث دمج هاته الأخيرة معا، وألقى بها على كاهل كلا الزوجين دون تمييز، متخذا منهم كتلة واحدة، مركزا على التشاركية في الحقوق والواجبات المتبادلة (الفرع الأول)، محاولا بذلك تحقيق مبدأ المساواة الكاملة بينهما، تلك المساواة التي لن تتحقق من دون إلغائه لدور الزوج في رئاسة الأسرة الذي كان مطبقا قبل التعديل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التشاركية في الحقوق والواجبات المتبادلة

سعى المشرع الجزائري بعد تعديل 2005، إلى خلق التساوي بين الزوجين في الحقوق والواجبات خاصة المعنوية، حيث رتب على الزوجين ولهما جملة من الحقوق والواجبات المتبادلة على سبيل الشراكة²، دون توضيح ولا تفصيل ولا ترتيب جزاء على انتهاكها، مكتفيا بتحديدتها فقط، مركزا على ضرورة احترام مبدأ المسؤولية المشتركة في الحفاظ على كيان الأسرة وروحها (أولا)، والتعاون والتشاور (ثانيا)، مخاطبا بضرورة الالتزام بتلك المبادئ كلا الزوجين، ليَجعل منهما كلاً مُتَّحِداً قائما على تكوين الأسرة، لمحاولة الوصول بها إلى وحدة متكاملة تسودها روح المحبة والتكافل.

1 - الحقوق والواجبات المعنوية، هي عبارة مركبة من ثلاث مصطلحات، نعرف كل واحد على حدة. وبما أننا قمنا بتعريف مصطلحي الحق والواجب في اللغة والاصطلاح سابقا في هامش ص.65، فسنركز الآن على تعريف مصطلح "المعنوية" في اللغة والاصطلاح كذلك كما يلي:

- المعنوية لغة: «...المَعْنَوِيَّ. (ع ن ي) المنسوب إلى المعنى. المَعْنَوِيَّات. (ع ن ي) الاستعدادات النفسية والعاطفية والعقلية التي تدعم شخصية الإنسان...». انظر، جبران مسعود: الرائد، معجم لغوي عصري، حرف الميم، (المَعْنُ)، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، مارس 1992، ص.754.

- المعنوية اصطلاحا: «سلطة لشخص على شيء غير مادي...». كما تسمى أيضا بالحقوق غير المالية أو الأدبية. انظر، علي محي الدين القره داغي: الحقوق المعنوية والتصرف فيها وزكاتها، دراسة فقهية تأصيلية، د.ر.ط، د.د.ن، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، قطر، د.س.ن، ص.461.

2 - رابح بن غريب: (المركز القانوني للمرأة على مستوى تعديل قانون الأسرة الجزائري)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.1، ع.1، ص.177.

أولاً: تقرير المسؤولية المشتركة في المحافظة على أواصر العلاقة الزوجية

تعتبر العلاقة الزوجية من أسمى العلاقات وأقدسها على الإطلاق، التي يجب أن تتبني على روابط روحية متينة، تقتضي من الطرفين المسؤولية المتبادلة في الحفاظ على استمرارها، لتمتينها بغية الوصول بها إلى حماية ما أسماه الله عز وجل بالميثاق الغليظ من التصدع والانحيار.

لذا، رتب الشارع الحكيم جملة من الحقوق المشتركة بين الزوجين، على رأسها حل العشرة الزوجية، التي تقتضيها الطبيعة الإنسانية، والتي لا تتحقق بما هو محرم إلا بالزواج¹، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾². ويترتب على حل العشرة الزوجية، حق استمتاع كل من الزوجين بالآخر، في إطار ما أباحته ورسمته لنا الشريعة الإسلامية³، لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁴، وقوله أيضاً: ﴿يَسَاوُكُمُ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتُمْ سِتْنُمْ وَقَدْ مَوَّاهُمْ لَأَنْفُسِكُمْ﴾⁵، حيث يتربع هذا الحق (الاستمتاع) على عرش الحقوق المشتركة المعنوية بين الزوجين، لعدم إمكانية انفراد أحدهما به دون الآخر. غير أن هذا الاستمتاع، لا يجد محله إلا عن طريق المساكنة الشرعية، وذلك بأن يعيش الزوجان في بيت واحد (مسكن الزوجية)، والذي يعتبر فيه سعة الزوج وحال الزوجة⁶، يتبادلان فيه أسمى مظاهر المودة والرحمة، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْهِكُمْ﴾⁷. ذلك الاستمتاع، الذي يؤدي إلى تحقيق الغرض من الزواج، والمتمثل في إحصان الزوجين وتحقيق عَقَّتِهِمَا، لحمايتهما من الوقوع في شباك الحرام، فضلا عن حفظ النسل. لذا، كان على الزوجين أن يؤديا واجبهما تجاه بعضهما إلا إذا حال دون ذلك مانع أو مرض⁸، لما روي عن «طَلْقِ بْنِ عَلِيٍّ»، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿إِذَا الرَّجُلُ دَعَا زَوْجَتَهُ لِحَاجَتِهِ فَلَتَاتَهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى التَّنَوُّنِ⁹﴾¹⁰. ولتحقيق هذا الاستمتاع، ينبغي لكلا الزوجين التحلي ببعض الخصال الحميدة التي ترغَّبهما ببعض البعض دفعا للنفور من بعضهما، كالمحافظة على

1 - عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، ط.1، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص.192.

2- سورة المؤمنون: آية 05.

3 - جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط.1، دار الحامد، عمان-الأردن، 2009، ص.54.

4 - سورة البقرة: آية 187.

5 - سورة البقرة: آية 223.

6 - أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج.3، ك. الزواج ومقدماته ونوابه، مرجع سابق، ص.202.

7 - سورة الطلاق: آية 06.

8 - جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.72، 54-55.

9 - التنوير: هو تنوير الخبز، أي القرن الذي يخبز فيه. انظر، محمود شكري: القرآن الكريم وبهامشه مختصر تفسير القرآن العظيم، ط.1، بيت القرآن، حمص-سوريا، 2015، ص.226.

10 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.2، أبواب الرضا، ب. ما جاء في حق الزوج على المرأة، ح. رقم 1160، مرجع سابق، ص.453.

النظافة وأخذ زينتهما دون أن يقتصر الأمر على الزوجة وحدها دون الزوج¹، وفي هذا قال ابن عباس: «إني لأحب أن أترين للمرأة كما أحب أن تتزين لي المرأة لأن الله يقول: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾»²،³ كما روي عن عائشة رضي الله عنها وَصَفَ إحدى الزوجات لزوجها بلين ونعومة ملمسه وطيب رائحته وحسن خلقه⁴ تقول: «زوجي المسُّ مسُّ أرنبٍ، والريح ریحُ زَرْنَبٍ»⁵،⁶ هذا، وللحفاظ على قداسة العلاقة الزوجية واحترامها، وجب الحفاظ على أسرار الزوجية، خاصة تلك التي تكتسي الطابع الشخصي من قبل كلا الزوجين⁷، وفي هذا روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة، الرجل يفضي إلى امرأته، وتفضي إليه، ثم ينشر سرها»⁸.

والمشرع الجزائري، لم ينص صراحة على حق الاستمتاع بين الزوجين، إنما يفهم ضمنا من خلال م36 ف1 ق.أ، التي توجب عليهما «المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة»، التي تتمثل أساسا في الاستمتاع بينهما. كما يستشف أيضا من م04 ق.أ، التي تنص على أن من بين أهداف الزواج "إحصان الزوجين"، ذلك الإحصان الذي لا يتم إلا عن طريق الوطء الذي يترتب عليه الاستمتاع. كما لم يختص المشرع بالاستمتاع أحد الزوجين دون الآخر، متماشيا بذلك مع ما ذهب إليه الجمهور من المالكية⁹، الحنفية¹⁰ والحنابلة¹¹، الذين يجعلون من الوطء واجبا على الزوج مثلما هو حقا له، ونفس الشأن بالنسبة

- 1 - عبد المنعم نعيمة: (الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون)، مجلة الإحياء، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، كلية العلوم الإسلامية، 2012/12/01، مج.15، ع.1، ص.448.
- 2 - سورة البقرة، آية 228.
- 3 - محمد علي الصابوني: مختصر تفسير ابن كثير، مج.1، سورة البقرة، الآية 228، ط.7، دار القرآن الكريم، بيروت-لبنان، 1981، ص.203.
- 4 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ج.9، ك. النكاح، ب. حسن المعاشرة بالمعروف، ح. رقم 5189، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2001، ص.174.
- 5 - الزرنب: «هو نبت طيب الريح، وقيل هو شجرة عظيمة بالشام بجبل لبنان لا تثمر لها ورق بين الخضرة والصفرة...وقيل هو حشيشة دقيقة طيبة الرائحة...وقيل هو الزعفران...». انظر، المرجع نفسه، ص ص.173-174.
- 6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري ك. النكاح، ب. حسن المعاشرة مع الأهل، ح. رقم 5189، مرجع سابق، ص ص.1321-1322.
- 7 - بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.521.
- 8 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. النكاح، ب. تحريم إفشاء سر المرأة، ح. رقم 1437، مرجع سابق، ص.654.
- 9 - محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، القسم 2، المعاملات، ك.1، النكاح، ب.6، في حقوق الزوجة، المسألة الأولى، في الاستمتاع، مرجع سابق، ص.365.
- 10 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في شرط الزوجية، مرجع سابق، ص.467.
- 11 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجعالي الدمشقي الصالحي الحنبلي: المغنى، ج.10، تابع كتاب النكاح، مرجع سابق، ص.239. انظر أيضا، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. عشرة النساء والقسم والنشوز وما يتعلق بها، مرجع سابق، ص.192.

للزوجة، ومخالفاً بذلك الشافعية¹، الذين يُتصرون هذا الحق على الزوج وحدة، دون أن يجعلوا للزوجة فيه نصيب. والراجح، هو رأي الجمهور بأن الوطاء واجب على الزوج، وهو حق مؤكد للزوجة بل وأعظم من إطعامها، مثلما هو حق له وواجب عليها، وذلك بالمعروف أي بقدر حاجة الزوجة وقدرة الزوج والعكس².

وإضافة إلى تكليف الزوجين بالمحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة المتمثلة في حق الاستمتاع خاصة وتبعاته؛ فإنه لابد عليهما أيضاً من معايشة بعضهما البعض بالمعروف. تلك العبارة، التي حملها قوله تعالى في عديد من الآيات، من بينها قوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، وقوله أيضاً: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴. «والمعروف هو الذي يعرفه الناس بالذوق المكتسب من نوع الحياة الاجتماعية المتداولة بينهم»⁵، حيث يتضمن المعروف «هداية العقل، وحكم الشرع، وفضيلة الخلق الحسن وسنن الأدب»⁶. كما أن المعروف، يُبنى على «مقتضى الفطرة، والآداب، والمصالح، ونفي الإضرار، ومتابعة الشرع»⁷. لذا، فالمعايشة بالمعروف تركز على تحلي الزوجين بمكارم الأخلاق قولاً، فعلاً وخلقاً⁸، لقول ابن كثير: «طَيَّبُوا أَقْوَالَكُمْ لَهْنٍ، وَحَسَنُوا أَعْمَالَكُمْ وَهَيَّأَتْكُمْ بِحَسَبِ قُدْرَتِكُمْ، كَمَا تَحِبُّ ذَلِكَ مِنْهَا، فَافْعَلْ أَنْتَ بِهَا مِثْلَهُ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾»⁹، وذلك بصدد تفسيره للآية الكريمة: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹¹.

- 1 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. القسم والنشوز، مرجع سابق، ص.331-332.
- 2 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.32، ك. النكاح، ب. القسم بين الزوجات، د.ر.ط، مجمع فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004، ص.271.
- 3 - سورة النساء: آية 19.
- 4 - سورة البقرة، آية 228.
- 5 - محمد الحسين الطباطبائي: الميزان في تفسير القرآن، ج.2، ط.1، منشورات الأعلمي للمطبوعات، بيروت-لبنان، 1997، ص.236.
- 6 - المرجع نفسه، ص.236.
- 7 - محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، ج.2، ك.1، د.ر.ط، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص.399.
- 8 - عبد اللطيف السيد: حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها النبي ﷺ، د.ر.ط، دار نشر الثقافة، الإسكندرية-مصر، د.س.ن، ص.57.
- 9 - سورة البقرة، آية 228.
- 10 - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، مج.2، آل عمران-النساء، ط.2، مرجع سابق، ص.242.
- 11 - سورة النساء: آية 19.

كما أن المعاشرة بالمعروف تقتضي منا الاقتداء بنبينا الكريم الذي كان أسوتنا في حسن خلقه¹، لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾²، وقوله أيضا: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾³. حيث حثت السنة الشريفة على ضرورة التحلي بطيب الخلق، فيما روي عن عائشة ؓ قالت: قال رسول الله ﷺ: ﴿خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي﴾⁴، وما روي عنها أيضا «قالت: قال رسول الله ﷺ: ﴿إن من أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وألطفهم بأهله﴾»⁵، وما روي «عن أبي ذر؛ قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿لا عقل كالتدبير. ولا ورع كالكف. ولا حسب كحسن الخلق﴾»⁶. وذلك حتى تتحقق الطمأنينة والسكينة التي يتوق كل من الزوجين لإيجادها في الآخر.

كما تقتضي المعاشرة بالمعروف أيضا، غض بصر كل من الزوجين على هفوات وأخطاء قرينه، بتبادل قيم التسامح⁷، وبخفض كل منهما لجناح الذل من المودة والرحمة لصاحبة كلما رأى داعيا إلى ذلك، لما روي «عن أنس؛ قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿كل بني آدم خطاء. وخير الخطائين التوابون﴾»⁸. فضلا عن عدم إلحاق الضرر ببعضهما والصبر على ما ييدر منهما من أذى⁹، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾¹⁰، وما روي «عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها آخر﴾ أو قال: ﴿غيره﴾»¹¹.

بالإضافة إلى ذلك، تقتضي المعاشرة بالمعروف، ضرورة التزام الكلمة الطيبة في تعامل الزوجين فيما بينهما¹²، لقوله تعالى: ﴿وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا﴾¹، وقوله: ﴿كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي

1 - ربيعة إلغات: الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011، ص.31.

2 - سورة الأحزاب: آية 21.

3 - سورة القلم: آية 04.

4 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.6، أبواب المناقب، ب. في فضل أزواج النبي ﷺ، ح. رقم 3895، مرجع سابق، ص.188.

5 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.4، أبواب الإيمان، ب. ما جاء في استكمال الإيمان وزيادته ونقصانه، ح. رقم 2612، مرجع سابق، ص.359.

6 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج.2، ك. الزهد، ب. الورع والتقوى، ح. رقم 4218، مرجع سابق، ص.1410.

7 - ربيعة إلغات: الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص.32.

8 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج.2، ك. الزهد، ب. ذكر التوبة، ح. رقم 4251، مرجع سابق، ص.1420.

9 - جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.66.

10 - سورة النساء: آية 19.

11 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. الرضاع، ب. الوصية بالنساء، ح. رقم 1469، مرجع سابق، ص.673.

12 - ربيعة إلغات: الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص.34-35.

السَّمَاءُ². فضلا عن أهمية بشاشة وجههما لما روي «عن أبي جُرَيِّ جابر بن سُلَيْمٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «وَلَا تَحْقِرَنَّ شَيْئًا مِنَ الْمَعْرُوفِ، وَأَنْ تَكَلَّمَ أَخَاكَ وَأَنْتَ مُنْبَسِطٌ إِلَيْهِ وَجْهَكَ، إِنَّ ذَلِكَ مِنَ الْمَعْرُوفِ...»³.

والمعاشرة بالمعروف، هي ما نص عليها المشرع الجزائري صراحة بموجب م36 ف2 من ق.أ. كما يلي: «يجب على الزوجين...المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة»، إذ هي ذات الأخلاق، المبادئ والقيم التي نستشفها من خلال م03 من ق.أ: «تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية». حيث أبقى المشرع الجزائري على نفس التوجه الذي ذهب إليه شريعتنا الغراء⁴، والذي سلكه المشرع الفرنسي أيضا بموجب م212⁵ من ق.م.ف، التي جاء فيها: «يجب على الزوجين تبادل "الاحترام"، والأمانة، والإسعاف، والمساعدة»⁶.

وإذا كان الزوجان ملزمين بضرورة الحفاظ على روابط العلاقة الزوجية الحميمة التي تربطهما معا؛ فإنهما ملزمان كذلك بضرورة الحفاظ على روابط القرابة وصلات الرحم "الخاصة بكل زوج تجاه أهله" بموجب م36 ف6: «يجب على الزوجين...المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف»، وكذا ف7: «يجب على الزوجين...زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف»، كما يُلزمان أيضا بضرورة الحفاظ على روابط القرابة وصلات الرحم "الخاصة بكل زوج تجاه أهل قرينه" بموجب م36 ف5: «يجب على الزوجين...حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم». ليجعل المشرع من ذلك التكليف واجبا تبادليا يقع على عاتق كلا الزوجين معا على قدم المساواة.

ورغم إيلاء المشرع أهمية بالغة لعلاقات القرابة، بوجوب احترامها والمحافظة عليها، لقوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ﴾⁷، ولما روي «عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «رَغِمَ أَنْفٌ ثُمَّ رَغِمَ أَنْفٌ، ثُمَّ رَغِمَ أَنْفٌ» قيل: من يا رسول الله؟ قال: «مَنْ أَدْرَكَ أَبُويهِ عِنْدَ الْكِبَرِ،

- 1 - سورة البقرة: آية 83.
- 2 - سورة إبراهيم: آية 24.
- 3 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.6، ك. اللباس، ب. ما جاء في إسبال الإزار، ح. رقم 4084، مرجع سابق، ص. 181-182.
- 4 - عبد المنعم نعيمة: (الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون)، مرجع سابق، ص. 451.
- 5 - Art. 212 du C.C.F (L.n° 2006-399 du 04 avr. 2006, art. 02) dispose: «les époux se doivent mutuellement «respecte,» fidélité, secours, assistance.». Voir, Alice Tisserand-Martin....: CODE CIVIL, Op. cit, P. 387.
- 6 - تمت ترجمة أغلب نصوص ق.م.ف على مستوى الرسالة بالاستناد على المرجع التالي: فايز الحاج شاهين (بمعية نخبة من القانونيين والمترجمين المتخصصين في القانون فرنسيين وعرب): القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط.108، دالوز-جامعة القديس يوسف/كلية الحقوق والعلوم السياسية/مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت-لبنان، 2012.
- 7 - سورة النساء: آية 36.

أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَيْهِمَا فَلَمْ يَدْخُلِ الْجَنَّةَ»¹؛ إلا أنه وبتخصيصه لثلاث فقرات كاملة للنص عليها، يكون قد وقع في التكرار، الذي برأينا كان بإمكانه تفاديه بتخصيص فقرة واحدة مضبوطة وشاملة تكون شافية وكافية.

وعليه، نستخلص خلال ما سبق بأن المشرع الجزائري، قد ساوى بين المركز القانوني للزوجين، في إلزامهما بالمسؤولية المشتركة في الحفاظ على أوامر العلاقة الزوجية، سواء "علاقتهما تجاه بعضهما"، بضرورة تبادل كل ما من شأنه تمتين وحماية الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، وكذا ضرورة تبادل المعاشرة بالمعروف. أو "علاقتهما تجاه أقاربهما، وأقارب بعضهما البعض"، بضرورة تبادل الاحترام وحسن المعاملة. ولاستمرار المشرع الجزائري في دعم مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، حث على تكريس مبدأ التعاون بينهما، كما استحدث ما يعرف بمبدأ التشاور، كما سنأتي إلى بيانه في النقطة الموالية.

ثانيا: تكريس التعاون والتشاور وعدم الانفرد في اتخاذ القرار

يُرجع في تحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين، إلى العُرف الذي تقتضيه فطرة كل منهما²، لما قَضَى به النبي ﷺ بين ابنته فاطمة وزوجها علي حينما اشتكى له الخدمة، فحكم على فاطمة بخدمة البيت ورعايته أو ما يسمى بالخدمة الباطنة، بينما حكم على علي بما كان خارجه من عمل أو بما يسمى بالخدمة الظاهرة³. إلا أن تحديد الحقوق والواجبات الخاصة بكل طرف، لا يلغي فكرة التعاون بينهما، وما من شأنه أن يضيفه من قوة في بناء أسرة يسودها التعاون والوئام، حيث يشكل ذلك التآزر بينهما نوع من البر والتقوى، الذي حث عليه الله تعالى في قوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁴.

ذلك التعاون، يقودنا إلى بناء أسرة متماسكة ومتينة، إذ لا يؤثر على دور كل من الزوجين في أداء مهامه الأصلية إذا ما تم بالمعروف. فإذا كان سيد الخلق وقدوتنا يعين زوجاته في تدبير شؤون البيت⁵، لما روي «عن الأسود قال: سألت عائشة: ما كان النبي يصنع في بيته؟ قالت: يكون في مهنة أهله - تعني خدمة أهله - فإذا حضرت الصلاة خرج إلى الصلاة»⁶؛ فلا ضير في إعانة غيره من الرجال لزوجاتهم. إذ ليس هناك ما يمنع من مساعدة الزوج لزوجته في أعمالها، أو مساعدتها هي له في أعماله، حيث يكون ذلك التعامل النبيل المتبادل بينهما، داعما للعلاقة الزوجية، موطدا لأركانها، محافظا على استقرارها، مبقيا على

1 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.2، ك. البر والصلة والآداب، ب. رغم من أدرك أبويه أو أحدهما عند الكبر، فلم يدخل الجنة، ح. رقم 2551، مرجع سابق، ص.1189.

2 - محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ط.18، دار الشروق، القاهرة-مصر، 2001، ص.155.

3 - أبو عبد الله محمد بن فرج المالكي القرطبي: أقضية رسول الله ﷺ، ط.1، دار ابن الهيثم، القاهرة-مصر، 2006، ص.69.

4 - سورة المائدة: آية 02.

5 - إسماعيل صديق عثمان: (المرأة تحت مظلة الإسلام...مكانتها وصون حقوقها)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، مارس 2017، العام الرابع، ع.17، ص.23.

6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الآذان، ب. من كان في حاجة أهله فأقيمت الصلاة فخرج، ح. رقم 676، مرجع سابق، ص.168.

استمرارها ومضيفا لها عمرا بعد عمر، لأن صاحب في المسكن إذا لم يعاون صاحبه على مصالحه، لم يكن قد عاشه بالمعروف¹.

هذا، ويعتبر الحفاظ على مصلحة الأسرة مسؤولية الزوجين معا، حتى ينهضا بها إلى مضاف تطلعاتهما، وليكونا دعما لبعضهما، حيث روي «عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «كُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ: فَالْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ فِي أَهْلِهِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا رَاعِيَّةٌ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا... فكلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته»².

وضرورة التعاون بين الزوجين، هو ما ألزم به المشرع كليهما في كل الأمور التي تتطلبها مصلحة الأسرة، ومنها رعاية الأولاد وحسن تربيتهم التي خصها بالذكر³، حيث كلف الاثنين بهذا الالتزام ولم يقصره على أحدهما دون الآخر، بموجب م36 ف3 التي جاء فيها: «يجب على الزوجين:...التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم». معتبرا ذلك التعاون مسؤولية الاثنين، متفقا مع م05 ف (ب) من اتفاقية سيداو، التي تعترف بالمسؤولية المشتركة للرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم. وإذا كان القانون يلقي على كاهل الزوجين معا، مسؤولية تعاونهما على تحقيق مصلحة الأسرة بما فيها مصلحة الأولاد؛ فإن الواقع يجعل من ذلك التعاون محصور في بعض المهام دون الأخرى، إذ تنقسم المهام بين الزوجين بصفة تلقائية، استنادا إلى ما تمليه عليهما فطرتهما التي فطرهما الله عليها.

وما تلك المساواة بين الزوجين في واجب التعاون بينها على رعاية شؤون الأسرة والأولاد، إلا تقليدا من المشرع الجزائري لنظيره الفرنسي الذي أقر ذلك بموجب م213 من ق.م.ف، التي جاء فيها ما يلي: «يؤمن الزوجان معا الإدارة المعنوية والمادية للعائلة. يوفران تربية الأولاد ويحضران مستقبلهم»⁴. إلا أن المشرع الجزائري ساوى بينهما فقط من الناحية المعنوية والقانونية، دون الناحية المادية والواقعية، كما سنراه لاحقا في النفقة.

وإضافة إلى تكليف الزوجين معا بواجب التعاون فيما بينهما على مصلحة الأسرة؛ فإنه لابد لهما من التشاور حول كل ما يهمهما، وتبادل الآراء ووجهات النظر، بالمعروف وبطريقة تسمو عن التعصب للرأي في غير محله، واضعين مصلحة الأسرة فوق كل اعتبار، باعتبارهما المكوّنين الرئيسيين والأساسيين لها. ذلك التشاور الذي حث عليه الإسلام في عديد من المواطن، منها ما يخص الشؤون العامة، ومنها ما يخص

1 - محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، مرجع سابق، ص.194.

2 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. العتق، ب. العبد راع في مال سيده. ونسب النبي ﷺ المال إلى السيد، ح. رقم 2558، مرجع سابق، ص.618-619.

3 - فايزة مخازني: (مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري)، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 01 جوان 2017، مج.9، ع.17، ص.107.

4 - Art. 213 du C.C.F (L.n° 70-459 du 04 juin 1970) dispose: «les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.» Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 388.

الشؤون الخاصة بالأسرة، كقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾¹، وقوله: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾²، وقوله أيضاً: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾³، ولما روي «عن أبي هريرة، قال: ما رأيت أحداً أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله ﷺ»⁴، كما استشار سيد الخلق ﷺ زوجته أم سلمة وأخذ بنصيحتها، عندما رفض المسلمون المثل لأوامره، إثر التدهور النفسي الذي أصابهم، جراء الشروط التي وضعت لهم في صلح الحديبية⁵.

ذلك التشاور، هو ما عمد المشرع إلى استحداثه بموجب تعديل 2005، ليكون الجديد الذي جاء به ضمن نصوص ق.أ⁶، وبالتحديد م36 ف4 التي نصت على ما يلي: «يجب على الزوجين...التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد المواليد»، حيث ألزمهما معا بضرورة استشارة بعضهما البعض، في كل ما من شأنه أن يهم الأسرة، فلا ينفرد أحدهما باتخاذ قرارات أسرية دون مشورة الطرف الآخر، مع النص على مسألة تباعد الولادات التي خصها المشرع بالذكر⁷، أو ما يعرف "بتنظيم النسل"، حيث أجاز مجمع الفقه الإسلامي للزوجين، «التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباشرة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم»⁸. في حين استبعد المشرع، النص على مسألة تسقيف عدد الأطفال، أو ما يعرف "بتحديد النسل"، حيث لم يجعل منه محل قرار عام من جهات رسمية أو شأناً من الشؤون العامة المُنظمة من طرف الدولة مهما كانت حالتها الاقتصادية، وإنما تركه لإرادة الزوجين، وحسب استطاعتهما إن المادية أو المعنوية أو الصحية⁹. أما اتفاقية سيداو فقد

1 - سورة آل عمران: آية 159.

2 - سورة الشورى: آية 38.

3 - سورة البقرة: آية 233.

4 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.3، أبواب الجهاد، ب. ما جاء في المشورة، مرجع سابق، ص.330.

5 - للإطلاع أكثر حول شروط صلح الحديبية انظر، محمد حسين هيكل: حياة محمد، ف.20، عهد الحديبية مارس 628م، ط.14، دار المعارف، القاهرة، 2001، ص.382.

عاد المسلمون إلى المدينة دون دخول مكة، حيث اعتبروا ذلك مذلة لهم، ورفضوا الانصياع لأوامر الرسول ﷺ حينما طلب منهم أن يحلقوا رؤسهم، ويذبحوا الهدى تحلاً من الإحرام قبل عودتهم إلى المدينة، فقالت له أم سلمة: «يا نبي الله أتحب ذلك أخرج ثم لا تكلم أحداً منهم كلمة حتى تنحر بُذُك وتَدعو حالك فيحلقك. فخرج فلم يكلم أحداً منهم حتى فعل ذلك... فلما رأوا ذلك قاموا فنحروا، وجعل بعضهم يحلق بعضاً حتى كاد بعضهم يقتل بعضاً غماً». انظر، أبو الفداء الحافظ ابن كثير: البداية والنهاية، ج.4، د.ر.ط، مكتبة المعارف، بيروت-لبنان، 1991، ص.176.

6 - عبد الرحمان هرنان: محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، د.ر.ط، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، إنجاز وتصميم منشورات ثالة، الأبيار-الجزائر، 2012، ص.116.

7 - فايزة مخازني: (مبدأ المساواة بين الزوجين وأثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص.107.

8 - عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، قرار رقم 39 (05/01) بشأن تنظيم النسل، (د05)، الكويت، 10-15 ديسمبر 1988، د.ر.ط، منظمة المؤتمر الإسلامي، د.ب.ن، د.س.ن، ص.80.

9 - ربيعة إلغات: الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص.49.

أباحث ذلك بصريح نص م16 ف1 (هـ)، جاعلة منه حقا من حقوق المرأة تمارسه بكل أريحية. كما استبعد المشرع أيضا "فكرة الإجهاض"، بل وجرمها وعاقب عليها كأصل عام، سواء تم من طرف الحامل نفسها (م309 ق.ع¹)، أو من طرف الغير عليها (م304 ق.ع)، واستثناها في حدود ضيقة جدا لإنقاذ حياة الأم من الخطر، من قبل مختصين ووفق إجراءات معينة، وذلك بموجب م308 من ق.ع، شأنه في ذلك شأن الشريعة الإسلامية، أما السيداو فلم تصرح بخصوص الإجهاض، إلا أنه يستشف من بعض التوصيات² التي اعتمدتها اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة أنها تبيحه³.

ومنه، فبعد ما كان الزوج ينفرد في اتخاذ القرارات التي تهم الأسرة، أصبحت الزوجة تشاركه في ذلك بموجب مبدأ التشاور الذي نص عليه القانون، دون أن يعتبر ذلك من الناحية الواقعية سلبا كليا للزوج لصلاحياته في اتخاذ القرارات، وإنما يمكن القول عنه بأنه تقييد لتلك الصلاحيات بضرورة تشاوره مع زوجته، مما أدى إلى تقوية مركز الأخيرة عن ذي قبل⁴. ويرتب مبدأ التشاور الأثر الإيجابي في زرع الشعور لدى الزوجة بأهميتها ومسؤوليتها المشتركة رفقة زوجها داخل أسرتها⁵، خاصة إذا كانت امرأة صالحة تتمتع بعقل صائب ورأي راجح وسديد. أما إذا كانت تنتم بالطابع التسلطي، أو كانت صاحبة رأي سقيم ومنحرف، فهنا برأينا، على الزوج أن يتجنب مشورتها، أو أن يكتفي بإعلامها بما سيقوم به فقط، حتى لا يتجاهلها مراعاة لمشاعرها، دون أن يفتح ذلك الإعلام أمامها مجالا للاختصاص.

والملاحظ هنا، هو أن المشرع رغم عنايته بالحقوق والواجبات الزوجية المعنوية المشتركة، ورغم إيرادها لها بطريقة إلزامية باستعماله لعبارة "يجب"، التي تدل على الإلزام والحتمية والوجوب في التنفيذ، كما جاءت به م36؛ إلا أنه لم يربط أي جزاء على عدم الالتزام بها، لتبقى مجرد قاعدة مجاملات تقتقر للطابع الإلزامي. وقد أحسن المشرع صنعا، إذ أنه من الاستحالة بما كان إلزام الزوجين على تنفيذ التزام أدبي يرتكز على أخلاق كل منهما، فكيف يمكن للطرف المتضرر ومُريد التنفيذ أن يثبت إخلال الطرف الآخر بواجباته

1 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. بتاريخ 11 جوان 1966، ع.49 (المُعَدَّلُ والمُتَمَّم).

2 - التي جاء فيها: «أن تعطى الأولوية لمنع الحمل غير المرغوب فيه، عن طريق تنظيم الأسرة والتنقيف الجنسي وخفض معدلات وفيات الأمهات بفضل خدمات الأمومة المأمونة والمساعدة قبل الولادة. وينبغي القيام، كلما أمكن، بتعديل التشريعات التي تجرم الإجهاض، بغية سحب التدابير العقابية المفروضة على النساء اللاتي يجري إجهاضهن». انظر، التوصية العامة رقم 24، م12 من الاتفاقية، المرأة والصحة، توصيات للحكومات لتتخذ إجراءات، (ج)، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د20)، 1999، ص.264. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، HRI/GEN/1/REV.7، تاريخ الولوج 02/06/2018، سا. 14:00.

3 - عيسوي عبد النور: حقوق المرأة المتزوجة في ظل المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015، ص.78.

4 - فرحات نادية: (التغيرات البنوية الوظيفية للأسرة الجزائرية)، حوايلات كلية الحقوق، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2013، ع.4، ص.68.

5 - محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، مرجع سابق، ص.159.

المعنوية؟ وكيف يمكن إجبار الطرف المُخل بتنفيذ هاته الالتزامات قانوناً؟¹. إلا أنه كان عليه أن يحذف عبارة "يجب" ويستبدلها بعبارة أخرى أقل حدة منها، كأن يستعمل عبارة «على الزوجين ما يلي:...».

والغاء المشرع الجزائري للحقوق والواجبات المعنوية المنفردة والخاصة بكل زوج على حدة، ودمجه لما بقي منها في مادة واحدة تمثلت في م36 ق.أ، بغية تحقيق المساواة بين المركز القانوني للزوجين، هو ما أخذ به المشرع المغربي الذي تولى هو الآخر عن التقسيم الثلاثي، الذي كان معمولاً به في ظل مدونة 1957 الملغاة، واقتصر على مادة واحدة هي م51، التي جمعت فيها الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين²، خاصة البند الرابع منها، الذي يؤكد على مبدأ التشاور، لتكون المساواة بذلك عماد المدونة³، تحقيقاً منه هو الآخر لفلسفة المساواة بين الزوجين، المبنية على التشاركية في الحقوق والواجبات، وذلك بإلغاء المتباينة منها واستعاضتها بالمتبادلة⁴. ونفس الشيء بالنسبة للمشرع التونسي من خلال الفصل 23.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري، قد عمد إلى التسوية بين الزوجين، في التعاون على تحقيق مصلحة الأسرة، والتشاور بينهما في كل ما يتعلق بها. حيث قوى المركز القانوني للزوجة عما كانت عليه قبل التعديل، ليرتقي بها من مركز التابع إلى مركز الشريك، وما سلوكه لذلك النهج إلا تحقيقاً منه للمساواة، التي تجد في مبدأ التشاور بين الزوجين محوراً ونخاعاً على الإطلاق. هذا، ولم يكن وصول المشرع إلى هاته النتيجة من المساواة في الحقوق والواجبات المعنوية بين الزوجين؛ إلا على مذبح رئاسة الزوج للأسرة، التي كان منصوص عليها قبل التعديل، حيث ضحى بها في سبيل ذلك، وهو بيت القصيد الذي دارت حوله تعديلات 2005، رضوخاً منه للضغوطات التي مورست على الحكومة الجزائرية داخلياً وخارجياً، والتي سنتطرق لها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

إلغاء رئاسة الزوج للأسرة

انطلاقاً من تكليف الزوجين معا بالقيام بشؤون الأسرة دون تمييز أحدهما عن الآخر، من خلال حرص المشرع على اعتمادهما على مبدأ التشاور فيما بينهما، تحقيقاً للإشراف المزدوج على تسيير الأسرة وإدارتها، كان لزاماً على المشرع لتجسيد ذلك المبدأ؛ أن يلغي الأحكام التي تشكل تمييزاً ضد أحد الزوجين

1 - عبد الكريم الطالب: التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغامر ومغارب عشر سنوات من التطبيق، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش-المغرب، جوان 2014، ص ص.65-66.

2 - أحمد الخليلي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، مرجع سابق، ص.322.

3 - المقترضات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، المملكة المغربية، وزارة العدل، ط.1، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، الرباط-المغرب، 2004، ع.4، ص.102.

4 - خديجة الركاني: (مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان)، سلسلة شرفات، (ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2014، ك.12، د.ع، ص ص.197-198.

وخاصة الزوجة كما يرى البعض، وعلى رأس تلك الأحكام رئاسة الزوج للأسرة، التي كانت قائمة بموجب النص القديم، وما ينجر عنها من حقوق وواجبات، كحق القوامة للزوج على زوجته (أولا) وواجب الزوجة في طاعة زوجها (ثانيا).

أولا: إلغاء حق الزوج في القوامة

لطالما لازم نظام القوامة¹، الأسرة العربية عامة، والجزائرية خاصة، لما تكتسبه تلك القوامة من فعالية في تنظيم الأدوار بين الزوجين، وضبط الأمور وتنظيمها وإعادتها إلى نصابها كلما كان لذلك داعٍ. ويلعب نظام القوامة ذلك الدور بجدارة، إذا ما استعملت تلك القوامة وفقا لأصولها التي رسمتها لها الشريعة الإسلامية، بعيدا عن الاستبداد، التسلط والتعسف في استعمالها كحق ثابت للزوج.

ولما كان الزوجان متساويين في الحقوق والواجبات وفقا للقاعدة الجلية: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾²؛ فإن الله عز وجل قد خص الرجل بالأفضلية في قوله تعالى: ﴿وَاللِّرِّجَالُ عَلَى النِّسَاءِ دَرَجَةٌ﴾³، تلك الدرجة التي تتمثل في «القوامة والإنفاق والإمرة والطاعة»⁴، والتي تناولها قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾⁵. ومرد ذلك التفضيل أو تكليف الرجال بالقوامة دون النساء سببين أحدهما، "فطري أو وهبي" يتعلق بالقيادة الحكيمة، المسؤولة، الواعية والرشيدة لمؤسسة الأسرة، والذي يتطلب بسطة في العقل والنفوس. والثاني، "كسبي" يتعلق بالإنفاق، والذي يتطلب بسطة في الجسم والقوة⁶، كما جاء في قوله تعالى: ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁷. والمراد من قوله تعالى: ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾، «أفضلية التناصب المصلحي مع الوظيفة التي يجب النهوض بأعبائها»، وليست الأفضلية المبنية على

1 - القوامة لغة: من قَوَّمَ، «وَقَوَّمَ الْأَمْرَ، بِالْكَسْرِ: نَظَّمَهُ وَعِمَادَهُ...وَالْقَيِّمُ: السَّيِّدُ وَسَائِسُ الْأَمْرِ...وَقَيَّمَ الْمَرْأَةَ: زَوَّجَهَا، لِأَنَّهُ يَقُومُ بِأَمْرِهَا وَمَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ...وَقَامَ الرَّجُلُ عَلَى الْمَرْأَةِ: مَاتَهَا...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.5، ب. القاف، قَوْمٌ، مرجع سابق، ص 3782، 3784-3785.

-القوامة اصطلاحا: سنركز على تعريف "القوامة الزوجية" اصطلاحا باعتبارها موضوع دراستنا وهي: «قيام الرجل على أمر المرأة بالإنفاق عليها وحمايتها وتقويم ما قد يطرأ عليها من اعوجاج على سلوكها بالطريق الشرعي». انظر، حسن صلاح الصغير عبد الله: الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية -دراسة مقارنة-، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزيطة-الإسكندرية، 2007، ص.05.

2 - سورة البقرة: آية 228.
3 - سورة البقرة: آية 228.
4 - محمد علي الصابوني: روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، ج.1، ط.3، مكتبة الغزالي، دمشق-سوريا/مؤسسة مناهل العرفان، بيروت-لبنان، 1980، ص.321.
5 - سورة النساء: آية 34.
6 - زينب عبد السلام أبو الفضل: قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، ط.1، مكتبة الإيمان، المنصورة-القاهرة، 2001، ص.133.
7 - سورة النساء: آية 34.

جنسيهما بين الذكر والأنثى¹، ذلك أنه «ليس المراد بالمثل² المثل لأعيان الأشياء وإنما أراد أن الحقوق بينهما متبادلة وأنهما أكفاء»³، كلٌ فيما يصلح لفطرته وطبيعته.

وتخصيص الرجال بتلك الدرجة (القوامة)، لا يعني الامتياز لهم على النساء، «فالمزية لا تقتضي الأفضلية»⁴، كون تلك المفاضلة ليست ميلا إيجابيا لجنس الذكور على حساب جنس الإناث، ولا إعلاء لقيمة الرجال وحقاً من قيمة النساء⁵، بل هي زيادة في الواجبات والأعباء، حيث توجب «على المرأة شيئاً وعلى الرجال أشياء»⁶. وكذا، فالقوامة لا تعني تمييزاً ضد المرأة على الإطلاق، حيث تتساوى هاتاه الأخيرة مع الرجل، إلا فيما تتطلبه فطرته التي تختلف عن فطرته، حيث يغلب عليها الجانب الحسي، في حين يغلب على الرجل الجانب العقلي⁷، وهما بهذا الاختلاف الفطري يكملان بعضهما البعض، حيث سعى الإسلام إلى تحقيق فلسفة التكامل لا لصالح الرجال، ولا لصالح النساء، بل لصالح الإنسان والمجتمع ككل، تحقيقاً منه للعدل، ودون أن يحابي في ذلك جنسا على حساب الآخر⁸.

كما أن «القوامة ليس من شأنها إلغاء شخصية المرأة في البيت... وإنما هي وظيفة داخل كيان الأسرة، لإدارة هذه المؤسسة الخطيرة، وصيانتها وحمايتها»⁹، ذلك أن الحياة الزوجية هي عبارة عن تلاقي واجتماع، يستلزم قائداً يُهتدى برأيه وتكون له كلمة الفصل الأخيرة، عند اختلاف وجهات نظر أطرافه، باعتبار أن الاختلاف وارد كونه من طبيعة البشر، ومنه فلا تستقيم أمورهم إلا إذا كان لهم رئيس يُرجع إليه عند الاختلاف والخلاف¹⁰، وهو الأمر الذي حث عليه رسولنا الكريم ﷺ، فيما روي «عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: ﴿إِذَا خَرَجَ ثَلَاثَةٌ فِي سَفَرٍ فَلْيُؤَمِّرُوا أَحَدَهُمْ﴾»¹¹.

- 1 - محمد سعيد رمضان البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، د.ر.ط، دار الفكر، دمشق-سوريا/دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.101.
- 2 - عبارة المثل الواردة في قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) سورة البقرة: آية 228.
- 3 - محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام وحظهن في الإصلاح المحمدي العام، د.ر.ط، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق، 1984، ص.31.
- 4 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ: القواعد، ج.1، د.ر.ط، جامعة أم القرى، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مركز إحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.415.
- 5 - علي الطنطاوي: سنة التفاضل وما فضل الله به النساء على الرجال، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2000، ص.59.
- 6 - محمد رشيد رضا: تفسير المنار للشيخ محمد عبده، ج.2، ط.2، دار المنار، القاهرة-مصر، 1947، ص.380.
- 7 - محمد الحسين الطباطبائي: الميزان في تفسير القرآن، ج.4، مرجع سابق، ص.235.
- 8 - سيد قطب: في ظلال القرآن، مج.2، ج.5، سورة النساء، من الآية 24 إلى 147، مرجع سابق، ص.643.
- 9 - المرجع نفسه، ص.652.
- 10 - محمد رشيد رضا: تفسير المنار للشيخ محمد عبده، ج.2، مرجع سابق، ص.380. انظر أيضاً، عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.7، مرجع سابق، ص.278-279.
- 11 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.4، ك. الجهاد، ب. في القوم يسافرون يؤمرون أحدهم، ح. رقم 2608، مرجع سابق، ص.249.

ورغم ما قيل، فلا يمكننا إنكار وجود زوجات حكيما قويات تستحقن القوامة، خاصة إذا كن يعشن في كنف أزواج مقصرين أو عديمي المسؤولية والاهتمام، حيث تفرض القوامة عليهن نفسها فرضا بمقتضى الحياة، حتى ولو كن غير مريدات لها. كما لا يمكننا إنكار وجود أزواج غير صالحين وغير مباليين بأمر زوجاتهم، كما لا يمكننا أيضا إنكار وجود زوجات متسلطات شاء القدر أن يربطن مع أزواج ضعفاء الشخصية، سلبن قوامتهم منهم غصبا عنهم. إلا أنه، لا يمكن تعميم تلك الحالات النادرة على الأغلبية الساحقة، فليست كل النساء حكيما وقويات، وليس كل الرجال غير صالحين وفاقدى الهيبة. لذا، كان الأجدر على المشرع أن يعالج هاته الحالات، لا أن يلغى القوامة على جميع الرجال، ويحرمهم من حقهم الثابت شرعا، فكل يجازى بما يليق به، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْرُ وَازِرَةً وَرَّرَ أُخْرَى﴾¹.

إضافة إلى ذلك، فإن المرأة مهما حازت من مكتسبات مادية ومعنوية، ومهما أحرزت من نجاحات وحقت من رغبات، فإن حنينها وحاجتها إلى حماية الرجل وقوامته أمر فطري لا مفر منه، لأنها لا تحس بالأمن إلا في ظل وجوده، ولا تهدأ ولا يرتاح لها بال إلا في ظل حصانته، لأن ذلك ما اعتادت عليه في كنف أبيها وعائلتها².

لذا، فقوامة الزوج على زوجته بالمعنى السليم السابق هي «قيام الحفظ والدفاع، وقيام الاكتساب والإنتاج المالي... والتفضيل هو المزايا الجبلية التي تقتضي حاجة المرأة إلى الرجل في الذب عنها وحراستها لبقاء ذاتها»³. ومنه، فهي مسؤولية وتكليف شرعي أكثر منها تشريف⁴، ولا تحمل في معانيها أي امتهان للمرأة أو احتقار لها، كما أن قوامة الزوج على زوجته، حكم ثابت لا يتغير بتغير الظروف، ولا يتأثر بتطور حياة الناس⁵.

إلا أن أعداء الإسلام ما فتئوا يشوهون هذا النظام الكامل والمتكامل، كي يصلوا إلى تنفير الزوجات منه، بمحاولة إقناعهن بأنه سلطة ذكورية عليهن مريدن بذلك، إما الوصول إلى "أسرة تنزعها الزوجة"، رغم أنوثتها وتركيبتها الحساسة، ورغم ما يتخلل مسيرة حياتها من عوارض حيض، حمل، ولادة، إرضاع وتدبير شؤون الصغير، من شأنها أن تضعفها في تلك الفترات -حتى ولو كانت خارجها تتمتع بالقوة والتعقل- وما ينجر عن ذلك من فوضى وقرارات خاطئة، وكذا تخلي عن مهمتها في القوامة ولو مؤقتا، وهو ما لا يليق في هذا المقام، إذ لا يحتمل الوضع بقاء الأسرة بلا قيم. وإما الوصول إلى "أسرة يتزعها الزوجان"، ويصبح فيها

1 - سورة الأنعام: آية 164.

2 - عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 180. يحيلنا إلى، مصطفى عبد الواحد: الأسرة في الإسلام، ط. 2، مكتبة المتنبئ، 1972، ص 71.

3 - محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، ج. 5، مرجع سابق، ص 38-39.

4 - عبد الرحمان بن محمد العمراني: مقالات في أحكام الأسرة، ج. 2، "قوامة الرجال على النساء تشريف أم تكليف؟"، مرجع سابق، ص 69.

5 - مسعود بن موسى فلوسي: (الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2004/07/09، مج. 5، ع. 9، ص 430.

الاثنان يتنازعان الرئاسة، وما يحمله الأمر من زرع للفتنة بين الزوجين، المبنية على الجنس لا على المصلحة، وما ينجر عن ذلك من تصادم، تعصب وأناية في اتخاذ القرارات، خاصة في الحالة التي تختلف فيها وجهات نظرهم. متناسين بأن الله عز وجل من فوق سبع سماوات اختار لهذه القوامة، أجدر الشريكين على تحقيق مصلحة واستقرار الأسرة، حيث رشح أقواهما على التدبير عقليا ونفسيا، وأحقهما من حيث وجوب النفقة، ألا وهو الرجل شاؤوا أم أبوا¹.

وهو التأثير الذي ألقى بظلاله على ق.أ، وذلك بإلغاء المشرع للمادة 39 التي كانت تنص على رئاسة الزوج لعائلته، والتي كانت سائدة في ظل ق.أ لسنة 1984، ليحل محلها مبدأ التشاور، الذي يكرس فكرة الشراكة، من خلال إقحام الزوجة في إدارة الأسرة رفقة الزوج، استجابة منه للتحديات الدولية في تحقيق المساواة بين الزوجين، دون مراعاة الجانب الفطري ولا الحكمة من وراء تشريع القوامة². حيث استلزم تجسيد فكرة الشراكة، الإنهاء الكامل للتفاضل بين الزوجين، والمتمثل في قوامة الزوج على زوجته، وإقرار المساواة في الحقوق والواجبات³.

هذا، ولم يكن ذلك الإلغاء إلا متابعة من المشرع للمسيرة التي بدأها، انطلاقا من إلغائه للولي مرورا إلى إلغاء القوامة، وصولا إلى ما لا يحمد عقباه، كما لم يكن أيضا إلا ترجمة منه للمادة 01 ف (و) من اتفاقية سيداو، التي توجب: «اتخاذ جميع التدابير المناسبة... لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة»، والمادة 05 ف (أ) التي توجب كذلك: «تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة»، دون أن ننسى م16 التي تشكل محور الاتفاقية ونخاعها، كونها تخاطب الأسرة بصفة مباشرة. وكذا، تنفيذها منه للمطالب والضغوط الدولية، وعلى رأسها مطلب اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، التي رأت في القوامة أو ما أسمته هي "بخضوع الأسرة لسلطة الرجل" حكما تمييزيا ضد المرأة، وأن هذا الأمر مصدر قلق بالنسبة لها⁴، كما تعتبر إعطاء الزوج مركز رب الأسرة وصاحب الكلمة الأولى في اتخاذ القرارات يخالف الاتفاقية⁵. وهو ما دفع بالحكومة الجزائرية إلى التوعد بإدخال تنقيحات على ق.أ لسنة 1984، لكون

1 - محمد أمين زين الدين: من أشعة القرآن، القسم 1، الحلقة 1، ط.2 مزيده ومنقحة، دار الزهراء، بيروت-لبنان، 1975، ص ص. 66-68.

2 - بن حملة سامي: (تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال إدارة شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغربية)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.2، ع.1، ص ص. 166، 170.

3 - سعاد زغيشي: (المرأة بين القوامة والشراكة)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.1، ع.1، ص. 150.

4 - تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، مرجع سابق، ص.24، انظر، [A/54/38/Rev.1](#).

5 - التوصية العامة رقم 21، مرجع سابق، ص.240، انظر، [HRI/GEN/1/REV.7](#).

الأسرة الجزائرية تطورت من «بناء أبوي يرأسه الزوج إلى بناء يرتكز على تضامن الأسرة»¹، وأن يجعل من «التساوي في الشراكة بين الرجال والنساء هي الهدف الأساسي»². وهو ما كان عليه الحال بموجب تعديل 2005، الذي أسقط بمقتضاه المشرع فكرة رئيس أو رب الأسرة عمدا³.

هذا، وإن إلغاء المشرع للقوامة على أساس استبدالها بنظام التشاور، للرفع من مركز الزوجة القانوني، لا يصلح كتبرير إطلاقا، إذ أن القوامة السليمة لا سبيل لها على مبدأ التشاور، كما لا تعمل على إلغاء الزوج لزوجته وتغيب دورها كليا بل بالعكس من ذلك، حيث لا يلجأ لها هذا الأخير إلا عند الضرورة الملحة التي تقتضيها مصلحة الأسرة. لذا، فالقوامة لا تلغي البتة الشورى والتفاهم وتبادل الرأي⁴، فهي وسيلة علاجية يلجأ لها الزوج إذا سد باب التفاهم بينهما حول اتخاذ قرار يرضي الطرفين، فتكون كلمته هي الفيصل.

كما أن إلغاء القوامة على أساس ترزع معالمها من الناحية الكسبية، بتولي بعض الزوجات الإنفاق على الأسرة ولو بطريقة غير ملزمة، من خلال ولوجهن عالم الشغل بقوة، لا يصلح كتبرير هو الآخر، ذلك أن القوامة مبنية على الأمرين السالفي الذكر (الخُلْفَة والإنفاق)، وليس للأمر الثاني وحده، فلن تتعطل بمشاركتها لزوجها في الإنفاق على بيتها وإيرادتها⁵. ذلك أن المرأة ستظل امرأة، ولن تستطيع أن تصبح بقوة الرجل العقلية والنفسية كما سبق توضيحه، حتى وإن ضاهته من الناحية المادية⁶.

هذا، وفي مطالبة المرأة بإلغاء قوامة الرجل عليها، وتطبيق مبدأ التعاون بينهما والتشاور، وما يقتضيه الأمر بالضرورة من إلقاء التزامات القوامة على عاتقها، إضافة إلى التزاماتها الطبيعية من حمل، ولادة، إرضاع وغيرهم؛ ندرك جيدا مدى سطحية تفكيرها، اندفاعها وراء أهوائها وتسرعها في اتخاذها للقرار الخاطئ في الوقت الخطأ. ذلك أنها تريد أن تجلب لنفسها مشقة إضافية كانت في غنى عنها، خاصة إذا ما تم الوصول إلى المساواة والتماثل المطلقين، التي ستكون ظلما لها ما بعده من ظلم، لأنها ستحملها ما لا طاقة لها به، دون أن تَعِيَ ذلك، طالما تسير معصوبة العينين، وراء تحقيق حلم العيش على أوتار المساواة، التي تعزف ألحانها هيئات دولية معادية لها ولدينها، مُصَوِّرة لها في تلك المساواة الامتياز، القوة، الشرف والكرامة، لتصل بذلك إلى تخريب حياتها وحياتها أسرته ببيديها، وبِمَعِيَّة هيئات داخلية وخارجية أقل ما يمكن أن يقال عليها أنها تود ضرب الأسرة في الخناخع ألا وهو المرأة.

1 - محضر موجز للجلسة رقم 667، مرجع سابق، ص. 05. انظر، [CEDAW/C/SR.667](#).

2 - المحضر نفسه: ص. 05. انظر، [CEDAW/C/SR.667](#).

3 - نابد بلقاسم، بوطالب خيرة: (تطور التشريعات الوطنية في مجال حقوق المرأة -قراءة في التشريع الجزائري-)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، مارس 2017، العام الرابع، ع. 17، ص. 49.

4 - محمد الغزالي: قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوفاة، د.ر. ط، دار الشروق، القاهرة-مصر، د.س.ن، ص. 155.

5 - عبد الرحمان بن محمد العمراني: مقالات في أحكام الأسرة، ج. 2، "قوامة الرجال على النساء تشريف أم تكليف؟"، مرجع سابق، ص. 66.

6 - العمري شايب ربي: (قوامة الرجل بين مقاصد الشريعة الإسلامية وواقع الحال في المجتمع الإسلامي اليوم)، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية الشريعة والاقتصاد، جوان 2017، ع. 11، ص. 339.

لذا، وبرأينا فحتى ولو صارت القوانين ضد الفطرة والشرع، وفي صالح أحد الزوجين على حساب الآخر، فعلى الزوجين أن يعيّا جيدا بأن علاقتهما علاقة تكامل وعدل، لا علاقة تماثل ومساواة. فعلى الزوج، أن يحسن استعمال حقوقه التي تمنحه القوة بالمعروف. وعلى الزوجة، أن تنظر إلى حقوق زوجها تلك، بعين الرضا وبأنها تكليف لا تشريف، خُص بها من رب خبير حكيم حماية لها.

وإلى إلغاء قوامة الزوج، اتجه المشرع المغربي، الذي ألغى هو الآخر الفصل 36 بما فيه ف02 التي كانت تنص على حق الزوج في طاعة زوجته له بالمعروف، كون الطاعة أثر من آثار قوامته عليها، والتي كانت سائدة في ظل مدونة الأسرة الملغاة لسنة 1957¹. أما المشرع التونسي، فقد أبقى على رئاسة الزوج للأسرة، لكن فقط عندما أراد أن يلزمه بالنفقة على الزوجة والأبناء، رغم أن رئاسته تلك لا تشفع للزوجة مساهمتها في الإنفاق إذا كان لها مال، وذلك بموجب ف4² من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993³، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري قد سلب الزوج حقه في رئاسة أسرته وقوامته على زوجته، الثابت له في الشريعة الإسلامية، واستعاضه بالتشاور، تقوية منه للمركز القانوني للزوجة بغية مساواتها معه، وذلك لتحقيق المواءمة بين نصوصه ونصوص اتفاقية سيداو ولجنتها، اللتين رأتا فيها تمييزا ضدها. هذا، وإلغاء حق الزوج في القوامة على زوجته، يتبعه بالضرورة إلغاء واجب طاعتها له، كونها أثرا من آثارها، وإلغاء أحدهما يقتضي إلغاء الآخر بالضرورة، كما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: إلغاء واجب الزوجة في طاعة الزوج

لطالما لازم واجب الزوجة في طاعة⁴ زوجها نظام القوامة، باعتباره أثر من آثارها ولازما من لوازمها⁵، لقوله تعالى: ﴿قَالِصَالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾⁶، والقائبات هن المطيعات لله

1 - أحمد الخليلشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.1 الزواج، مرجع سابق، ص.323.

2 - تنص ف4 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «على الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على زوجته والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة...».

3 - القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 20 جويلية 1993، السنة 136، ع.53.

4 - الطاعة لغة: من طَوَعَ، «...يقال طاعه يَطُوعه، إذا انقاد معه ومضى لأمره. وأطاعه بمعنى طاع له. ويقال لمن وافق غيره: قد طاعه». انظر، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، ج.3، ك. الطاء، طوع، د.ر.ط، دار الفكر، د.ب.ن، 1979، ص.431.

- الطاعة اصطلاحا: سنركز على تعريف "الطاعة الزوجية" اصطلاحا باعتبارها موضوع دراستنا وهي: «موافقة أمر الزوج وامتناله على الوجه الذي يقره الشرع». انظر، محمد جمال أبو سنينة، حسين مطاوع الترتوري: الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2005، ص.45.

5 - زينب عبد السلام أبو الفضل: قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، مرجع سابق، ص.26.

6 - سورة النساء: آية 34.

ولأزواجهن¹، لكون طاعة الزوج من طاعة الله عز وجل. وكذا لما روي «عن الحُصَيْن بن مَحْصَن عن عَمَّةٍ له أنت النبي ﷺ في حاجة ففرغت من حاجتها فقال لها النبي ﷺ ﴿أَذَاتُ زَوْجٍ أَنْتِ؟﴾ قالت: نعم قال: ﴿كيف أنتِ له؟﴾ قالت: ما ألُوهُ إِلَّا ما عجزت عنه قال ﴿فانظري أين أنت منه فإنه جنتك وبارك﴾²، ولما روي «عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، قال: ﴿لو كنت أَمراً أحداً أن يسجد لأحدٍ، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها﴾³، ولما روي كذلك عن «عبد الرحمان بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت﴾⁴، ولما روي أيضا «عن عائشة ؓ قالت: يا رسول الله من أعظم الناس حقا على المرأة؟ قال: ﴿زوجها﴾ قلت: من أعظم الناس حقا على الرجل؟ قال: ﴿أمه﴾⁵.

إلا أن الطاعة التي أوجبها الله عز وجل على الزوجة تجاه زوجها لم يجعلها عمياء، بل لابد لها من حدود وضوابط، تتمثل في أن تكون في المعروف، لما روي عن علي ؓ أن النبي ﷺ قال: ﴿...إنما الطاعة في المعروف﴾⁶، حيث لا يجب عليها طاعته فيما حرم الله، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق⁷، لما روي «عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿السمع والطاعة على المرء المسلم... ما لم يؤمر بمعصية، فإن أُمِرَ بمعصية فلا سمع عليه ولا طاعة﴾⁸. كما لا يجب عليها طاعته فيما يؤدي بها إلى مضرة⁹، لما روي «عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾¹⁰. ولا يجب عليها أيضا

- 1 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ج.6، سورة النساء: الآية 34، ط.1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة-مصر، 2001، ص.691.
- 2 - أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، شرحه وصنع فهرسة، حمزة أحمد الزين، ج.14، ح. حصين بن محصن، ح. رقم 18904، ط.1، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1995، ص.350.
- 3 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.2، أبواب الرضاع، ب. ما جاء في حق الزوج على المرأة، ح. رقم 1159، مرجع سابق، ص.453.
- 4 - أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج.1، مسند العشرة المبشرين بالجنة وغيرهم، حديث عبد الرحمان بن عوف الزهري، ح. رقم 1683، د.ر.ط، جمعية المكنز الإسلامي، القاهرة-مصر/دار المنهاج، جدة-المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.ص.412-413.
- 5 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، ج.4، ك. البر والصلة، ح. رقم 99/7338، مرجع سابق، ص.193.
- 6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الأحكام، ب. السمع والطاعة للإمام، ما لم تكن معصية، ح. رقم 7145، مرجع سابق، ص.1765.
- 7 - باقر شريف القرشي: نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط.1، دار الأضواء، بيروت-لبنان، 1988، ص.70.
- 8 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.3، أبواب الجهاد، ب. ما جاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ح. رقم 1707، مرجع سابق، ص.325.
- 9 - إبراهيم رفعت الجمال: الحقوق غير المادية بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2005، ص.67.
- 10 - سبق تخريجه في ص.52 من هاته الدراسة.

الامتنال لأوامره إلا فيما يتعلق بشؤونها الزوجية وليست الخاصة، كالتصرف في مالها. وأن يكون أمره لها موافقا للشرع الإسلامي. وأن يكون هو نفسه قائما بواجباته الزوجية تجاهها¹.

ولطاعة الزوجة لزوجها عدة مظاهر من بينها²، ألا تمتنع عنه إذا دعاها إلى فراشه إلا لعذر أو مرض، وذلك لعظمة حقه عليها في هذا الشأن، لما روي عن «طلق بن علي، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿إذا الرجل دعا زوجته لحاجته فلتأته، وإن كانت على التور﴾»³، كما روي كذلك عن معاذ بن جبل عن الرسول ﷺ قال: «...والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها. ولو سألها نفسها، وهي على قتب⁴، لم تمنعه»⁵، ولما روي أيضا «عن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال: ﴿إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء، لعنتها الملائكة حتى تصبح﴾»⁶ وغيرهم.

كما أنه عليها أن تَقَرَّ في بيتها إلا لحاجة أو لضرورة، وألا تخرج إلا بإذنه، لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾⁷، وألا تأذن في بيته إلا بإذنه ماعدا أبويها ومحارمها، وألا تعطي شيئا إلا بإذنه، لما روي عن جابر ابن عبد الله أن الرسول ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فقال: ﴿...ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه...﴾⁸، و«عن همام قال: سمعت أبا هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال: ﴿ما أنفقت المرأة من كسب زوجها من غير أمره فله نصف أجره﴾»⁹.

وعليها أيضا أن تحفظ زوجها عند غيبته، في نفسها وماله وكل حقوقه التي استودعها الله فيها¹⁰، لقوله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾¹¹، ولما روي «عن أبي أمامة، عن النبي

1 - زينب عبد السلام أبو الفضل: قوامه النساء المشكلة والحل الإسلامي، مرجع سابق، ص ص. 27-28.

2 - إبراهيم رفعت الجمال: الحقوق غير المادية بين الزوجين، مرجع سابق، ص ص. 68-71. انظر أيضا، جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص ص. 81-82.

3 - سبق تخريجه في ص. 68 من هاته الدراسة.

4 - القتب: هو الرُّحْلُ الصغير على قَدَرِ سَنَامِ البعير (السرَج). انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، حرف القاف، (القَتَبُ)، مرجع سابق، ص. 489.

5 - عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج. 1، ك. النكاح، ب. حق الزوج على المرأة، ح. رقم 1853، مرجع سابق، ص. 595.

6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. النكاح، ب. إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، ح. رقم 5193، مرجع سابق، ص. 1324.

7 - سورة الأحزاب: الآية 33.

8 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج. 1، ك. الحج، ب. حجة النبي ﷺ، ح. رقم 1218، مرجع سابق، ص. 558.

9 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. النفقات، ب. نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها، ونفقة الولد، ح. رقم 5360، مرجع سابق، ص. 1365.

10 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ج. 6، سورة النساء: الآية 34، مرجع سابق، ص. 692.

11 - سورة النساء: آية 34.

ﷺ؛ أنه كان يقول ﴿ما استفاد المؤمن، بعد تقوى الله، خيرا له من زوجة صالحة. إن أمرها أطاعته. وإن نظر إليها سرته. وإن أقسم عليها أبرته. وإن غاب عنها نصحته في نفسها وماله﴾¹.

وبما أن طاعة الزوجة لزوجها مقيدة بالحدود والضوابط المذكورة آنفا، فما المانع من طاعتها له؟ فهي لا تعبر إلا عن تنظيم داخلي للأسرة، وتبتعد كل البعد عن مظاهر الإذلال للزوجة والسيطرة عليها، وما تلك المغالطات في فهمها، إلا ما درج عليه بعض الأفراد من جهل وتعصب في معاملة زوجاتهم، مما أدى إلى نقل تلك المفاهيم الخاطئة إلى هيئات المجتمع الدولي، التي أصبحت ترى فيها تمييزا غير مباشر ضدها، وقيودا اجتماعية مطوقة لها، لاعتقادهم بأن مجتمعاتنا تعتبرها الجنس الأضعف في العلاقة الزوجية²، الأمر الذي دفع بها إلى المطالبة بإلغائها جملة وتفصيلا.

وهو ما كان عليه الحال، بإلغاء المشرع الجزائري للمادة 39 التي كانت تنص على وجوب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيسا للعائلة، والتي كانت نتيجة حتمية لإلغائه لقوامته عليها. ولمن يرى في إلغاء المشرع للمادة 39 سكوتا يُرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية³، فنحن نرد عليه بأنه إلغاء واضح، صريح ومقصود، بدليل رد الوفد الجزائري على خبراء اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الذي ضمنه العبارات التالية: «...فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد حذفت ولم يحل مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين...»⁴.

كما أن المشرع الجزائري، وبإلغائه لواجب الطاعة، يكون قد قضى أيضا على حق الزوج في تأديب وتقييم زوجته الذي منحه الله له، إن هي خالفته ونشزت عن طاعته بالمعروف. حيث وفي إطار مكافحة العنف ضد المرأة، جرم المشرع العنف المادي المرتكب عليها بموجب م 266 مكرر من ق رقم 15-19⁵ المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، كما جرم أيضا العنف اللفظي ضدها بموجب م 266 مكرر 1 من نفس القانون. تلك النصوص التي وإن كانت تحمل في ظاهرها مساواة بين الزوجين في توجيه الخطاب لكليهما، لما بات يحدث بينهما -خاصة في المناطق الحضرية- من عنف متبادل ضربا كان أم شتما؛ فإن باطنها يتجه أكثر نحو حماية الزوجة، لكونها سُنت من أجلها أساسا، مسايرة لما جاء به

1- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج.1، ك. النكاح، ب. أفضل النساء، ح. رقم 1857، مرجع سابق، ص. 596.

2 - محضر موجز للجلسة رقم 668، مرجع سابق، ص. 05. انظر، [CEDAW/C/SR.668](#)

3 - فايزة مخازني: (مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص. 114-115. انظر أيضا، بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص. 143.

4 - التقرير الدوري الجامع للتقريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص. 18. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#)

5 - القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. ج بتاريخ 30 ديسمبر 2015، ع. 71.

التعديل الدستوري لسنة 2008¹، الذي نص على ترقية حقوق المرأة²، والتي تدعّمت أكثر بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي ركز على مساواتها بالرجل، ليؤكد هذا التوجه التعديل الدستوري لسنة 2020.

وضرب الزوجة شرعا، جُعل في ذيل ترتيب وسائل التأديب، بدءًا بالوعظ الذي يخاطب العقل، مرورًا بالهجر في المضجع الذي يخاطب العاطفة، وصولًا إلى الضرب الذي ينصب على الجسم ليكون آخر العلاج إذا ما فشلت المراحل الأولى، وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³. وعن مقاتل، نزلت هذه الآية في سعد بن الربيع، عندما نشزت زوجته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير فطمها، فقال أبوها للنبي ﷺ: «أفرشته كريمتي فطمها»، فقال النبي ﷺ: «لنقتص من زوجها». ثم قال: «ارجعوا، هذا جبريل عليه السلام أتاني»، وأنزل الله هذه الآية، فقال رسول الله ﷺ: «أردنا أمرا وأراد الله أمرا، والذي أراد الله خير»⁴، كما روي أيضا «عن عائشة: أن رجلا شكوا النساء إلى رسول الله ﷺ فأذن لهم في ضربهن... فقال رسول الله ﷺ: «اضربوهن ولن يضرب - أحسبه قال خياركم»⁵.

إلا أنه ورغم إباحة الضرب، فالمعنى فيه يبتعد عن الضرب المبرح، لما روي «عن عبد الله بن زمعة عن النبي ﷺ قال: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم»⁶، بل المعنى فيه يسير نحو الضرب غير المبرح، لما روي عن جابر ابن عبد الله أن الرسول ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فقال: «...فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح»⁷، بحيث يكون غير مدمٍ، متحاشيا فيه الوجه ومواضع الجسم المميّنة⁸، لما روي «عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «...ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت»⁹، فعن «ابن جريج، عن

- 1 - القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج. بتاريخ 16 نوفمبر 2008، ع.63.
- 2 - عبد الله زهام: (دراسة على ضوء القانون 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، 28 مارس 2018، ع. خاص بالعنف الأسري، ص.180.
- 3 - سورة النساء: آية 34.
- 4 - أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي: أسباب نزول القرآن، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1991، ص.155.
- 5 - أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي البزار: البحر الزخار، المعروف بمسند البزار، ج.18، قطعة من مسندي سعيد الخدري وعائشة أم المؤمنين، ح. رقم 272/297، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، د.س.ن، ص.256.
- 6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. النكاح، ب. ما يكره من ضرب النساء، وقول الله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ أي: ضربا غير مبرح، ح. رقم 5204، مرجع سابق ص.1327.
- 7 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. الحج، ب. حجة النبي ﷺ، ح. رقم 1218، مرجع سابق، ص.558.
- 8 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ج.28، صنجة-طلاء، ط.1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1993، ص.177.
- 9 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.3، ك. النكاح، ب. في حق المرأة على زوجها، ح. رقم 2142، مرجع سابق، ص.476.

عطاء في قوله تعالى ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ قال: بالسواك ونحوه¹، ليكون سلوكا ماديا من الزوج يعبر من خلاله عن جديته وغضبه وعدم رضاه²، فالقصد منه التأديب لا الانتقام، وهو «علاج مر، قد يستغني عنه الخير الحر»³، فعن «عائشة، قالت: ما ضرب رسول الله ﷺ شيئا قط بيده، ولا امرأة. ولا خادما إلا أن يجاهد في سبيل الله...»⁴.

وبناءً على ما سبق، فإنه ورغم إلغاء المشرع للمادة 39 المتعلقة بالطاعة، فإنه ينبغي أن يسعى ويجتهد كل من الزوجين لإرضاء الآخر، وعدم اقتراف ما يثير حفيظته. فالزوجات الصالحات في الأزمنة السابقة، كن يبحثن عن أسباب الهناء التي ترضي أزواجهن، كما يتحررن الأسباب التي تزعجهن كي يتقادينها، وعلى رأسهن زينب بنت حدير زوجة شريح القاضي، التي طلبت منه أن يحدثها عما يحب فتأتيه، وعما يكره فتتزجر عنه، وكذا عن الأشخاص الذين يحب أن يزوروه من الذين لا يحب زيارتهم له، فقال بأنه منذ ذلك الحين لم ير يوما إلا هو أفضل من الذي سبقه، وأنه لم يغضب عليها إلا مرة واحدة كان فيها ظالما لها⁵.

وعليه، ومن خلال ما سبق، فإن المشرع الجزائري يسير قُدما نحو السلب التدريجي لحقوق الزوج (إلغاء حقه في القوامة)، والإجلاء المستتر لواجبات الزوجة (إلغاء واجبها في طاعة زوجها)، لزيادة الامتيازات في رصيدها للوصول إلى مساواتها بالزوج، الأمر الذي تجاوز حدوده ليقارب ميل الكفة لصالحها. كما أنه محاولة منه لتقليد المشرع الفرنسي في مادته 213 التي جاء فيها: «يؤمن الزوجان معا الإدارة المعنوية والمادية للعائلة...»⁶، والذي ساوى بموجبها بينهما مساواة فعلية وتامة في الحقوق والواجبات المعنوية والمادية، أما المشرع الجزائري فقد ساوى بينهما مساواة تامة في الحقوق والواجبات المعنوية، بإلغائه للخاصة بكل منهما، وإبقائه فقط على جملة من الحقوق والواجبات المعنوية المتبادلة بينهما. أما عن الحقوق

1 - عبد الرحمان بن محمد ابن إدريس الرازي ابن أبي حاتم: تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله ﷺ والصحابه والتابعين، مج.1، سورة النساء، ط.1، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، 1997، ص.944.

2 - عبد الحميد أحمد أبو سليمان: ضرب المرأة وسيلة لحل الخلافات الزوجية؛ المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2002، ص.30-31. نقلا عن، بوترفاس حفيظة: (العنف الأسري ضد المرأة في الشرع الإسلامي)، دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ع.10، ص.338.

3 - المرجع نفسه، ص.338-339.

4 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. النكاح، ب. مبادئه للأئام ﷺ، واختياره من المباح أسهله، وانتقامه لله عند انتهاك حرمانه، ح. رقم 2328، مرجع سابق، ص.1098.

5 - أبو الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد (ابن الجوزي): أحكام النساء، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة-مصر، 1997، ص.400-401. انظر أيضا، أبو بكر محمد بن عبد الله (ابن العربي): أحكام القرآن، القسم 1، من الفاتحة لآخر سورة النساء، سورة النساء، آية 34، المسألة السادسة: قوله تعالى: ﴿حَافِظَاتُ لِّغَيْبِ﴾، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.531-532.

6 - Art. 213 du C.C.F (L.n° 70-459 du 04 juin 1970) dispose: «les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.» Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 388.

والواجبات المالية فلنا أن نتساءل هل استطاع هذا الأخير أن يتجراً ويجاري المشرع الفرنسي في تلك المساواة من الناحية المالية؟ أم أنه أوقف مسيرة المساواة تلك هنا فقط، وبما يخدم الزوجة فحسب؟ هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الحقوق والواجبات المالية

تعددت¹ الحقوق والواجبات المالية² الزوجية، إلا أننا سنركز بالدراسة على النفقة الزوجية (الفرع الأول)، والذمة المالية (الفرع الثاني)، نظراً لما يثيرانه من جدل، وما يسببانه من خلاف بين الزوجين، قد يصل بهما إلى حد فك الرابطة الزوجية أحياناً، خاصة بعدما حاد الزواج مؤخراً وفي غالب الأحيان، عن مغزاه الإنساني والروحاني إلى المادي البحت، وطالما يسيرون نحو تكريس الشراكة بينهما وفي كل الجوانب، ما كان منها صالحاً لذلك وما لم يكن.

الفرع الأول

النفقة الزوجية

ألغى المشرع الجزائري النص الذي كانت تحمله م37 من ق.أ قبل التعديل، والتي كانت تكلف الزوج بالنفقة على زوجته حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، حيث كانت مدرجة ضمن الفصل الرابع (حقوق وواجبات الزوجين)، من الباب الأول (الزواج). إلا أنه ورغم إزاحتها من محلها؛ فإنه أبقى على محتواها الذي ينص على تكليف الزوج بالإنفاق على زوجته كأصل (أولاً)، والذي أصبحت تحمله م74 من ق.أ، والمدرجة ضمن الفصل الثالث (النفقة)، من الباب الثاني (انحلال الزواج)، مستبعداً الزوجة من دائرة الإنفاق الزوجي، ومعفياً لها من ذلك الواجب (ثانياً).

1 - لتشمل كل من الصداق، النفقة، العدل المادي بين الزوجات في حالة التعدد، الذمة المالية والميراث.

2 - الحقوق والواجبات المالية، هي عبارة مركبة من ثلاث مصطلحات، نعرف كل واحد على حدة. وبما أننا قمنا بتعريف مصطلحي الحق والواجب في اللغة والاصطلاح سابقاً في هامش ص.65، فسنركز الآن على تعريف مصطلح "المالية" في اللغة والاصطلاح كذلك كما يلي:

- المالية لغة: من مول، والمال: «ما مَلَكَته من كل شيء، ج: أموال. ومُلَّتْ ثَمَالٌ ومُلَّتْ وَثَمَلَتْ واستَمَلَّتْ: كثر مَالُك، ومَوْلُهُ غَيْرُهُ... ومُلَّتُهُ، بالضم: أعطَيْتُهُ المالَ، كَأَمَلْتُهُ...». انظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ب. اللام، ف. الميم، (مول)، مرجع سابق، ص.1059.

- المالية اصطلاحاً: «ما كان الهدف منها إشباع حاجات الإنسان الاقتصادية، وهي الحقوق التي يمكن أن تقوم بمبلغ معين من النقود...». انظر، محمد رأفت عثمان: الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، مرجع سابق، ص.31.

أولاً: إلزام الزوج وحده بالإنفاق الزوجي كأصل عام

تعتبر النفقة الزوجية¹ من الحقوق المالية المحضة التي تتمتع بها الزوجة حيال زوجها، حيث تشكل الزوجية السبب الرئيسي للزومها². وهي ثابتة لها مهما كانت وضعيتها المالية فقيرة أم غنية، ومهما كانت ديانتها مسلمة أم غير مسلمة³.

ويعتبر التكليف بالإنفاق الزوجي، واجبا مفروضا على كاهل الزوج وحده كأصل عام، وثابتا في حقه بالكتاب، السنة والإجماع. فمن الكتاب، قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴، بمعنى؛ على والد الطفل النفقة على والدته (زوجته) وكسوتها بما جرت به العادة وبما يجب لمثلها على مثله⁵. وقوله: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁶، بمعنى؛ «بما ساقوا إليهن من صداق، وأنفقوا عليهن من نفقة»⁷. كما أوجب الله أيضا النفقة للمطلقة أثناء عدتها، ومن باب أولى وجوبها للزوجة أثناء قيام الزوجية⁸، كما دلت عليه الآيتان: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾⁹، و﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾¹⁰.

1 - النَّفَقَةُ لغة: «...ما تنفقه من الدراهم ونحوها على نفسك وعيالك ج. نَفَقَاتٍ وَنِفَاقٍ». وهي مشتقة من النَّفَاق: وتعني «جمع النفقة من الدراهم»، أما النَّفَاق: فتعني «الرواج»، مثل قولنا: نَفَقَتِ المرأة نَفَاقًا؛ أي كثر خطابها، وأما النَّفُوق: فيعني «الهلاك» مثل قولنا: نفقت الدابة تَنَفَّقُ نَفُوقًا؛ أي ماتت. انظر، أحمد رضا: معجم متن اللغة، مج.5، حرف النون، (ن ف ق)، مرجع سابق، ص.520. الهادي أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ج.4، ب. النون، ط.3، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، ص.418. وإسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج.4، ب. القاف، ف. النون، (نفق)، ط.2، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1979، ص.1560.

- النفقة اصطلاحاً: «ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج». انظر، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.340.

2 - أسباب لزوم النفقة هي: الزوجية، القرابة والملكية. انظر، عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.182.

3- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص.295.

4 - سورة البقرة: آية 233.

5 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ج.4، سورة البقرة: الآية 233، مرجع سابق، ص.211.

6 - سورة النساء: آية 34.

7 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ج.6، سورة النساء: الآية 34، مرجع سابق، ص.690.

8 - جميل فخري محمد جاني: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.224.

9 - سورة الطلاق: آية 06.

10 - سورة الطلاق: آية 07.

ومن السنة، ما روي عن جابر ابن عبد الله، أن الرسول ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فقال: ﴿...ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.¹ كما روي أيضا «عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، ما حق زوجة أحدا عليه؟ قال: ﴿أن تُطعمها إذا طَعِمْتَ، وتكسوها إذا اكتسيتَ -أو اكتسبتَ-...﴾.² وكذا عن عائشة ؓ: «أن هذا بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: ﴿خذي ما يكفيك وولَدَكَ بالمعروف﴾».³ أما من الإجماع، فقد «أجمع أهل العلم على أن للزوجة نفقتها وكسوتها بالمعروف».⁴

ومما سبق، يتضح لنا بأن واجب الإنفاق الزوجي، هو التزام واقع أساسا على عاتق الزوج في الشريعة الإسلامية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، قبل التعديل وبعده مع اختلاف طفيف، حيث كان قبل التعديل ينص عليه في م37، الواقعة في الفصل الخاص بحقوق وواجبات الزوجين، وكذا في م74 الواقعة في الفصل الخاص بالنفقة. ليستمر ذلك التكليف في الوقوع على عاتقه حتى بعد التعديل، مع حذف م37 فقط، دون أن يكون لذلك الحذف تأثير على ذلك الالتزام، مادام قد أبقى عليه بموجب م74.

حيث تنص م74 من ق.أ على يلي: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون». وقد جعل سبب استحقاق الزوجة لها؛ هو الدخول بها أو دعوتها هي إلى الدخول ببينة، شأنه في ذلك شأن جمهور الفقهاء، من المالكية⁵، الشافعية في قولهم الجديد⁶ والحنابلة¹، الذين جعلوا سبب وجوبها هو تمكين الزوجة زوجها من الاستمتاع بها بعد العقد

-
- 1 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. الحج، ب. حجة النبي ﷺ، ح. رقم 1218، مرجع سابق، ص.558.
 - 2 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.3، ك. النكاح، ب. في حق المرأة على زوجها، ح. رقم 2142، مرجع سابق، ص.476.
 - 3 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. النفقات، ب. إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولَدَها بالمعروف، ح. رقم 5364، مرجع سابق، ص.1367.
 - 4 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.109.
 - 5 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. وجوب النفقة على الغير، مرجع سابق، ص.729-731. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج.4، ك. النكاح، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1994، ص.465. وعبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج.4، ب. النفقات، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002، ص.437.
 - 6 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.570-571. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القبلي، شهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة): حاشيتان، ج.4، ك. النفقات، ط.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، ص.77. تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصري الحسيني الدمشقي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ك. النكاح وما يتصل به من الأحكام والقضايا، ف. في النفقة، ط.9، دار البشائر، دمشق، 2001، ص.526-528، والنووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.9، ك. النفقات، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق/عمان، 1991، ص.58.

الصحيح، أو عرضها للتمكين عليه الذي يتم إما بالدخول بها أو بدعوتها إليه. ذلك أن «الموجب للنفقة بعد الدخول، إنما هو التمكين، ولا شك أن من عرضت نفسها على الزوج، فقصر هو في أخذها، فقد مكنته وترك الدخول باختياره، فتجب لها النفقة قياساً على من دخل بها»².

في حين ذهب الحنفية، إلى أن ذلك يتوقف على العقد الصحيح والاحتباس، حيث «تجب للزوجة بنكاح صحيح على زوجها»³. كما أن «سبب وجوبها هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها»⁴، لكون كل «محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته»⁵. ويتحقق هذا الاحتباس بالتسليم أي التخلية إما حقيقة، بأن تنتقل معه إلى بيت الزوجية⁶. أو حكماً، بأن يكون لها الاستعداد وعدم الممانعة للانتقال إلى بيته إذا طلب منها ذلك إلا لعذر شرعي، وهو ظاهر الرواية في قولهم: «بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت زوجها»⁷، ذلك أنه «إذا لم يطالبها الزوج بالنفقة... وكذا إذا طالبها ولم تمتنع أو امتنعت للمهر أو مرضت في بيت الزوج فإن لها النفقة استحساناً لقيام الاحتباس»⁸، وهذا لأن «النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها»⁹. وهو ذات الرأي الذي اتجه إليه الشافعية في قولهم القديم¹⁰، حيث أوجبوها بالعقد الصحيح دون التمكين، بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء، إلا إذا نشزت.

- 1 - شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ج.4، ك. النفقات، ط.3، دار الملك عبد العزيز، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2002، ص.53-55.
- 2 - أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج.6، ك. النفقة، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص.339.
- 3 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.278، 281.
- 4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. النفقة، مرجع سابق، ص.114.
- 5 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.181. انظر أيضاً، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي: موسوعة القواعد الفقهية، القسم 8، حرفي الفاء والقف، د.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1997، ص.676.
- 6 - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، ج.4، تابع ك. الطلاق، ب. النفقة، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.03.
- 7 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.187.
- 8 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.285.
- 9 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.340.
- 10 - النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.9، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.57.

هذا، وتعتبر طاعة الزوجة لزوجها سبب كذلك من أسباب النفقة عليها بموجب القوامة —كما أسلفنا—، إلا أنه سبب لا يعدو أن يكون محقق لإحدى النظريتين، إما نظرية "التمكين" بطاعته في عدم امتناعها عليه (الجمهور). وإما نظرية "الاحتباس" بطاعته في عدم الخروج من المنزل إلا بإذنه (الحنفية)¹.

أما عن مشمولات النفقة، فقد حددها المشرع في م 78 كما يلي: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.»، متفقا بذلك مع فقهاء المذاهب الأربعة من المالكية²، الحنفية³، الشافعية⁴ والحنابلة⁵، الذين جعلوا عناصر النفقة تنصب أساسا على الطعام والكسوة والسكنى، مع بعض الاختلاف الطفيف في تفاصيل ذلك. ومخالفا إياهم فيما اتفقوا عليه من عدم اعتبار العلاج وتبعاته من مشمولاتها، متفقا هنا مع الزيدية، الذين يضيفونه (العلاج) إلى باقي عناصر النفقة في قولهم: «وأما إيجاب الدواء فوجهه أن وجوب النفقة عليه هي لحفظ صحتها والدواء من جملة ما تحفظ به صحتها»⁶. وكذا مع قول للمالكية، عن ابن عبد الحكم «عليه أجره الطبيب والمداواة»⁷، وفي الشرح الصغير: «(أجرة قابلة) لحره ولو مطلقة لأنها من تعلقات الولد»⁸. وهو الأمر الذي يؤخذ على فقهاء المذاهب

- 1 - أمال ناجي: (النفقة الزوجية بين الواجب ومبدأ المساواة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط-المغرب، 2015، ج.2، ع. مزدوج 5/4، ص.38.
- 2 - أبو عبد الله محمد الخرشني: الخرشني على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.4، ب. النفقة، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص.183-188. انظر أيضا، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.509-513.
- 3 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.278، 285. انظر أيضا، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. النفقة، مرجع سابق، ص.144، 150-152.
- 4 - محمد بن إدريس الشافعي: الأم، ج.6، ك. عشرة النساء، وجوب نفقة المرأة، مرجع سابق، ص.226. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، مج.11، ك. النفقات، ط.1، دار المنهاج، بيروت-لبنان، 2000، ص.205-215. وأبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ج.11، ك. النفقات، ب. قدر النفقة، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994، ص.435.
- 5 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرق، ج.7، ك. النفقات، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994، ص.376-377، 379-381. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.9، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.355-356. وشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ج.4، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.48.
- 6 - محمد بن علي الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ك. الطلاق، ب. النفقات، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2004، ص.460.
- 7 - محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج.4، ب. في النفقة بالنكاح والملك والقربة، ط.1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1984، ص.392.
- 8 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، النفقة، مرجع سابق، ص.733.

الأربعة، بإسقاطهم لحق الزوجة في نفقة الاستطباب، إذ أن هاته الأخيرة عادة ما تأتي إلى بيت زوجها سليمة معافاة، وما تدهور صحتها في غالب الأحيان إلا نتيجة للظروف المعيشية البائسة مرات، وللحمل والولادات المتعاقبة مرات كثيرة، فكيف إن مرضت أو عجزت يتخلى الزوج عن نفقتها وكأنها شيء انتهت صلاحيته. لذا، فقد أصاب المذهب الزيدي فيما ذهب إليه، وأصاب المشرع الجزائري كذلك فيما اتبعه فيه.

وعن تقديرها، فقد ربطه المشرع بحال الطرفين، وظروف المعاش بموجب م79، متفقا بذلك مع ما ذهب إليه المالكية¹، في أن تقديرها يرجع إلى حالهما معا (وسع الزوج وحال الزوجة)، وكذا حال البلد والسعر. أما الحنفية²، فربطوها بحالهما معا في المفتى به وهو قول الخصاص، أما ظاهر الرواية فهو اعتبار حال الرجل فقط وهو قول الكرخي، وقال بعض الناس منهم يعتبر حال المرأة. في حين ربطها الشافعية³، بحال الزوج يسرا أو عسرا دون النظر إلى حال الزوجة، حيث أنه عند الاختلاف يجب ما يليق به لا ما يليق بها. أما الحنابلة⁴ فبحال الزوجين جميعا.

ومن خلال ما سبق، فإن المشرع قد تشبث بما قالت به الشريعة الإسلامية، في جعله للنفقة واجبة على الزوج كأصل عام، وما يؤكد ذلك هو منح الزوجة وحدها دون الزوج الحق في طلب التطليق، لعدم إنفاق زوجها عليها بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة م78 و م79 و 80 من هذا القانون (ف1 من م53)، وكذا للغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة (ف5 من م53).

أما عن مُسقطاتها التي كان المشرع يربطها بنشوز الزوجة، والتي كانت تنص عليها م37 قبل التعديل، فقد تم حذفها بموجب تعديل 2005، ولم يبق للنشوز أي أثر سوى ما جاء في م55 ق.أ التي نصت على أنه: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر». مما ي كما أشارت إليه المحكمة العليا في بعض قراراتها منها: «يبقى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، المقيمة عند أهلها، قائما، مادام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي»⁵، وكذا: «لا تتوفر حالة نشوز الزوجة، عند إقامتها ببيت أهلها وعدم توفير الزوج السكن»⁶. حيث يبدو الأمر ظاهريا بأنه فراغ تشريعي، ينبغي معه الرجوع إلى

1 - أبو عبد الله محمد الخرخشي: الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.4، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.184.

انظر أيضا، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.509.

2 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.284. انظر أيضا، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. النفقة، مرجع سابق، ص.152-153.

3 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج.2، ك. النكاح، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2004، ص.378، 380.

4 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج.9، ك. النفقات، د.ر.ط، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1983، ص.230.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/11/12، ملف رقم 466390، م.م.ع، 2008، ع.2، ص.317.

6 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/10/15، ملف رقم 448305، م.م.ع، 2010، ع.2، ص.251.

أحكام الشريعة الإسلامية بموجب م222 ق.أ التي أجمع فقهاؤها على إسقاط النفقة على زوج الناشز، وانفرد الحَكَم بن عتيبة فقال: لها ذلك¹، عندما سأله شعبة عن امرأة خرجت من بيت زوجها غاضبة (عاصية) هل لها نفقة؟ فقال: نعم².

إلا أن حذف المشرع للمادة 37 في الحقيقة كان مقصودا ومتعمدا، مستهدفا من ورائه حذف نشوز الزوجة كسبب مسقط للنفقة الزوجية، لتحقيق المواءمة بين نصوص ق.أ واتفاقية سيداو، والسعي لسحب التحفظات المدرجة على بعض موادها إما صراحة أو ضمنا. حيث جاء في م15 ف4 من الاتفاقية السالفة الذكر: «تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما تعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم». وبالتالي ووفقها، لا يعتبر خروج الزوجة دون إذن زوجها، أو إقامتها في غير محل الزوجية، نشوزا تفقد بموجبه حقها في النفقة. وقد صاغت الجزائر تحفظها عليها حينها كالتالي: «تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام ف4 من م15، ولا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها لا يجب أن تفسر على نحو يجعلها تتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من مجلة الأسرة الجزائرية»³. تلك المادة التي كانت تسقط عن الزوجة النفقة في حالة نشوزها، الذي من بين أسبابه خروجها دون إذن زوجها وهجرها لبيت الزوجية⁴.

إلا أن ذلك التحفظ لم يدم طويلا، نتيجة للضغوطات التي فرضتها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث اعتبرت إحدى خبيراتها (السيدة ديريام) بأن جعل إعالة الرجل لزوجته، رهن عدم هجرها لبيت الزوجية، يؤدي بها إلى بقائها فيه رغم العنف الذي قد يمارس عليها، خوفا من فقدانها لحقوقها الاقتصادية، التي لا تتوفر لها إلا من خلال زوجها⁵. وذلك ما دفع بالمشرع إلى التراجع عن ذلك التحفظ ضمنا، كما ورد في رده بأن التحفظ السالف الذكر أصبح بدون مفعول في واقع الحياة اليومية⁶، وذلك بعدما توعد الوفد الجزائري بإلغائه للمادتين 37 و39 من ق.أ، اللتين اعترض عليهما الخبراء، لكونهما تقضيان بتبعية الزوجات لأزواجهن⁷. وهو ما كان عليه الحال بعد تعديل 2005، حينما حذف م37 كنتيجة حتمية لإلغائه للمادة 39، حيث لم يعد لنشوز الزوجة معنى في غياب واجب الطاعة، وكل ذلك لإلغاء صلاحيات الزوج حيال زوجته، قضاءً على التمييز الذي يدعون بأنه واقع عليها، وتحقيقا للمساواة المزعومة من طرفهم.

1 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.110.

2 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح والطلاق، ك. النكاح، أحكام النفقات، مسألة 1918، يكسو الرجل زوجته بقدر ماله، مرجع سابق، ص.250.

3 - التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص.16. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#)

4 - للتفصيل أكثر حول أسباب نشوز الزوجة راجع، علي محمد علي قاسم: نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2004، ص.15-75.

5 - محضر موجز للجلسة رقم 668، مرجع سابق، ص.04. انظر، [CEDAW/C/SR.668](#).

6 - التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص.16. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#)

7 - محضر موجز للجلسة رقم 668، مرجع سابق، ص.07. انظر، [CEDAW/C/SR.668](#).

وإذا كان المشرع الجزائري قد اتجه إلى تكليف الزوج وحده بالإنفاق على زوجته، فإن ذات التوجه قد سلكه المشرع المغربي من خلال م¹194 من م.أ. أما التونسي، فرغم إقراره لمبدأ مساهمة الزوجة في ذلك؛ فإنه هو الآخر قد جعل نفقتها أصالة على عاتق الزوج بصفته رئيسا للعائلة، كما جاء في ف²4 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد جعل النفقة واجبا واقعا على عاتق الزوج وحده كأصل عام في صالح زوجته، حتى لو كانت موسرة، أو عاملة، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا: «من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي»³. وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن المساواة التي غالبا ما نسمع صيتها يرتفع عاليا إذا ما كان هناك تميزا ضد المرأة، ليختفي ذلك الصيت تماما إذا كان التمييز في صالحها، مما يكشف لنا عن نوايا زرع روح الفتنة والأنانية داخل الأسرة وبين الزوجين.

هذا، وإن النفقة الزوجية، وإن كانت إخراجا من مال الزوج في صالح الزوجة، إلا أنها كانت تعبر عن قوة مركزه داخل أسرته، أيان كانت تعبر عن قوامته. أما الآن، وبعد أن سلبوا منه صلاحياته وسلطاته، ولم يبقوا له سوى على واجبات لا تقابلها حقوق؛ فإن إبقاء النفقة على عاتقه، صار اضطهادا وتمييزا في حقه. خاصة وأن المشرع قد أعفى الزوجة من المشاركة أو المساهمة في النفقة الزوجية، كما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا: إعفاء الزوجة من واجب الإنفاق الزوجي

لما كان واجب الإنفاق الزوجي يقع شرعا وقانونا على عاتق الزوج كأصل عام، ولما كانت الزوجة غير ملزمة به شرعا حتى ولو كانت موسرة⁴، حيث تأخذ نفقتها لصالح زوجها حكم الصدقة لا الواجب⁵، لما روي «عن زينب امرأة عبد الله؛ قالت: سألتُ رسول الله ﷺ أيُجْزى عني من الصدقة النفقة على زوجي وأيتام في حجري؟ قال رسول الله ﷺ ﴿لها أجران: أجر الصدقة، وأجر القرابة﴾»⁶؛ فإنه يحدث وأن يعترض هذا

- 1 - تنص م¹194 من م.أ. على ما يلي: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها».
- 2 - تنص ف 4 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «...وعلى الزوج بصفته رئيسا للعائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم...».
- 3 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 237148، م.ق، 2001، ع.1، ص.284.
- 4 - اتفق العلماء على أنه «لا يلزم أحد أن ينفق على غني غير الزوجة». وبمفهوم المخالفة، فالزوج ملزم بالنفقة عليها حتى ولو كانت موسرة. وبالتالي، فهي غير مجبرة على النفقة لا على نفسها ولا على غيرها سواء كان لها مال أو لم يكن. انظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: مراتب الإجماع، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1998، ص.142.
- 5 - وسام حسام الدين الأحمد: حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ص.59.
- 6 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه: سنن ابن ماجه، ج.1، ك. الزكاة، ب. الصدقة على ذي قرابة، ح. رقم 1834، مرجع سابق، ص.587.

الأصل بعض الاستثناءات التي قد تسقطه كإعسار الزوج أو عجزه. لذا، فهل تحل الزوجة محله؟ وهل يكون عملها سببا داعيا لإقحامها في النفقة؟

إن تكليف الزوجة بالإنفاق الزوجي، لم يقل به أحد من فقهاء المذاهب الأربعة، إلا ما جاء به ابن حزم الظاهري¹، وليس كقاعدة عامة، بل كاستثناء له شروطه في قوله: «إذا عجز عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر». واستدل مذهبه على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾²، وكذا تطبيقا لقاعدة «الغرم بالغنم»³، فالزوجة كما ترث زوجها فعليها نفقته.

حيث لم يلزمها المالكية⁴، الشافعية⁵ والحنابلة⁶ بالإنفاق على زوجها عند إعساره، ومنحوا لها حق الخيار بين طلب التفريق، أو الصبر معه على حاله - واشترط المالكية عدم علمها بعسره عند العقد - وإذا ثبت عسره يتلوم له القاضي على المعتمد مدة معينة، فإن استمر عسره طلق عليه، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁷. بينما لم يلزمها الحنفية بالإنفاق على زوجها عند عسره، كما لم يمنحوا لها حق طلب التفريق لأجل ذلك⁸، وإنما يفرض لها القاضي النفقة، أو تتصلح مع زوجها حول مقدارها، ثم إن كانت موسرة تتفق من مالها بعد الفرض أو التراضي، ولها الرجوع على زوجها بما أنفقت، لأن النفقة تصير ديناً عليه⁹. وإلا تستدين على حساب زوجها، ثم يرجع الغريم على الزوج إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي مع فرض النفقة، أما إذا كانت بدون أمره، فيرجع عليها وهي ترجع على زوجها. أما إذا لم تجد

1 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح والطلاق، ك. النفقات، مسألة 1926، مرجع سابق، ص.254.

2 - سورة البقرة: آية 233.

3 - «الغرم» وهو ما يلزم المرء لقاء شيء...مقابل «بالغنم» وهو ما يحصل له من مرغوب من ذلك الشيء». انظر، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 86، ط.2، دار القلم، دمشق-سوريا، 1989، ص.437-439.

4 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.518-519.

5 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.578.

6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.361.

7 - سورة البقرة: آية 229.

8 - محمد عاشق إلهي البرني: التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، ك. النفقات، د.ر.ط، مكتبة الشيخ، كراتشي-باكستان، 1412هـ، ص.76.

9 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. النفقة، مرجع سابق ص.163.

من تستدين منه، فتجب نفقتها على من تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة¹، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾².

أما ق.أ. وبالبحث في نصوصه؛ فإننا نجدتها تخلو من أي أثر لتكليف الزوجة بالنفقة على زوجها، سواءً كمساهمة فيها في الحالة العادية من باب مساواتها مع زوجها، أو في الحالة الاستثنائية -عند عسره أو عجزه ويسارها- من باب التكافل والتعاوض الزوجي. ليكون المشرع بهذا قد أخذ برأي الجمهور، مخالفاً ما قال به ابن حزم الظاهري، الذي ألزم الزوجة الموسرة بالإنفاق على زوجها في حالة إعساره، دون أن تطالبه بما أنفقت عليه بعد يساره، ودون أن يفرق بين حالة وجود الأولاد من عدم وجودهم. لذا، فقد أعفاها المشرع من واجب الإنفاق على زوجها، مهما بلغت حالتها المادية من يسار، لانعدام نص قانوني يلزمها بذلك. بل بالعكس من ذلك، فقد منحها الحق في رفع دعوى قضائية ضد زوجها عند امتناعه عن الإنفاق عليها (م330 و331 ق.ع). كما منحها أيضاً الحق في طلب التظليق (م53 ف1 و5 ق.أ)، دون أن يميز بين الزوجة الموسرة والمعسرة، ولا بين العاملة والماكنة في البيت.

وبرأينا، كان على المشرع أن يأخذ برأي الظاهرية، وذلك بإلزام الزوجة الموسرة أو العاملة بالإنفاق على نفسها وعلى زوجها المعسر أو العاجز دون شرط ولا قيد، ذلك أن الزواج ميثاق غليظ مبني على المحبة والوفاء، ورأي الظاهرية يوطد عراها بين الزوجين. كما أنه ليس من شيم المروءة أن تترك الزوجة زوجها يتخبط في شباك العوز والعجز وهي مكتوفة الأيدي رغم اقتدارها على النفقة، بل لابد أن تشد عضده في ساعة العسرة، وأن تكون له السند الذي يتكئ عليه إلى أن يستعيد قوته، حتى ولو لم يلزمها القانون بذلك.

هذا، وما يلاحظ مؤخراً هو ظاهرة خروج واجتياح المرأة لسوق العمل وبقوة، وهي الحالة التي لم يناقشها فقهاء الشريعة الإسلامية آنذاك، نظراً لطبيعة المجتمع التي كانت سائدة، حيث لم تكن المرأة تزاول أي عمل يستدعي منها الخروج اليومي الإلزامي، وبدر عليها مبالغ مالية منتظمة ومعتبرة. إذ كانت ماكنة في البيت، تقوم على أداء وظيفتها الأصلية داخله، أو بعض الأعمال كالنسيج والغزل، وقليل منهن من كانت تزاول بعض الأعمال التي تتطلب منهن الخروج، لكن ليس يومياً ولا إجبارياً كالماشطة والقابلة³.

لكن الحال الآن، تغير عما كان عليه سابقاً، خاصة مع تطور الحياة الاجتماعية، وولوج المرأة عالم الشغل، ومع انعدام نص قرآني أو حديث يمنعها من العمل خارج البيت إذا كان في إطار مشروع⁴. إضافة إلى ضمان الدستور لهذا الحق بموجب م68 منه التي جاء فيها: «تعمل الدولة على ترقية التناصف بين

1 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.3، ب. النفقة، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1313هـ، ص.55.

2 - سورة البقرة: آية 280.

3 - عز الدين عبد الدائم: حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، ط.1، دار كردادة، بوسعادة-الجزائر، 2011، ص.81-88.

4 - رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، د.ر.ط، الدار العلمية الدولية/دار الثقافة، عمان-الأردن، 2009، ص.129.

الرجال والنساء في سوق التشغيل. تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات.». وكذا تكريس اتفاقية سيداو لهذا الحق بموجب م11 منها التي نصت على ما يلي: «تتخذ الدول الأطراف جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل مع المرأة، نفس الحقوق لا سيما: (أ) الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر؛ (ب) الحق في التمتع بنفس فرص التوظيف، بما في ذلك تطبيق معايير الاختيار نفسها في شؤون التوظيف». بالإضافة إلى منح ق.أ لها الحق في اشتراط عملها بموجب م19 منه.

حيث باتت الزوجة العاملة مضطرة إلى الخروج يوميا، وبحجم ساعي مساوي للذي يخضع له الرجل أو يتجاوزه أحيانا، كما صارت تتقاضى أجرا قارا مساويا للذي يتقاضاه الرجل أو يتجاوزه أحيانا، مقتحمة جميع القطاعات حتى الصعبة منها، والتي قد تتطلب منها العمل ليلا، أو بعيدا عن مقر الزوجية، مما يوقعها في غالب الأحيان في دائرة إهمال وظيفتها الأصلية التي خلقت لأجلها هي دون غيرها، ناهيك عن إهدار صحتها وإتلاف أعصابها، وكل ذلك على حساب الزوج، الذي يتضرر حتما من التمكن والاحتباس الناقصين إن لم نقل المنعدمين في بعض الأحيان. حيث كانت الزوجة معفية من النفقة التي أوجبها الشرع على زوجها، على أساس الاحتباس والتمكن التامين بمقتضى العقد الصحيح، وكذا على أساس طاعتها له كما مرّ معنا. لكن، وباختلال الوضع الآن، بعد تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وبعد الإخلال بالضوابط الشرعية التي كانت تُعفى على أساسها من النفقة الزوجية، وكذا بعد الإطاحة بنظام القوامة؛ أصبح من اللازم إعادة النظر في مسألة مساهمة أو مشاركة الزوجة الموسرة أو العاملة في الإنفاق الأسري¹. حيث يعتبر من الجور بما كان في حق الزوج أن تعمل تلك الأخيرة وتحفظ براتبها الذي قد يفوق راتبه ثم تطالبه بالنفقة عليها أو ترج به في السجن أو تطلب منه الطلاق.

وبالقول بأن تكليف الزوجة الموسرة أو العاملة بالمساهمة في النفقة الزوجية سيخالف الشريعة الإسلامية التي جعلت هذا الواجب محمولا على الزوج أصالة²؛ فإن هاته الأخيرة قد جعلت لذلك التكليف الفردي للزوج مسبباته، والتي تتمثل في طاعة الزوجة له، بالإضافة إلى الاحتباس والتمكن التامين. تلك المظاهر، التي انعدمت اليوم وتلاشت، بعدما سُلّبت من الزوج حقوقه التي كان ينفق عليها بمقتضاها، وذلك بإلغاء المشرع للمادتين 39 و37 من ق.أ.

1 - رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، مرجع سابق، ص ص. 134-137.

2 - الحبيب خضر: المرأة متحملة لواجب الإنفاق، د.ر. ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008، ص. 99.

وبالقول أيضا، بأن تكليفها بذلك سيؤثر على مبدأ القوامة؛ فإن القوامة مبنية على سببين أحدهما فطري والآخر كسبي، فحتى ولو اختلف السبب الكسبي بتولي الزوجة النفقة أو مساهمتها فيها، فلن يخل السبب الفطري والمتمثل في الاختلاف الفيزيولوجي بينهما¹.

كما أنه، على أرض الواقع لا يخلو بيت به زوجة عاملة إلا وتساهم في مصاريفه، بل وهناك من تتحملها جلها، دون أن يلزمها القانون بذلك، «حيث تتحول من منفق عليها إلى منفقة، ومن مُعالة إلى مُعيلة، إما اضطرارا كمقابل محتمل لعدم التفرغ للواجبات الأسرية رغم قدرة الزوج على الإنفاق، أو إحسانا كمساهمة في رفاة الأسرة»². لذا، فلا حرج في تنظيم مساهماتها قانونيا، حتى لا تُظلم ولا تُظلم، وكذا لحماية حقوقها إذا ما حدث طلاق أو وفاة، باشتراكها في ممتلكات الأسرة. ولتحسيسها بدورها الحيوي والفعال في علاقتها مع زوجها. كما أن تكليفها بذلك بمقتضى القانون يجعل الزوج مرتاحا نفسيا من الشعور بالامن الذي قد تحسسه به الزوجة لو أنفقت عليه من تلقاء نفسها.

وإذا كان القانون لم يقم الزوجة في واجب الإنفاق الزوجي؛ فإنه لا ضير في أن يتفق الزوج مع زوجته العاملة حول مساهمتها في ذلك³، وهو ما قضى به مجمع الفقه الإسلامي بأنه: «يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة»⁴، لكن من دون أن يؤثر ذلك الاتفاق على الأصل بالزام الزوج بالنفقة، «ذلك أن الالتزامات القانونية لا تسقطها الاتفاقات الإرادية»⁵. حيث يقضي الأصل بأن النفقة على الزوج. لذا، فاشتراط إسقاطها عليه، أو اشتراطه على الزوجة بأن تتفق عليه غير جائز، ذلك أن الحنابلة ورغم توسعهم في تصحيح الشروط، إلا أنهم اعتبروا هذان الشرطين فاسدين، يبطلان مع بقاء النكاح قائما وصحيحا، لمنافاتها لمقتضى العقد وتضمنهما لإسقاط حقوق تجب به⁶. بالمقابل من ذلك، فلا يحق للزوج ربط موافقته على شرط الزوجة بالعمل، بوجوب مشاركتها له في النفقة، مما يدفعها إلى قبول شرطه كرها فقط لكي تحافظ على عملها، وهو ما قضى به مجمع الفقه الإسلامي بأنه: «لا

1 - رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، مرجع سابق، ص 136-137.

2 - عبد العلي حفيظ: تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، ط.1، دار القلم، الرباط-المغرب، 2013، ص.05.

3 - عز الدين عبد الدائم: حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، مرجع سابق، ص.162.

4 - عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، قرار رقم 144 (16/02) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، (د16)، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 09-14 أبريل 2005، مرجع سابق، ص.317.

5 - أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص.147.

6 - محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي: معونة أولي النهى شرح المنتهى، ج.9، ط.5، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2008، ص.126.

يجوز شرعا ربط الإذن (أو الاشتراط) للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً أو إعطائه جزءاً من راتبها وكسبها»¹.

وبإعفاء المشرع للزوجة من واجب الإنفاق الزوجي رغم يسارها، محافظاً على ما جاء في الشريعة الإسلامية؛ يكون قد خالف ما دعت إليه اتفاقية سيداو، من وجوب المساواة بين الزوجين، ليكون أفضل رد له على المتهمين على الإسلام، والمدعين ظلمه للمرأة. ذلك أن إعفاءها من واجب الإنفاق رغم يسرها، لهو قمة التكريم لها، رغم عدم تحقيقه للمساواة، حيث نالت بذلك الإعفاء أكثر مما كانت ستنتاله لو طبقت المساواة هنا، تلك المساواة التي لا تكون في صالحها دائماً، والتي تُلحق بها الضرر كلما طبقت عليها في غير نطاقها².

ونفس الموقف أتخذه المشرع المغربي الذي أعفى الزوجة من النفقة الزوجية، إلا في حالة كونها أما، وكذا بتوفر الشروط الواردة في م 199 من م.أ. أما المشرع التونسي، فقد كان صريحاً في تكليف الزوجة بالإسهام في نفقة الأسرة دون أن يعلق ذلك لا على عجز الزوج ولا على شرط وجود الأولاد، بل فقط على ضرورة توفرها على مال، وذلك بموجب الفصل 23 ف4³ المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتتقيح بعض الفصول من م.أ.ش، الذي أعطى للنفقة الزوجية الصبغة التقابلية والتبادلية بين الزوجين⁴.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد مال بكفته في صالح الزوجة فيما تعلق بالنفقة الزوجية، حيث لم يوقع أي التزام بها على عانتها، مهما بلغت حالتها المادية من يسر، مديراً ظهره عن الزوج الذي أثقل كاهله بها مهما بلغت حالته المادية من عسر، والجسدية من دمور أو عجز، خارقاً بذلك مبدأ المساواة الذي نادى به اتفاقية سيداو بموجب م 16 ف (ج) التي نصت على ما يلي: «نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه». حيث كرس المساواة المعنوية بينهما فقط دون المادية وبالضبط النفقة، مخلفاً بذلك شرخاً كبيراً بين الحقوق والواجبات المعنوية والمادية، ومحدثاً تناقضاً واضحاً بين ما جاء في م 36 ف3 التي توجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة، وبين م 74 ق.أ التي تُفرد الزوج وحده بواجب الإنفاق الزوجي. وفضلاً عن ضمان المشرع لحق الزوجة في النفقة دون أن يكلفها بها؛ فقد ضمن لها أيضاً ذمة مالية مستقلة شأنها في ذلك شأن الزوج، إلا ما تم الاتفاق عليه بينهما، كما سنراه في الفرع الثاني.

1 - عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، قرار رقم 144 (16/02) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، (د16)، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 09-14 أبريل 2005، مرجع سابق، ص.317.

2 - فاطمة الزهراء لقشيري: (المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2012/12/15، مج.4، ع.9، ص.164.

3 - ينص الفصل 23 ف4 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «...على الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال...».

4 - الحبيب خضر: المرأة متحملة لواجب الإنفاق، مرجع سابق، ص.92.

الفرع الثاني

الذمة المالية

من أقوى الحقوق المالية التي يتمتع بها كل من الزوجين على الإطلاق؛ هو الحق في ذمة مالية منفصلة ومستقلة عن ذمة الآخر (أولاً)، إلا أن خصوصية الحياة الزوجية وما تفرضه على أموالهما من اندماج وتداخل فعليين، جعل من الضروري عليهما الاتفاق حول الأموال المشتركة المكتسبة خلال حياتهما الزوجية (ثانياً).

أولاً: الفصل بين الذمة المالية للزوجين

لا يؤثر الزواج من الناحية الشرعية، القانونية والنظرية على مال الزوجين، حيث يبقى كل منهما محتفظاً بذمته المالية¹ منفصلة ومستقلة عن ذمة الآخر. هذا الانفصال، الذي يضمن المساواة بين الزوجين في أهلية وأحقية كل منهما في التملك²، والتمتع بجميع سلطات المالك على أمواله الخاصة من استعمال، استغلال وتصرف³؛ هو ما كرسته الشريعة الإسلامية منذ زمن خلا. حيث يقوم النظام المالي حسبها على الفصل بين أموال الزوجين⁴، ووفقه تكون قد ضمنت للمرأة حقها في أن تكون ولية نفسها على مالها، بعدما أبطلت كل التصرفات التي كانت سائدة قبلها، كحرمانها من التملك، التضيق عليها في التصرف فيما تملك، واستبداد زوجها بمالها⁵. لتعترف لها بأهليتها الكاملة على أموالها، شأنها في ذلك شأن الرجل، مادامت بالغة

1 - الذمة المالية، هي عبارة مركبة من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة. وبما أننا قمنا بتعريف مصطلح المالية في اللغة والاصطلاح سابقاً في هامش ص.89، فسنركز الآن على تعريف مصطلح "الذمة" في اللغة والاصطلاح كذلك كما يلي:

- الذمة لغة: «...الذِّمَامُ وَالْمَذْمَةُ: الْحَقُّ وَالْحُرْمَةُ، وَالْجَمْعُ أَدْمَةٌ. وَالذِّمَّةُ: الْعَهْدُ وَالْكَفَالَةُ، وَجَمْعُهَا ذِمَامٌ. وَفُلَانٌ لَهُ ذِمَّةٌ أَيْ حَقٌّ. وَفِي حَدِيثٍ عَلِيٍّ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ذِمَّتِي رَهِيئُهُ، وَأَنَا بِهِ رَعِيمٌ، أَيْ ضَمَانِي وَعَهْدِي رَهْنٌ فِي الْوَفَاءِ بِهِ...وَالذِّمَامُ: كُلُّ حُرْمَةٍ تَلْزُمُكَ -إِذَا ضَيَعْتَهَا- الْمَذْمَةُ، وَمِنْ ذَلِكَ يُسَمَّى أَهْلُ الْعَهْدِ أَهْلُ الذِّمَّةِ...وَرَجُلٌ ذِمِّيٌّ: مَعْنَاهُ رَجُلٌ لَهُ عَهْدٌ... قال الجوهري: الذِّمَّةُ أَهْلُ الْعَهْدِ...وقال أبو عبيدة: الذِّمَّةُ الْأَمَانُ...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.3، ب. الذال، (ذمم)، مرجع سابق، ص.1517.

- الذمة المالية اصطلاحاً: هي ما للشخص من حقوق، وما عليه من التزامات مالية، في الحال والمآل، منظور إليها كمجموع مالي. لتشكل تلك الحقوق المالية الشق الإيجابي للذمة المالية، أو ما يعرف "بأصول الذمة"، بينما تشكل الالتزامات المالية الشق السلبي لها، أو ما يعرف "بخصوم الذمة". فإذا زادت الأصول على الخصوم كنا أمام ذمة موسرة، وإذا حدث العكس نكون أمام ذمة معسرة. انظر، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج.8، حق الملكية، مرجع سابق، ص.223، 227.

2 - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي: الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010، ص.44-45.

3 - الاستعمال: كأن تكون دار فيسكنها، الاستغلال: كأن تكون داراً فيؤجرها، التصرف: كأن تكون دار فيبيعها. انظر، رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، مرجع سابق، ص.39-40.

4 - L. Milliot: (introduction à l'étude du droit musulman), *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris-France, Octobre-Décembre 1955, Vol.7, N° 4, P. 869.

5 - محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام، د.ر.ط، دار الشهاب، باتنة-الجزائر، بالتعاون مع مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة-مصر، 1987، ص.15.

عاقلة رشيدة غير محجور عليها¹، لقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾²، وقوله أيضاً: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾³.

وتكريس حق الزوجة في انفصال ذمتها المالية عن ذمة زوجها، هو ما أخذ به جمهور الفقهاء من حنفية⁴، شافعية⁵ وحنابلة في إحدى الروايتين⁶. حيث قالوا بأحقية الزوجة الراشدة العاقلة في التصرف في مالها بعبوض أو بدونه، شأنها في ذلك شأن الرجل البالغ العاقل، دون أن تحتاج إلى إذن ولا رخصة من زوجها ولا من أحد. ذلك أنه «من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام»⁷. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁸، حيث سوى الله في أمر دفع المال بين الرجل والمرأة⁹. وقوله: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾¹⁰. وقوله كذلك: ﴿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﴾¹¹. وقوله أيضاً: ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾¹². «فإذا كان هذا هكذا: كان لها: أن تعطي من مالها ما شاءت بغير إذن زوجها»¹³. وهو الرأي الذي ساندته مجمع الفقه الإسلامي في قراره بأن: «للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها

- 1 - سيد عبد الله علي حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، ج.1، ط.1، دار السلام، القاهرة-مصر، 2001، ص.230.
- 2 - سورة النساء: آية 32.
- 3 - سورة النساء: آية 07.
- 4 - أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي: شرح معاني الآثار، ج.4، ك. الزيادات، ب. تصرف المرأة في مالها، ط.1، عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1994، ص.352-354.
- 5 - أبو المعطي محمد بن عمر نووي الجاوي: نهاية الزين في أرشاد المبتدئين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002، ص.243.
- 6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج.4، ك. الحجر، تصرف المرأة الرشيدة، مرجع سابق، ص.330-332.
- 7 - المرجع نفسه، ص.331.
- 8 - سورة النساء: آية 06.
- 9 - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: أحكام القرآن، ج.1، د.ر.ط، مكتبة الخانجي، القاهرة-مصر، د.س.ن، ص.139.
- 10 - سورة النساء: آية 04.
- 11 - سورة البقرة: آية 229.
- 12 - سورة النساء: آية 19.
- 13 - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: أحكام القرآن، ج.1، مرجع سابق، ص.140.

الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج إذن الزوج في التملك والتصرف بمالها.¹

في حين سائر الملكية رأي الجمهور لكن ليس على إطلاقه، حيث اعترفوا للزوجة بحق انفصال ذمتها المالية، وبحقها في التملك، التصرف وعقد جميع أنواع عقود المعاوضات شأنها شأن الزوج، باستثناء العقود بلا عوض (عقود التبرع) فيما تجاوز الثلث دون إذن زوجها في قولهم: «لا يجوز للمرأة ذات الزوج وإن كانت رشيدة عند مالك وأصحابه أن تهب ولا تتصدق بأكثر من ثلثها إلا بإذن زوجها فإن تصدقت بأكثر من ثلثها فزوجها بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من عطيتها، أو رده، وقد قيل: له رد هبتها، أو صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها، وكل ذلك مذهب مالك»²، وفي ذلك وافقهم الحنابلة في الرواية الأخرى³. ويرى المالكية أيضا، نفاذ جميع ما تبرعت به الزوجة ولو زاد عن الثلث، إذا لم يعلم به زوجها حتى تأيئت منه بطلاق، أو علم وسكت، أو مات أحدهما، وليس لها التبرع مرة أخرى بعد تبرعها بالثلث، إلا إذا فصل ما بين التبرعين عام من الزمن على قول، أو نصفه على قول آخر⁴، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁵. وأيضا بما «روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها»⁶. وفي حديث آخر: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»⁷. وبما روي كذلك عن «أبي هريرة، قال: قيل لرسول الله ﷺ: أي النساء خير؟ قال: «التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره»⁸.

ولعل المالكية، اشترطوا إذن الزوج من باب الحماية لمال الزوجة، دون أن يكون له سلطة في أخذ ما قل منه وما كثر إلا عن طيب خاطر منها، وكذا من باب النصح والاستشارة، نظرا لطبيعة المرأة الحساسة،

1 - عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، قرار رقم 144 (16/02) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، (د16)، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 09-14 أبريل 2005، مرجع سابق، ص.316.

2 - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مج.2، ك. النقليس والحجر، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.834.

3 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقى ج.4، ك. الحجر، تصرف المرأة الرشيدة، مرجع سابق، ص.330-332.

4 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، ب. في بيان أسباب الحجر، مرجع سابق، ص.308-309.

5 - سورة النساء: آية 34.

6 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.5، ك. البيوع، ب. عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح. رقم 3546، مرجع سابق، ص.404.

7 - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (النسائي): سنن النسائي، ك. الزكاة، ب. عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح. رقم 2540، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن، ص.396.

8 - المرجع نفسه، ك. النكاح، أي النساء خير؟، ح. رقم 3231، ص.500.

ذلك أن رأي الزوج قد يكون سديدا على رأيها في غالب الأحيان¹، لما روي عن كريب مولى ابن عباس «أن ميمونة بنت الحارث ؓ أخبرته أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي ﷺ، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟ قال: ﴿أَوْفَعَلْتَ﴾؟ قالت: نعم. قال: ﴿أما إنك لو أعطيتها لأخوالك كان أعظم لأجرك﴾»². فرغم دلالة الحديث على حرية تصرف الزوجة في مالها، وعدم تدخل زوجها في أمرها، حيث أنه لو كان كذلك لرد النبي ﷺ تصرف ميمونة؛ إلا أنه يدل أيضا على وجاهة رأي الزوج واستحباب استشارة زوجته له.

ومنه، يتضح لنا بأن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور، لوجاهة رأيهم، وقوة أدلتهم المستنبطة من «عموم النصوص التي جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على السواء»³، والمحقة للمساواة بين الزوجين في انفصال ذمتهم المالية. وذلك من خلال م37 ف1 التي تنص على أنه: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر». حيث استبعد رأي المالكية، نظرا للنقد الذي وجه إليهم، كونه «رأي متهافت لا يعتمد على سناد قوي من نص، ولا مصلحة مرسله، ولا استحسان مستقيم، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج»⁴. وبذلك يكون قد منح لكلا الزوجين مركزا قانونيا متساويا، في حق التمتع بالأهلية المالية الكاملة على ممتلكاته، بأن يبقى كل منهما محتفظا بأمواله الخاصة منفصلة عن أموال الآخر، وما يترتب عليه من احتفاظ كل منهما بحرية إدارة وتسيير أمواله والتمتع الكامل بمداخله⁵، إذا كانا بالغين راشدين وعاقلين، وخاصة بعد توحيد المشرع لأهلية الزوجين الخاصة (م07 ف1 ق.أ)، والعامه (م40 ق.م)، وجعلها مقدرة بتسعة عشر (19) سنة لكليهما⁶.

كما منح للزوجة الراشدة العاقلة أيضا، مطلق الحرية في التصرف في مالها دون قيد من أحد حتى في عقود التبرعات شأنها شأن الرجل، حيث اشترط في م203 من ق.أ في الواهب سلامة العقل، بلوغ 19 سنة وعدم الحجر عليه، دون أن يشترط إذن الزوج أو ترخيصه بالنسبة للمتزوجات. كما أجازت م205 من ق.أ للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها، عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، دون أن تحدد حدا أقصى

1 - عبد السلام الرافعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، ط.1، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 1996، ص.208. نقلا عن، عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي: الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص.61.

2 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الهبة وفضلها، والتحريض عليها، ب. هبة المرأة لغير زوجها، وعتقها إذا كان لها زوج، فهو جائز إذا لم تكن سفیهة...، ح. رقم 2592، مرجع سابق، ص.629.

3 - محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1997، ص.297.

4 - المرجع نفسه، ص.297.

5 - Nahas M. MAHIEDDIN : (Le Droit patrimonial de la famille dans la legislation algerienne), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°. 1, P P. 38-39.

6 - مسعودي رشيد: النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2005-2006، ص ص.144، 146-147.

ولا أدنى لذلك. هذا، وسمح القانون للمرأة أيضا بأن تمارس التجارة كما الرجل، ودون إذن ولا رخصة، وهو ما أشارت إليه م¹⁰⁸ من ق.ت.² ليكون ذلك الحكم امتداداً لما كان عليه الصحابة، حيث كانت سيدتنا خديجة عليها السلام زوجة النبي ﷺ تاجرة موسرة قبل زواجها به³.

أما إذا تم الزواج عن طريق الترخيص القضائي، بأن كان أحد طرفيه أو كلاهما دون السن القانونية، فإن الترشيح للزواج لا يعني ترشيدهما للتصرفات المالية الخاصة بممتلكاتهما. كما أن ترشيح القاصرة للزواج مع راشد، لا يمنح هذا الأخير حق الولاية المالية عليها، بل يبقى ذلك من صلاحيات وليها⁴، طبقاً للمادتين 87 و88 من ق.أ. ذلك أن الأهلية التي منحها المشرع للقاصر بموجب ف2 من م07 ق.أ، هي أهلية في حدود ضيقة، لا تعدو أن تكون أهلية تقاضي، فيما تعلق بآثار عقد الزواج فقط من حقوق والتزامات، دون أن تمتد إلى باقي التصرفات المالية، ولا حتى إلى الطلاق وآثاره كما أكدته م437 من ق.إ.م.إ.

وذلك خلافاً للمشرع التونسي، الذي يعتبر زواج القاصر يرشده فيما يتعلق بحالته الشخصية، ومعاملاته المدنية والتجارية، شرط أن يتجاوز السابعة عشر (17) من عمره، وذلك بموجب ف2 من الفصل 153 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش. وكذا المشرع الفرنسي، الذي جعل من القاصر المرخص له بعقد الزواج، مرخص له بعقد جميع الاتفاقات التي يرتبط بها عقد الزواج، وكذا الهبات، وتكون صحيحة شريطة أن يشارك في العقد الأشخاص الذين تشترط موافقتهم في صحة الزواج، وذلك بموجب م1398 ق.م.ف.⁵

ويترتب على استقلال الذمة المالية للزوجين، وصيرورة كل منهما أجنبياً أمام مال قرينه؛ استقلال الديون المستحقة لصالح كل منهما، والديون المترتبة في ذمة كل منهما لصالح الغير. وكذا استقلال كل

1 - تنص م08 من ق.ت. على ما يلي: «تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها. ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها، كامل الأثر بالنسبة للغير».

2 - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 19 ديسمبر 1975، ع.101 (المعدل والمتمم).

3 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ج.8، ك. النساء، حرف الخاء المعجمة، خديجة بنت خويلد، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1995، ص.99.

4 - دنوني هجيرة: (النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري)، م.ج.ع.ق.إ.ق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1994، ع.1، ص.164.

5 - Art. 1398 du C.C.F (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10) dispose: «le mineur capable de contracter mariage est capable de consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage...». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 2072.

منهما بتحمل تبعة التنفيذ الجبري على أمواله الخاصة، لامتناعه عن الوفاء بالديون المترتبة عليه¹. وذلك خلافا للمشرع الفرنسي، الذي جعل ديون الزوجين المتعلقة بإعالة العائلة، وتعليم الأولاد، مشتركة بينهما في جميع الأنظمة المالية، حيث يكونان متضامنين بالنسبة لها²، حتى في نظام فصل الأموال، وذلك حسب م²²⁰³ و¹⁴⁰⁹⁴ ق.م.ف. أما باقي الديون فتبقى خاضعة لنوع النظام القانوني المختار من قبل الزوجين. ولعل التبرير لذلك، هو أن الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري، قد جعلوا واجب الإنفاق الأسري واقع على كاهل الزوج أصالة -كما مر معنا- لذلك لم يجعلوا الديون المترتبة على ذلك مشتركة بين الزوجين.

ومن خلال تكريس المشرع لمبدأ انفصال الذمة المالية لكل من الزوجين، يكون قد أقر بالنظام الذي كرسه الشريعة الإسلامية منذ قرون خلت، التي جعلت منها رقعة الرجل في السلطان على المال سواء⁵ هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يكون قد ساير ما نادى به اتفاقية سيداو بموجب م¹⁵ ف² منها والتي نصت على ما يلي: «تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، ونفس فرصة ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية للرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات...». وكذا، م¹⁶ ف¹ (ح): «نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة».

وبجعل الفصل بين الذمة المالية للزوجين، الأصل الذي يحكم مال الزوجين، مال كل من المشرع المغربي بموجب م⁴⁹⁶ م.أ، وكذا المشرع التونسي الذي أخضع الزوجان لنظام التفرقة في الأملاك، في حالة

1 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ط. 6، د.م.ج، الجزائر، 2008. نقلا عن، بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج. 1، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص. 326.

2 - Jean-Jacques LEMOULAND : (Les grandes lignes du droit patrimonial des couples "france"), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°. 1, P P. 166-167.

3 - Art. 220 du C.C.F (L. n° 65-570 du 13 juill. 1965) dispose: «Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants: toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.». (L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985, art. 02): «Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été coclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante.». (L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 50): «Et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 397.

4 - Art. 1409 du C.C.F (L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985) dispose: «La communauté se compose passivement:

- à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220;

- à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté.». Voir, Ibid. P. 2091.

5 - محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 296.

6 - تنص م⁴⁹ من م.أ على ما يلي: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها...».

ما إذا أبرم الزواج دون تنصيب على رأيهما في نظام الأملاك الزوجية، وذلك بموجب الفصل 07 ف3¹ من القانون عدد 94 لسنة 1998²، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، متخذا من نظام الاشتراك نظاما اختياريا كذلك³. أما المشرع الفرنسي، فقد اعتمد نظام الفصل ليس كأصل، وإنما كأحدى أنظمة الزواج التي أتيحت للزوجين حرية اشتراط إخضاع أموالهما له بموجب م1536⁴ ق.م.ف.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري، وباعتناقه لمبدأ الفصل بين الذمة المالية للزوجين؛ يكون قد ساوى بين المركز القانوني لهما، في تمتع كل منهما بالحقوق في الاحتفاظ باستقلال وانفصال ذمته المالية عن ذمة الآخر، وما يترتب على ذلك من حق في التمتع بجميع الصلاحيات والسلطات المخولة لهما على تلك الأموال -ما لم يكونا قاصرين أو محجور عليهما-. إلا أنه من جهة أخرى، وبجعله لذمة الزوجة المالية خالصة لها، دون أن يزاحمها الزوج فيها في شيء، إلا ما تمنحه هي له عن طيب خاطر منها، بل وحتى رتب عقوبات على الزوج الذي يكره أو يخوف زوجته ليتصرف في مالها بموجب م330 مكرر من ق رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم لقانون العقوبات. بينما جعل لها هي حقا على ذمة زوجها، يتمثل في النفقة والتكاليف المادية الواقعة على كاهله شرعا وقانونا؛ يكون قد قوى مركزها القانوني في مواجهته.

هذا، وإذا كان الزواج لا يؤثر نظريا على مال الزوجين، حيث يبقى كل منهما متمتعا بملكياته المستقلة؛ فإنه عمليا وما يُحتمُّه واقع الحال من اختلاط لأموالهما، جعل من المشرع يجيز لهما الاتفاق حول الملكية المشتركة للأموال التي يكتسبانها خلال حياتهما الزوجية على قدم المساواة، وهو ما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا: الاتفاق حول الأموال المشتركة للزوجين المكتسبة خلال الحياة الزوجية

لما كان الأصل هو بقاء كل واحد من الزوجين محتفظا بأمواله منفصلة على أموال قرينه من الناحية القانونية والنظرية؛ فإنه ومن الناحية العملية والواقعية، ونظرا لخصوصية عقد الزواج، وما يفرضه من اندماج

1 - تنص ف3 من الفصل 07 من القانون عدد 94 لسنة 1998 على ما يلي: «يعتبر الزواج المبرم دون تنصيب على رأي الزوجين في نظام الأملاك الزوجية بمثابة اختيار لنظام التفرقة في الأملاك.».

2 - القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 13 نوفمبر 1998، ع.91. للإشارة، فإنه تم تدارك غلط شاب عدد القانون، حيث كان مدرجا تحت رقم "91"، قبل أن يتم تصحيحه تحت رقم "94". انظر، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 27 نوفمبر 1998، ع.95، ص.2376.

3 - Rachida JELASSI : (Droit patrimonial de la famille. Mariage. Régime matrimonial. Successions et libéralités "tunisienne"), *Les cahiers du LADREN*, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°. 1, P. 235.

4 - Art. 1536 du C.C.F (L. n° 65-570 du 13 juill. 1965) dispose: «lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220.». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 2147.

واتحاد فعلي لأموالهما¹، خاصة مع دخول المرأة ساحة الشغل وبقوة، ومساهمتها في نفقة الأسرة ولو من دون قانون يلزمها بذلك؛ بات من المستحسن بل من اللازم اتفاق الزوجين حول نظام معين يحكم أموالهما التي صارت بموجب الزواج مشتركة بينهما، وغالبا ما يصعب حتى تحديد ملكيتها. وكل ذلك حماية من المشرع لتلك الأموال من ضياع ملكيتها فيما بين الزوجين، وبصفة خاصة الزوجة إذا هي طُلِّقَتْ أو تَرَمَّلت، في محاولة منه إلى تحصينها من انفراد واستئثار الزوج وحده بأموال وممتلكات الأسرة، التي تكون قد ساهمت فيها هي فعليا². كما أن إدراج هذا الاتفاق من شأنه أن يخفف من حدة الفصل الجامد بين أموال الزوجين، إذا ما شأوا الاشتراك فيما بينهما في أموالهما المكتسبة خلال حياتهما الزوجية³، خاصة وأن الواقع يترجم تلك المشاركة، ويبرهن عليها فعليا.

تلك المشاركة، هي ما حرص مجمع الفقه الإسلامي على حمايتها في قراره: «إذا أسهمت الزوجة فعليا من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به»⁴. كما أجاز لهما الاتفاق على جميع أمورهما المالية، بما في ذلك الراتب في قراره: «يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة»⁵.

ورغم ما لذلك الاتفاق المالي من امتداد إسلامي، يتمثل في تقاطعه مع ما يعرف بحق "الكد والسعاية"⁶، الذي أرجع البعض أساسه إلى المبادئ الكلية العامة في الشريعة الإسلامية، التي تقضي «باستئثار كل إنسان بحصيلة جهده إيجابا أو سلبا خيرا أو شرا»⁷، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءُ الْأَوْفَىٰ﴾⁸، بينما أسسه البعض على قضاء عمر ﷺ في واقعة

1 - دنوني هجيرة: (النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري)، مرجع سابق، ص 159-160.

2 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص 157.

3 - عويس بوعلام: (حماية الأسرة من النزاعات المالية بين الزوجين)، حواشي جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، 2017/12/31، مج 31، ج 4، ص 266.

4 - عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، قرار رقم 144 (16/02) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، (د16)، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 09-14 أبريل 2005، مرجع سابق، ص 317.

5 - المرجع نفسه، ص 317.

6 - حق الكد والسعاية هو: «حق شخصي، يقوم على أساس مساهمة السّاعة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد، يتناسب وقدّر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده». انظر، عمر المزكلندي: حق الكد والسعاية محاولة في التأسيس، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط-المغرب، 2005-2006، ص 07.

7 - عبد العلي حفيظ: تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 12.

8 - سورة النجم: الآيات 39-41.

الحارث وحببية بنت زريق¹، في حين اعتبره البعض نتاجا للتراث الفقهي من فتاوى ونوازل حكمت به²، أما البعض الآخر فقد أرجعه إلى ما جرى به العمل والعرف، وهذا القول الأخير هو الذي يشكل الأغلبية³.

إلا أنه يميل أكثر، إلى ما يعرف بأنظمة الزوجية المالية، أو النظام المالي للزوجين⁴ (Les régimes matrimoniaux) في القانون الفرنسي، غير أنه يعتبر فتيا إذا ما قورن بهذا الأخير، الذي يتسم بالدقة، التكاملية والشمولية، وذلك بتخصيص المشرع الفرنسي لتنظيمه؛ ترسانة ضخمة من النصوص القانونية، شملت المواد من 1387 إلى 1581 من ق.م.ف.

حيث وضع عدة نماذج لأنظمة مالية محددة مسبقا من قبله تحت تصرف إرادة الزوجين، إلا أنه حصر إرادتهما فقط في اختيار أحدها، دون أن تتجاوزهم إلى عقد أي اتفاق آخر خارج تلك النماذج⁵. والتي تتمثل في نظام شيوع الأموال القانوني، أو نظام الاشتراك في الأموال القانوني⁶ (Le régime de la

1 - «قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، في واقعة عمرو بن الحارث وزوجته حببية بنت زريق، حيث كان زوجها قصارا يتجر في الأثواب، وكانت تساعده في ترقيعها حتى اكتسبا مالا وافرا، فمات الزوج، وجاء ورثته فاستحوذوا على مفاتيح المخازن واقتسموا المال بينهم، فأقامت عليهم الزوجة دعوى طالبت بعمل يدها وسعايتها مترافعة مع الورثة أمام الخليفة عمر الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال وقسمته إلى نصفين، أخذت منه الزوجة نصف التركة بالإضافة إلى نصيبها من الإرث كزوجة». انظر، الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتيمي شرح نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتيمي، العمل السوسي في الميدان، ج.1، د.ر.ط، مكتبة المعارف، الرباط، 1984، ص.281. نقلا عن، فاتحة الطلحاوي: (تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمانة، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4، هامش ص.115.

2 - للإطلاع على آراء فقهاء النوازل حول موضوع الكد والسعاية راجع، العبادي الحسن بن أحمد الهشتوكي: فقه النوازل في سوس، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 1999.

3 - فاتحة الطلحاوي: (تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة)، مرجع سابق، ص.114-115. انظر أيضا، الحسن مكرز: السعاية بين العمل السوسي والعمل الفاسي، مداخلة مقدمة ضمن الكتاب الخاص بأعمال الندوة التكريمية للمرحوم العلامة الدكتور الحسن العبادي، الموسومة بالعمل السوسي تاريخه وقضاياها، المنعقدة بجامعة ابن زهر، كلية الشريعة، أكادير-المغرب، 2006، إعداد عبد المالك أعويش، إشراف عبد العزيز بلاوي، د.ر.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2016، ص.163 وما بعدها.

4 - النظام المالي للزوجين: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين، وعلى وجه الخصوص تحديد ملكية كل منهما سواء على الأموال الخاصة أو المشتركة، وكذا تحديد سلطاتهما على تلك الأموال... حيث تنظم علاقة الزوجين المالية في اتجاه بعضهما وفي اتجاه الغير كذلك. انظر، Aude Bertrand-Mirkovic : Droit Civil personnes, famille, 02^e édition, Panorama du droit, studyrama, Levallois-Perret, France, 2005, P. 275.

5 - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي: الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص.256.

6 - حيث يشترك بمقتضاه الزوجين في جميع الأموال (عقارات أو منقولات) المكتسبة والمحقة من قبلهما مجتمعين أو منفصلين أثناء الزواج، المتأتبة من عملهما الشخصي، أو من ادخارات ثمار ومداخل أموالهما الخاصة. وتعتبر أموالا خاصة، تلك الأموال المحددة في م1404-1408، والتي لا تدخل في نطاق الاشتراك، حيث يحتفظ كل منهما بحقه المنفرد على تلك الأموال، باستثناء ادخار ثمارها ومداخلها. وكما يشترك الزوجان في الأموال وفقا لهذا النظام، فهما يشتركان أيضا في الديون المحددة في م1409 (ديون الإنفاق المنزلي وتعليم الأولاد، الديون الناشئة أثناء الاشتراك)، باستثناء الديون المتوجبة على التركات والتبرعات المستحقة لهما أثناء الزواج (م1410)، فتوفا تلك الديون من أموال المدين الخاصة (م1411)، غير أن الديون المترتبة في ذمة أحد الزوجين لمصلحة شخصية أثناء الاشتراك، =

(*communauté légale*)، الذي تخضع له أموال الزوجين في حالتين: إما عند اختيارهما له، وإما عند عدم اختيارهما لأي نظام وتم إعلان الزواج، حيث يطبق عليهما هذا الأخير آليا وتلقائيا¹. غير أنه ولتخفيف حدة هذا النظام، سمح المشرع للزوجين بإمكانية الاتفاق على تعديل بعض شروطه، وهو ما يعرف بنظام شيوع الأموال الاتفاقي، أو نظام الاشتراك في الأموال الاتفاقي² (*Le régime de la communauté conventionnelle*)، والاتان يدخلان تحت نظام شيوع الأموال، أو نظام الاشتراك في الأموال (*Le régime en communauté*). كما تتمثل تلك النماذج أيضا في نظام فصل الأموال³ (*Le régime de la séparation de biens*). ونظام المشاركة في المكتسبات⁴ (*Le régime de participation aux acquêts*). وتدخل جميع تلك الأنظمة تحت مسمى مشاركة الزواج، أو اتفاقيات الزوجية المالية، تلك المشاركة التي يشترط فيها الشكلية⁵ والإشهار⁶ قبل إعلان الزواج، وإلا خضع الزوجين إلى النظام شيوع الأموال القانوني⁷ كما أسلفنا.

أما المشرع الجزائري، فقد استلهم هذا الموضوع من القانون الفرنسي كما ذكرنا. إلا أنه، نظمه بصورة محتشمة، حيث خصّه بفقرة وحيدة من مادة يتيمة، مستحدثة بموجب تعديل 2005، وهي ف2 من م37 ق.أ التي جاء فيها: «غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.».

وبذلك يكون قد ترك لهما حرية الاتفاق على النظام المالي الذي يحكم أموالهما، بما يتناسب مع حالتها الاقتصادية والاجتماعية، دون أن يفرض عليهما أنماطا معينة يقع عليها اختيارهما⁸. ونظرا لأهمية الموضوع، كان عليه أن يحدد نماذج معينة ومضبوطة ينصب عليها اتفاقهما في «صيغة تشريعات قانونية

= يمكن أن تسد من مال الاشتراك إذا كانت نية الدائن والمدين حسنة، مع وجوب التعويض المتوجب على الزوج المدين لصالح مال الاشتراك، والعكس صحيح. (م1412، 1413). انظر، م1400-1491 من ق.م.ف.

1 - م1400 من ق.م.ف.

2 - حيث يمكن بمقتضاه للزوجين أن يعدّلا من نظام الاشتراك القانوني في عقد زواجهما، بكل أنواع الاتفاقيات غير المخالفة للمواد 1387-1389، والاتفاقات التي يمكن لهما إدراجها على وجه الخصوص تضمنتها م1497. انظر، م1497-1527 من ق.م.ف.

3 - حيث يحتفظ الزوجان بمقتضاه بإدارة كل منهما لأمواله الشخصية، والتمتع بحرية التصرف فيها، ويلتزم كل منهما بديونه الشخصية، قبل وأثناء الزواج، باستثناء الحالة الواردة في م220 (الديون الواردة على العقود التي تهدف إلى إعالة العائلة أو تعليم الأولاد، حيث تلزم عليهما الاشتراك والتضامن رغم اتفاقهما على نظام الفصل). ذلك أن القانون الفرنسي يفترض مشاركة الزوجين في نفقات إعالة العائلة، مهما كان النظام الذي اتفقا عليه (م203، 205، م213-215، م220، 226، 1537). انظر، م1536-1543 من ق.م.ف.

4 - هو عبارة عن مزيج بين النظامين السابقين، حيث يعيش الزوجان بمقتضاه في ظل نظام فصل الأموال أثناء الحياة الزوجية، أما بعد انحلالها (بطلاق أو بوفاة) فيطبق عليهما نظام الاشتراك في الأموال، حيث يحق لكل منهما المشاركة بمقدار النصف من قيمة المكتسبات الصافية الثابتة في ذمة الآخر. انظر، م1569-1581 من ق.م.ف.

5 - انظر، م1394 من ق.م.ف.

6 - انظر، م1397 ف3-6 من ق.م.ف.

7 - Aude Bertrand-Mirkovic : *Droit Civil personnes, famille, Op.cit, P. 282. Voir aussi, l'art. 1400 C.C.F.*

8 - حداد فاطمة: (الذمة المالية للمرأة المتزوجة؛ استقلالية قانونية واتحاد فعلي في التشريع الجزائري)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز

جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، أبريل 2017، العام 04، ع18، ص66.

متكاملة دون تركها للاتفاقيات الإرادية»¹، وأن يبين لهما حدود ذلك الاتفاق، حتى يعلموا الممنوع منه من المشروع²، وحتى لا يطلق العنان لإرادتهما في الاتفاق على ما هب ودب من الاتفاقات اللائقة منها وغير اللائقة.

كما منح لهما الخيار كذلك في إبرام ذلك الاتفاق، إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي آخر. إلا أن إبرامه في عقد الزواج قد يؤثر على صحته، إذا ما خالف مقاصده³. لذا، كان عليه أن يفصل ذلك الاتفاق عن عقد الزواج، حتى يضمن عدم تأثيره على صحته، إذا ما تضمن على ما يخالف مقتضاه، وحتى يبعد الزواج عن الاتفاقيات المالية التي من شأنها أن تؤثر على حقيقته، لكون «العلاقة الزوجية مبنية على المكارمة، أما العلاقة المالية فهي مبنية على الأخذ والرد والمساومة والمشاحنة، لذلك وجب تمييز هذه العلاقة عن تلك»⁴، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي في ف2⁵ من م49 من المدونة.

هذا، ولم ينظم المشرع مسألة الديون المشتركة، التي من المفروض أن تكون مشتركة بينهما، تاركا الأمر لاتفاقهما أيضا. وبالتالي، يكون قد فتح لهما باب الحرية في الاتفاق على مصراعيه⁶ منذ بداية النظام المالي إلى نهايته دون قيد ولا شرط، ودون أن يرسم لهما على الأقل الحدود القانونية الحمائية، التي تقيهما من الوقوع في شبك الاتفاقات المبنية على الاحتيال، والتي قد تكون في صالح أحدهما على حساب الآخر، خاصة وأن المشرع لم يفصل أيضا في إمكانية تعديل الزوجين لذلك الاتفاق أو تغييره، إذا ما أصبح يتعارض مع مصلحة الأسرة⁷، كما فعله المشرع الفرنسي، الذي أتاح لهما بعد سنتين من تطبيقه، ولمصلحة العائلة، تعديله، أو حتى تغييره، وفقا لإجراءات معينة⁸، بموجب م1397 من ق.م.ف⁹.

- 1 - عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي: الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص.313.
- 2 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.339.
- 3 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.158.
- 4 - محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزواج، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، ص.388. نقلا عن، أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص.166.
- 5 - تنص ف2 من م49 من م.أ على ما يلي: «يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج».
- 6 - عمر المزكلدي: (تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين: قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4، ص.35.
- 7 - كريمة محروق: أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع -دراسة مقارنة-، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019، ص.66.

8 - Marie LAMARCHE: (Régimes matrimoniaux. Régime légale. Régimes conventionnels), *Les cahiers du LADREN*, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°. 1, P. 171.

9 - Art. 1397 du C.C.F (L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 44) dispose: «Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de la modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié.». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 2066.

إضافة إلى ذلك، لم يبين المشرع الجزاء المترتب على مخالفة أحد الزوجين لذلك الاتفاق. وكل ذلك يدل على عقم م37 ف2، وكذا على حالة الاستعجال التي كان فيها المشرع وهو يسنها، فقط من أجل أن يثبت مسابرة لروح العصر، وللقوانين الغربية منها والعربية. ذلك أن نظام ضخم كهذا لا يمكن تنظيمه بفقرة واحدة كذلك. لذا، فعلى المشرع مادام قد فتح المجال لاعتماد ذلك المسار، أن يعيد تنظيمه بدقة وتكامل، وأن يحاول إثراءه بحضور مختصين، وأن يستفيد من تجربة فرنسا التي تعتبر خبيرة فيه.

وانعدام ذلك الاتفاق بين الزوجين، من شأنه أن يثير إشكالا، خاصة إذا ما ثار نزاع بينهما وانعدم دليل ملكيتهما، إذ هي الحالة التي أغفلها المشرع، حيث لم ينص إلا على مسألة متاع بيت الزوجية، والذي نظمته بموجب م73 من ق.أ التي تنص على ما يلي: «إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين». فإضافة إلى الإشكال المتمثل في عدم القدرة على التمييز بين المعتاد للرجال والنساء خاصة في وقتنا الحالي؛ فإن الإشكال يكمن أيضا في الطريق الذي نتبناه هنا، هل نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أم إلى القواعد العامة للإثبات في القانون المدني؟ وحتى ولو رجعنا إلى هذا الأخير، فإننا سنصطدم بنص م333 من ق رقم 05-10¹ المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، التي تجعل من التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 د.ج أو غير محددة القيمة، غير قابلة للإثبات بالشهود سواء على وجودها أو على انقضائها، مما يدل على اشتراط الإثبات بالكتابة فيها، وهو ما لا يتحقق مطلقا بين الزوجين، والواقع يثبت ذلك. إلا أن المشرع، قد أوجد حلا لهاته الإشكالية تمثل في م336 من ذات القانون، التي تجيز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، في حالات منها المانع الأدبي كعلاقة الزوجية. وفي هذا الشأن نص المشرع المغربي بموجب الفقرة الأخيرة من م49 على أنه في حالة انعدام اتفاق بين الزوجين، فإنه يرجع للقواعد العامة للإثبات، مع الأخذ بعين الاعتبار عمل ومجهود كل زوج وما تحمله من أعباء لتنمية أموال العائلة².

وما يلاحظ على المشرع الجزائري، أنه ركز بموجب الاتفاق المالي، على حماية الزوجين فيما بينهما فقط، دون أن يولي اهتماما إلى حماية الغير الذين قد يتعاملون مع هذين الأخيرين. وذلك بعدم اشتراطه لإشهار ذلك الاتفاق المالي، الذي تكمن أهميته في إطلاع الغير بمحتواه وبالوضعية المالية للزوجين، تحسبا لتعاملهم معهم³، مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب م1397 ف3-6 من ق.م.ف، والمشرع التونسي

1 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج. بتاريخ 26 جوان 2005، ع.44.

2 - Mohamed LOUKILI: (Le régime matrimonial en droit marocain), *Les cahiers du LADREN*, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°. 1, P P. 217-218.

3 - شتوح زهير: اتفاق التدبير المالي للزوجين بين هشاشة التأطير القانوني وضغط الذهنيات التقليدية للمجتمع، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول: الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 10 و 11 نوفمبر 2015، ص.16.

بموجب الفصل 07 ف2، الفصل 08 ف2، والفصلين 14 و15 من القانون عدد 94 لسنة 1998، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، تحت عنوان "الإشهارات القانونية".

كما أن حماية المشرع للزوجين بمقتضى ذلك الاتفاق؛ هي في الحقيقة حماية قاصرة خاصة إذا ما تعلق الأمر بالعقارات، التي تتطلب التسجيل والشهر العقاريين، وإلا فلا حجية لها لا في مواجهة الأزواج ولا في مواجهة الأغيار، ذلك أن مالك العقار من الزوجين، ولو في حضرة وجود اتفاق بالمشاركة، فإنه سيظل المالك له والمتصرف الوحيد فيه، دون مراعاة لحق الطرف الآخر في الموافقة أم لا، طالما لا علم للمحافظ العقاري بمضمون ذلك الاتفاق¹.

ومن ثمة، ورغم أهمية ذلك الاتفاق، كوسيلة وقائية لحسم النزاعات المالية قبل حدوثها نظرا لخصوصية وحساسية العلاقة بين الزوجين؛ فإننا نلاحظ تهميش كبير لتلك الاتفاقات المالية، من قبل الأزواج بصفة عامة، والزوجات بصفة خاصة، إما لجهلن بها، أو لحيائهن من انتهاجها، أو لخوفهن من أن يولد ذاك الاتفاق إحساسا لدى الزوج بعدم ثقة الزوجة فيه. حيث أن أغلب الزوجات اللواتي يتقادين تلك الاتفاقات، إنما يحاولن إبعاد الزواج عن دائرة المشاحة والمشاحنة في طلب الحقوق، كي لا يبتعد عن معناه الإنساني، ويقترّب من أن يصبح مجرد شركة مالية بينهما². لذا، كان على المشرع أن يكلف الموثق أو ضابط.ح.م، بمهمة إعلام الزوجين بمضمون م37 بفقرتيها، شأنه شأن المشرع المغربي الذي كلف العدلين بذلك، بموجب ف3 من م49. وكذا المشرع التونسي الذي كلف المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج بتذكير الطرفين بذلك، بموجب ف1 من الفصل 07 من القانون عدد 94 لسنة 1998، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، تحت طائلة تغريمه وذلك بموجب الفصل 09⁵ منه.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري، قد ساوى بين المركز القانوني للزوجين، في منحهما الحق في الاتفاق على الأموال المشتركة التي سيكتسبانهما خلال حياتهما الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول لكل منهما. ورغم أن ذلك الاتفاق يبدو بأنه يميل أكثر في صالح الزوجة ومنصفا لها، وذلك لتفادي التكرار لتضحياتها الجسام في تشييد كيان الأسرة، بتسخيرها لجهدها المالي والجسدي وحتى النفسي، في حين ينصرف الزوج إلى ادخار أمواله وشراء الممتلكات الخاصة⁶؛ إلا أنه في الحقيقة ينصب في صالح

1 - أحمد بلغربي: (عقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج بين التوثيق وغياب الإشهار)، جريدة الصباح، الرباط-المغرب، 08 أوت 2014. انظر، <https://assabah.ma/71400.html>، تاريخ الولوج 2018/09/28، سا. 13:51.

2 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.340.

3 - تنص ف3 من م49 من أ.ع.م.أ على ما يلي: «يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.».

4 - تنص ف1 من الفصل 07 من القانون عدد 94 لسنة 1998 على ما يلي: «يجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام الفصلين الأول والثاني من هذا القانون وأن ينص على جوابهما بالعقد.».

5 - ينص الفصل 09 من القانون عدد 94 لسنة 1998 على ما يلي: «تسلط خطية قدرها مائة دينار على المأمور العمومي الذي لا يقوم بما اقتضته الفقرتان الأولى والثانية من الفصل السابع...».

6 - عبد العلي حفيظ: تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص.05.

الزوجين معا، ذلك أن الزوج أيضا بإمكانه أن يستفيد من نصيب أموال زوجته جراء ذلك الاتفاق خاصة إذا ما كانت موسرة أو عاملة¹. وبالتالي، فالفقرة 2 من م37 تخدم المركز القانوني لكلا الزوجين على قدم المساواة، مع وجوب إعادة تنظيم المشرع لها، كونها تمتاز بالعموم الذي يجعلها تميل إلى الغموض والإبهام، وبالتالي تردد الأزواج من الإقبال عليها خوفا من ضياع حقوقهم.

1 - عبد الرحمان حموش: (الشروط الاتفاقية بين الزوجين فقها وقانونا)، مرجع سابق، ص.149.

ملخص الفصل الأول:

شهد المركز القانوني للزوجين على مستوى علاقتهم الزوجية، أثناء قيام تلك العلاقة، مساواة إلى حد كبير. وذلك من خلال تكريس المشرع لإرادة الزوجين في الدخول فيها، بجعله للرضا الركن الوحيد، ومنحهما الحق المتمثل في وضع الشروط الداعمة لذلك الرضا واللازمة لاستقرار علاقتهم الزوجية، مع أنه خرج عن تلك المساواة بتوقيعه للجزاء على الزوج إذا ما أخل بتلك الشروط، في حين أغض عينه على الزوجة إذا ما كانت هي المخالف. كما ساوى بينهما أيضا فيما تعلق بالشروط التي تنظم دخولهما في العلاقة الزوجية، سواء الشروط الموضوعية، المتمثلة في السن التي تسمح لهما بالزواج، وذلك بتوحيدها بينهما وتحديدتها بتسعة عشر (19) سنة للاتنين، أو بالترخيص لهما بالزواج دونها لمصلحة أو ضرورة، وكذا في تغييب دور الولي في زواج الراشدة وقصره على مجرد الحضور الخاضع لاختيارها، الذي قد ينصب على غيره عوضا عنه رغم وجوده لتصبح هي والرجل سواء، حيث بقي يلعب دور المشلول فيما تعلق بالقاصر فقط طالما لا يملك لا الإيجاب ولا المنع لمصلحة. أو الشروط الشكلية، التي انتقينا منها شرطي الفحص الطبي، الذي ألزم به الاتنين، وكذا الرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات، التي بموجبها قيد حق الزوج في التعدد حتى يصل به إلى المنع الضمني وغير المباشر ليتساوى في ذلك مع الزوجة.

وواصل المشرع مسيرته نحو المساواة تلك، خاصة فيما تعلق بالحقوق والواجبات المترتبة عن قيام العلاقة الزوجية، وتحديد المعنوية منها، حيث أقصى حقوقا من رصيد الزوج كحقه في رئاسة أسرته، وألغى واجبات من على كاهل الزوجة كواجبها في طاعة زوجها، مفرزا حق التشاور والتعاون بينهما في رعاية وبناء الأسرة، كي يصل بالمركز القانوني للزوجة إلى المساواة بالزوج. أما المادية، فقد عمل أيضا على المساواة بينهما بخصوصها، وذلك بضمانه لانفصال الذمة المالية لهما، والذي يحمي الزوجة بالدرجة الأولى من تطاول زوجها على أموالها، كما ساوى بينهما أيضا في منحهما حرية الاتفاق بينهما حول الأموال المشتركة التي يكتسبانها خلال حياتهما الزوجية. ليخرج عن تلك المساواة فيما تعلق بالنفقة، التي ألقى بثقلها على كتفي الزوج وحده كمنفق رئيسي، مغيبا دور الزوجة من ذلك تماما إلا بتوافر شروط معينة كعجز هذا الأخير وقدرتها مع ضرورة توافر أولاد، ليكون إنفاقها وفقا لذلك إنفاقا والديا بموجب القرابة، لا زوجيا بموجب العلاقة الزوجية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ساوى إلى حد كبير بين المركز القانوني للزوجين فيما تعلق بدخولهما في العلاقة الزوجية، أو في الآثار المترتبة عن ذلك الدخول، إلا فيما تعلق بالنفقة كأثر من الآثار المادية كما أسلفنا؛ فسند في الفصل الثاني هل ثبت على ذلك النهج عند خروجهما من تلك العلاقة أم حاد عنه، وإلى صالح من الزوجين مال بكفته.

الفصل الثاني

المركز القانوني للزوجين عند الخروج من العلاقة الزوجية

لما كان «الزواج عقد بين قلبين، ووصل بين نفسين، ومزج بين روحيين -وفي الأخير- تقريب بين جسمين؛ فإذا تراخت عراه ضاعت حكمة الله في السكون والرحمة والعطف، فإذا عجز العقل عن الإصلاح بلُغة الإحسان وشفاعة النسل إن كان، وعجز أيضا في ذلك الحكمان، وطغت الغرائز الحيوانية عن الفضائل الإنسانية، فالله أرحم من أن يكلف عباده تحمل هذا النوع من العذاب النفسي، وهو الجمع بين قلبين لم يأتلفا، وطبعين لم يتَّحدا، وروحين لم يتعارفا؛ لذلك شرع لهما الطلاق ليستريح إليه من ضاق ذرعا بصاحبه ضيقا معقولا بدواعيه وأسبابه»¹.

وإذا كان الأصل في الزواج التأييد والاستمرارية، لكون الاستقرار والسكينة إحدى المقترضات التي شرع لأجلها هذا الأخير؛ فإنه قد يحدث وأن يتعرض هذا الميثاق الغليظ إلى ما يهدُّه، ويجعل استمراره من الاستحالة بما كان، حيث تتحول كل معانيه السامية إلى النقيض، مما ينغص ويكدر صفو الحياة، ويجعلها وكرا للشقاق والخلافات، ومقبرة للمشاعر النبيلة التي كانت تجمع بين الزوجين وتعطيها دفعا لمكابدة صعاب الحياة. ولأجل ذلك، شرع الله الطلاق وجعله بيد الزوج، دون أن ينسى حق الزوجة في طلبه، وذلك لرفع الحرج عن الناس، وتقادي تفاقم الأضرار الناتجة عن الاستمرار في علاقة زوجية متصدعة، رغم كونه أبغض الحلال إلى الله.

ودائما وباعتبار الزوجين، هما قطبا العلاقة الزوجية، فقد شهد المركز القانوني لهما عند خروجهما من العلاقة الزوجية، تباينا ملحوظا، سواء لحظة تقريرهما الخروج من العلاقة الزوجية (المبحث الأول)، وذلك من خلال تحويل كل منهما الحق في فك الرابطة الزوجية، بمنحهما مختلف الآليات المتاحة لذلك، خاصة الزوجة، التي وضع تحت تصرفها وسيلتين تنهي من خلالها العلاقة الزوجية، في مقابل وسيلة واحدة في يد الزوج، وأخرى يشترك فيها الاثنان -لم نتناولها بالدراسة- أو بعد الخروج من العلاقة الزوجية (المبحث الثاني)، وذلك من خلال ما يترتب عن ذلك الخروج من حقوق والتزامات مادية، صبت في مجملها في صالح المطلقة على حساب المطلق.

1 - أحمد طالب الإبراهيمي: آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ج.3، عيون البصائر، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1997، ص.ص. 297-298. (مقتبس بتصرف).

المبحث الأول

المركز القانوني للزوجين لحظة تقرير الخروج من العلاقة الزوجية

حددت م47 من ق.أ العوامل التي تهدد العلاقة الزوجية وتقضي عليها، والتي تتمثل في الطلاق والوفاة، حيث جاء فيها ما يلي: «تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة».

ونظرا لخطورة الطلاق، لتعلق مصير أسرة بأكملها به؛ فإنه جُعل في يد الزوج، وبإرادته المنفردة (المطلب الأول)، لأنه الأوسع بالاً، والأكثر تحملاً لتكاليفه المادية -إن لم نقل الوحيد في ذلك-. إلا أن الشرع لم يُهمل حق الزوجة في طلبه (المطلب الثاني)، إذا ما أصبحت العلاقة الزوجية بالنسبة لها مقتولة، إن مادياً أو معنوياً وذلك عن طريق التطليق والخلع. وذلك فضلاً عن الخروج من العلاقة الزوجية بإرادتهما المشتركة أو ما يسمى بالطلاق بالتراضي¹، الذي تتساوى فيه إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية دون نزاع، والذي ارتأينا عدم التعرض له بمقتضى هاته الدراسة.

المطلب الأول

الخروج من العلاقة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة

إذا كان الزوج صاحب حق شرعي ثابت وأصيل في إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة، ومن ثمة حريته في إيقاع الطلاق، كونه الأجدر والأقدر على التحلي بالصبر والتروي، ومنه إصدار قرارات صائبة؛ فإن ذلك الحق قد قُيد شرعاً بقيود تهذب طريقة إيقاعه حتى لا يَظلم ولا يُظلم (الفرع الأول)، وإذا كان الشرع قد قيد حق الزوج في الطلاق بقيود معقولة؛ فإن القانون قد حدَّ من إرادة هذا الأخير في استعماله لحقه في الطلاق بإرادته المنفردة، بقيود شكلت في معظمها تجاوزاً في حقه، وتعجيزاً له، بداعي التقليل من استعماله لهذا الحق (الفرع الثاني).

1 - أجازت م48 من ق.أ لكل من الزوجين على قدم المساواة، أن يتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية بطريقة ودية، دون خصام أو نزاع ولا توتر، حيث جاء فيها: «...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم...أو بتراضي الزوجين...». ليكرس بذلك المشرع إرادة الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية، ويرسخ مبدأ التراضي في إحداث الأثر القانوني في الطلاق بالإرادة المشتركة والمتحدة لهما. حيث اعتبره القضاء بمثابة صلح لا تملك معه المحكمة سوى الإشهاد به. وتبقى هاته الصورة هي الأحسن لعدم إرباك الأولاد إن وجدوا من جهة، وللحفاظ على العلاقة بين الأقارب، إذا كان زواج أقارب من جهة أخرى. يراجع فيما تقدم كل من، عبد الفتاح تقيّة: قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الكتاب الحديث، القاهرة-مصر، 2012، ص.216. المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم 243943، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص.112. نقلاً عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.1041. المحكمة العليا: غ.أ.ش، 2002/06/03، ملف رقم 259475، ن.ق، 2006، ع.58، ص.191. وباديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، د.س.ن، ص.24.

الفرع الأول

حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة شرعا بين حرية الإرادة والتقييد

الأصل في الطلاق أن يتم إيقاعه من طرف الزوج وإرادته، إذ يعد من الحقوق الثابتة له بالدليل الشرعي ما دام يملك عقدة النكاح (أولا)، إلا أن حرية إرادته تلك لم تترك دون ضابط، بل قيدت بقيود شرعية تشكل ضمانا للزوج في استعمال حقه بمشروعية، وضمنا أيضا للزوجة في عدم إيذائها والإضرار بها -ولو كحد أدنى- ومن ثمة ظلمها (ثانيا).

أولا: حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة شرعا

عرفت الأمم السابقة، والحضارات القديمة الطلاق¹، واختلفوا بين مؤسّع ومقيّد لحق الزوج فيه، إلا أنهم متفقون جميعهم على جعله من اختصاص هذا الأخير. حيث قاومه اليونانيون القدامى في بداية الأمر، وعملوا على المطالبة بتضييقه وتقييده، وقد نعتة "أفلاطون" و"أرسطو" بالشذوذ وعدم السّجّية، ومع ذلك فقد مارسوه دون قيد ولا شرط، وقصروه على الزوج وحده، وحرّموا الزوجة من حقها من المطالبة به، حيث لم تتل ذلك إلا في العصر الكلاسيكي وفي حالات استثنائية فقط². أما الرومان، فقد كان للزوج عندهم سلطة مطلقة، وكان له أن يعدم زوجته إذا خانته أو سرقت مفاتيح خزانته حيث كانت ملكا له³، وكان يطلق مرات عديدة ويستبدل زوجة بأخرى متى شاء دون الجمع بينهما⁴. وبعدها، وعلى إثر ازدياد الثراء وانحلال الأخلاق، انفصمت رابطة الزواج، وانتشرت الدعارة والزنا حتى صارت أمرا عاديا، وانتشر الطلاق وأصبح النساء يطلقن أزواجهن كما يطلق الرجال زوجاتهم وتحطمت بذلك السلطة الأبوية والكيان الأسري الذي

1 - الطلاق لغة: يراد به عدة معاني منها، "المُفَارَقَةُ والتَّرْكُ": ومنه طَلَّقْتُ البلادَ فارتقتها، وطلَّقْتُ القومَ تركتهم. "التَّخْلِيَةُ": ومنها أَطْلَقْتُ الأسيرَ أي أَطْلَقْتُ عنه إِسَارَهُ وخليته وأَطْلَقْتُ سبيله. "الإِزْسَالُ": ومنه ناقة طَالِقٌ بلا خصام، وهي التي تُرْسَلُ في الحي فترعى من جانبيه حيث شاءت، ولا تُعَقَلُ إذا رَاحَتْ. "رَفْعُ الْقَيْدِ والتَّشْرِيحُ": ومنه حبسوه في السجن طَلْقًا، أي بغير قيد ولا كَبَلٍ، وأَطْلَقَهُ أي سَرَّحَهُ. وتأتي أيضا بمعنى "حُلِّ الْعُقْدِ". و(طَلَّقَ) امْرَأَتَهُ (تَطْلِيْقًا) و(طَلَّقَتْ) هي (تَطْلُقُ) بالضم (طَلَقًا) فهي (طَالِقٌ) و(طَالِقَةٌ) أيضا وَرَجُلٌ مَطْلُوقٌ ومَطْلُوقٌ وَطْلِيْقٌ وطلَّقَ كثير التَطْلِيْقِ للنِّسَاءِ. انظر، محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ب. الطاء، (ط ل ق)، مرجع سابق، ص. 166. انظر أيضا، ابن منظور: لسان العرب، مج. 4، ب. الطاء، (طلق)، مرجع سابق، ص. 2693، 2695.

- الطلاق اصطلاحا: هو «إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة عليه»، أو هو «حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو في المآل بالصيغة الدالة على ذلك». انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 7، مرجع سابق، ص. 347.

2 - العربي بختي: نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مرجع سابق، ص. 76. يحيلنا إلى، أحمد المومني وإسماعيل نواهضة: الأحوال الشخصية، ط. 1، دار المسيرة، عمان، 2009، ص. 20.

3 - ول وإيريل ديورانت: قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، مج. 3، ج. 1، د. ر. ط، دار الجيل، بيروت-لبنان/المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، د. س. ن، ص. 119.

4 - أبو النصر الطرازي الحسيني: المرأة وحقوقها في الإسلام، د. ر. ط، دار الكتب العلمية، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 12. نقلا عن، بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، د. ر. ط، دار الفجر، قسنطينة-الجزائر، د. س. ن، ص. 27.

كان¹. أما المصريون القدامى، فقد منحوا للزوج مطلق الحرية في طلاق زوجته متى شاء، إلا أنهم قيدوا ذلك بتعويضات مالية تقع على كاهله²، نظرا للمكانة المتميزة للمطلقة آنذاك، مما جعل من الطلاق نادر الوقوع حينها، ورغم ذلك فقد كان في إمكانه إخراج زوجته من بيته دون أن يعرضها بشيء إذا زنت³. في حين كانت المرأة عند الهنود القدامى، كالعبد ليس لها التصرف في شيء، كما ساروا على قاعدة الزوجة الواحدة، والترمل بعد وفاة الزوج⁴. ولم يكن الأمر يقل ازدراء لدى العرب في الجاهلية، حيث كان أهلها «يعرفون العدة ولا يعرفون للطلاق عددا فكان الرجل الجاهلي إذا دعت الضرورة إلى الطلاق يطلق ما شاء من الطلاق ولكن إذا اقتربت المطلقة من انتهاء عدتها أعادها لعصمته لتبقى هكذا لا هي زوجة ولا هي طالق»⁵، حيث كانت المرأة عندهم رخيصة لا قيمة لها، بل وتورث شأنها شأن كل ما يمكن توريثه من تركة المتوفي⁶.

وإذا كان الزوج هو صاحب الحق الأصيل في الطلاق في الأمم السابقة والحضارات القديمة؛ فإن مركزه ظل على حاله في ظل الديانات السماوية السابقة للإسلام، إذ تمتع بالقوة في مواجهة الزوجة التي اتسم مركزها بالذل والهوان. حيث عرفت اليهودية في عصرها القديم الطلاق، رغم حكمها عليه بالبغض والكراهة، وقد جعل في يد الزوج وخضع لمشينته لأي سبب كان ولو تافها⁷، كأن تقدم له زوجته أكلة غير مطبوخة جيدا⁸، ودون أن يكون قبول الزوجة شرطا فيه، ولا أن يكون لها حقا في طلبه مطلقا⁹. ومتى طلقها وخرجت من بيته صارت لرجل آخر، ولا يحق لطلقها الأول أن يستردها إذا ما تزوجت وطُلق أو تُوفي عنها زوجها الثاني، لأنها في نظرهم قد تنجست بحكم الزواج الثاني¹⁰. غير أن الزوج يحرم عليه طلاق زوجته كل أيام حياته في حالتين هما: إذا اتهمها بأنها غير عذراء وأشاع ذلك وثبت عكسه¹¹، وإذا هتك عرض فتاة غير مخطوبة ومن دون رضاها¹². أما في التلمود، فقد جعل الطلاق أيضا في يد الرجل، الذي يعتبر مشتري المرأة والدافع لثمنها، وبالتالي فله حق التخلص منها متى شاء، أما الزوجة فليس لها ذلك إلا في حالة كرهها

1 - ول وأيريل ديورانت: قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، مج.3، ج.1، مرجع سابق، ص.278-279.

2 - العربي بختي: نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مرجع سابق، ص.66.

3 - ول وأيريل ديورانت: قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، مج.1، ج.2، مرجع سابق، ص.96.

4 - وليام لانجر: موسوعة تاريخ العالم، أشرف على الترجمة محمد مصطفى زيارة، ج.1، د.ر.ط، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة-مصر/مؤسسة فرانكلين، د.ب.ن، د.س.ن، ص.96.

5 - بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.30-31.

6 - المرجع نفسه، ص.30.

7 - صابر أحمد طه: نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ر.ط، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، 2000، ص.132.

8 - سيد محمد عاشور: اليهود في عصر المسيح عليه السلام، د.ر.ط، دار القلم، دمشق/الدار الشامية، بيروت، د.س.ن، ص.32.

9 - صابر أحمد طه: نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، مرجع سابق، ص.133.

10 - سفر التثنية: أصحاب 24، ف.01-04.

11 - سفر التثنية: أصحاب 22، ف.13-19.

12 - سفر التثنية: أصحاب 22، ف.28، 29.

الشديد له مما يضطر هذا الأخير إلى طردها. والطلاق عندهم كان لأتفه سبب، غير أن هناك حالات يكون فيها الطلاق واجبا كعقم الزوجة وارتكابها للزنا¹. أما في الفكر اليهودي المعاصر، فقد مُنح للزوج وحده حق الطلاق، كما مُنح للزوجة كذلك في بعض الحالات، وللشرع في البعض الآخر رغما عن الزوجين². أما الديانة النصرانية، فقد قدست الزواج وجعلته على وجه الأبدية، غير أن طوائف النصرانية كان لها موقفها من الطلاق. حيث منعه الكاثوليك، منعا باتا في حق كلا الزوجين، واستعاضوه بالتفريق الجسماني³، ولا بد لهذا الانفصال من حكم، كما لا بد له من سبب كالزنا أو سوء السلوك أو الهجر من أحد الزوجين. أما البروتستانت، فقد أباحوا الطلاق بقيدين يتمثلان في الزنا، أو الخروج عن الديانة النصرانية، ويشترط لوقوعه أن يطلبه الطرف الآخر. أما الأرثوذكس، فقد أباحوه ولم يقصروه على السببين السالفي الذكر، وإنما وسعوه ليشمل العديد من الأسباب الأخرى⁴.

وبين منح الزوج وحده حق الطلاق دون قيد ولا شرط، ومنعه منه مطلقا، اتخذت شريعتنا الإسلامية السمحاء موقفا معتدلا وسطيا، يمنح للزوج حقه في إيقاع الطلاق كأصل عام ولحكم معينة، دون أن يحرم الزوجة من طلبه في حالات أخرى، ولا أن يجعلها في موضع الهوان⁵. حيث أباحتها الشريعة الإسلامية رغم كراهته، كونه أبغض الحلال إلى الله، لما روي «عن عبد الله بن عمر؛ قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطلاق﴾»⁶، وكذا لما روي «عن محارب، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق﴾»⁷. ورغم تشريع الحكيم للطلاق؛ فإنه حث الزوجين على التحلي بمكارم الأخلاق، وعدم نسيان ما كان بينهما من مودة ورحمة، حتى يبتعدا عن كل ما قد يحدث بينهما من مشاحنات وانتقام، قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَانٍ﴾⁸، وقال: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾⁹، وقال أيضا: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ

1 - صابر أحمد طه: نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، مرجع سابق، ص 135-136.

2 - المرجع نفسه، ص 137.

3 - وهو توقف المعيشة المشتركة، مع بقاء الرابطة الزوجية.

4 - صابر أحمد طه: نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، مرجع سابق، ص 142، 149-151.

5 - بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 51.

6 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج 1، ك. الطلاق، ب. حدثنا سويد بن سعيد، ح. رقم 2018، مرجع سابق، ص 650.

7 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج 3، ك. الطلاق، ب. في كراهية الطلاق، ح. رقم 2177، مرجع سابق، ص 504.

8 - سورة البقرة: آية 229.

9 - سورة النساء: آية 20.

قَبْلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ... وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ¹، وقال كذلك: «وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا²».

هذا، وقد جاءت النصوص الشرعية المتضمنة الطلاق، مُخَاطِبَةً الزوج، ودالة على إسناد فعل إيقاع الطلاق إليه في عدة مواطن منها قوله تعالى: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ³»، وقوله: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ⁴»، وقوله أيضا: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ⁵»، وقوله كذلك: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ⁶».

وهو ذات الأمر الذي حملته القاعدة الشرعية: «الطلاق لمن ملك الساق»⁷، وأصل هاته القاعدة هو حديث نبوي، لما روي «عن ابن عباس؛ قال: أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله! إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يا أيها الناس! ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁸. ومعنى ذلك، «أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق الزوجة، وهو كناية عن الجماع، أي: إنما يملك الطلاق من يملك الجماع»⁹، وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إنما الطلاق بيد من يحل له الفرج»¹⁰. كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه حين أتاه رجلا قال له: «كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت: لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع، قال: فقلت: إن الذي بيدي من أمرك بيدك قالت: فإني قد طلقته ثلاثا قال عبد الله أراها واحدة وأنت أحق بها وسألني أمير المؤمنين عمر فأسأله عن ذلك قال: فلقية فأسأله فقص عليه القصة فقال عمر رضي الله عنه: فعل الله بالرجال يعمدون إلى ما جعل الله بأيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بقيتها التراب فما قلت: قال: قلت: أراها واحدة وهو أحق بها، قال: وأنا أرى ذلك ولو

1 - سورة البقرة: آية 237.

2 - سورة النساء: آية 130.

3 - سورة البقرة: آية 231.

4 - سورة البقرة: آية 236.

5 - سورة الأحزاب: آية 49.

6 - سورة الطلاق: الآية الأولى.

7 - أحمد ذيب: قواعد الطلاق وضوابط الفراق، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.84.

8 - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، ج.1، ك. الطلاق، ب. طلاق العبد، ح. رقم 2081، مرجع سابق، ص.672.

9 - أحمد ذيب: قواعد الطلاق وضوابط الفراق، مرجع سابق، ص.84.

10 - أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة العبسي: المصنف لابن أبي شيبة، مج.6، ك. الطلاق، رقم 18574، ط.1، دار الفاروق الحديثة، القاهرة-مصر، 2008، ص.410.

قلت غير ذلك لرأيت أنك لم تُصِب»¹، وهذا يدل على أن الطلاق جعل في يد الرجال أصالة، كما روي أيضا عن ابن عباس وغيره² قالوا: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»³.

وَجَعَلَ الشارع الطلاق بيد الزوج، لا علاقة له بالجنس ولا بالنوع⁴، بل مرده الحفاظ على استمرار عمر العلاقة الزوجية، وحمايتها من الصدع والضياع، وذلك لاعتبارات عدة نذكر منها، اختلاف طبيعة الزوج المتسمة برابطة الجأش، راحة العقل، رحابة الصدر وسداد الرأي، التي تمكنه من التريث قبل اتخاذ القرار، عن طبيعة الزوجة المتسمة بسرعة الانفعال، ضعف التفكير وطغيان جانبها الحسي على العقلي خاصة لحظات غضبها، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى﴾⁵. وكذا التبعات المالية للطلاق، حيث يتحملها الزوج وحده دون الزوجة، مما يجعله أكثر روية قبل إيقاعه، خوفا من الخسارة المالية، وتكبد نفقات مادية أخرى جديدة حال إقباله على إعادة الزواج. وبالتالي، كان الزوج هو المؤهل ليستحق أن يكون صاحب الحق في إيقاع الطلاق، من خلال تلك الاعتبارات التي منح من ورائها الشارع الرجل بعضا من التفضيل على المرأة في قوله: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾⁶، تلك الدرجة التي تمثلت في حقه في القوامة وما ينجر عنها من تبعات⁷، لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾⁸، «لذلك نجد أن إعطاء الرجل وحده حق الطلاق طبيعي ومنطقي ومنسجم مع «قاعدة الغرم بالغنم»⁹.

هذا، ولا يعني جعل الطلاق بيد الزوج للاعتبارات السالفة الذكر، إنكار لبعض الحالات التي تنعكس فيها المواقف، ويتبادل فيها الزوجين الأدوار، حيث تتقمص فيها الزوجة دور الرجل، برزانه عقلها، وحكمة رأيها وصبرها، في حين نجده هو بدور أنثى أو أضعف بل وأساء من ذلك. إلا أن تلك الحالات هي عبارة عن استثناءات على العموم، وقليلة الحدوث، «ولا تبنى الأحكام على الأمور الفردية، والأحوال الجزئية»¹⁰.

1 - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ج.7، ك. الخلع والطلاق، ب. ما جاء في التملك، رقم 15038، مرجع سابق، ص.569.

2 - مالك، الليث، الشافعي، عثمان بن عفان، زيد بن ثابت، قبيصة بن ذؤيب، عكرمة، سليمان بن يسار، الشعبي، مكحول وسعيد بن المسيب. انظر، ابن عبد البر: الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، ج.9، ك. الطلاق، ب. ما جاء في طلاق العبد، ط.1، دار قتيبة، بيروت-لبنان/دار الوعي، القاهرة-مصر، 1993، ص.289.

3 - المرجع نفسه، رقم 26427، ص.290.

4 - نذير حمادو: (الأسباب التي تؤدي إلى إساءة استعمال حق الطلاق -دراسة فقهية اجتماعية-)، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2007/02/15، مج.22، ع.1، ص.81.

5 - سورة آل عمران: آية 36.

6 - سورة البقرة: آية 228.

7 - عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.253-254.

8 - سورة النساء: آية 34.

9 - مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ط.7، دار الوراق، بيروت-لبنان، 1999، ص.105.

10 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.307.

كما لا يعني أيضا، جعل الطلاق في يد الزوج تبعا لتحمله للخسائر المالية، أن الزوجة لا تطالها تلك الخسائر. ذلك أنه إذا خسر هو ماديا، فهي قد خسرت معنويا، وإن كان هو بإمكانه أن يعيد حياته متى توفر لديه المال، فهي قد لا تتمكن من إعادة حياته نهائيا حتى ولو توفر لديها المال. إلا أنه وبالموازنة بين حجم الخسارتين، يتضح بأن خسارة الزوج مضاعفة مع خسارتها هي خاصة من الناحية المادية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن جعل الطلاق في يد الزوج، لم يجعل حلا أصيلا ولا وحيدا ولا مباشرا ولا باتا من أول مرة، بل جعل كحل استثنائي وأخير، متى يأس الزوج من إمكانية إيجاد حل آخر غيره. حيث حث الله الزوج على معايشة زوجته بالمعروف والصبر وتحمل ما يصدر منها في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾¹، ولما روي «عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿لَا يَفْرِكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً، إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا رَضِيَ مِنْهَا آخَرٌ﴾ أو قال: ﴿غَيْرُهُ﴾»². فإن لم ينفع هذا الحل، فقد أجاز له الوعظ، والهجر في المضجع، والضرب غير المبرح في قوله: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³، هذا في حالة ما إذا كان النشوز من الزوجة. أما إذا كان من الزوج، فقد أجاز للزوجة الصلح في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁴. أما إذا كان من الزوجين معا، فقد أجاز إرسال الحكيمين في قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁵. وإن لم تثمر كل تلك المراحل في إصلاح حالهما، جاز للزوج إيقاع الطلاق. ورغم ذلك، لم يجعله الشارع الحكيم نهائيا من أول مرة، بل جعله على ثلاث مرات، منح للزوجين في المرتين الأولى والثانية فرصة للتمتع وإعادة النظر واستدراك الوضع إذا ما شعرا بالندم، وذلك بإمكانية مراجعة الزوج لزوجته قبل انتهاء عدتها بدون رضاها ولا عقد جديد، وكذا إمكانية ارتجاعها بعد انتهاء عدتها بموجب رضاها وبعقد جديد⁶.

وتكمن قمة الحكمة في جعل الطلاق بيد الزوج؛ في تفادي الكيد، التعنت والعناد الذي قد تنتبناه الزوجة وتُسِرُّه وتُصِرُّ عليه لإيذاء الزوج برفضها لطلاقه⁷، كما هي ذات الحكمة التي خص بها الشارع

1 - سورة النساء: آية 19.

2 - سبق تخريجه في ص. 71 من هاته الرسالة.

3 - سورة النساء: آية 34.

4 - سورة النساء: آية 128.

5 - سورة النساء: آية 35.

6 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 358-360. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، د. ر. ط، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1998، ص. 26-28. ومحمود شلنوت: الإسلام عقيدة وشريعة، مرجع سابق، ص. 173-174.

7 - محمد حسين الذهبي: الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص. 214.

الزوجة بالخلع حين تعنت زوجها في تسريحها. لتبتعد الشريعة بذلك كل البعد عن التمييز بين الزوجين أو السماح لأحدهما باضطهاد الآخر وإرغامه على العيش جبرا في حياة نكدية.

هذا، وبالإضافة إلى كل ما سبق، فإن الشارع الحكيم لما خص الزوج بالحق في إيقاع الطلاق، لم يهمل جانب الزوجة، بل منحها هي الأخرى الحق في إنهاء العلاقة الزوجية، إن هي اشترطت عليه في عقد الزواج أن يكون أمرها بيدها، أو إذا هو فوضها ذلك¹، كما منحها سبيلا آخر تمثل في افتداء نفسها بمقابل مالي للخلاص من العلاقة الزوجية إن هي كرهت الزوج وهو ما يعرف بالخلع، أو طلب التفريق القضائي إذا ما توافرت لديها الأسباب الداعية إليه وهو ما يعرف بالتطليق، وما على القاضي هنا إلا الاستجابة وهو ما سنعالجه في حينه.

وعليه، من خلال ما سبق التطرق إليه، نستخلص بأن الشارع الحكيم قد جعل إيقاع الطلاق من حق الزوج أصالة، لكن ورغم ذلك لم يتركه خاضعا لهواه ورغبته التي قد تضر بالزوجة وبالأسرة ككل، بل قيده بجملة من القيود التي توفر حماية له من التسرع والندم، ولزوجته من الإضرار بها وتدارك الوضع، نراها في النقطة الموالية.

ثانيا: القيود الواردة على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة شرعا

رغم كون الطلاق من حق الزوج كما رأينا سالفًا، إلا أنه لم يُترك على إطلاقه، بل قيده الشرع بجملة من القيود التي من شأنها أن تحمي المرأة من تلاعب هذا الأخير، كما من شأنها أن تحمي الزوج نفسه من تهوره، وتحفظ له حقه في إعادة التفكير والتمنع إذا ما ندم عن فعلته². تلك القيود، تجعل من طلاق من يحترمها يتصف بأنه طلاق سني³، وذلك عكس الطلاق البدعي⁴، الذي يوصف به طلاق من يخترقها.

1 - النفويض هو: «أن يُملَكَ الزوج زوجته تطليق نفسها منه، أو يملك غيره تطليق امرأته». انظر، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.385.

2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.399.

3 - الطلاق السني هو: «الطلاق الواقع على الوجه الشرعي. وذلك بأن يطلق الرجل زوجته المدخول بها طلاقاً واحدة في طهر لم يمسه فيها، إذا كانت من ذوات الحيض. أو يطلقها وهي حامل». انظر، طارق بن أنور آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، د.ر.ط، دار القمة/دار الإيمان، الإسكندرية-مصر، د.س.ن، ص.47.

4 - الطلاق البدعي هو: الطلاق المخالف للوجه الشرعي، وهو على نوعين:

- أحدهما يتعلق بحال المرأة وصورة: أن يطلقها في حيض (لمن دخل بها، أما غير المدخول بها فله طلاقها في الحيض، لأنه لا عدة عليها)، أو نفاس، أو في طهر واقعها فيه (إذا كانت ممن يحضن، ولم يُستَبَيَّن حملها، أما إذا لم تكن من ذوات الحيض، كالصغيرة والأيسة أو كانت مستبينة الحمل، فله طلاقها في أي وقت قبل الوطء أو بعده، وذلك لأن عدة الأيسة والصغيرة تكون بالأشهر وليس بالقروء، وعدة الحامل تكون بوضع الحمل).

- والآخر يتعلق بعدد الطلاقات وصورة: أن يطلقها ثلاث طلاقات بلفظ واحد، أو ثلاث طلاقات متفرقات في مجلس واحد أو طهر واحد أو في عدة واحدة. انظر، المرجع نفسه، ص.51-52.

حيث اعتبرت الشريعة الإسلامية الطلاق، بمثابة العملية الجراحية التي لا يُلجأ لها، إلا لإزالة ألم أشد من ألمها¹. لذا، فقد قيدته بالحاجة المقبولة والملحة والداعية إليه. حيث وبالرغم من كونه تصرف شرعي وحق أصيل للزوج يمارسه بإرادته، إلا أن الراجح في أصله هو الحظر إلا لحاجة معتبرة، وبه قال أكثر الفقهاء².

حيث قال الكاساني³: «النكاح عقد مسنون... فكان الطلاق قطعاً للسنة، وتقويتاً للواجب، فكان الأصل هو الحظر والكراهة، إلا أنه رخص للتأديب أو التخليص». وقال نظام⁴: «الطلاق محظور نظراً إلى الأصل، ومباح نظراً إلى الحاجة». كما قال الهمام⁵: «والأصح حظر الطلاق إلا لحاجة... غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة، فمن الحاجة المبيحة أن يلقي إليه عدم اشتهاؤها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها... وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره». وكذا قال ابن عابدين⁶: «وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: "الأصل فيه الحظر" والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حملاً وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها، ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة كما قيل، بل هي أعم كما اختاره في الفتح، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على أصله من الحظر، ولهذا قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلًا تَبْغُوا عَلَيْكُمْ سَبِيلًا﴾⁷ أي لا تطلبوا الفراق». وأيضاً قال ابن تيمية: «لو لا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، كما دلت عليه الآثار والأصول؛ لكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً»⁸. وقال كذلك:

- 1 - يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، د. ط، مطابع دار البعث، قسنطينة-الجزائر، 1987، ص. 141.
- 2 - بدران أبو العنين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج. 1، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص. 311. انظر أيضاً، عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 7، مرجع سابق، ص. 352.
- 3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 4، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 204.
- 4 - نظام: الفتاوى الهندية، ج. 1، ك. الطلاق، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2000، ص. 382.
- 5 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج. 3، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 446.
- 6 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج. 4، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 428.
- 7 - سورة النساء: آية 34.
- 8 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج. 32، مرجع سابق، ص. 89.

«(الأصل في الطلاق الحظر) وإنما أبيح منه قدر الحاجة»¹. وقال البهوتي²: «وبياح عند الحاجة إليه... ويكره من غير حاجة». وغيرهم.

ولعل الحكمة من تقييد حق الزوج في الطلاق بالحاجة إليه؛ تكمن في كون الطلاق من غير حاجة ولا بأس، كفران بنعمة الزواج، إيذاء بالزوجة، تعسف في حقها، ظلم لها بل حتى لأهلها وأولادها وأنانية من جانب الزوج³. وفي هذا أخرج البخاري في صحيحه عن ابن عباس أنه قال: «الطلاق عن وطر»⁴، ومؤدى هذا «أنه لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة»⁵.

كما قيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أيضا؛ بضرورة مراعاة حال الزوجة، وذلك بأن يكون في وقت طهر (من الحيض أو النفاس) لم يجامعها فيه، لقوله تعالى: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁶، «أي لاستقبال عدتهن... ومعنى هذه الآية، أن لا يطلق أحد امرأته إلا في طهر لم يمسه فيها»⁷. حيث روي «عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ: مَرَّه 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 عز وجل أن تطلق لها النساء»⁸، وفي رواية أخرى «عن سالم، عن أبيه؛ أنه طلق امرأته في الحيض، فسأل عمر النبي ﷺ، فقال: ﴿مَرَّه، فليراجعها، ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا﴾»⁹. كما روي أيضا عن ابن عباس قال: «الطلاق على أربعة وجوه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما الحلال: فأَنْ يطلقها طاهرا من غير جماع، وأن يطلقها حاملا

- 1 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج. 33، مرجع سابق ص. 81.
- 2 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج. 5، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 232.
- 3 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 400.
- 4 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطلاق، ب. الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، مرجع سابق، ص. 1343.
- 5 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ج. 9، ك. الطلاق، ب. الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، مرجع سابق، ص. 304.
- 6 - سورة الطلاق: آية 01.
- 7 - أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج. 5، سورة الطلاق، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2001، ص. 323.
- 8 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطلاق، ب. قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، (سورة الطلاق: الآية الأولى)، ح. رقم 5251، مرجع سابق، ص. 1338.
- 9 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج. 2، أبواب الطلاق واللعان، ب. ما جاء في طلاق السنة، ح. رقم 1176، ط. 1، مرجع سابق، ص. 465.

مستبينا. وأما الحرام: فأن يطلقها وهي حائض، أو يطلقها حين يجامعها، لا تدري اشتمل الرحم على ولد أم لا»¹.

ولعل الحكمة من هذا القيد؛ ترجع إلى أن فترة الحيض أو النفاس مبغضة ومنفرة للزوج، تجعل من رغبته في مباشرته لها تتسم بالفتور، مما قد يجعل البعض يستعجل الطلاق لأي سبب. أما فترة الطهر وعدم سبق المباشرة، فتجعل من رغبته فيها تشتت وتمسكه بها يزداد، مما يجعل احتمال إيقاعه للطلاق مستبعدا إلا لحاجة ملجئة². كما أن إيقاع الطلاق حال الحيض أو النفاس أو الطهر الملامس فيه، من شأنه أن يطيل عدتها وفي هذا إضرار لها، لأن الحيضة أو النفاس الذي أوقع فيهما الطلاق، أو الطهر الذي جامعها فيه، لا يحتسبان من العدة³. كما أن طلاقها بعد الجماع يجعلها في حيرة من أمرها أحملت فتعتد عدة الحامل، أم لم تحمل فتعتد عدة الحائض⁴. لذا، كان الطلاق الواقع في الحيض أو النفاس أو الطهر المواقع فيه، محرما بإجماع أهل العلم دون مخالف. إلا أنه ورغم ذلك، فهو لازم لمن أوقعه مع وقوع الإثم عليه عند عامة العلماء⁵، وخالفهم في ذلك طائفة من مذهب الإمام أحمد⁶، ابن تيمية⁷، ابن القيم⁸، ابن حزم⁹ وغيرهم في عدم وقوعه.

كما قيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة كذلك؛ بضرورة مراعاة عدد الطلاقات، وذلك بأن يكون مفرقا وليس بأكثر من واحدة، أي الواحد بعد الآخر وليس دفعة واحدة، سواء الثلاث بلفظ واحد أو الثلاث متفرقة¹⁰ «في مجلس واحد أو في طهر واحد أو في عدة واحدة»¹¹، بمعنى «أن لا يردف الطلقة

1 - علي بن عمر الدارقطني: سنن الدارقطني، ك. الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2011، ص.859.

2 - محمد حسين الذهبي: الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص.228.

3 - بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.150.

4 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار البصائر، الجزائر، د.س.ن، ص.269.

5 - أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج.3، مسائل الإجماع في النكاح وأبوابه، مسائل الإجماع في الطلاق، مرجع سابق، ص.472.

6 - علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.8، ك. الطلاق، ب. سنة الطلاق ويدعته، مرجع سابق، ص.448.

7 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحاراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.33، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص.71.

8 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، حكم رسول الله ﷺ في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم إيقاع الثلاث جملة...، مرجع سابق، ص.201.

9 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح والطلاق، ك. الطلاق، مسألة 1945، مرجع سابق، ص.363.

10 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.405.

11 - طارق بن أنور آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص.61.

بأخرى قبل انتهاء عدة المرأة، فإن أتبعها بأخرى قبل انتهاء العدة كان الطلاق بدعيا مكروها»¹، ذلك أن الطلاق المشروع يكون «مرة واحدة يعقبها رجعة ثم مرة ثانية يعقبها رجعة كذلك ثم إن المطلق بعد ذلك له الخيار بين أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان»². وفي هذا روي «عن محمود بن لبيد، قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا؛ فقام غضبانا، ثم قال: (ألعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟!)). حتى قام رجل، وقال: يا رسول الله! ألا أقتله؟»³. ووجه تلاعبه بكتاب الله، يتمثل في مخالفته لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾⁴، الذي أراد الله تعالى من ورائه له أن يرد امرأته إذا ما شاء، وذلك بجعله للطلاق على دفعات، في حين وبتطليقه لها ثلاثا دفعة واحدة، يكون قد قضى على ذلك الحظ، حيث لا يملك معه ردها إذا ما شاء، وبذلك يكون قد تعدى على حدود الله تعالى، وقضى على إمكانية رده زوجته إذا ما ندم وأراد ذلك⁵.

ولعل الحكمة من هذا القيد؛ ترجع إلى الإبقاء على حظوظ الزوج في رد زوجته، واستئناف الحياة الزوجية من جديد، للحفاظ على العلاقة الزوجية وحمايتها من الهدم الذي لا مجال لترميمه. ورغم ذلك، فإن فقهاء المذاهب الأربعة من المالكية⁶، الحنفية⁷، الشافعية⁸ والحنابلة⁹ قالوا بوقوعه. في حين خالفهم في ذلك ابن تيمية¹⁰، وابن القيم¹¹ وغيرهما، في أن الثلاث لا يلزم منها إلا طلقة واحدة، حيث يرى ابن تيمية بأنه «لا

1 - عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ك. 2، الطلاق، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص. 75.

2 - طارق بن أنور آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص. 48.

3 - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (النسائي): سنن النسائي، ك. الطلاق، ب. الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، ح. رقم 3401، مرجع سابق، ص. 526.

4 - سورة البقرة: آية 229.

5 - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية: إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، د. ر. ط، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، د. س. ن، ص. 287-288.

6 - أبو بكر بن حسن الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج. 2، ك. الطلاق، ط. 2، دار الفكر، بيروت-لبنان، د. س. ن، ص. 138.

7 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج. 3، ك. الطلاق، ب. طلاق السنة، مرجع سابق، ص. 449.

8 - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب للشيرازي، ج. 18، ك. الطلاق، د. ر. ط، مكتبة الإرشاد، جدة-المملكة العربية السعودية، د. س. ن، ص. 226-231.

9 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج. 7، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 69-72.

10 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج. 33، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 73، ص. 07-09.

11 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، حكم رسول الله ﷺ في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم إيقاع الثلاث جملة، ف في حكمه ﷺ فيمن طلق ثلاثا بكلمة واحدة، مرجع سابق، ص. 226-229.

يجوز إرداف الطلاق للطلاق حتى تنقضي العدة أو يراجعها...إن الطلاق الذي شرعه الله هو ما يتعقبه العدة، وما كان صاحبه مخيراً فيها بين الإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان، وهذا منتف في إيقاع الثلاث في العدة قبل الرجعة فلا يكون جائزاً، فلم يكن ذلك طلاقاً للعدة»¹.

كانت تلك أهم القيود الشرعية، التي ترد على حق الزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، والتي كان القصد منها الحفاظ على تماسك الأسرة، وحماية الزوجة من اندفاع الزوج، كما كان القصد منها أيضاً إهمال الزوج ومنحه فرصة للتفكير أكثر والتمتع في قراره، حتى يبتعد عن الندم. ذلك أن تقييد حقه في الطلاق بضرورة انتظاره إلى حين توفر تلك الشروط؛ من شأنه أن يخمد ثورة غضبه، وفي ذلك إمكانية لتراجعه عن إيقاع طلاق زوجته. وإذا كان هذا تقييد للشرع لحق الزوج في إيقاع الطلاق، فماذا عن القانون؟ هذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

حدود إرادة الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة قانوناً

حافظ المشرع الجزائري على الأصل في جعل العلاقة الزوجية تنفك بإرادة الزوج المنفردة كما جاء في م48 ق.أ، إلا أنه قيد تلك الإرادة بضرورة اللجوء إلى القضاء كما جاء في م49 من ق.أ (أولاً)، ولم يقف عند هذا فحسب، بل قيده أيضاً بضرورة ألا يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه في مواجهة زوجته (ثانياً).

أولاً: تقييد حق الزوج في الطلاق باللجوء إلى القضاء بين النص القانوني والاجتهاد القضائي

مر بنا سابقاً، بأن الشارع الحكيم قد جعل الطلاق بيد الزوج، واعترف له بالحق في إيقاعه بإرادته المنفردة وبمجرد تصريحه به، وأن تلفظه به يلزمه. حيث يختص به هو دون سواه، إلا بتوكيل منه أو تفويض أو تخيير. وأنه لم يعلقه على رضا الزوجة، ولم يوقفه على حكم القاضي، حيث يكون هذا الأخير مختصاً به فقط في حالة ما إذا أبى الزوج إمساك زوجته بمعروف، وامتنع عن تسريحها بإحسان، حينها يقوم مقامه في طلاقها، دفعا لظلمه ورفعاً للضرر عنها²، طبقاً للقاعدتين الفقهيّتين: «لا ضرر ولا ضرار»³، و«الضرر يزال»⁴. وهو ما تجسد بموجب م48 من ق.أ، التي جعلت الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، إحدى صور فك

1 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.33، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص ص.79-80.

2 - أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص.32. انظر أيضاً، بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص.309.

3 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، ط.1، دار الفكر، دمشق-سوريا، 2006، ص.199.

4 - المرجع نفسه، ص.210.

الرابطه الزوجية¹، والتي جاء نصها كما يلي: «مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو...».

لكن، ورغم كون الطلاق حق إرادي وأصيل للزوج، لا يتوقف إحداث أثره على إرادة الزوجة، مما يجعل من إرادته وحدها محل اعتبار²، كونه من «الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الزوج»³؛ فإن ق.أ. قد كَبَل تلك الإرادة بضرورة اللجوء إلى القضاء، مخضعا إياها لإشرافه ومراقبته⁴، من خلال م49 التي تدخلت وانتزعت منه ذلك الحق، مقيدة إرادته المنفردة بوجوب رفع دعوى قضائية به⁵، والتي نصت على ما يلي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى». وبالتالي، فقد أصبحت إرادته «عاجزة عن إحداث الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق»⁶. ولعل ذلك التقييد يرجع إلى ما نادى به البعض، من ضرورة الحجز على الزوج، وتقييد إرادته في الطلاق باللجوء إلى القضاء، قضاءً على التفرقة بين الزوجين، وإعمالا للمساواة بينهما، وتحقيقا للعدل الاجتماعي والاستقرار الأسري من إساءة استعمال هذا الحق، وذلك كمشاهدة للحد من حالات الطلاق بالإرادة المنفردة⁷.

إلا أن هذا التقييد، ورغم ما ينطوي عليه من أهمية، من ناحية توثيق الطلاق، شأنه شأن توثيق الزواج، وما ينجم عنه من ضمان للحقوق، ومنح الطلاق هيبه تجعل إقدام الزوج عليه يكون بعد تفكير وتأن، حتى لا يتخذ هزوا⁸ خاصة في وقتنا الحالي، ومع انخفاض الوازع الديني، واستهانة الناس واستهتارهم بألفاظه، دون الاكتراث إلى عواقب ذلك؛ فإنه أدى إلى تضارب بين الناحيتين الشرعية والقانونية، نظرا لغموض نص م49 السالفة الذكر، التي ركزت فقط على الطلاق القانوني، الرسمي والموثق أمام

1 - Djilali Tchouar: *Réflexions sur les Questions Epineuses du Code algérien de la Famille*, S.N.E, office des publications universitaires, Algérie, 2004, P. 165.

2 - باديس ذيابي: صور فك الرابطه الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص.13.

3 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 11/04/2013، ملف رقم 0740083، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.280.

4 - محفوظ بن الصغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، ط.2، دار الوعي، رويبة-الجزائر، 2015، ص.45.

5 - معامير حسية: (إثبات الطلاق بين القانون والقضاء)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، 2013/12/30، مج.12، ع.27، ص.138.

6 - هشام ذبيح: المركز القانوني للزوج في فك الرابطه الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2018، ص.132.

7 - الرقي محمد توفيق: (رقابة القضاء للطلاق بين المنع والإباحة)، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، المغرب، ديسمبر 2015، ع.29، ص.96. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص.31. وعبد الرحمان بن محمد العمراني: مقالات في أحكام الأسرة، ج.2، "النظر في مسألة جعل الطلاق بيد القاضي"، مرجع سابق، ص.82-83.

8 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.251.

القاضي، دون أن تولي أي اعتبار ولا أن تشير حتى إلى الطلاق الشرعي، العرفي والشفوي الذي قد يوقعه الزوج قبل أن يرفع دعواه بالطلاق أمام القضاء، والذي يعد الطلاق المعتبر من الناحية الشرعية.

أدى ذلك التضارب بين الشرع والقانون، إلى الغموض الذي خيم على جل إجراءات الطلاق، بدءاً من مدة الصلح المقدرة بثلاثة (03) أشهر، والتي لم يوضح المشرع هل قصد من ورائها مدة العدة الشرعية للمرأة، أم مجرد مهلة قانونية إجرائية؟ ذلك أنه في حالة ما إذا اعتبرها مدة للعدة، فإنها لا تنطبق على جميع أصناف العَدَد¹ والمخصصة لكل امرأة على حدة²، وبالتالي يكون قد وُحِد قانوناً بين ما لم يوحد الشارع شرعاً. كما أنه وإذا قصد من ورائها العدة الشرعية، فكيف تشير المادة إلى أن بداية احتسابها يكون من تاريخ رفع الدعوى، وليس من تاريخ تصريح الزوج به (ف1 م49)؟، متجاهلة بذلك طلاق الزوج الذي قد يكون سابقاً لرفع دعواه، وما يترتب عن هذا من إشكالات.

وانجر عن ذات التضارب (بين الشرع والقانون) والغموض (بين الطلاق العرفي والرسمي)، أن جاء نص م50 من ق.أ. أيضاً متوتراً حيث جاء فيه: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد». ذلك أنه قد يُوقع الزوج الطلاق قبل رفعه لدعواه به، كما قد تطول إجراءات الفصل في الدعوى. وبالتالي، تكون عدة الزوجة الشرعية قد انتهت، مما يجعل من القاضي يجري صلحه بين أجنيبين، وبالتالي يكون ذلك الصلح بدون فائدة ولا معنى، كما يقع فاسداً شرعاً وقانوناً³، مما يوقع الزوجين في الحرام. ذلك أن القاضي قد ينجح في صلحه بينهما، فتعود الزوجة التي صارت أجنبية إلى زوجها الأجنبي عنها، من دون عقد ولا مهر جديدين⁴. ومنه، يكون قد أحل قانوناً ما حرّمه الشارع شرعاً، وما يترتب عن ذلك من إشكالات، كحرمانها من الزواج ثانية رغم أنها بانّت من زوجها الأول شرعاً وذلك بانتهاء عدتها، وإذا ما فعلت ذلك فتعتبر قانوناً زوجة الغير لأن عدتها القانونية لم تنته بعد⁵. وكل ذلك يجعل من المرأة في حكم المعلقة، بين المطلقة شرعاً والزوجة قانوناً، حيث تصبح لدينا وفقاً لذلك عدتان: إحداها شرعية، والأخرى قانونية. وامرأة يعتريها حُكْمَان: حكم البائنة شرعاً، والزوجة

1 - العدة تختلف من امرأة إلى أخرى، حيث تعدّ المرأة المدخول بها التي تحيض "بالأقراء" والمقدرة "بثلاثة قروء". وتعدّ المرأة التي لا تحيض (إما لصغر سنّها بأن لم تحض بعد، أو لكبرها بأن يئست عن المحيض) "بالأشهر" والمقدرة بثلاثة أشهر. في حين تعدّ المرأة الحامل "بوضع حملها". بالإضافة إلى ذلك تعدّ المتوفى عنها زوجها "بأربعة أشهر وعشرة أيام". يراجع فيما تقدم، عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 328-331.

2 - بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، هامش ص.14

3 - المرجع نفسه، هامش ص.15.

4 - محفوظ بن الصغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، مرجع سابق، ص 24-25.

5 - هشام ذبيح: المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص.132.

قانوننا. وكل ذلك نتج عن عدم ربط المشرع لمحاولات الصلح بمدة العدة الشرعية لكل امرأة، والمحتسبة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وليس بالمهلة القانونية المقدرة بثلاثة أشهر، والمحتسبة من تاريخ رفع الدعوى¹.

وهو ذات الغموض الذي اكتنف كذلك نص م58 من ق.أ التي جاء فيها: «تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق...». فتصريح مَنْ قصد المشرع الجزائري؟ الزوج في الطلاق العرفي، أم القاضي في الطلاق الرسمي²؟

وبالإضافة إلى تضارب الشرع مع القانون، الذي وقع فيه المشرع الجزائري، فقد تضارب القانون مع ذاته، من خلال تناقض المادتين 49 و50 من ق.أ، حين اعترفت م50 ضمناً بالطلاق الرجعي في نصها: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد...»، بينما أكدت م49 على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...». ومحل التعارض هنا يكمن أولاً، في عدد الطلقات التي يملكها الزوج، والمقدرة بثلاث طلقات فقط، فإذا فلتحت محاولات الصلح قبل انتهاء مهلة الثلاثة أشهر، وراجع الزوج زوجته من دون صدور الحكم بالطلاق، هل تحتسب تلك طلاقة بموجب م50 التي تعترف ضمناً بالطلاق الرجعي، أم لا تحتسب بموجب م49 التي لا تعترف صراحة بالطلاق سوى ما صدر بشأنه حكم؟ مما يجعلنا نعود إلى حياة العرب في الجاهلية الذين كانوا يطلقون نساءهم فإذا شارفت عدتهن على الانتهاء يراجعنهن دون أن يكون لعدد الطلقات عندهم حد. ذلك أن الزوج كلما طلق زوجته، يراجعها قبل انتهاء مهلة الثلاثة أشهر وبدون حكم، ومن دون أن تحتسب له طلاقة لكون م49 لا تعتد سوى بالطلقة التي صدر بشأنها حكم. كما يكمن محل التعارض ثانياً، في كيفية المراجعة، فإذا طلقها قبل أن يرفع دعواه، وانتهت عدتها الشرعية قبل انتهاء مهلة الصلح، ثم أصلح بينهما القاضي، فهنا قانوناً يراجعها دون عقد جديد طبقاً للمادة 50، وشرعاً لا بد له من عقد جديد لأنها بانّت منه بينونة صغرى بانتهاء عدتها³.

لذا، نقترح أن يكون تعديل نص م50 من ق.أ كما يلي: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح وقبل انتهاء عدتها لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق وبعد انتهاء عدتها يحتاج إلى عقد جديد، مع فقدان الزوج لإحدى الطلقات التي يمتلكها في مواجهة زوجته في كلتا الحالتين...».

كما أنه ولإزالة هذا اللبس يفترض على المشرع أن يشترط على الزوج الذي أوقع طلاقه قبل رفع دعواه أمام القضاء، أن يوثق ذلك الطلاق فور وقوعه أمام موثق، بحضور الزوجة، وإلا فبتبليغ الموثق لها عن طريق محضر قضائي، تحت طائلة عقوبات صارمة، حتى يكون له دليلاً على طلاقه العرفي، ليبقى

1 - سعيد بويصري: (الإشكالات الفقهية والقانونية التي تثيرها المادتان: 49، 50 من قانون الأسرة الجزائري)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 11/05/2017، مج.1، ع.1، ص.61.

2 - هشام ذبيح: المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص.135.

3 - المرجع نفسه، ص.ص.85-86، 142.

للقاضي فقط إثباته وتحديد الآثار المالية للمطلقة في هاته الحالة، وحتى لا يقع في متاهات التعارض التي سبق وأن أشرنا إليها. طالما لا يستطيع المشرع أن يضبط الناس على عدم إيقاع الطلاق إلا أمام القاضي¹.

نصل من خلال ما سبق، إلى أن القانون قد قيد إرادة الزوج في الطلاق، بوجوب اللجوء إلى القضاء، صاحباً بذلك صلاحية الطلاق من يده، وواضعا إياها في يد القاضي. غير أنه لم يفلح في صياغة النصوص القانونية بدقة ووضوح، تتلشى معها كل الظنون، ويتوحد معها النص القانوني مع الشرعي ليتماشيا معا.

كان ذلك على مستوى دلالة النص القانوني، أما الاجتهاد القضائي فكان له رأي آخر في هذا الخصوص، وكان حاضرا في تفسير الغموض الذي ساد النصوص القانونية السالفة الذكر، سواء قبل التعديل أو بعده. ويستشف ذلك من خلال عدة قرارات قضائية، التي اعترفت بالطلاق العرفي الواقع من الزوج، مع الإشارة إلى إمكانية إثباته قضاءً، شريطة توفر شهود على ذلك، جاعلة من حكم القاضي بالطلاق ما هو إلا توثيقا لطلاق الزوج الذي وقع خارج أسوار العدالة، و«ترجمة لإرادة الزوج في حكم ملزم للغير»².

حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا التي تعترف بأحقية الزوج في الطلاق ما يلي: «ليس الطلاق إلا عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج، في جعل حد للحياة الزوجية. وليس لقضاء الموضوع عند ثبوته، إلا الإشهاد به، والتصريح به...»³. كما جاء في حيثيات أحد قراراتها ما يلي: «...ومع العلم أن الشريعة تقر الطلاق بمجرد التصريح به...»⁴. وكذا: «من المقرر شرعا -وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه...»⁵. وفي قرار آخر جاء فيه: «من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ومن ثمة فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية...»⁶. ومنحت في قرار آخر الأولوية للاعتراف بطلاق الزوج، على الطلاق الواقع أمام القضاء كما يلي: «...أن القاضي وحده هو الذي يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن (أفلح)⁷ بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا إلا إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه...»⁸.

هذا، وقد جعلت في قرار آخر الطلاق من اختصاص الزوج، وسمحت بتثبيت الطلاق العرفي استنادا على شهادة الشهود: «من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي

1 - معامير حسبية: (إثبات الطلاق بين القانون والقضاء)، مرجع سابق، ص.163.

2 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.293.

3 - المجلس الأعلى: غ.م، 1968/03/27، ن.س، 1968، ص.106، نقلا عن، بلحاج العربي: قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط.4، د.م.ج، الجزائر، 2012، ص.196.

4 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1982/02/08، ملف رقم 26766، ن.ق، 1982، ع. خاص، ص.266.

5 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35322، م.ق، 1989، ع.4، ص.91.

6 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/12/31، ملف رقم 35346، م.ق، 1990، ع.2، ص.86.

7 - الصواب أن تكتب (أفلحت).

8 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م.ق، 1991، ع.3، ص.73.

أن يحل محله في إصداره...ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفاً للشريعة الإسلامية...¹. وفي قرار آخر أكدت على إثبات الطلاق العرفي بشهادة الشهود كما يلي: «من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء. ومتى تبين في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون». ². وإلى نفس الهدف سارت بقرارها التالي: «إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت قضائياً لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية». ³. وكذا وفي قرار آخر: «يجوز، في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، سماع الشهود...» ⁴.

لكن ورغم ذلك، ينبغي أن يعاد النظر في هاته المسألة، نظراً لأهميتها وتأثيرها المباشر على الزوجين، وذلك بالتأكيد على توثيق الطلاق، لما تكتسيه عملية التوثيق من أهمية في إثبات الحقوق. لكن، مع الأخذ بعين الاعتبار الطلاق الشفوي والعرفي الذي يتم من قبل الزوج. ذلك أنه ورغم وجود الاجتهادات القضائية السالفة الذكر، ورغم دورها الفعال في إزالة الغموض، إلا أنها غير ملزمة للقضاة لأنها صادرة عن غرفة واحدة، وكما نعلم بأن الاجتهاد القضائي الملزم للقضاة هو الصادر عن جميع الغرف مجتمعة.

لذا، أن الأوان للمشرع الجزائري ليفصل في هذا التناقض والتعارض بين الناحيتين الشرعية والقانونية، حيث يجب عليه أن يولي أهمية لطلاق الزوج الذي قد يوقعه قبل رفع دعواه، وأن يوجب احترام العدة الشرعية، حتى يجنب الزوجين ضنيفة العيش في علاقة محرمة دون أن يقصدا، وذلك لغموضه وتهوينه للأمر، وتركيزه على الطلاق القانوني الرسمي والموثق أمام القاضي، على حساب الطلاق الشرعي، العرفي والشفوي الواقع من قبل الزوج والمعتبر شرعاً.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع الجزائري، قد أبقى على الأصل في جعل الرابطة الزوجية تنفك بإرادة الزوج المنفردة (م48 ق.أ)، إلا أنه قيد تلك الإرادة بضرورة اللجوء إلى القضاء (م49

1 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 35026، م.ق، 1989، ع.4، ص.86.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216850، إ.ق، 2001، ع.خاص، ص.100. نقلاً عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، مرجع سابق، ص.1034.

3 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/09/25، ملف رقم 288322، م.ق، 2003، ع.1، ص.375.

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/02/23، ملف رقم 315403، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.275.

ق.أ). ولم يقف عند هذا فحسب، بل قيده أيضا بضرورة ألا يكون متعسفا في استعمال حقه في مواجهة زوجته، وهو ما سنراه في النقطة الثانية.

ثانيا: تقييد حق الزوج في الطلاق بعدم التعسف في إيقاعه

لم يَعْرِفَ الفقهاء القدامى مصطلح التعسف¹ في استعمال حق الطلاق، كما لم يتناولوه بالبحث في كتبهم، كونه مصطلح حديث، ظهر بظهور نظرية التعسف في استعمال الحق رغم ما للشرعية من فضل وسبق في وضع ضوابطها-. إلا أنهم تعرضوا إلى بعض صوره، كالطلاق في مرض الموت، الذي يقصد من ورائه الزوج حرمان زوجته من الميراث²، وعبروا عنه بمصطلحات أخرى "كالمضارة بالحقوق" عند ابن قيم الجوزية³، و"الاستعمال المذموم للحق" عند الشاطبي، الذي قال عنه بأنه: «إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة...»⁴، كما عبر عنه أيضا الفقهاء المعاصرون بأنه صورة من صور "المجازة والتعدي"⁵ في استعمال الحق، و"الإساءة به"⁶.

ولما كان الطلاق مباحا يتم بالإرادة المنفردة للزوج كونه حقا له، وأنه إذا ما تصرف في حقه فلا ضير عليه ولا مسؤولية، ومن ثمة فلا يترتب في ذمته أي تعويض، طالما استعمل حقه في إطار مشروع؛ فإن تعسفه في استعمال ذلك الحق، واستغلاله لإيذاء غيره وإلحاق الضرر به، لم يسبق وأن أقره عليه لا الشرع ولا القانون، مما يترتب مسؤوليته، ويلقي عليه جزاء التعويض عن ذلك الضرر، بموجب نظرية التعسف في استعمال الحق⁷.

1 - التعسف لغة: من عَسَفَ، «وعسف عن الطريق يَعِيفُ: مَالَ، وَعَدَلَ، كَاغْتَسَفَ، وَتَعَسَّفَ... وَأَعْسَفَ: سَارَ بِاللَّيْلِ خَبْطَ عَشَوَاءَ... وَعَسَفُهُ تَعْسِيفًا: أَثَعَبَهُ. وَتَعَسَّفَهُ: ظَلَمَهُ. وَاتَّعَسَفَ: اتَّعَطَفَ. وَالْعُسُوفُ: الظُّلُومُ». انظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط، ب. الفاء، ف. العين، (عَسَفَ)، مرجع سابق، ص. 837.

- التعسف اصطلاحا: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل». انظر، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط. 4، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1988، ص. 87.

- التعسف في استعمال حق الطلاق: «مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص». انظر، جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، ط. 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2009، ص. 196.

2 - المرجع نفسه، ص. 197.

3 - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: الطرق الحُكْمِيَّة في السياسة الشرعية، ط. 1، دار عالم الفوائد، مكة-المملكة العربية السعودية، 1428هـ، ص. 682.

4 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج. 3، ط. 2، دار الفكر العربي، مصر، 1975، ص. 218-219.

5 - غير أن التعسف يختلف عن التعدي. ذلك أن التعسف، مجاله العمل المشروع في ذاته، والعيب فيه مأثاته إما الباعث المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة المادية المترتبة على استعمال الحق. أما التعدي، مجاله العمل غير المشروع، والعيب فيه مأثاته مجاوزة الحق، أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي. انظر، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 72.

6 - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 144.

7 - محمد الزحيلي: التعويض المالي عن الطلاق، ط. 1، دار المكتبي، دمشق-سوريا، 1998، ص. 31-32.

لذا، فحق الزوج في إيقاع الطلاق مقيد بما تقتضيه به الحقوق عموماً في الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في عدم مخالفة قصد الشارع، وعدم إلحاق الضرر بالغير¹. حيث شرعه الله رغم بغضه، وجعله حقا للزوج وبيده، إلا أنه لم يمنحه إياه دون ضابط محكم، كما لم يضعه تحت تصرف هواه، بل جعله حلاً اضطرارياً وأخيراً، متى أيقن بأنه لا خلاص من زوجية باتت بطعم الحنظل إلا به. ذلك أن الراجح في أصل الطلاق هو الحظر، إذا كان من دون مسوغ مشروع، أو كان مسوغه تافهاً، أو إذا تحايل بمقتضاه عن مقصد الشارع في تشريعه للطلاق، أو كان بقصد الإضرار بالزوجة ليس إلا² - كما أسلفنا -. لذا، فالطلاق إذا وقع وفقاً لتلك المعايير، فإنه يجعل من صاحبه مناقضاً لمقصد الشارع في تشريعه للطلاق - والمتمثل في الخلاص من علاقة زوجية لا تتحقق معها أهداف الزواج من مودة، رحمة، سكينه، إحصان ونسل وغيرها - ومضراً بالزوجة، وبالتالي يجعل صاحبه متعسفاً في استعماله لذلك الحق، مما يوجب عليه الإثم.

لكن، ومن جهة أخرى، فكما نحرص على عدم إلحاق الضرر بالزوجة، فيجب أيضاً أن نراعي جانب الزوج في عدم تعليق طلاقه على إثبات حاجته له، ومن ثمة عدم تعسفه فيه، ذلك أن «الطلاق وإن كان الأصل فيه هو 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، والخط بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي...»³.

لذا، «لم يُسأل أحد من الصحابة أو التابعين أو أحد في عصر الاجتهاد الفقهي: لِمَ طَلقت»⁴، خاصة وأن تقدير مدى ضرورة الحاجة التي دفعت بالزوج إلى الطلاق، ترجع إليه هو أكثر من غيره كونه المعني به. وهو ما جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: «ثم إن الرجل المطلق لا يُسأل عن سبب الطلاق عند إقدامه عليه، وذلك لأسباب كثيرة منها: 1- حفظ أسرار الأسرة. 2- حفظ كرامة الزوجة وسمعتها. 3- العجز عن إثبات الكثير من تلك الأسباب، لأن غالب أسباب الشقاق بين الزوجين تكون خفية يصعب إثباتها، فإذا كلفناه بذلك نكون قد كلفناه بما يعجز عنه أو يخرجه، وهو ممنوع في الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾»⁵. 4- ثم إن في إقدام الزوج على الطلاق وتحمله الأعباء المالية المترتبة عليه... لقرينة كافية على قيام أسباب مشروعة تدعوه للطلاق...»⁶.

1 - رشيد عمري: (التعسف في استعمال حق الطلاق)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2018/04/27، مج. 9، ع. 1، ص. 242.

2 - أيمن مصطفى الدباغ: (التعسف في الطلاق حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، جامعة الأقصى، فلسطين، جانفي 2014، مج. 18، ع. 1، ص. 71-72.

3 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص. 312.

4 - محمد أبو زهرة: تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1976، ص. 90.

5 - سورة الحج: آية 78.

6 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ج. 29، طلاق-عدييات، مرجع سابق، ص. 11-12.

ومنه، ولعدم إمكانية التقييم الدقيق لتعسف الزوج من عدمه في طلاق زوجته، استنادا إلى معرفة حاجته به، والتي قد يصعب على الزوج إثباتها أو التصريح بها، فقد «جعل الإسلام من إيمان المسلم وضميره رقبيا على تصرفاته، ورادعا له من التعسف في الطلاق، وإلحاق الضرر بالآخرين، ولو ربطنا وقوع الطلاق بعدم التعسف فيه، لما عجز كل زوج يريد الطلاق من التلقيق والكذب على زوجته واتهامها بالخيانة، والتذرع بأسباب لتبرير طلاقه، وفي هذا أذى كبير، وظلم عظيم يلحق النساء بالدرجة الأولى، حيث ينظر الناس إليها نظرة المتهم وتدور من حولها الشكوك والظنون؛ لأنه ما أجاز طلاقها إلا من ريبة؛ ولذلك أنفذ الإسلام طلاق الزوج، جاعلا من دينه وتقواه مانعا من إيقاع الطلاق، إلا إذا كان لسبب مشروع وبإحسان»¹. ومن ثمة، وتحسبا لذلك، فقد جعلت الشريعة الإسلامية طلاق من لا حاجة له به واقع، إلا أنها اعتبرته مقترف لوزر، وتأثيمه عليه شرعا يوجب بأنه تعسف في استعمال حقه في الطلاق².

وتأسيسا على كون الطلاق بيد الزوج، يوقعه دون حاجة إلى تبريره ولا تسببيه، ذلك أن حاجته إليه هو من يقدرها كونه المعني بالأمر؛ فإن اجتهادات المحكمة العليا في أكثر من قرار جاءت مسيطرة لهذا الاتجاه، حيث جاء في أحد قراراتها: «إن العصمة بيد الزوج وله الطلاق بإرادته المنفردة من دون حاجة إلى تبريره فالقرار الذي خالف هذه القاعدة يستوجب نقضه»³. وفي قرار آخر: «من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله. ومتى تبين - في قضية الحال - أن للزوج في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرَج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون...»⁴.

لكن، ورغم عدم القدرة على التقييم الدقيق والحقيق لتعسف الزوج من عدمه في إيقاع طلاقه لمجرد الاستناد على أسبابه، وفي ظل انعدام أي نص شرعي أو قانوني يجعل طلب الزوج موقفا على أسباب معينة؛ فقد درج القضاء على مساءلة هذا الأخير عن الأسباب التي دفعته إليه، لمعرفة الجدية منها من التافهة، والحقيقية منها من الواهية، والفعلية منها من المنعدمة⁵، وذلك حتى يتسنى له تطبيق م 52 من ق.أ. التي تنص على ما يلي: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.»

- 1 - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 204.
- 2 - عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، مرجع سابق، هامش ص. 142.
- 3 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1986/03/24، ملف رقم 41255، ن.ق، 1988، ع. 44، ص. 155.
- 4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 223019، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص. 104. نقلا عن جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج. 2، مرجع سابق، ص. 1036.
- 5 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص. 123-124.

ولعل مساءلة الزوج تلك، راجعة إلى عدم تحديد المشرع لمعايير معينة يستند عليها القاضي في تقدير مدى تعسف هذا الأخير من عدمه، الأمر الذي ترتب عليه أن أصبح ذلك التقدير خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، مما جعل مفهوم التعسف وحالاته يختلف من قاضٍ إلى آخر، ويختلف حتى بين القاضي والقاضية، رغم تشابه بعض القضايا في كثير من الأحيان¹، وما يمكن أن ينجر عن ذلك من تعسف القضاة في استعمال سلطتهم التقديرية في مواجهة الزوج.

حيث دأب القضاء على الاعتماد فقط، على معيار مدى توفر الحاجة الملجئة الدافعة لطلب الطلاق من عدمه، ذلك أن الطلاق كقاعدة عامة يكون دائما مبني على أسباب معينة، موضوعية كانت أم نفسية، فإذا تبين للقاضي بأن طلاق الزوج مؤسس على سبب جدي ومقنع، كأن يحكم على الزوجة بجريمة الزنا، فهنا طلاقه لا يوصف بالتعسف، أما إذا كان سببه تافها أو منعما، فيوصف بالتعسف، ويتحمل الزوج عواقب ذلك. وكذا، على معيار إصرار الزوج على الطلاق رغم تمسك الزوجة بالرجعة، تلك الرجعة التي غالبا ما تهدف الزوجة من ورائها إلى الإضرار بالزوج، حتى ولو كانت ترغب هي الأخرى بالطلاق، وذلك لإيقاعه في دائرة التعسف وبالتالي تغريمه، وليس بقصد الرجوع فعلا.

بالإضافة إلى ذلك، فقد جرت العادة على تسمية طلاق الزوج بالإرادة المنفردة طلاقا تعسفيا، ومرد ذلك أن أغلب الحالات التي يطلب فيها الزوج الطلاق بإرادته المنفردة، تنتهي بفك الرابطة الزوجية مع وصف طلاقه بالتعسفي وتحمله للتعويض.

وتقييد المشرع لحق الزوج في الطلاق بشرط عدم تعسفه بمقتضاه تحت وطأة تطبيق م52 عليه، رغم ما له من إيجابيات، تتمثل في ردع هذا الأخير عن طلب الطلاق الذي لا حاجة له إليه، ودفعه إلى التفكير والتروي، كونه صار معلقا على قدرته المالية، والمتمثلة في مبلغ التعويض الذي سيتحمله لو طلب الطلاق تعسفيا، وما من شأن ذلك أن يقلل من حالات الطلاق الطائشة²؛ فإن له من السلبيات ما قد يفوق ذلك، والتي لا تصب في صالح الزوج بالدرجة الأولى، الذي أصبح مخيرا بين تحمل معيشة ضنكا، مع زوجة لا يطبقها لسلوكها أو لتصرفاتها، وما يترتب عنه من غياب تام للمعاني السامية للمودة، الرحمة والسكينة، التي شرع الله لتحقيقها الزواج، وشرع لانعدامها الطلاق، فقط لأنه غير قادر على التعويض. وإما، أن يطلب الطلاق مع تسببه الذي قد يكون حقيقة أو تلفيقا، وما يترتب عنه من تشهير بسمعتها في كلتا الحالتين. وإما، أن يطلقها دون تسبيب، ويتكبد مبلغ التعويض الذي غالبا ما يكون تعسفا في حقه هو، لعجزه عن الإثبات أو استحياؤه من التصريح.

1 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.255.

2 - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس: دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط.1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص ص.190-191.

إضافة إلى ذلك، فقد أوقع المشرع من خلال م52 على الزوج عبء إثبات عدم تعسفه في استعمال حقه في الطلاق، وكأنه يفترض تعسفه إلى غاية إثباته عكس ذلك، وهو ما يشكل في حد ذاته تعسفا في حق هذا الأخير لصعوبة الأمر¹. لتكون هاته النظرة استثناءً على القواعد العامة للإثبات التي توقع عبء إثبات التعسف والضرر على الطرف المتضرر، حيث يهدف من وراء ذلك الإثبات الحصول على التعويض، دون أن تلزم صاحب الحق بإثبات مبررات استعماله لحقه. أما هنا، فالزوج يعتبر تلقائياً متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، إلى غاية إثباته العكس، مما يزيد من صعوبة استعمال الزوج لذلك الحق، والذي غالبا ما لا يتمكن من إثبات عدم تعسفه بموجب².

ورغم كل تلك القيود والاحتياطات، التي عمل المشرع على إدراجها على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة؛ فلا نزال نشهد قضايا الطلاق تتخر جهاز العدالة وتملاً أدراج القضاة، حيث بلغ عدد حالات فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج على مستوى ولاية المسيلة كعينة 772 حالة خلال سنة 2020 من مجموع 1741 حالة³، وكأن الوضع يطلب منا أن نعيد حساباتنا ونعود إلى تعاليم ديننا الحنيف، وشريعتنا السمحاء. فلو أن كل زوج ما عمد إلى طلاق زوجته، إلا وقيد نفسه بنفسه، بضرورة الالتزام بالضوابط الشرعية التي حددها له الشرع، وعلى رأسها الحاجة المشروعة والملحة الداعية إليه، ومراعاة الوقت المناسب لطلاق زوجته، والكيفية المتعلقة بعدد الطلاق (الطلاق السني)، ولو أن كل زوجة ما عمدت إلى استفزاز زوجها، وما عملت على تنكيد عيشه، لما حصل طلاق قط، وإذا حصل فسيكون عن طيب خاطر الزوجين معا، ولما تظالم ولا تعسف أحد في حق أحد، ولما وصلنا إلى ما نحن عليه الآن⁴. ذلك أن أغلب الأسباب⁵ التي تؤدي بالزوج إلى إساءة استعمال حقه في الطلاق ترجع إلى جهله بالأحكام الشرعية المتعلقة به، وكذا بطبيعة الحق المخول له شرعا، ذلك أن القوامة وتوابعها بما في ذلك جعل العصمة وحلها بيده؛ إنما هي حقوق وضعت تحت تصرفه، لكونه الأجدر على حسن استعمالها تقاديا لحدوث الظلم والمغبة، وليس لتسلطه بموجبها وبالتالي حدوث التعسف، كما ترجع أيضا إلى ضعف الوازع الديني لدى بعض الأزواج وغيرها. ذلك أن مكارم الأخلاق، الصبر، والتحلي بروح الفضيلة من كلا الزوجين، عوامل كفيلة بتقادي فصم عرى

1 - أيمن مصطفى الدباغ: (التعسف في الطلاق حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه)، مرجع سابق، ص.70.

2 - باديس ذيابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012، ص.25-26.

3 - بلغ العدد الإجمالي لحالات الطلاق على مستوى ولاية المسيلة 1741 حالة خلال سنة 2020، احتل فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المرتبة الأولى بمعدل 772 حالة، يليه الطلاق بالتراضي بمعدل 588 حالة، ثم الخلع بمعدل 284 حالة، وفي الأخير التطلق بمعدل 97 حالة. انظر، مجلس قضاء المسيلة: أمانة الضبط، عدد حالات الطلاق على مستوى ولاية المسيلة خلال سنة 2020، 08 فيفري 2021، جدول تفصيلي، ص. 1/1.

4 - المصري مبروك: الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.224.

5 - نذير حمادو: (الأسباب التي تؤدي إلى إساءة استعمال حق الطلاق -دراسة فقهية اجتماعية-)، مرجع سابق، ص.82-84.

الزوجية، فعن ابن القاسم أن الإمام مالك قال: «لقد أدركت من له امرأة ما له بها من حاجة ويمنعه الحياء والتكرم أن يفارقها لئلا يطلع غيره منها على ما اطلع.»¹.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المركز القانوني للزوج عند الخروج من العلاقة الزوجية، قد شهد تقييدا واضحا، حيث طُوِّقت إرادته في استعمال حقه في الطلاق، وأصبحت رهينة حكم القاضي، عدم تعسفه وقدرته المالية. وكل ذلك تحسباً لاحتمال وقوع ضرر على الزوجة، التي قد تكون في بعض الأحيان هي المتسببة في دفعه إلى إيقاع الطلاق، دون أن يستطيع إثبات ذلك. مما يعني بأن المركز القانوني للزوج في إيقاع الطلاق قد اتجه من الإطلاق نحو التقييد، إذ لم يعد حقه فيه خالصا، وذلك مراعاة لجانب الزوجة على حساب الزوج. وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لحق الزوج في إيقاع الطلاق، فكيف كان الأمر بالنسبة إلى المركز القانوني للزوجة في طلبها للطلاق؟ هذا ما سنتطرق له بالدراسة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الخروج من العلاقة الزوجية بطلب الزوجة

لم يهمل المشرع الجزائري حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية عند تضررها من زوجها، وذلك من خلال توسيع الحالات التي تمنحها الحق في طلب التطليق (أولا)، وبمنحها الحق في الخلع وجعله لها بمثابة الحق الأصيل، الذي يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة (ثانيا).

الفرع الأول

توسيع حق الزوجة في طلب التطليق

شهد المركز القانوني للزوجة في طلب التطليق مرحلتين، اتسمت الأولى بمحدودية الأسباب التي تخولها الحق في طلبه، وكان ذلك قبل تعديل ق.أ سنة 1984 (أولا). أما الثانية، فقد اتسمت برفع عدد تلك الحالات، وتغطية جميع الجوانب التي من شأنها أن تسبب ضررا لهاته الأخيرة، وكان ذلك بعد تعديل قانون ق.أ سنة 2005 (ثانيا).

أولا: محدودية حق الزوجة في طلب التطليق قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984

إذا كانت الحكمة تقتضي جعل الطلاق بيد الزوج كما رأينا سالفاً، فإن العدالة تقتضي عدم إهدار حق الزوجة إذا ما تضررت من تصرفاته، فعليه كانت أم قولية وحتى الحسية، إذ قد يتعنّت الزوج ويرفض

1 - أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، مج.4، ك. النكاح، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1999، ص.388.

إمسакها بمعروف أو تسريحها بإحسان. حيث مُنح لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي مُطالباً بالتطليق (التفريق)¹ منه، إذا تمكنت من إثبات الضرر، وحينها لا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يجيب طلبها².

ولم يَرِدْ بشأن التطليق نص شرعي صريح لا في القرآن ولا في السنة، إذ هو صورة اجتهد في إيجادها الفقه، وجعلها من حق الزوجين معا، بواسطة القاضي، بناء على طلب أحدهما لسبب معين، تحت مسمى "التفريق". أما من الناحية القانونية، فقد تم قصر التطليق على الزوجة فقط دون الزوج، طالما أن هذا الأخير يملك مفارقة زوجته بالطلاق³.

وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الجزائري قبل تعديل ق.أ بموجب م53 منه، حيث منح للزوجة الحق في طلب التطليق، إذا ما أسست طلبها على توافر إحدى الحالات -التي استُئِيطَ جُلُها من الفقه الإسلامي-، وتمكنت من إثبات الضرر الذي لحقها بسببها. وقد حدد تلك الحالات جاعلا إياها تقف عند السبع (07)، إضافة إلى تضيقه لبعضها، وذلك بتقييدها بشروط صعبة الإلزام والإثبات من طرف الزوجة.

حيث جاء في ف1 من م53 ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون»، فالنفقة الزوجية كما رأينا واجبة شرعا وقانونا على الزوج لزوجته مهما كانت وضعيتها. ومنه، فإخلال الزوج بهذا الواجب، يمنح لها الحق في طلب التطليق منه، متبعا في ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية⁴، الشافعية⁵ والحنابلة⁶ -مع اختلاف في التفاصيل-، ومخالفا ما قضى به الحنفية⁷ في

1 - التفريق لغة: من فرّق، و«الْفَرْقُ: خِلَافُ الْجَمْعِ»، و«فرقت بين الحق والباطل فصلت». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.2، ب. الفاء، (فرق)، مرجع سابق، ص.3397. انظر أيضا، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير، ك. الفاء، (فرق)، مرجع سابق، ص.179.

- التفريق في الاصطلاح الفقهي هو: «إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق...». انظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ج.29، طلاق-عدييات، مرجع سابق، ص.ص. 06-07.

2 - عمرو عيسى الفقي: التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، د.ر.ط، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد-مصر، 1998، ص.10. انظر أيضا، أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص.154.

3 - باديس ذيايي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص.30. انظر أيضا، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ج.29، طلاق-عدييات، مرجع سابق، ص.ص. 06-07.

4 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.518.

5 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.ص. 578-579.

6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: الْمُغْنِي عَلَى مختصر الخرق، ج.7، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.ص. 382-383.

7 - محمد عاشق إلهي البرني: التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.76.

عدم السماح لها بذلك، كما سبق التعرض إليه. في حين ربط ابن قيم الجوزية¹ ذلك بشرط أن يَغُرَّ بها بأنه ذو مال ثم يظهر بأنه مُعْدِمًا، أو أن يترك الإنفاق عنها دون أن تتمكن من أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالقاضي، أما إذا تزوجته عالمة بعسره، أو كان موسرا ثم أصابته فاقة فليس لها ذلك.

غير أن المشرع، قد قيد هاتاه الحالة بضرورة إثبات الامتناع بموجب حكم قضائي، دون الاعتماد على شهادة الشهود، كما جاء في قرار المحكمة العليا: «يجوز للزوجة طلب التطليق، بسبب عدم الإنفاق، يتم إثبات عدم الإنفاق بحكم قضائي وليس بسماع شاهدين»². كما قيدها أيضا بضرورة عدم علمها بإعساره وقت الزواج. هذا القيد، الذي وإن كان قد يمنعها من التلاعب بالزوج، وذلك بقبولها به على حاله، ثم طلب التطليق منه إذا ما غيرت رأيها فيه فيما بعد؛ إلا أن له أثر سلبي عليها، إذ قد تقبل بوضعه وتصابر عليه، لكنها تتضرر فيما بعد من طول الحال، فيكون من غير العدل أن نلزمها على ذلك مدى حياتها³.

هذا، ولم يحدد المشرع المدة التي تنتظرها بعد صدور الحكم بإلزامه بالنفقة لتطلب بعدها التطليق، لكن الأرجح أنها شهرين كما جاء في م331 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، وكذا في قرار المحكمة العليا: «متى كان من المقرر فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها...»⁵.

والملاحظ هنا، هو أن المشرع قد اشترط توفر حالة عدم الإنفاق بموجب حكم، وانقضاء علم الزوجة بإعسار زوجها، ليجبها القاضي في الحال، دون أن يشترط وجوب تضررها من ذلك الامتناع، والذي اعتبره مفترضا في جميع الحالات، سواء كانت الزوجة فقيرة أو موسرة بإمكانها الإنفاق عن نفسها ولو مؤقتا، مما تتعدم معه حتمية تضررها من عدم إنفاق زوجها. وبهذا، يكون قد راعى حال الزوجة فقط دون الزوج، الذي قد يكون عاجزا معسرا لا متعمدا⁶. وعليه، فالمشرع لم يُعمل القاعدة الفقهية التي تفيد بأنه: «إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر»، أو «يختار أهون الشرين أو أخف الضررين»⁷، ذلك أن الضرر الذي يلحق

1 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ذكر ما روي من حكم رسول الله ﷺ في تمكين المرأة من فراق زوجها إذا أعسر بنفقتها، مرجع سابق، ص.465.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2014/09/11، ملف رقم 0934996، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.251.

3 - بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص.189-190.

4 - القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المُعَدَّل والمُتَمَّم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ع.84.

5 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م.ق، 1989، ع.3، ص.76.

6 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1 (الزواج والطلاق)، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص.279.

7 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، مرجع سابق، ص.219.

من وراء فسم عرى الزوجية أشد وطأة من تأخير حق الزوجة -القادرة وغير المتضررة- في استفادتها من حقها في النفقة الواقعة على زوجها -العاجز عنها-¹.

كما نصت ف2 من نفس المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج». حيث ومن أهداف الزواج التي حددتها م04 من ق.أ "إحصان الزوجين"، ذلك الإحصان الذي لن يتأتى إلا من زوجين سليمين من العيوب، التي تحول دون تحقيق ذلك الهدف الرئيسي، الذي تنبثق عنه أهداف أخرى على رأسها الإنجاب، الذي يعتبر مقصدا من مقاصد الزواج، خاصة وأن تلك العيوب من شأنها أن ترهق العلاقة الزوجية، بل وقد تقضي عليها تماما في بعض الأحيان، سواء كان ذلك العيب بدنيا أم عقليا².

لذا، منح المشرع للمرأة الحق في طلب التطليق، إذا ما توافر في الزوج عيب، ولم تشأ أو لم تقدر على تحمله والصبر عليه، متبعا في ذلك الحنفية³، الذين قصرُوا هذا الحق على الزوجة دون الزوج باعتباره يملك مَكَنَّة الطلاق، رغم إمكانية وجود تلك العيوب في الزوجة أيضا. وذلك خلافا لجمهور الفقهاء من المالكية⁴، الشافعية⁵ والحنابلة⁶، الذين ساووا بين الزوجين في طلب التفريق إذا ما تواجد في أحدهما عيب من العيوب.

هذا، وقد سكت المشرع عن تحديد العيوب الموجبة لخيار الفرقة، والتي يحق معها للزوجة طلب التطليق، لا تمثيلا ولا حصرا، خلافا لما ذهب إليه الفقهاء الذين أسهبوا في ذلك⁷، وقد أحسن في ذلك صنعا،

1 - منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012، ص.22.

2 - محمد كمال إمام: الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، د.ر.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1997، ص.106.

3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف في الخيار بين الزوجين، مرجع سابق، ص.592-593، 598.

4 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. في النكاح، ف. في خيار أحد الزوجين، مرجع سابق، ص.467-468.

5 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب. الخيار والإعفاف ونكاح العبد، مرجع سابق، ص.267، 269.

6 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. العيوب في النكاح، مرجع سابق، ص.105.

7 - للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تحديد وتعداد العيوب التي يجوز مع توافرها في الطرف الآخر طلب التفريق راجع، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. في النكاح، ف. في خيار أحد الزوجين، مرجع سابق، ص.468. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج.3، ك. النكاح، د.ر.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.25-26. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب. الخيار والإعفاف ونكاح العبد، مرجع سابق، ص.267-268. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ك. النكاح، ب. حكم العيوب في النكاح، مرجع سابق، ص.313-314.

نظرا لتعددتها وكثرة انتشارها وارتباطها بقدرة التحمل من طرف إلى آخر، إلا أنها لا يمكن أن تخرج عن كونها إما مانعة للعلاقة الزوجية، أو منفرة منها، أو مربية على صحة الطرف الآخر ولا سيما الأولاد في حال استمرار العلاقة الزوجية.

كما لم يحدد الفترة التي يمكن معها للزوجة طلب التطلق لعيب في زوجها، وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا، نجدها حددتها "بسنة"، وهو جاء في أحد قراراتها: «متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي -وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلق...»¹، ومرد ذلك ما روي «عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولاً، فلما انقضى حول، ولم يصل إليها خيراً، فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر، وجعلها تطلقه بائنة»². إلا أنه، هناك من الأمراض ما لا يُرجى شفاؤها، ولا فائدة من إرجاء تطلق الزوجة معها إلى الحول.

ولم يفرق المشرع أيضاً بين العيوب التي وجدت عند العقد، والتي طرأت بعده. وبين التي علمت بها الزوجة والتي لم تعلم بها، وبين التي رضيت بها بعد علمها بها. إذ تعتبر في حقيقتها شروطاً للتقريب للعيب. حيث لم يوضح صراحة ما إذا كان لا بد لقبول التقريب اشتراط انتفاء العلم المسبق، أو الرضا بعد العلم اللاحق. خلافاً لما ذهب إليه الفقه الذي ضبط هذا الأمر بشروط معينة. حيث اتفق فقهاء المذاهب الأربعة³ على وجوب عدم العلم بالعيب وقت العقد، وعدم الرضا به بعده. وأضاف الحنفية⁴ شرطين آخرين يتمثلان في ألا يكون الزوج قد وصل إليها ولو مرة واحدة، وألا يكون بها عيب مانع من الاتصال الجنسي كالرتق.

1 - المجلس الأعلى: غ.أش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، 1989، ع.3، ص.73.

2 - جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي: نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج.3، ك. الطلاق، ب. العنين، د.ر.ط، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة/مؤسسة الريان، بيروت/المكتبة المكية، مكة، د.س.ن، ص.254.

3 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي (الحطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج.4، ك. النكاح، ف. الخيار-شروط الخيار، مرجع سابق، ص.308. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في الخيار بين الزوجين، مرجع سابق، ص.592. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج.3، ك. النكاح، د.ر.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.25. شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب. الخيار والإعفاف ونكاح العبد، مرجع سابق، ص.269، 274. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ك. النكاح، ب. حكم العيوب في النكاح، مرجع سابق، ص.314. وعلاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج.8، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.199.

4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في الخيار بين الزوجين، مرجع سابق، ص.592. انظر أيضاً، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج.3، ك. النكاح، د.ر.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.25.

وبالرجوع إلى م 07 مكرر من ق.أ، وم 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154، نجد أنهما تلزمان الموثق أو ضابط. ح.م بالتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، والتأشير بذلك في عقد الزواج. وعليه، فاشتراط ذلك التأشير يدل على أهمية العلم السابق للزواج في إسقاط حق الزوجة في طلب التطليق مرة أخرى، رغم عدم نصه على ذلك صراحة. وإن كان ذلك الفحص لا يعني بالضرورة العلم بجميع العيوب والأمراض، خاصة مع ما يشوب الشهادة الطبية على النحو الحالي من أخطاء وترتيف ومجاملة. أما فيما تعلق بالعيوب الطارئة بعد العقد، فرغم عدم تعرض المشرع لها، إلا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بموجبها في إطار الضرر المعتبر شرعا¹، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالأمراض المعدية والقاتلة.

وباعتبار أن العيوب كما قد تتواجد في الزوج، ويُمنح على أساسها للزوجة طلب التطليق، قد تتواجد أيضا في الزوجة ومن المفروض أن يمنح على أساسها له أيضا طلب التطليق؛ كان على المشرع أن يجعل هذا الحق مشتركا لكلا الزوجين، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي، الذي أجاز لهما ذلك بموجب م 108² من م.أ، رغم تأكده على أحقية الزوجة فيه تحديدا بموجب م 398³. فضلا عن تحديده لأهم الشروط التي تمنح الحق لكلا الزوجين في طلب الفرقة بسببه، والتي على رأسها شرط عدم العلم بالعيوب حين العقد، وعدم الرضا به بعد العلم بتعذر شفائه (م 108)، وإلا سقط حق الزوجة في طلب التطليق مع بقاء حقها في الخلع قائما إن أرادت الانفصال عن زوجها.

كما نصت ف 3 من نفس المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر»، ولعل مرد الاعتداد بتلك المدة حديث عمر رضي الله عنه، حينما «دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لو لا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت: خمسة أشهر ستة أشهر. فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين»⁴.

وإذا كان الهجر وسيلة علاجية، جعلها الشارع حقا في يد الزوج، لتأديب زوجته إذا ما نشزت عن طاعته بالمعروف؛ فإنه إذا ما تجاوز حدوده وتعسف في ذلك، بأن هجرها بما يفوق الأربعة (04) أشهر، أو كان من دون سبب جدي ومشروع، فإن لها الحق في رفع أمرها إلى القضاء، مطالبة بالتطليق لتضررها خاصة من الناحية المعنوية. وباعتبار أن القضاء يوقع عبء الإثبات على الزوجة، فإن الصعوبة تكمن في

1 - عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ك. 2، الطلاق، مرجع سابق، ص 191.

2 - تنص م 108 من م.أ على ما يلي: «يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيوب:...».

3 - تنص م 98 من م.أ على ما يلي: «للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:... العيوب...».

4 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرق، ج. 7، ك. عشرة النساء والخلع، مرجع سابق، ص ص 22-23.

كيفية إثباتها لمسألة الهجر، كونها من الخصوصيات التي يصعب إقامة الحجة بشأنها¹، إلا إذا صاحب ذلك الهجر ترك الزوج لمسكن الزوجية، حيث بإمكانها في هاته الحالة إثباته².

كما نصت ف4 من نفس المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:...الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية»، حيث تعتبر هاته الفقرة الأكثر تعقيدا وغموضا وتقييدا لحق الزوجة في طلبها التطلاق، وذلك لوجوب اجتماع جميع الشروط الواردة فيها. مركزا على نوع العقوبة ومدتها، لا على الجريمة التي هي أولى بالحديث³. مما يجعل هاته الحالة تندرج ضمن التطلاق للغياب أكثر من التطلاق للضرر، الذي قد يلحق بسمعة الأسرة لو ركز المشرع على نوع الجريمة. خاصة وأن الغياب قد خصه المشرع بفترة مستقلة هي ف5. كما أن زوجة السجين أو المحبوس تأخذ حكم زوجة الغائب، لما يلحقها من ضرر الغياب⁴، وأوضح قول يجيز لها التطلاق هو قول ابن تيمية: «وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد...وعلى هذا: فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالإجماع...»⁵.

كما نصت ف5 من ذات المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:...الغيبه بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة»، ولما كان الزواج هو المؤسسة الشرعية التي يمارس بمقتضاها الزوجين حقهما في الاستمتاع، وفقا للمساكنة الشرعية التي تستدعي إقامتهما تحت سقف واحد؛ فإن غياب⁶ الزوج لمدة طويلة تتضرر معها الزوجة خاصة معنويا، يمنحها الحق في طلب التطلاق، ذلك الحق الذي قيده المشرع بوجوب تحقق المدة المتمثلة في "سنة"، وانعدام العذر والنفقة.

وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع قد جعل حق الزوجة في طلب التطلاق لغياب زوجها، رهين توفر شروط معينة مجتمعة، تتمثل في العامل الزمني (مدة الغياب)، وكذا انعدام المبرر والنفقة. ليفهم من خلال ذلك بقاؤها على ذمة زوجها طالما نفقتها متوفرة، وغيابه مُبرَّر، حتى ولو غاب عنها دهرا بأكمله. مما يدل على أن المشرع لم يراع قط الجانب المعنوي للزوجة، والذي لا ولن تجد من يعوضها عنه، إلا إذا سلكت

1 - يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.55.

2 - آيت شاوش دلييلة سعيد: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص.194.

3 - باديس ذيايي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص.42.

4 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.314.

5 - علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ك.الصادق، ب. عشرة النساء، د.ر.ط، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة-مصر، 1950، ص.147.

6 - الغائب وفقا لما جاءت به م110 من ق.أ. هو: «الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير...».

سبيل الغي والحرام. مغلبا وفقا لذلك الجانب المادي عليه، والذي قد تجد من يعوضها عنه، كنفقتها عن نفسها أو نفقة عائلتها عنها¹.

ومن ثمة، ورغم أن مبادئنا وأعرافنا النبيلة، توصي بتحلي الزوجة بروح الوفاء والصبر، على ما يبدر من زوجها من تصرفات، أو ما يعتريه من ظروف الحياة؛ فإنني ورغم ذلك أشاطر الرأي القائل² بأن غياب الزوج لمدة تتضرر من جرائها الزوجة معنويا، يخولها الحق في طلب التطليق لإعفاف نفسها، دون أن نولي اعتبارا إلى شرطي النفقة والمبرر. مع اقتراح رفع المدة إلى "سنتين"، حفاظا على أواصر الأسرة من الانهيار، ومراعاة لحال الزوج، ومضاعفة لحظوظه في الرجوع إلى زوجته وأسرته قبل فوات الأوان، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإننا نعيب على المشرع قصره لهذا الحق على الزوجة فقط دون الزوج، رغم ما نشهده اليوم من حالات لغياب الزوجات على أزواجهن لمدد قد تفوق السنة.

وقد منح المشرع لزوجبة المفقود³ نفس الحكم مع زوجة الغائب، بإعطائها الحق في طلب التطليق، بموجب م112 من ق.أ⁴ التي تحيل إلى ف5 من م53 ق.أ. غير أنه قد وقع في تكرار وتناقض، لكونه أعطى لزوجبة الغائب الحق في التطليق بموجب م53 ف5، وأعاد الحكم ذاته بموجب م112. إضافة إلى ذلك، فأحالته على ف5 من م53 بالنسبة لزوجبة المفقود، يجعل هاته الأخيرة تطلب التطليق بعد "سنة" من فقد زوجها، في حين م113⁵ من ق.أ تجعل من الشخص يُحكم عليه بالفقد بعد مضي أربع (04) سنوات في الحالات الاستثنائية، وما يتجاوزها في الحالات العادية، مما يجعل زوجة المفقود تقف بين حكمين وأجلين وأيهما تتبع، السنة أم الأربع سنوات.

كما نصت ف6 من ذات المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية... كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه». ولما كانت المعاشرة بالمعروف، من أسمى وأنبأ المقومات الإسلامية، التي يرتكز عليها البناء الأسري ويدوم؛ فإن إخلال الزوج بهذا الواجب، من شأنه أن يضر بزوجه ماديا أو معنويا، مما يمنحها الحق في طلب

1 - عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ك.2، الطلاق، مرجع سابق، ص.178.

2 - المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي: التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقد، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2011، ص.54-56.

3 - المفقود وفقا لما جاءت به م109 من ق.أ هو: «الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم». «.

4 - تنص م112 من ق.أ على ما يلي: «لزوجبة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون». «.

5 - تنص م113 من ق.أ على ما يلي: «يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات». «.

التطبيق للضرر. وهو ما اعتمدته المشرع، مستقي موقفه من رأي المالكية¹، كونهم أكثر الفقهاء أخذًا بالتفريق للضرر². حيث اتسمت تلك الفقرة بالعموم والشمولية، مركزًا بمقتضاها على الضرر الناتج عن مخالفة م 08 المتعلقة بتعدد الزوجات، وم 37 المتعلقة بالنفقة، واقعا في نفس الإشكال المتمثل في التكرار الناتج عن انعدام الدقة في الصياغة، ذلك أنه نص على التطبيق لعدم الإنفاق بموجب ف 1 من م 53 السالفة الذكر، ليعيد التأكيد عليه هنا.

ونظرا لعمومية النص، فإن كل فعل أو قول يبدر من الزوج يضر بالزوجة، من شأنه أن يكون سببا لطلب تطليقها، سواء كان الضرر جسيما أو خفيفا³، وإن كان معيار ذلك شخصا يختلف من امرأة إلى أخرى، حيث تتحكم فيه عوامل عدة كدرجة التحمل، واختلاف البيئة الاجتماعية وغيرها⁴. إلا أن المحكمة العليا بقراراتها، حاولت أن تضبط وتقيد قليلا من حقيقة الضرر الموجب للتطبيق، بتأكيداتها على لزوم اتصافه بالخطورة والاستمرارية، ومن بين قراراتها: «متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطبيق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلاها...»⁵. كما شددت في مسألة تقديم الشهادات الطبية لإثبات ذلك كما يلي: «من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطبيق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان...»⁶.

كما نصت ف 7 والأخيرة من نفس المادة على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية... ارتكاب فاحشة مبينة...». ولما كان الزواج هو الحصن المنيع، والملاذ الأمين، الذي يحمي الزوجين من الوقوع في فخ الرذيلة والفواحش ما ظهر منها وما بطن؛ فإن ارتكاب الزوج لإحداها من شأنه أن يعطي الزوجة الحق في طلب التطبيق، إذا تضررت منها واستحالت حياتها الزوجية رفقة واستطاعت إثبات ذلك.

ومع عموم النص وغموضه، فقد تكون الفاحشة المقصودة من المشرع زنا الزوج، أو الزنا بين المحارم، أو غيرها من الفواحش التي نهى عنها القرآن الكريم⁷. أما إذا رجعنا إلى ق.ع، فرغم نصه على العديد من الجرائم التي تمس بالأخلاق بالدرجة الأولى، وينطبق عليها نعت الفاحشة -المصنفة ضمن القسم السادس المعنون بانتهاك الآداب-؛ فإنه وصف صراحة بالفاحشة فقط "الزنا بين المحارم" في م 337 مكرر

1 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، مرجع سابق، ص. 345.

2 - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 8، مرجع سابق، ص. 439.

3 - في حين ربط فقهاء المالكية ذلك بمعيار ثابت ينطبق على جميع الحالات ألا وهو كل "ما لا يجوز شرعا". انظر، شمس الدين الشيخ

محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، مرجع سابق، ص. 345.

4 - منصوري نورة: التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 65.

5 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 34767، م.ق، 1990، ع. 1، ص. 92.

6 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 02/01/1989، ملف رقم 52278، م.ق، 1991، ع. 4، ص. 95.

7 - حملت دلالات الفاحشة، سورة الإسراء: آية 32. سورة النساء: آيتان 15، 22. وسورة الأعراف: آية 33.

من القانون رقم 14-101¹ المعدل والمتمم لقانون العقوبات، غير أن هذا لا يعني إلغاء وصف الفحش عن غيرها من الجرائم، خاصة جريمة الزنا المنصوص عليها في م339 من القانون رقم 82-04² المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

والملاحظ هنا، هو التشابه والتقارب الحاصل بين هاتئ الفقرء (التطليق لارتكاب فاحشة مبيئة)، ونظيرتها الرابعة (التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة). حيث لا فرق بين هاتئ وتلك. إلا فيما تعلق بحكم الإدانة، إذ في ف4 لا بد منه، في حين هنا ليس باللائم. وكذا ف4 تتكلم عن الجرائم الماسة بشرف الأسرة، والتي ليس بالضرورة أن تكون أخلاقية، كجريمة الاختلاس إذا ما كانت الأسرة ذات مستوى راقي وغنية، حيث يؤثر ذلك على شرفها، في حين ف7 تركز أساسا عن الجرائم الأخلاقية، والتي قد يرتكبها الزوج دون أن يعاقب عليها القانون إلا وفقا لقيود معينة كجريمة الزنا³.

وعليه، وبعد تناولنا للسبع حالات التي منح المشرع بموجبها للزوجة الحق في رفع أمرها إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها، فإن بعضها كان محاطا بقيود يصعب عليها الإلمام بها، مما دفع به إلى رفع تلك القيود عنها من جهة، وإضافة حالات أخرى جديدة من جهة أخرى، فضلا عن تفكيك بعض الفقرات لاستخراج أسباب أخرى مستقلة وقائمة بحالها، وكل ذلك بعد تعديل ق.أ لسنة 2005، تعزيزا للمركز القانوني للزوجة في فك الرابطة الزوجية بناءً على طلبها، كما سنتطرق له في النقطة الثانية.

ثانيا: زيادة حالات طلب التطليق من الزوجة ومرونتها بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005

بعد ما كانت الزوجة المتضررة من زوجها تمتلك حق طلب التطليق ورفع الضرر عنها بموجب سبعة (07) أسباب امتاز بعضها بالصعوبة والتعقيد؛ فإن المشرع الجزائري قد عزز مركزها القانوني في ذلك الشأن ودعمه بعد تعديل ق.أ لسنة 2005. وذلك بإزالته للقيود التي كانت تُطَوَّق بعض الحالات من جهة، وإضافته لفقرات أخرى، منها ما هو مستحدث، ومنها ما هو عبارة عن تفكيك لبعض الفقرات التي كانت قائمة، وتفرعها إلى فقرات أخرى مستقلة بذاتها من جهة أخرى، فضلا عن إعادة ترتيبه لفقرات المادة.

حيث أبقى المشرع على كل من الفقرة الأولى، الثانية، الثالثة، الخامسة، والسابعة كما هي بدون تعديل، ليأتي على الفقرة الرابعة التي بسَّطها وحررها من جملة القيود التي كانت تكبلها قبل التعديل، والتي كانت تشكل عائقا في مواجهة الزوجة لطلبها التطليق، حيث صار نصها كالتالي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة

1 - القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج بتاريخ 16 فيفري 2014، ع.7.

2 - القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج بتاريخ 16 فيفري 1982، ع.7.

3 - آيت شاوش دليلة سعيد: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، مرجع سابق، ص.221.

العشرة الزوجية»، متخليا بذلك على نوعية العقوبة ومقدارها (عقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة تفوق السنة)، وأخذا بنوعية الجريمة فقط (فيها مساس بشرف الأسرة)¹، وذلك تسهيلا على الزوجة إذا ما أرادت تأسيس طلب تطليقها على هاته الحالة.

في حين فكك الفقرة السادسة (التي كانت تنص على الضرر لاسيما مخالفة م08 -الخاصة بالتعدد- و37 -الخاصة بالنفقة-)، ليفرد "للضرر المعتبر شرعا" فقرة خاصة به، تتمثل في الفقرة العاشرة، حيث تعتبر هاته الفقرة أكثر النصوص القانونية مرونة وخدمة للزوجة²، وذلك بإمكانية إدراج جميع أسباب التطلاق، التي ذكرتها م53 والتي لم تذكرها، تحت مفهوم الضرر المعتبر شرعا. في حين ارتقى "بمخالفة الأحكام الواردة في م08"، من اعتبارها مجرد مثالا على الضرر، إلى اعتمادها كفقرة مستقلة قائمة بذاتها، وذلك تحت الترتيب السادس. والملاحظ في هذا الشأن، هو أن المشرع يعاني من حساسية مفرطة بخصوص تعدد الزوجات، ذلك أنه خصص له ثلاث آليات تسمح للزوجة بالتطلاق بسببه دون أن ينتبه. حيث نص على حقها في طلب التطلاق للتدليس بشأن شروط التعدد الواجب مراعاتها من قبل الزوج وذلك بموجب م08 مكرر، كما نص على حقها في طلب التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في م08 والمتعلقة بشروط وإجراءات التعدد أيضا وذلك بموجب ف6 م53، كما نص على حقها أيضا في طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، والتي من بينها شرط عدم تعدد الزوجات، كونه أحد المثاليين البارزين الذي خصه المشرع بالذكر³ وذلك بموجب ف9 م53. ليرتقي بحظوظ الزوجة أكثر في إمكانية طلبها للتطلاق، وبضيق الخناق على الزوج في مسألة التعدد، حيث ضبط هذا الأخير من جميع النواحي، مانحا للزوجة حق طلب التطلاق للتعدد بموجب ثلاث (03) آليات تصب في قالب واحد.

أما الجديد الذي جاء به المشرع في هذا الشأن والذي قوى به مركز الزوجة أكثر؛ فهو ما استحدثه بموجب ف8 التي جاء فيها: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:...الشقاق المستمر بين الزوجين»، ولما كان سر السعادة الزوجية واستقرارها يكمن في السكينة، المودة، الرحمة والتفاهم الحاصل بينهما؛ فإن اختلال تلك الموازين وانقلابها إلى نزاع ونكد، كره وبغض، بسبب احتدام وجهات النظر، واستحكام الشقاق بينهما، يجعل من الحياة الزوجية لا تطاق، ولا يكون الخلاص منها من جانب الزوجة إلا بناءً على طلب التطلاق للشقاق.

1 - باديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص 45، 57.
2 - دليلة براف: (التطلاق للضرر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/01/01، مج.1، ع.1، ص.214.
3 - إضافة إلى المثال المتعلق "بعمل المرأة".

واستحدثات المشرع لهذا السبب يرجع إلى ما قال به المالكية¹، والحنابلة في رواية²، الذين جعلوه سببا موجبا للتفريق. في حين لم يجزه الحنفية³، والحنابلة في الرواية الأخرى⁴، والشافعية في الأظهر⁵. كما يرجع أيضا إلى قرارات المحكمة العليا، التي نادت به منذ زمن معتبر، حيث كانت قراراتها كالتالي: «من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بيّن واقتنع القضاء بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية...»⁶. وكذا: «من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التلطيق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة⁷ الإنفاق...»⁸، وأيضا: «من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا...»⁹.

وعليه، فإن العبرة في الحكم بالتلطيق للشقاق؛ تكون باستمراريته كما جاء في الفقرة السالفة الذكر، وكذا باستفحاله وطول أمده، كما جاء في القرارات الآتية العرض. بالإضافة إلى ذلك، فلا يمكن أن يكون الخلاف الظاهر بين الزوجين في جلسة الصلح، كافيا لثبوت التلطيق للشقاق، بل لابد من استخلاص ذلك الشقاق مما يظهر من الحياة الزوجية، والخصومات القضائية بينهما¹⁰.

غير أن المشرع، وفي حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر؛ فإنه وقبل الحكم بالتلطيق للزوجة نص على بعث الحكمين¹¹ للتوفيق بينهما، حكما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة،

1 - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبويب على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، القسم 2، المعاملات، ك. 1، النكاح، ب. 6، في حقوق الزوجة، مرجع سابق، ص. 367.

2 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج. 7، ك. عشرة النساء والخلع، مرجع سابق، ص. 34.

3 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، ك. الطلاق، ب. في بعث الحكمين، مرجع سابق، ص. 99.

4 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج. 7، ك. عشرة النساء والخلع، مرجع سابق، ص. 34.

5 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 3، ك. القسم والنشوز، ف. في حكم الشقاق بالتعدي بين الزوجين، مرجع سابق، ص. 345.

6 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1985/05/20، ملف رقم 36414، م.ق، 1990، ع. 2، ص. 58.

7 - من المفروض أن تضاف عبارة (عدم) للقرار، حتى يستقيم معناه، ويصبح كالتالي: «...في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في (حالة) عدم الإنفاق...».

8 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1987/01/26، ملف رقم 44457، م.ق، 1991، ع. 4، ص. 88.

9 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، 1997، ع. 2، ص. 96.

10 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/07/14، ملف رقم 624622، م.م.ع، 2012، ع. 2، ص. 227.

11 - اتفق الفقهاء على جواز بعث الحكمين، إذا وقع شقاق بين الزوجين، ولم يُعلم المحق منهما من المبطل. وأجمعوا على أنهما لا يكونان إلا من أهل الزوجين (إلا إذا لم يوجد في أهلها من يصلح لذلك، فيُبعثان من غيرهما). وأنهما إذا اختلفا لم ينفذ قولهما. وأن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوج. غير أنهم اختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك. فقال المالكية، بأنه عليهما الإصلاح أولا، فإن عجزا عن ذلك فلهما التفريق بغير توكيل ولا إذن من الزوجين، حيث جاء في "التلخيص في الفقه المالكي": «وإذا قبح ما بين الزوجين وظهر الشقاق فإن علم الإضرار من أحدهما أمر بإزالته، وإن انغلق الأمر فيه بعث الحاكم حكمين، ويختار: أحدهما من =

وحدد لهما أجل شهرين لإيفائه بتقريرهما حول الموضوع، وذلك وفقا لما جاءت به م56 ق.أ، وهو ما حملته النص الكريم: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا»¹، ذلك أن القاضي غير مجبر على تعيين الحكمين إذا ثبت الضرر، وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا: «القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر»².

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن المشرع قد قصر هذه الحالة على الزوجة فقط دون الزوج، رغم كون الشقاق قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة، وذلك ما أقره المشرع المغربي في المواد من 94 إلى 97 تحت عنوان "التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق".

كما استحدث المشرع أيضا، الفقرة التاسعة التي جاء فيها ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج»، فكما تطرقنا آنفا، إلى أنه يجوز للزوجين بموجب م19 من ق.أ أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، على الشروط التي تخدم علاقتهم الزوجية، شريطة ألا تتنافى مع أحكام ق.أ. وإدراج المشرع لهاته الفقرة يعد ضمانا منه للزوجة في إلزام الزوج بعدم التلاعب بما وافق عليه سابقا من شروط³. إلا أن المشكل الذي يثور هنا، هو كيف للمشرع أن يمنح للزوجين معا الحق في اشتراط ما يناسب حياتهما من شروط، ثم يجعل الحق في التطليق للإخلال بتلك الشروط من حليف الزوجة فقط؟ إذ هو الأمر الذي يخل بمبدأ المساواة المطالب بها.

ومن ثمة، فإن الملاحظ في هذا الشأن هو أن المشرع قد وسع حالات طلب التطليق من الزوجة إلى عشرة (10) أسباب، ناهيك عن إدراجها لفقرة الضرر المعتبر شرعا -قبل التعديل كفقرة مركبة وبعده كفقرة

=أهل الرجل، والآخر من أهل المرأة فقيهين عدلين ينظران ويجتهدان ويعملان على ما يريانه صلاحا للفريقين من إصلاح أو تفريق من غير اعتبار برضا الزوجين، ولا بموافقة حاكم البلد أو مخالفته». أما الحنفية، فقالوا بأنه ليس لهما أن يفرقا إلا بإذن الزوجين وتوكيلهما. في حين قال الشافعية في الأظهر، بأنهما وكيلان عنهما. وفي قول، هما حاكمان موليان من الحاكم (على الأول، يشترط رضا الزوجين ببعثهما. وعلى الثاني، لا يشترط رضاهما، ويحكمان بما يريانه مصلحة من الجمع والتفريق). أما الحنابلة فقالوا في رواية، بأنهما وكيلان ليس لهما التفريق بينهما إلا بإذنهما. وفي الثانية، بأنهما حاكمان ولهما أن يفعلوا ما يريانه من جمع وتفريق، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما.

يراجع فيما تقدم، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج.2، ك. إرخاء الستور، ب. ما جاء في الحكمين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994، ص.267. القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: التلقين في الفقه المالكي، ج.1، ك. الطلاق، د.ر.ط، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، د.س.ن، ص.330-331. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. الطلاق، ب. في بعث الحكمين، مرجع سابق، ص.99. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. القسم والنشوز، ف. في حكم الشقاق بالتعدي بين الزوجين، مرجع سابق، ص.345-346. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج.7، ك. عشرة النساء والخلع، مرجع سابق، ص.34.

1 - سورة النساء: آية 35.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/04/14، ملف رقم 620084، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.299.

3 - تشوار حميدو زكية: (بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة)، مرجع سابق، ص.72.

مستقلة- والتي تفتح الباب على مصراعيه أمام الزوجة في طلبها التطلاق. هاته الأخيرة، التي لا تكون مطالبة سوى بإثبات ذلك الضرر. ذلك التوسيع، هو ما أشار إليه التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة¹. غير أن هذا التوسع من شأنه أن يضاعف حالات فك الرابطة الزوجية لا محالة، وهو الأمر الذي لا يخدم المرأة إطلاقا لما يعانيه المجتمع الجزائري من ارتفاع محسوس في نسبة العنوسة والطلاق بصفة عامة. خاصة وأن التطلاق قد شرع لرفع ضرر واقع وغير مستطاع التحمل، وليس لضرر محتمل وبالإمكان تقاديه أو الصبر عليه إن وقع. إلا أنه في وقتنا ومع قلة الوازع الديني والصبر؛ أصبحت الزوجة تلجأ إليه ولو لأنفه الأسباب مؤسسه طلبها على إحدى الحالات المتعددة والمتنوعة التي أهداها لها المشرع، فإن عجزت عن ذلك أسسته على الضرر المعتبر شرعا، تلك الفقرة التي تسبح في ثناياها الزوجة كيفما شاءت.

غير أن مضاعفة المشرع لحالات التطلاق، هي في حقيقتها ليست سوى عبارة عن تكرار ليس إلا، حيث كان بإمكانه أن يختزل بعض الحالات، وذلك بإدراجه لبعض الفقرات ضمن بعضها، طالما تهدف إلى نفس المغزى. كما كان بإمكانه أن يكتفي بعبارة "التطلاق للضرر" وحسب، وإن شاء أدرج باقي الحالات العشر على سبيل المثال لا الحصر، طالما أن التطلاق للضرر يحويها جميعها.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع قد دعم المركز القانوني للزوجة في طلب التطلاق، بعد تعديله لقانون الأسرة، وذلك بتوسيعه لحقها فيه، بموجب زيادة حالات طلبه، وفك القيود عن بعضها الآخر. قاصرا هذا الحق عليها هي فقط دون الزوج، رغم إمكانية انطباق معظم الحالات عليه، خاصة "العيب، الشقاق المستمر، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، باستثناء حالتها "عدم الإنفاق، والهجر في المضجع". ليتماثل بذلك بعض الشيء مع المشرع المغربي الذي جعل أسباب التطلاق الواردة في م98 من حق الزوجة فقط، باستثناء العيب الذي رغم قصره عليها إلا أنه رجع واعترف به للزوج أيضا بموجب م108، في حين جعل التطلاق للشقاق من حق الاثنين بموجب المواد من 94 إلى 97. ليعتدّل المشرعان الجزائري والمغربي مع ما أقره المشرع التونسي، من مساواة تامة بين الزوجين في هذا الشأن، وذلك بإتاحة الفرصة لكليهما في طلب التطلاق للضرر -وما ينطوي عليه من أسباب موجبة للتطلاق- بموجب ف2 من الفصل 31 من القانون عدد 7 لسنة 1981³، المتعلقة بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش.

ذلك أن الزوج حتى وإن كان يملك إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ولو من دون أسباب؛ فإنه ولتفايدي تصنيفه في دائرة التعسف، وما يترتب عنه من تعويض، كان على المشرع أن يمنحه الحق هو الآخر في

1 - التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص. 19. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#).

2 - تنص ف2 من الفصل 31 من القانون عدد 7 لسنة 1981 على ما يلي: «يحكم بالطلاق...بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر...».

3 - القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981، المتعلقة بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 20 فيفري 1981، السنة 124، ع. 11.

التطليق، حتى لا يضطر إلى دفع المستحقات المالية، الناجمة عن الطلاق بالإرادة المنفردة، رغم كون زوجته قد تكون معيبة، أو مخالفة لشروط العقد، أو هي مصدر الشقاق والسبب فيه. وهو الأمر الذي تفتن له المشرع المغربي في م¹109 من م.أ، التي أسقطت الصداق عند التطليق للعيب قبل الدخول، أما بعده فقد منحت الزوج حق الرجوع بقدره على من غرر به، أو كتم عنه العيب متعمدا، أما إذا علم بالعيب قبل العقد، وطلق بعد البناء، فالمادة 110² أوجبت عليه نصف الصداق فقط.

وإذا كانت الزوجة في التطليق، لا تستطيع أن تتخلص من حياة زوجية أصبحت لا تتحملها، إلا إذا توافرت لديها أسباب مادية محددة ومثبتة من طرفها؛ فإن المشرع قد خصها بآلية أخرى أشد قوة من سابقتها، تقسم بواسطتها عرى الزوجية، إذا ما توافرت لديها أسباب معنوية غير مطالبة بإثباتها، تلك الآلية التي شهدت تطورا ملحوظا، ضمن مسيرة قانون الأسرة قبل 2005 وبعدها، ليكون هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الارتقاء بحق الزوجة في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل

شهد المركز القانوني للزوجة فيما تعلق بالحق في مخالعة زوجها هو الآخر مرحلتين، اتسمت الأولى بتقييد إرادتها فيه، وتعليق طلبها له على موافقة الزوج، كونه كان بمثابة رخصة يتوقف استعمالها على موافقة ذلك الأخير، وكان ذلك قبل تعديل قانون الأسرة سنة 1984 (أولا). أما الثانية، فقد اتسمت برفع القيد عنه، والارتقاء به إلى مصاف الحق الأصيل، الذي لا يتوقف استعماله على موافقة الزوج، وكان ذلك بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 (ثانيا).

أولا: الخلع كرخصة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984

لما كانت الميول القلبية من محبة وبغض خارجة عن سيطرة صاحبها؛ فإن الزوجة إذا ما كرهت زوجها مع قيامه بحقوقها، وأبت ظلمها له بخوفها من حبس حقوق الله نحوه، وأبت كذلك ظلم نفسها بإبقائها مع زوج يرفضه فؤادها³؛ لم تتركها الشريعة الإسلامية دون مخرج، بل شرعت لها الخلع⁴، بأن تفتدي نفسها

1 - تنص م¹109 من م.أ على ما يلي: «لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، يحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا».

2 - تنص م²110 من م.أ على ما يلي: «إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد، وطلق بعد البناء، لزمه نصف الصداق».

3 - منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه. آثاره، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2008، ص.46.

4 - الخلع لغة: «خَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا وَخُلْعَةً: كَنَزَعَهُ... وَخَلَعَ النَّعْلَ وَالتَّوْبَ وَالزَّدَاءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا: جَرَدَهُ... وَخَلَعَ امْرَأَتَهُ خُلْعًا بِالضَّمِّ، وَخِلَاعًا فَانْتَخَلَعَتْ، وَخَالَعَتْهُ: أَرَاهَا عَنْ نَفْسِهِ وَطَلَّقَهَا عَلَى بَذْلِ مِنْهَا لَهُ، فَهِيَ خَالِعٌ، وَالاسْمُ الْخُلْعَةُ، وَقَدْ تَخَالَعَا، وَخُلِعَتْ مِنْهُ اخْتِلَاعًا فَهِيَ مُخْتَلَعَةٌ». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.2، ب. الخاء، خلع، مرجع سابق، ص.1232.

- الخلع اصطلاحا: «إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة». انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.8، مرجع سابق، ص.115.

مقابل الخلاص من زوجية باتت تجد نفسها معها غير قادرة على أداء واجبها تجاه زوجها، خاصة المعنوي الذي أناطه الله بها، مما يؤدي إلى خوفها من عدم إقامة حدود الله معه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ 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﴾¹. أما من السنة، فقد روي «عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: «أتريدان عليه حديقته؟» قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: «اقْبِلِ الحديقة وطلقها تطليقة»². وبجوازه «قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام. قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾³. وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَغْضُلُوهُمْ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَاهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁴»، وكانت لهذا الرأي وسابقه ردود لا فائدة عملية من إدراجها هنا. أما من الأثر، فقد روى «أيوب عن كثير مولى سمرة أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثا ثم دعاها، فقال كيف وجدت مكانك؟ قالت: ما وجدت راحة مذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني،

= - أما شرعا، فقد اختلفت تعاريف الفقهاء، حيث عرفه المالكية بأنه: «طلاق بعوض». بينما عرفه الحنفية بأنه: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في معناه». أما الشافعية فقد عرفوه بأنه: «فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع». في حين عرفة الحنابلة بأنه: «فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة». يراجع فيما تقدم، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، ب. في النكاح، مرجع سابق، ص. 347. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج. 5، ك. الطلاق، ب. الخلع، مرجع سابق، ص. 83-87. شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 3، ك. الخلع، مرجع سابق، ص. 347. ومنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج. 5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. الخلع، مرجع سابق، ص. 212.

1 - سورة البقرة: آية 229.

2 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطلاق، ب. الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، ح. رقم 5273، مرجع سابق، ص. 1344.

3 - سورة النساء: آية 20.

4 - سورة النساء: آية 19.

5 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج. 7، ك. الخلع، مرجع سابق، ص. 36.

فقال لزوجها: اختلعها ولو من قرطها¹»²، كما أجاز عثمان بن عفان خلع الربيع بنت معوذ بن عفراء، وأمر زوجها أن يأخذ ما دون عقاص³ الرأس⁴.

ومنه، فالخلع شرع للمرأة إذا ظنت في نفسها بغض زوجها، وأن هذا سيؤدي إلى التقصير في حقه، أما إذا طلبت الخلع بغرض التنقل بين الأزواج لهذا وراء شهواتها فإنه يكون إثماً عليها، وتكون به عاصية⁵. ذلك أن الحياة الزوجية غير مبنية على الشهوة فقط، بل من أجل تأسيس الأسر وإعمار البيوت ومُشترط لذلك التأبيد لا التآقيت⁶.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، بموجب م54 قبل تعديل ق.أ التي كانت تنص على ما 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». ورغم كون النص لا يشير صراحة إلى وجوب موافقة الزوج على طلب زوجته للخلع، فإنه كذلك لا يشير صراحة إلى انتفاء تلك الموافقة، خاصة وأن النص القانوني

1 - القُطْرُ: «ما يوضع في شحمة الأذن من در أو ذهب أو فضة أو نحوها». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، حرف القاف، (قرط)، مرجع سابق، ص.498.

2 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ج.10، ك. الخلع، ب. الوجه الذي تحل به الفدية، مرجع سابق، ص.05.

3 - العِقاَصُ: «عَقَصَ شعره يَعْقِصُهُ: ضفره وفتله. والعِقْصَةُ بالكسر. والعِقِصَةُ: الضفيرة ج عِقَصٌ، وَعِقَاصٌ وَعَقَائِصٌ... خيط يشد به أطراف الذوائب (الشعر)». انظر، الهادي أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ج.3، ب. العين، (ع ق ص)، مرجع سابق، ص.274.

4 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ج.10، ك. الخلع، ب. الوجه الذي تحل به الفدية، مرجع سابق، ص.04-05.

5 - للخلع عدة أحكام، فقد يكون جائزاً، إذا كرهت الزوجة زوجها لسبب مشروع، كسوء خُلُقِهِ، أو قبح خُلُقِهِ، أو نقص دينه، أو كبر سنه، أو لأي سبب يُؤَدُّ في نفسها البغض والكراهة له، مع قيامه بحقها، فتخاف ألا تؤدي حق الله معه، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، (سورة البقرة: آية 229). وقد يكون مكروهاً، إذا لم يكن هناك ما يدعو إليه، سوى ميل نفسها إلى غيره، لما «روي عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، أنه قال: ﴿المنتزعات المختلعات هن المنافات﴾»، (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي: سنن النسائي، ك. الطلاق، ب. ما جاء في الخلع، ح. رقم 3461، مرجع سابق، ص.536). وفي رواية، روي «عن ثوبان، عن النبي ﷺ، قال: ﴿المنتزعات هن المنافات﴾»، (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.2، أبواب الطلاق واللعان، ب. ما جاء في المختلعات، ح. رقم 1186، مرجع سابق، ص.478). وقد يكون حراماً من جهة الزوجة، إذا كان من غير بأس، لما روي «عن ثوبان؛ أن رسول الله ﷺ قال: ﴿أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا طَلَاقاً مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَأْحَةُ الْجَنَّةِ﴾» (المرجع نفسه، ح. رقم 1187، ص.478). كما قد يكون حراماً من جهة الزوج، إذا ضيق عليها، ليدفعها إلى مخالطته، والذهاب ببعض مالها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾ (سورة النساء: آية 19). وقوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَنْتَأْخُذُوهُنَّ بِهِنَّ وَإِنَّمَا مِيبَةٌ﴾ (سورة النساء: آية 20). يراجع فيما تقدم، علي أحمد عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.28-30.

6 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار: الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2003، ص.42.

يُلقى بتلك الموافقة على المقابل المالي لا الخلع في حد ذاته. إلا أن ما يؤكد وجوب تلك الموافقة، هو ما جاءت به المحكمة العليا في جملة من الاجتهادات التي تصب في مجملها في صالح الزوج، وذلك بتقييد حق الزوجة في الخلع بضرورة قبوله، كونه عقد رضائي يتطلب موافقته، مما يدل على أن الخلع المعمول به آنذاك، هو الخلع الاتفاقي (الرضائي)، لا القضائي (الجبري).

ومن أبرز القرارات التي علقت خلع الزوجة على موافقة زوجها ما يلي: «من المقرر شرعا وقانونا، بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة، مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه. ومن ثمة، فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج»¹. وكذا: «ليس الخلع في القانون، إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين. غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق، ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية، إذا لم يرض الزوج به...»². وفي قرار آخر: «...الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه»³. وجاء في قرار آخر التأكيد على رضائيته: «متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع...»⁴. وعلى وجوب قبول الزوج أكد القرار الموالي: «من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة (مخالفة)⁵ الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه...»⁶. وإلى نفس المغزى سار القرار التالي: «من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون...»⁷. وجاء القرار الذي سيأتي سرده، معتبرا الطلاق ما كان بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، مما يدخل الخلع ضمن الصورة الثانية: «من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي. ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين - كقضية الحال - فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه. مما يستوجب رفض الطعن الحالي»⁸.

- 1 - المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 1969/02/19، ن.س، 1969، ص.266. نقلا عن، بلحاج العربي: قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص.273.
- 2 - المجلس الأعلى: غ.م، 1969/03/12، مجموعة الأحكام، ج.1، ص.170. نقلا عن، المرجع نفسه، ص.273.
- 3 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1982/02/08، ملف رقم 26709، ن.ق، 1982، ع. خاص، ص.258.
- 4 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/06/11، ملف رقم 33652، م.ق، 1989، ع.3، ص.38.
- 5 - من الأخطاء المادية التي اعترت القرار، استعماله لعبارة (مخالفة)، والصواب أن تكون (مخالعة).
- 6 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م.ق، 1990، ع.3، ص.72.
- 7 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73885، م.ق، 1993، ع.2، ص.55.
- 8 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/07/09، ملف رقم 138949، م.ق، 1996، ع.2، ص.77.

ولعل ذلك راجع إلى الرأي الفقهي الذي كان المشرع متبنيه، والمتمثل في جمهور الفقهاء من المالكية¹ (في حالة الخلع الاتفاقي² ذلك أنهم يقولون به، وبالجبري³ الذي يوقعه الحكمين عند الشقاق الذي لا يتبين فيه المضير من الزوجين)، الشافعية⁴ والحنابلة⁵، الذين يعتبرون الخلع عقد معاوضة، يتوقف على قبول وموافقة الزوج عليه. في حين يرى الحنفية⁶، بأنه يمين من جهة الزوج (لأنه علق طلاقها على قبول المال والتعليق يميناً)، ومعاوضة من جهة الزوجة (لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلصها من الزوج)، إلا أنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة، بل هي أشبه بالتبرع، لأن بديل العوض لا يقابله مال ولا أي منفعة من جانب الزوج، وإنما هو افتداء المرأة نفسها⁷.

- 1 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. في النكاح، مرجع سابق، ص.518. انظر أيضاً، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج.5، ملحق المدونة الكبرى مقدمات ابن رشد، ك. إرخاء الستور، ب. الخلع، مرجع سابق، ص.315.
- 2 - «الخلع جائز مع التراضي واستقامة الحال، وقال داود: لا يجوز إلا بشرط الخوف ألا يقيما حدود الله...». انظر، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، مج.3، ج.18، ك. الخلع، مسألة 1206، ط.1، دار ابن القيم، الرياض-المملكة العربية السعودية/دار ابن عفان، القاهرة-مصر، 2008، ص.375.
- 3- إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يُعلم الطرف المضّر، بعث الحاكم (القاضي اليوم) حكمين ليحاولا الإصلاح بينهما، وبعد فشل محاولة الصلح، لهما أن يفرقا بينهما دون عوض (طلاق)، أو يخلعا الزوجة من زوجها بعوض (خلع)، ودون الالتفات إلى رضا أي منهما. انظر، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج.2، ك. إرخاء الستور، ما جاء في الحكمين، مرجع سابق، ص.267.
- 4 - ذهب الشافعية، إلى أنه إذا ابتدأ الزوج الخلع بصيغة معاوضة، كطلقتك أو خالعتك بكذا فقبلت، قلنا الخلع "طلاق" - وهو القول الجديد والراجح- فهو معاوضة فيها شوب تعليق (معاوضة، لأخذه عوضاً في مقابل ما يخرجها عن ملكه. وشوب تعليق، لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول الزوجة المال)، أما إذا قلنا الخلع "فسخ" -وهو القول القديم- فهو معاوضة محضة من الجانبين. انظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. الخلع، مرجع سابق، ص.355-356. انظر أيضاً، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.2، ك. الخلع، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1995، ص.491-492.
- 5 - ذهب الحنابلة، إلى أنه معاوضة من جهة الزوجة، ومن جهة الزوج قولان: الأول أنه يمين، وذلك لصحة تعليق الخلع على شرط. والثاني أنه معاوضة، وذلك لعدم صحة تعليقه على شرط. غير أن "ابن نصر الله" جزم بعدم صحة تعليق الخلع على شرط وهو الأظهر، وعله بأن: «الخلع عقد معاوضة، يتوقف على رضی المتعاضدين. فلم يصح تعليقه بشرط كالبيع». يراجع فيما تقدم، مرعي بن يوسف بن الكرمي الحنبلي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج.3، ك. الخلع، د.ر.ط، مؤسسة دار السلام، د.ب.ن، د.س.ن، ص.106-107. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. الخلع، مرجع سابق، ص.217. وعلاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج.8، ك. الخلع، مرجع سابق، ص.412-413.
- 6 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الخلع، مرجع سابق، ص.83، 88-89. انظر أيضاً، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ب. الخلع، مرجع سابق، ص.188-189، 196.
- 7 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.488.

غير أن بعض فقهاء الحنابلة والظاهرية، يرون بأن موافقة الزوج على طلب زوجته الخلع يكون من باب الاستحباب لا الجبر، ومنهم المرداوي في الإنصاف¹: «وأما الزوج، فالصحيح من المذهب: أنه يستحب له الاستجابة. وعليه الأصحاب». البهوتي في منتهى الإرادات²: «وتسن إجابتها حيث أبيح، إلا مع محبته لها فيسن صبرها، وعدم افتدائها»، وابن حزم في المحلى³: «...فلها أن تقتدي منه ويطلقها، إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما». كما قال عمر بن الخطاب⁴ رضي الله عنه: «إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن».

وعليه، ومن خلال ما سبق، يتبين لنا بأن المشرع لم يكن يعترف بإرادة الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إلا بموافقة الزوج، وهذا ما فتح باب الابتزاز والتعنت من جهة هذا الأخير في أغلب الحالات، خاصة عندما تكون الزوجة في حاجة ماسة إليه. مما جعل من المشرع يعيد النظر في نص م54 ليضبطها ويبعدها عن التأويلات، وليقوي من مركز الزوجة أكثر بعد تعديل ق.أ. حيث كان يعتبره مجرد رخصة تتوقف على موافقة الزوج، ليتغير موقفه إثر تعديل ق.أ سنة 2005، جاعلا منه حقا أصيلا خالصا لها، وهو ما سنتعرض له في النقطة الثانية.

ثانيا: الخلع كحق أصيل للزوجة بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005

تراجع الاجتهاد القضائي -الذي لعب دورا فعالا في إزالة الغموض الذي كان يكتنف م54 قبل التعديل- عن وجهته، من مساند للزوج في حفظ حقه في الموافقة على طلب زوجته للخلع، إلى مساند للزوجة في منحها الحق في مخالعة زوجها دون موافقته. لينتقل بالخلع من قرار ثنائي، اتفاقي ورضائي بين الزوجين، إلى قرار انفرادي تختص به الزوجة المبغضة لزوجها، حيث يركز أساسا على إرادتها المنفردة. وكان لتلك القرارات الأثر الواضح والبليغ في تعديل المشرع لنص م54، وذلك من خلال ضبطها بشكل يضمن معه كل لبس، حيث صار نصها كالاتي: «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».

ومن أبرز تلك القرارات ما يلي: «إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى

1 - علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج.8، ك. الخلع، مرجع سابق، ص.382. انظر أيضا، عبد الله الشيخ محمد بن عبد الوهاب: مختصر الإنصاف والشرح الكبير (مطبوع ضمن مجموعة مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب)، مج.2، ك. الخلع، د.ر.ط، مكتبة بن تيمية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.684.
2 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ج.5، ك. الخلع، ط.1، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، 2000، ص.336.

3 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، النكاح والطلاق، الخلع، مسألة 1974، لا يجوز الخلع إلا بتراضي الزوجين، مرجع سابق، ص.511.

4 - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ج.7، ك. الخلع والطلاق، ب. الوجه الذي تحل به الفدية، رقم 14854، مرجع سابق، ص.515.

موافقة الزوج»¹. وأيضاً: «الخلع حق للزوجة لو حدها لا يشترط فيه موافقة الزوج...» الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً...². وكذلك: «الخلع (رخصة)³ للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون...⁴، ونفس التوجه جاء به القرار التالي: «إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين»⁵. وكذا: «طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول»⁶. لِنُتَوَجَّ تلك القرارات بقرار فاصل وحاسم في هذا الخصوص أفاد بأن: «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج»⁷.

وإذا جئنا إلى الأساس الفقهي الذي استند عليه المشرع وكذا المحكمة العليا، في إجازة مخالعة الزوجة لزوجها دون موافقته؛ فنجد أنه قد تمثل في المالكية، في حالة الخلع عن طريق الحكمين (الجبري)⁸، وكذا في قول ابن رشد⁹: «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».

وأيضاً في أقوال بعض الفقهاء منهم، ابن تيمية¹⁰ حيث «سئل رحمه الله تعالى: عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه، وقالت له: إن لم تفارقني وإلا قتلت نفسي؛ فأكرهه الولي عن الفرقة، وتزوجت غيره، وقد طلبها الأول، وقال: إنه فارقها مكرهاً، وهي لا تريد إلا الثاني؟ فأجاب: إن كان الزوج الأول أكره عن الفرقة بحق: مثل أن يكون مقصراً في واجباتها، أو مضراً لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة...»، وقول الصنعاني¹¹: «...وأما أمره ﷺ بتطليقه لها فإنه أمر إرشاد لا إيجاب كذا قيل، والظاهر

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 19/04/1994، ملف رقم 115118، ن.ق، 1997، ع.52، ص.106.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 30/07/1996، ملف رقم 141262، م.ق، 1998، ع.1، ص.121.

3 - ما دام أن هذا القرار قد جعل من الخلع يتم دون موافقة الزوج؛ فقد أخطأ في استعماله لعبارة "رخصة".

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 16/03/1999، ملف رقم 216239، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص.138. نقلاً عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، مرجع سابق، ص.1056.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 21/11/2000، ملف رقم 252994، م.ق، 2001، ع.1، ص.293.

6 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 14/06/2006، ملف رقم 258613، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.421.

7 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.أ.م، 15/09/2011، ملف رقم 656259، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.318.

8 - ذلك أن المالكية، يقولون بنوعين من الخلع: الاتفاقية، والجبرية الذي يوقعه الحكمان عند الشقاق الذي لا يتبين فيه المضر منهما. انظر، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، مج.3، ج.18، ك. الخلع، مسألة 1206، ط.1، دار ابن القيم، الرياض-المملكة العربية السعودية/دار ابن عفان، القاهرة-مصر، 2008، ص.375. انظر أيضاً، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج.2، ك. إرخاء الستور، ما جاء في الحكمين، مرجع سابق، ص.267.

9 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.68.

10 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحاراني (المشهور بابن تيمية): فتاوى الزواج وعشرة النساء، ب.16، الخلع، الفتوى 150، ط.5، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة-مصر، 1989، ص.249.

11 - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، مج.3، ك. النكاح، ب. الخلع، ط. محققة ومخرجة علمياً، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1995، ص.1424.

بقاؤه على أصله من الإيجاب، ويدل له قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾¹، فإن المراد يجب عليه أحد الأمرين وهنا قد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها للفرار، فيتعين عليه التسريح بإحسان...»، وأيضاً قول الشوكاني²: «... لا بد من التراضي بين الزوجين على الخلع؛ أو إلزام الحاكم مع الشقاق بينهما... واعتبار إلزام الحاكم؛ فلارتفاع ثابت وامرأته إلى النبي ﷺ وإلزامه بأن يقبل الحديقة ويطلق؛ ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾³ وهذه الآية كما تدل على بعث حكمين، تدل على اعتبار الشقاق في الخلع، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁴ ويدل عليه قصة امرأة ثابت المذكورة وقولها: أكره الكفر بعد الإسلام: وقولها لا أطيقه بغضا؛ فهذا اعتبرنا الشقاق في الخلع»، وكذا قول المرداوي⁵: «إذا ترك الزوج حق الله. فالمرأة في ذلك كالزوج. فتتخلص منه بالخلع ونحوه».

وقد تبني قولهم بعض العلماء المعاصرين منهم: الصابوني⁶، الغزالي⁷ والزيباري⁸، في عدم اشتراط رضا الزوج في المخالعة، ووجوب إجابتها لطلب زوجته الخلع.

وما يدعم الآراء السالفة الذكر، هو ما روي «عن ابن عباس: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته؛ فقال النبي ﷺ لعباس: ﴿يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً﴾. فقال النبي ﷺ: ﴿لو راجعته﴾. قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: ﴿إنما أنا أشفع﴾، قالت: لا حاجة لي فيه»⁹. ليكون ذلك دليلاً على أن الخلع للزوجة دون توقف على موافقة الزوج ورضاه.

ومن ثمة، وبعدم كان الخلع يأخذ حكم الرخصة للمنوحة للزوجة، والتي لا يمكنها استخدامها إلا بموافقة الزوج؛ ارتقى إلى مصاف الحق الأصيل، الذي يمنحها سلطة الاستئثار والتمسك به متى شأنت دون

1 - سورة البقرة: آية 229.

2 - محمد بن علي الشوكاني: الدراري المضيئة، شرح الدرر البهية، ج. 2، ك. الطلاق، ب. الخلع، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1987، ص ص. 227-228.

3 - سورة النساء: آية 35.

4 - سورة البقرة: آية 229.

5 - علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج. 8، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص. 430.

6 - عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط. 2، دار الفكر، د. ب. ن، 1968، ص ص. 625-629.

7 - محمد الغزالي: حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، ط. 4، شركة نهضة مصر، مصر، 2005، ص ص. 130-131.

8 - عامر سعيد الزيباري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط. 1، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، 1997، ص ص. 79-81.

9 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطلاق، ب. شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، ح. رقم 5283، مرجع سابق، ص. 1346.

قيد ولا شرط¹. ليصير وفقا لذلك، الصورة المقابلة لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة والمجابهة لها². حيث ألغى المشرع إرادة الزوج كليا، وغيب دوره فيه تماما، وذلك خلافا للمشرع المغربي الذي أبقي على الخلع اتفاقيا ورضائيا أولا بموجب م³ 115 م.أ، ثم في حالة إصرار الزوجة على طلبه، وعدم استجابة الزوج لها، أمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق بموجب م⁴ 120 م.أ. أما المشرع التونسي، فلم يأخذ بنظام الخلع، لكونه منح للزوجة نفس الحق كما الزوج في الطلاق، حيث لها الحق في طلبه بموجب ف⁵ 31 من الفصل 31 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981، المتعلق بتتقيح بعض الفصول من م.أ.ش، مع تحملها لتعبات ذلك عند تضرر الزوج منه شأنها شأنه -كما سنراه في حينه-.

ورغم إصابة المشرع في توضيح م⁶ 54 وفصله في الخلع، بجعله يتم دون موافقة الزوج، حتى يحول دون تعنت واستبداد بعض الأزواج بالطلاق⁷، لرفع الحيف عن الزوجات اللواتي يتضررن من الإجبار على العيش في زوجية كارهات لها، كون ذلك الكره من شأنه أن يضر بهن في دينهن، أنفسهن وشرفهن⁸؛ فإنه ونظرا لتزايد الظاهرة التي بات يحكمها في أغلب الأحيان التهور والاندفاع، سرعة الغضب والانفعال، وقلة الصبر والروية، كونها من سمات المرأة غالبا⁹، حيث يجد الأزواج أنفسهم ضحية لحظات غضب فائتة، أو نزوات طائشة من قبل زوجاتهم مخلوعين؛ كان عليه أن يحاصره عن طريق ربطه بقرائن، حتى لا يُترك للبغض الذي قد تخفي وراءه الكثيرات لأسباب مخالعتهن لأزواجهن الوهمية التي لا مبرر لها، أو الخفية التي مفادها عدم تمكنها من التسلط على زوجها، أو رغبتها في الاقتران برجل آخر¹⁰.

وحتى ولو جعل من الخلع حقا خالصا وأصيلا للزوجة؛ فإنه ينبغي عليه أن يراعي جانب الزوج، وأن ينصفه خاصة فيما تعلق ببطله، بأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداد المثل -عند الاختلاف- بل يعود إلى القاضي استنادا إلى عدة قرائن محددة قانونا، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي، الذي أقر بأنه في حال اتفاق

1 - عماري نور الدين: (الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين)، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، 2015/06/01، مج.7، ع.13، ص.103.

2 - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.208.

3 - تنص م¹¹⁵ من م.أ على ما يلي: «للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام م¹¹⁴ أعلاه». وقد نصت م¹¹⁴ على ما يلي: «يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال...».

4 - تنص ف³ من الفصل 31 من القانون عدد 07 لسنة 1981 على ما يلي: «يحكم بالطلاق:...بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به...».

5 - كاملة طواهرية: (أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2015/06/19، مج.20، ع.39، ص.335.

6 - داودي كريم: (رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2016/06/01، مج.17، ع.29، ص.227.

7 - عبد السلام عبد القادر: (جديد الخلع في الأمر 05-02)، مجلة الحجة، منظمة المحامين للاحية تلمسان، 2006، د.ع، ص.20.

8 - كاملة طواهرية: (أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص.346.

الزوجين على الخلع، واختلافهما حول بدله؛ أن تراعي المحكمة في تقديره -بعد تعذر الصلح-، "مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"، وذلك بموجب م120 من م.أ. فلعل ذلك يكون سببا في تقليل حالاته. ذلك أن ربط بدل الخلع بقيمة صداق المثل عند الاختلاف حوله والذي يمثل الحالة الغالبة؛ لم يعد يشكل عائقا أمام الزوجات اللواتي صرن يمتنهن وظائف في شتى المجالات، ويتمتعن برواتب قد لا يساوي معها بدل الخلع شيئا. كما بات من جهة أخرى لا يخدم الزوج الذي يخسر الكثير من أجل الزواج، ليجد نفسه مخلوعا رغما عنه، وبموجب مبلغ زهيد، وربما لغير سبب حقيقي أو لسبب تافه. لذا، فإن كان الخلع من حق الزوجة لرفع الضرر عنها، فإن بدله من حق الزوج ولا بد من تركه لسلطة القاضي التقديرية بناءً على ضوابط وقيود معينة، قد تساهم في تقييد الزوجات في طلبه من جهة، وتضمن حق الزوج إذا ما أصرت الزوجة رغم ذلك عليه من جهة أخرى.

خاصة وأن ربط بدل الخلع بصداق المثل -عند الاختلاف- يجعل من هذا الحكم محل استغلال من أحد الطرفين، بأن يعتمد كلاهما عدم الاتفاق مع الآخر بغية حكم القاضي بقيمة صداق المثل، الذي قد يخدم الطرف المتعمد، ذلك أن حكمه بصداق المثل لا يخرج عن أحد الاحتمالين، إما أن "يفوق قيمة المهر الحقيقي"، وهنا يكون الحكم في صالح الزوج على حساب الزوجة، وإما أن "يقل عنه" وهنا يكون الحكم في صالح الزوجة ومضرا بالزوج¹. لذا، كان على المشرع أن يراعي هاته الحالة حتى لا يضر لا بالزوج ولا بالزوجة، كأن يفرض من باب سد الذرائع على القاضي استكمال الفرق بين بدل الخلع والصداق الذي تم دفعه للزوجة سابقا أو العكس، إذا ما كان فاحشا².

وبناء على ما سبق، فإن إعفاء الزوجة من التسبب والتبرير³، بحجة أن الخلع يركز على مسألة نفسية وهي "الكره"، عكس التطلاق الذي يركز على مسألة مادية وهي "الضرر"⁴، والفصل مسبقا في قيمة بدله -عند الاختلاف فيه- دون ترك أي مجال للقاضي للتقدير، وتبسيط إجراءاته وتسريعها إذا ما قورنت بالتطلاق؛ دفعت -تلك الأسباب- بالزوجات إلى اللجوء إليه سواءً لسببه الشرعي والمتمثل في البغض، أو لسبب غير شرعي تُدّاريه المخالعة وراء البغض، أو عند عدم مقدرتهن على إثبات الضرر في دعوى التطلاق، حيث عطلت م54 ضمينا فعالية م53⁵، لتكون نتيجة ذلك النسب الهائلة من الطلاق الموسوم

1 - صديق سعوداوي: (تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البلدية، كلية الحقوق، 2011/01/01، مج.1، ع.1، ص.169.

2 - رشيد بن شويخ: (وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي)، مجلة ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.97.

3 - التقرير الأولي للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 21 و26 جانفي 1999، ص.45. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/DZA/1، تاريخ الولوج، 2019/01/04، ص.10:10.

4 - عماري نور الدين: (الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين)، مرجع سابق، ص.108.

5 - داودي كريم: (رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص.222.

"بالخلع"، التي بلغت في ولاية المسيلة وحدها 284 حالة خلع من إجمالي 1741 حالة طلاق خلال سنة 2020 فقط¹.

وبعيدا عن النصوص القانونية فإن «القاعدة الصحيحة لهناء الزوجية ما قاله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة خاصمت زوجها إليه وصرحت له بأنها لا تحبه، فقال لها: إذا كانت إحداكن لا تحب الرجل منا، فلا تخبره بذلك فإن أقل البيوت ما بني على المحبة. وإنما يتعاشر الناس بالحسب والإسلام. يعني أن التزام كل من الزوجين لحفظ شرف الآخر والعمل بما يرشد إليه الإسلام من الواجبات والآداب الزوجية هو الذي تنتظم به الحياة الزوجية ويعيش الناس به العيشة الهنية. وينبغي لكل من الزوجين أن يتكلف التحبب إلى الآخر بأكثر مما يجده له في قلبه، فإن التطلع يصير طبعاً، ورحم الله عليه بنت المهدي أخت هارون الرشيد حيث قالت: "تحبب فإن الحب داعية الحب"²، فالحب الحقيقي هو تقاني كل منهما في خدمة الآخر، وإيثاره على نفسه³.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن المشرع قد قوى المركز القانوني للزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية بالخلع. ذلك أنه وإن كان في التطليق قد وسع الأسباب التي تمنحها الحق في طلبه، التي ورغم تعددها وتنوعها فإنها تعد قيوداً بالنسبة لها قد يتعذر إثباتها أحيانا؛ فإنه في الخلع قد منحها الحق في طلبه بإرادتها المنفردة، قضاءً وجبراً عن إرادة الزوج التي تتعذر فيه كمبدأ. حيث أصبح الخلع لا يعتد فيه بموافقة هذا الأخير، شأنه شأن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، الذي لا يُنظر فيه إلى موافقة تلك الأخيرة. وذلك راجع إلى ما أملت عليه اتفاقية سيداو من وجوب تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة سيما بين الزوجين، وهو ما أكدته في م16 ف (أ) «...نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه». وإلى ما طلبته منه لجنتها بقولها: «...وحققها في الحصول على الطلاق مثلها مثل الرجل بمقتضى نفس الشروط»⁴. وبذلك، يكون المشرع قد فتح الباب أمام الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية على مصراعيه بزيادة حالات التطليق، ومنحها للخلع أصالةً، تحت غطاء الحقوق والحريات، وتحت مدعاة المساواة، مناقضا بذلك مسعاه في تقليص وتخفيف نسب الطلاق، التي دفعت به إلى تقييد حق الزوج فيه كما رأينا سابقا.

وإذا ما نظرنا إلى المركز القانوني للزوجين من خلال صور فك الرابطة الزوجية عموماً، فإن المشرع قد ساوى بينهما في الطلاق بالتراضي -الذي أسقطناه من الدراسة- حيث جعل من إرادتهما فيه محل اعتبار، كما ساوى بينهما أيضاً فيما تعلق بالطلاق الانفرادي لكل من الزوجين، ونعني به الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الذي منح فيه لإرادة هذا الأخير الحرية في إيقاعه دون أن يكثرث لإرادة الزوجة، والطلاق الخلعي

1 - مجلس قضاء المسيلة: أمانة الضبط، عدد حالات الطلاق على مستوى ولاية المسيلة خلال سنة 2020، مرجع سابق، ص 1/1.

2 - محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام، وحظهن في الإصلاح المحمدي العام، مرجع سابق، ص 188.

3 - إدريس حمادي: البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، د. ط، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء-المغرب، 2005، ص 93.

4 - محضر موزع للجلسة رقم 407، مرجع سابق، ص 09. انظر، [CEDAW/C/SR.407](https://www.cedaw.org/CEDAW/C/SR.407).

للزوجة، الذي أعدم فيه إرادة الزوج، أما فيما تعلق بالتطليق فقد جعله من حقها فقط، حارما الزوج منه رغم إمكانية استفادته منه في بعض حالاته، حتى يُعفى على الأقل من التعويض. لنصل في الختام إلى أن المشرع قد ساوى بين المركز القانوني للزوجين في فك الرابطة الزوجية، مع ميله بكفته لصالح الزوجة فيما تعلق بالتطليق مكرسا بذلك نوعا من التمييز في حق الزوج.

ذلك الميل، هو ما أساءت بعض الزوجات استغلاله، بلجوئن إلى طلب فسخ الزواج لأنفه الأسباب. حيث ضحّى بموجبه المشرع بالأسرة في سبيل ضمانه لحق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية وزيادة حظوظها في ذلك. والذي كان عليه بدلا من أن يعدد وينوع صور فك الرابطة الزوجية؛ أن يجد البدائل لتفادي فكها أصلا، كتشيطه لآلية الصلح (م49 ق.أ)، الذي صار مجرد إجراء اعتيادي يمارسه القاضي كي يحيد بحكمه عن النقض دون أن يُؤتي أكله، وكذا تفعيله لآلية التحكيم (م56 ق.أ)، الذي بقي مجمدا إلى يومنا هذا، فضلا عن استحداثه لآلية الوساطة الأسرية قضائية كانت أم اختيارية، لما لها من دور فعال في تخفيف العبء على القضاء، إشراك الطرفين في فك نزاعهما بطريقة ودية، حفظ أسرارهما والأمل في لمّ شملهما من جديد¹.

وإذا كان موقف المشرع الجزائري فيما تعلق بمركز الزوجين عند الخروج من العلاقة الزوجية قد اتسم بالمساواة مع الميل إلى الزوجة؛ فإن تمييزه قد بدا واضحا فيما تعلق بالآثار المترتبة عن الخروج من تلك العلاقة، التي ألقى بها على عاتق المطلق وحده، كما سنراه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

المركز القانوني للتطليقين بعد الخروج من العلاقة الزوجية

إذا ما سُدَّتِ الطريق أمام الزوجين، وبات فك الرابطة الزوجية هو السبيل الوحيد أمامهما أو أمام أحدهما للخلاص؛ فإن ما يترتب عن ذلك من آثار -متمثلة في المستحقات والتكاليف المالية- قد أُلقيت على كاهل الزوج وحده، من نفقة العدة²، نفقة الإهمال³، التعويض والسكنى أو أجرتها⁴. هذا ما أخذ به المشرع

1 - نزار كريمة: (التوجه التشريعي نحو تكريس المساواة بين الزوجين وأثره على الأسرة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020/09/01، مج.5، ع.3، ص.217.

2 - تعتبر العدة أثرا شخصيا من آثار فك الرابطة الزوجية، في حين تعتبر نفقة العدة الأثر المالي لها، ذلك أن المطلقة رجعية طالما لازالت معلقة بعصمة زوجها خلال فترة العدة، فإن نفقتها تبقى واجبة على زوجها حتى تنقضي تلك الفترة، وفقا للمادة 61 من ق.أ: «...ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق...»، وكذا المواد: 78، 79 و80 من ذات القانون.

3 - قبل صدور الحكم بالطلاق، فإن علاقة الزوجية تبقى قائمة ولو حكما، حتى تنقضي عدة الزوجة، ومادامت الزوجية قائمة في ظل وجود نزاع وخصام، فإن الزوجة تعتبر في حالة إهمال "مفترض" حتى يثبت العكس، من تاريخ رفع الدعوى إلى تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وبالتالي تستحق النفقة المقررة لها كزوجة بموجب م74 ق.أ تحت تسمية نفقة الإهمال. وقد يحكم القاضي بتلك النفقة "بناء على بيئة" بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وذلك بموجب م80 ق.أ.

4 - سنتطرق لها في الباب الثاني.

الجزائري، فضلا عن باقي المستحقات التي لم يُعْطَها ولم يعمل بها، والمتمثلة أساسا في نفقة المتعة¹، وأجرة الحضانة والرضاع². أما الزوجة فقد ألزمت بدفع بدل الخلع فقط، إذا ما أرادت الخلاص من زوجها، ذلك البديل الذي لا يرقى أن يكون تعويضا بالمعنى الحقيقي للتعويض، خاصة في حالة تعسفها في استعماله.

وباعتبار أن نفقتي العدة والإهمال من البديهي أن تكونا لصالح الزوجة على حساب الزوج، ولأن أجرة الحضانة والرضاع لم يأخذ بها المشرع الجزائري، وباعتبار أيضا أن حق السكنى سيكون موضوع دراستنا في الباب الثاني بحول الله، فسندكتفي بتسليط الضوء على التعويض لكونه أبرز أثر من آثار فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول) ثم نقوم بإسقاطه على المركز القانوني للطليقين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية

إذا ما أردنا دراسة المركز القانوني للطليقين من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية؛ فإن الأمر يفرض علينا أن نمهد له، وذلك من خلال التطرق إلى الأساس الذي بني عليه (الفرع الأول). ثم ونظرا للخلط بينه وبين نظام المتعة المعمول به في شريعتنا الغراء رغم اعتباره امتدادا لها؛ كان لزاما علينا أيضا التطرق إلى المتعة وعلاقتها بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية (الفرع الثاني) حتى يتضح لنا الأمر جليا، ونتمكن من تحديد المركز القانوني للطليقين من خلال التعويض بوضوح.

الفرع الأول

أساس التعويض عن فك الرابطة الزوجية

للتعويض عن فك الرابطة الزوجية مرجعيتان، إحداها تعود إلى الجانب الفقهي، الذي أصّله ونظّره رغم عدم القول به صراحة وبصفة خاصة من الناحية الشرعية (أولا). وثانيهما، تعود إلى الجانب القانوني، الذي ورغم خصوصيته فإن هناك من يجعل له أساسا في نظرية التعسف في استعمال الحق (ثانيا).

1 - لم يأخذ بها المشرع الجزائري، واكتفى بنظام التعويض، نظرا للخلط الذي وقع فيه في تحديد طبيعتها، والتي تميزها عن التعويض، رغم ما لها من تشابه معه. لذا، سننتظر لها في ص ص 176-185 من هاته الدراسة، لإزالة اللبس ومحاولة توضيح الأمر.

2 - تستحق المطلقة شرعا أجرة الحضانة، لقيامها بحضانة الصغير، حيث يعتبر ذلك عملا تستحق عليه الأجر، لأنها حبست نفسها عن التزوج أو عن الكسب لأجل العناية به. كما تستحق أيضا أجرة الرضاع، انطلاقا من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأُتْمِرُوا بِئِنَّكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرُّعٌ لَهُ أُخْرَى﴾ (سورة الطلاق: آية 06). وهي من المواضيع المسكوت عنها قانونا وقضاء في الجزائر، حيث لا يوجد نص قانوني صريح يلزم الزوج بها، كما لم يسبق للقضاء وأن قضى بها.

للتفصيل أكثر فيما تقدم يراجع، بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2004/07/09، مج.5، ع.9.

أولاً: الأساس الفقهي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية

لم يَعْرِفَ الفقهاء القدامى التعويض¹ عن فك الرابطة الزوجية، حيث لم يرتبوا على الطلاق تعويضاً مالياً يعطى للزوجة لقاء ما أصابها من ضرر نتيجة ذلك الطلاق، فضلاً عن باقي الحقوق الشرعية التي منحها لها الشرع من مهر مؤجل، نفقة عدة ومتعة. حيث لم يرد بشأن ذلك دليل شرعي من القرآن والسنة والإجماع، ولا نص خاص من أي فقيه منهم².

أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في ذلك، انطلاقاً من اختلافهم حول أصل الطلاق، أهو الإباحة أم الحظر. فمن قال بالإباحة لم يقل بالتعويض³، كون الزوج تصرف في حقه الشرعي، واستعماله له ينافي الضمان⁴ (التعويض)، تماشياً مع القاعدة الفقهية «الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁵، لأنه استعمل حقه بإذن الشارع وإباحته، والإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وحتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه⁶. أما من قال بالحظر إلا لحاجة مشروعة، فقد قال بضرورة التعويض⁷، ذلك أن مشروعية

1 - التعويض لغة: قد يأتي بمعنى "الخلف": «...العِوضُ، كَعِيبَ: الخَلْفُ. أَعَاذَنِي اللهُ مِنْهُ عِوَضًا وَعِوَضًا وَعِوَضًا، وَأَصْلُهُ عِوَضٌ، وَعِوَضَنِي، وَالاسْمُ: الْعِوَضُ وَالْمَعْوَضَةُ. وَتَعَوَّضَ: أَخَذَ الْعِوَضَ. وَاسْتَعَاذَهُ: سَأَلَهُ الْعِوَضَ، فَعَاوَضَهُ: أَعْطَاهُ إِيَّاهُ. وَاعْتَاذَهُ جَاءَهُ طَالِبًا لِلْعِوَضِ...». و"البَدَلُ": «...عُضْتُ فَلَنَا وَأَعْضَتْهُ وَعَوَّضْتُه إِذَا أَعْطَيْتُهُ بَدَلَ مَا دَهَبَ مِنْهُ...». انظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط، ب. الضاد، ف. العين، (عوض)، مرجع سابق، ص. 648. انظر أيضاً، ابن منظور: لسان العرب، مج. 4، ب. العين، (عوض)، مرجع سابق، ص. 3170.

- التعويض اصطلاحاً: «عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر، نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع». أو هو «الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية». انظر، جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 208. انظر أيضاً، بن زينة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 35.

2 - عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط. 1، دار النفائس، الأردن، 1998، ص. 178.

3 - من بين الفقهاء المعاصرين، الذين لم يقولوا بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية: محمد أبو زهرة، بدران أبو العنين بدران، السيد سابق، محمود السرطاوي وغيرهم. انظر، محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 285. بدران أبو العنين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج. 1، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص. 311-312. السيد سابق: فقه السنة، مج. 2، ط. 4، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1983، ص. 210-211. ومحمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 179-180، 182.

4 - الضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير. انظر، مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج. 2، ب. 10، ف. 81، القاعدة 22 "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، ط. 2، دار القلم، دمشق-سوريا، 2004، ص. 1035.

5 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 90، مرجع سابق، ص. 449.

6 - عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 180.

7 - من بين الفقهاء المعاصرين، الذين قالوا بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية: وهبة الزحيلي، مصطفى السباعي، الصابوني، عبد الوهاب خلاف وغيرهم. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 532. مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 101. عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة=

الحق أمر، واستعماله لمقصد غير مشروع أمر آخر، فالزوج لا يحاسب على إيقاعه للطلاق باعتباره حقا مشروعاً له، وإنما على الضرر اللاحق بزوجته إذا ما استعمل ذلك الحق لغير حاجة أو لغاية مناقضة لمقصد الشارع، حيث يكون وفقاً لذلك متعسفاً في استعمال حقه، والتعسف يلحق ضرراً بزوجته، والضرر يزال شرعاً، فإن أمكن رفعه وجب ذلك، وإذا لم يمكن كما في الطلاق -كونه حكم شرعي لا يمكن إبطاله- وجب رفع آثاره بتعويضها عما لحقها من ضرر. لذا، فحق الزوج في إيقاع الطلاق مشروع، واستعماله له دون حاجة أو لحاجة غير مشروعة مدحور، والزوج وفقاً لذلك مذنب وآثم يستحق العقاب في الآخرة وفي الدنيا أيضاً بموجب التعويض¹، ذلك أن «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»².

وأسسه القائلون به على فكرة السياسة الشرعية من جهة، التي تحول دون قهر المرأة وجعلها عرضة للفقر والمخمة لمجرد عناد الزوج ومكابرته³. حيث رده البعض إلى أن غياب نص خاص يوجب على المطلق دفع تعويض مالي لطليقته بسبب طلاقه لها من غير حاجة مشروعة؛ يعتبر من قبيل السياسة الشرعية، فللحاكم أن يأمر به إذا ما رأى بأن طلاق الزوج لزوجته دونما سبب من شأنه أن يسبب لها ضرراً، وأنه لا يمكن رفعه، في حين يمكن التعويض عنه لإزالة آثاره⁴.

كما أسسوه أيضاً، على نظرية التعسف في استعمال الحق، التي ثبت امتدادها إلى الشريعة الإسلامية، والتي أرسى الفقه الإسلامي قواعدها الأساسية⁵ -ولو أنها لم تكن تُعرف بهذا الاسم- حيث تقوم على فكرة منع الضرر اللاحق بالغير، وفرض الجزاء عليه. وقد ثبتت أدلتها من الكتاب، في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾⁶. ومن السنة، في قوله ﷺ فيما رواه أبي سعيد الخدري: ﴿لا ضرر ولا ضرار...﴾⁷، وكذا قضية سمرة بن جندب، حين أمر النبي ﷺ بقلع نخله من بستان الأنصاري، لكونه مضار بدخوله إليه، ولم يقبل التفاوض معهم، لا بالتناقل ولا بالبيع لا بالهبة بمقابل⁸. ومن فقه الصحابة، في حكم عمر رضي الله عنه حينما أمر الضحاك بأن يمر بخليجه على أرض محمد بن مسلمة رغماً عنه، لكونه مضار

=الإسلامية، مرجع سابق، ص 102، 104. وعبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، مرجع سابق، هامش ص 142.

1 - عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 180-182.
2 - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، ط 9، دار الفكر، دمشق-سوريا/دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، 2012، ص 179.
3 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 532.
4 - عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 183-185.
5 - حمائل صالح: (المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، 2013/06/01، مج 1، ع 1، ص 62.
6 - سورة البقرة: آية 233.
7 - سبق تخريجه في ص 52 من هاته الدراسة.
8 - للاطلاع على القصة بالتفصيل راجع، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان ابن شهاب الدين البغدادي الدمشقي (ابن رجب): جامع العلوم والحكم، ج 2، ط 8، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1999، ص 218.

بعدم السماح له بذلك بقوله: «والله ليمرن به ولو على بطنك»¹. كما وضع لها الفقهاء العديد من القواعد الفقهية، تمثلت أساساً في «قاعدة النظر في المآلات»²، التي مفادها أن الأصل في الأحكام أنها شرعت لتحقيق غايات مشروعة قصدتها الشارع، فإذا أفضت إلى مآلات ممنوعة أو إلى مفسدة، مُنعت ولم تشرع. فالفعل في الأصل مشروع إلا أنه يُنهي عنه بسبب مآله الغير مشروع، حيث يعتبر ذلك مناقضة، والمناقضة تعسف³.

وقد تفرع عن هذا الأصل (قاعدة النظر في المآلات) قواعد أخرى منها، «قاعدة سد الذرائع»⁴، التي أخذ بها مالك، والتي تعني في حقيقتها «التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»⁵. وكذا، «قاعدة الحيل»⁶، والتي تعني في حقيقتها «تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر» لمناقضة قصد الشارع من تشريعه للحكم المحتال عليه، والمناقضة تعسف، ويشترط في ذلك، القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية⁷. ومنه جاءت «قاعدة الأمور بمقاصدها»⁸، التي أصلها قوله ﷺ فيما رواه عمر بن الخطاب: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁹، أي أن «الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الجَل والحرمة والصحة والفساد»¹⁰.

وإضافة إلى ذلك الأصل (قاعدة النظر في المآلات)، كانت هناك قاعدة أخرى جوهرية، وهي قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»¹¹، التي أصلها قوله ﷺ فيما رواه أبي سعيد الخدري: «لا ضرر ولا ضرار...»¹²، والضرر الذي نهانا عنه سيدنا محمد ﷺ على نوعين، إما أن يكون واقعا أو محتمل الوقوع. فالأول، غير مشروع الإبقاء، ويجب رفعه، دون الالتفات إلى الفعل الذي ترتب عنه سواء كان غير مشروع في الأصل أم

1 - للاطلاع على القصة بالتفصيل راجع، القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.6، القضاء في المرافق، مرجع سابق، ص.47.

2 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج.5، مرجع سابق، ص.177-182. انظر أيضاً، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.177.

3 - فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.177-178.

4 - إبراهيم بن مهنا بن عبد الله المهنا: سد الذرائع، ط.1، دار الفضيلة، الرياض، 2004، ص.66-69.

5 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج.5، مرجع سابق، ص.183.

6 - المرجع نفسه، ص.187.

7 - المرجع نفسه، ص.187-188.

8 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 1، مرجع سابق، ص.47.

9 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. بدء الوحي، ب. كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، ج. رقم 1، مرجع سابق، ص.07.

10 - فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.205.

11 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، مرجع سابق، ص.199.

12 - سبق تخريجه في ص.52 من هاته الدراسة.

مشروعاً، ومنه جاءت قاعدة «الضرر يزال»¹. أما الثاني، فيجب دفعه، لأن دفعه أولى من رفعه، ومنه جاءت قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان»². وإذا كان رفع الضرر أو دفعه قد يؤدي إلى حدوث أضرار أخرى؛ فإن الفقهاء قد سنوا لأجل ذلك قواعد أخرى منها³، «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، «الضرر الأشد يزال بالأخف»، و«درء المفسد أولى من جلب المصالح»⁴.

ومثلما منعت الشريعة الإضرار بالغير، فقد وضعت جزاءات لذلك من بينها، الجزاء التعويضي أو ما عرف بالضمان -كعقوبة مالية⁵، والذي يُصار إليه إذا أصبح الضرر⁶ واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا -كون الواقع لا يرتفع- فيتم تداركه بالتعويض المالي العادل⁷. حيث قررت الشريعة الإسلامية نظرية الضمان بصفة عامة، لتكون رادعا للمعتدين على الأنفس والأموال، وحامية لهم من الإهدار والضياع، وجابرة للضرر اللاحق بهم في مواطن عديدة من الكتاب والسنة⁸، حيث قال تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁹، وقال أيضا: ﴿وَإِنْ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾¹⁰، وقال كذلك: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾¹¹. وقد أكد ذلك أيضا قوله ﷺ فيما رواه أنس رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها

- 1 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، مرجع سابق، ص.210.
- 2 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة المكملة 30، مرجع سابق، ص.207.
- 3 - فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.227-228.
- 4 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القواعد: 25، 26، 29، مرجع سابق، ص.197، 199، 205.
- 5 - إضافة إلى الجزاء التعويضي أو الضمان، هناك:
- الجزاء العيني: ويتمثل في مطالبة المتسبب في الضرر، بإصلاح العين المتضررة، لتعود إلى حالتها قبل الضرر، وذلك بإبطال التصرف لمنع ترتيب آثاره (كما في نكاح التحليل)، أو بإجبار الممتنع على استعمال حقه دفعا للتعسف والإضرار (كما في المحتكر)، أو بسلب الحق من صاحبه (كما في عضل الولي وتزويج القاضي للمولوية من كفاء)- هذا إذا كان التصرف قوليا-، وبالمعنى من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع، أو إزالته إن أمكن، أو قطع سببه بعد الوقوع، منعا لاستمراره في المستقبل -إذا كان فعليا-.
- الجزاء التعزيري: مناط إلى ولي الأمر، فله أن يقرر عقوبة على كل معصية لم يرد بشأنها حد مقدر في الشرع.
- الجزاء الأخروي: وهو من سمات شريعتنا الغراء، فضلا عن الجزاء الدنيوي.
- يراجع فيما تقدم، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.288-291.
- 6 - ما يقال عن إمكانية تعويض الضرر المادي، يقال أيضا على المعنوي، فالإسلام حرم الإضرار مهما كانت صورته، ودليل ذلك تشريع الحد لجريمة القذف، رغم أنه ضرر أدبي. انظر، المرجع نفسه، ص.290.
- 7 - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.88.
- 8 - المرجع نفسه، ص.22. انظر أيضا، عبد المجيد بن يكن: (المستحققات المالية المطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 10/06/2017، مج.4، ع.2، ص.663.
- 9 - سورة البقرة: آية 194.
- 10 - سورة النحل: آية 126.
- 11 - سورة الشورى: آية 40.

الطعام وقال: ﴿كلوا﴾. وحبس الرسول والقصة حتى فرغوا، فدفعت القصعة الصحيحة وحبس المكسورة»¹. وفي رواية أخرى، قال النبي ﷺ: ﴿طعام بطعام، وإناء بإناء﴾².

وقياسا على ذلك، كانت فكرة التعويض عن الطلاق، إذا تعسف في استعماله الزوج، وألحق بموجبه ضررا بالمطلقة، مستندة على ما جاءت به نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، والتي حددت أطر التعسف بعدة أوجه تمثلت في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، استعماله لتحقيق مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع حجم الضرر المترتب عنها، إذا ترتب على استعماله ضررا جسيما بالغير ولو من دون قصد، واتخاذ كحجة لتحقيق مصلحة غير مشروعة تحايلا على القواعد الشرعية للتوصل من أحكامها تحت ستار الحق³. حيث يوجب الضرر الناتج عن استعمال الزوج لحقه في الطلاق وفقا لتلك الأوجه؛ وجوب إزالة آثاره بالتعويض المالي طالما لا يمكن رفعه وإبطاله.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، رغم أنه لم يرد بشأنه دليل شرعي خاص، ولم يقل به أحد من الفقهاء القدامى، إلا أن من قال به من الفقهاء المعاصرون منهم من رده إلى فكرة السياسة الشرعية لتحقيق المصلحة ولو لم يرد بشأنه نص، ومنهم من رده إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، التي ثبت امتدادها إلى الفقه الإسلامي، وإن لم تكن معروفة حينها بهذا الاسم.

وإذا كان هذا هو الأساس الفقهي الذي يستند عليه التعويض عن فك الرابطة الزوجية، فإن الأمر يتسم بالطابع الخاص من الناحية القانونية، رغم ارتكازه على نظرية التعسف في استعمال الحق، كما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا: الأساس القانوني للتعويض عن فك الرابطة الزوجية

منثما حرمت الشريعة الإسلامية الإضرار بالغير بصفة عامة، ووضعت له نظرية الضمان عند وقوعه؛ فإن القوانين أيضا منعت ووضعت له نظرية التعويض، مهما كان نوع المسؤولية عقدية⁴ كانت أم تقصيرية⁵، وهو ما يعرف بالمسؤولية المدنية¹.

1 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. المظالم، ب. إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره، ح. رقم 2481، مرجع سابق، ص. 601.

2 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج. 3، أبواب الأحكام، ب. ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر، ح. رقم 1359، مرجع سابق، ص. 33.

3 - فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 38-39.

4 - المسؤولية العقدية، تقوم على الإخلال بالتزام عقدي. انظر، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص. 748.

5 - المسؤولية التقصيرية، تقوم على الإخلال بالتزام قانوني يتضمن عدم الإضرار بالغير، حيث يكون مصدر الالتزام المخل به هو العمل غير المشروع، بمعنى ما يحدثه الشخص من ضرر للغير بخطئه. انظر، بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، الواقعة القانونية، ط. 4، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص. 08، 14.

ولما كان الطلاق من حق الزوج؛ فإنه كسائر الحقوق مقيد بعدم إضرار هذا الأخير بزوجته في استعماله. ولما كان الراجح في أصله هو الحظر إلا لحاجة معتبرة، وهو ما قال به أكثر الفقهاء²؛ فإنه مقيد بعدم استعماله دون حاجة مشروعة وملحة، ودون ضوابطه التي سبق لنا وأن تطرقنا لها. لكون عدم الالتزام بها سيؤدي به إلى الإضرار بها، وبالتالي يعتبر مسيئاً في استعمال حقه أو متعسفا فيه، مما يلزمه التعويض عن الضرر الذي يلحق بزوجته.

والتعويض عن الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية، وإن كان بعض فقهاء القانون³ يرون بأنه يجد أساساً له في نظرية التعسف في استعمال الحق، المنصوص عليها في القانون المدني، والتي وضع دعائمه الفقه الإسلامي، وإن لم تكن معروفة تحت هذا الاسم كما أسلفنا. حيث يعتبر التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري⁴، خاصة في ظل استعمال المشرع في ق.أ. لعبارة "تعسف" في م52 منه، وكذا في ظل غياب موقف هذا الأخير من هاته المسألة.

حيث نصت م124 مكرر من ق رقم 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني، على صور الخطأ التقصيري كما يلي: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما 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.».
- كما نصت م124 من ذات القانون أيضاً، على الخطأ المضر بالغير والموجب للتعويض كما يلي: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.».

إلا أنه، وبالرغم من إمكانية تصنيف طلاق الزوج بإرادته المنفردة لزوجته دون مبرر -كونه الغالب- إما لانعدام سببه أو لتفاهته، أو لإحجامه عن الإدلاء به لأي ظرف كان، الذي درج القضاء على تسميته بالطلاق التعسفي، ضمن إحدى صور التعسف المنصوص عليها في م124 مكرر من ق.م. السالفة الذكر؛ فإن الاختلاف بين الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي، والأساس القانوني للتعويض بصفة عامة في القانون المدني يظل قائماً، والذي يكمن في إثبات التعسف والضرر، الذي يقع وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني وبالضبط وفقاً لنظرية الحق، على مُدعي التعسف أو المتضرر منه والراغب في

1 - المسؤولية المدنية هي: «إلزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه»، وهي إما عقدية أو تقصيرية. انظر، بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.07-08.

2 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص.311. انظر أيضاً، عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.7، مرجع سابق، ص.352.

3 - بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مرجع سابق، ص.256.

4 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.134.

التعويض، وليس على صاحب الحق. في حين تُعفى المطلقة -باعتبارها الواقع عليها الضرر- من عبء إثبات التعسف والضرر اللاحق بها، جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة (الطلاق التعسفي)، حيث يعتبر ذلك الضرر مفترضا في جانب المطلق صاحب الحق في الطلاق كأصل، إلى أن يثبت هو بأن طلاقه كان مبررا. وبالتالي، فعبد إثبات عدم التعسف يقع عليه لا على الطرف المتضرر، ذلك أن التعسف مفترض في جانبه آليا، إلى أن يثبت العكس¹.

وبعبارة أخرى، فصاحب الحق في نظرية الحق المنصوص عليها في القانون المدني، له سلطة الاستئثار بالشئ، فيمارس حقه الطبيعي والمعترف له به قانونا دون رقيب ولا حسيب، إلى أن يقع في بؤرة التعسف المنصوص عليها في م124 مكرر من ق.م، والمؤدي إلى الإضرار بالغير. ذلك الغير، الذي يقع على عاتقه إثبات تضرره، ومطالبة صاحب الحق المتعسف بتعويضه، طبقا لقاعدة «البينة على من ادعى»². أما في الطلاق، فعبد إثبات التعسف لا يقع على المطلقة المتضررة من طلاق زوجها، بل يعتبر ذلك التعسف مفترضا في جانب المطلق إلى أن يثبت هو بأن طلاقه مبرر.

وتأسيسا على ما سبق؛ ورغم ارتكاز التعويض عن الطلاق، على نظرية التعسف في استعمال الحق، التي يجد مناخه فيها، وبالضبط ما جاء في م124 مكرر من ق.م؛ فإنه ونظرا للتباين في إثبات التعسف والضرر، بين نظرية الحق في القانون المدني (أين يقع عبء الإثبات على المتضرر من تعسف صاحب الحق في استعماله)، وبين الطلاق (أين يعتبر الضرر مفترضا في جانب صاحب الحق، وعليه يقع عبء إثبات عدم تعسفه)؛ فإن هناك من فقهاء القانون³ من استبعد نظرية التعسف في استعمال الحق من اعتبارها الأساس القانوني للتعويض عن فك الرابطة الزوجية، وجعله من طبيعة خاصة، تتمثل في "مسؤولية الزوج في الطلاق"، كونه صاحب العصمة الزوجية، وليس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني، والمتمثلة في صورتَي الخطأ أو التعسف في استعمال الحق⁴، رغم مدى التقارب والتقاطع الحاصل بينهما.

وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق»⁵، وجاء في حيثيات القرار ما يلي: «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

1 - باديس ذيايي: آثار فك الرابطة الزوجية، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2008، ص ص.06-07.

2 - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، مج.4، الفرق 232 بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه، ط.1، دار السلام، القاهرة-مصر، 2001، ص.1214.

3 - باديس ذيايي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.07.

4 - المرجع نفسه، ص.07.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، 2001، ع.1، ص.275.

المادتين 41 و124 من القانون المدني¹ وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتان المادتان 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 أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك...»².

ومعنى ذلك، أن الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق؛ لا علاقة له بالضرر الناتج عن قواعد المسؤولية التقصيرية. مما يبعد هاته الأخيرة من احتمال كونها أساساً قانونياً لذلك التعويض. وبالتالي، فالزوجة إذا كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم م124 مكرر ق.م، أو عن خطأ الزوج بمفهوم م124 ق.م، فعليها أن تثبت ذلك الضرر في دعوى مستقلة، وتطلب التعويض مقابل ذلك. لكونها في الطلاق غير معنية بمسألة إثبات التعسف باعتباره مفترضاً في جهة الزوج حتى يثبت هو عكس ذلك.

ويستخلص من هذا القرار، أنه يمكن للزوجة أن تحصل على تعويضين اثنين في الآن ذاته -إضافة إلى باقي مستحققاتها المالية- حيث يعتبر التعويض الأول تعويضاً عن الطلاق التعسفي، والثاني تعويضاً عن الضرر الذي لحقها بمقتضى م124 (الخطأ)، وكذا م124 مكرر (التعسف). ووجه الاختلاف بينهما يكمن في كون التعويض عن الطلاق التعسفي مفترض في كل طلاق إلى أن يثبت الزوج مبرره، أما الثاني فعلى إثبات يقع على عاتق الزوجة المتضررة.

ولعل هذا الأمر، يرجع إلى الطبيعة الخاصة أيضاً لحق الزوج في الطلاق، والتي تعود إلى "العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية"، وليس إلى نظرية الحق في القانون المدني. ذلك أن الحق بمقتضى هاته الأخيرة، يعني سلطة الاستئثار بالشيء، ومعناه أن الشخص إذا ما اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني ما، فالأصل أن يمارسه بحرية، دون رقيب ولا حسيب ولا مسؤولية ولا تعويض، كونه يمارس حقه الطبيعي والممنوح له قانوناً، إلى أن يقع في دائرة ما نصت عليه م124 مكرر من ق.م، حيث يعتبر هنا متعسفاً متحماً للتعويض، في حين يقع عبء إثبات تعسفه على الطرف المدعي تضرره من ذلك التعسف، والراغب في الاستفادة من التعويض، طبقاً لقاعدة «البينة على من ادعى»³. ومن هنا نكتشف الاختلاف، ذلك أن حق الزوج في فك الرابطة الزوجية، ورغم أنه حقه الشرعي الأصل، إلا أنه يعد قانوناً متعسفاً في استعماله بصفة آلية في اتجاه زوجته إلا إذا أثبت هو عكس ذلك⁴. ومن ثمة، فالأصل في نظرية الحق في

1 - تم إلغاء م41 واستعاضتها بالمادة 124 مكرر من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، أما م124 فقد عدلت كذلك بذات القانون.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، 2001، ع.1، ص.278.

3 - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، مج.4، الفرق 232 بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه، مرجع سابق، ص.1214.

4 - باديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.21-22.

ق.م، أن صاحب الحق استعمل حقه بطريقة عادية وبحسن نية إلى أن يثبت الطرف المتضرر تعسفه، في حين الأصل في الطلاق أن الزوج متعسفا إلى أن يثبت هو عدم تعسفه.

وعليه، ومن خلال ما سبق، نستخلص بأن الأساس القانوني للتعويض عن فك الرابطة الزوجية، هناك من رده إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، المولد لضرر الغير، والموجب لتعويضه، التي قال بها القانون المدني، وتبنتها قبله الشريعة الإسلامية، وإن لم تكن تعرف بهذا الاسم. وهناك من جعل الأساس القانوني له من طبيعة خاصة، تتمثل في مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق، وجعل تلك الخصوصية ناتجة عن خصوصية حقه في الطلاق أصالة، والتي ترجع إلى حقه في العصمة الزوجية، التي خولتها له الشريعة الإسلامية، وليس نظرية الحق في القانون المدني. خاصة مع ما لوحظ من تباين بين فيما تعلق بإثبات التعسف والضرر بين نظرية الحق وفك الرابطة الزوجية.

وإذا كان التعويض عن فك الرابطة الزوجية قد فُرض قانونا، لتعويض المطلقة عن الضرر الذي ألَمَّ بها جراء طلاق زوجها لها تعسفيا؛ فإنه ليس نظاما مبتورا دينيا، حيث له امتداد إسلامي يتمثل في تقاطعه مع ما عرف شرعا بنظام المتعة، الذي فُرض جبرا للمطلقة عن ألم الفراق، رغم الاختلاف بينهما. ونظرا للتداخل والتقاطع بين النظامين؛ كان علينا أن نتطرق إلى العلاقة التي تربط بينهما في النقطة الموالية، كون ذلك التداخل أدى إلى الخلط والتضارب بينهما على المستويين القضائي والقانوني، رغم كونهما نظامين مستقلين كل منهما قائم بذاته.

الفرع الثاني

علاقة التعويض بالمتعة عن فك الرابطة الزوجية

نظرا للتقارب والتداخل الشديدين بين طبيعتي نظامي التعويض المعمول به قانونا، والمتعة المعمول بها شرعا، والذي نجم عنه تضارب على المستوى القضائي، وعجز على المستوى القانوني، في ترشيد المنظومة القانونية، عن طريق الجمع بين الأصالة والمعاصرة، في سن النصوص القانونية؛ فإنه ولتوضيح ذلك وجب علينا التطرق إلى الموقف الفقهي من تلك العلاقة (أولا)، ثم نعرِّج عن الموقف القضائي والقانوني من ذلك (ثانيا).

أولا: الموقف الفقهي من المتعة وعلاقتها بالتعويض

«راعى الإسلام الحالة النفسية التي تكون عليها المرأة بعد الطلاق كما أشارت إليه السنة المطهرة فيما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿...وكسرهما طلاقها﴾¹، فجبر الإسلام هذا الكسر ماديا بإلزام الزوج بالنفقة عليها بمقدار نفقة المتعة²».

1 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.1، ك. الرضاع، ب. الوصية بالنساء، ح. رقم 1468، مرجع سابق، ص.673.

وقد استمد تشريع المتعة أساسه من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾³، وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴، وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁵، وقوله كذلك: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁶.

كما استمد ذلك الأساس أيضا، مما ورد في السنة الشريفة، فيما روي عن عباس بن سهل عن أبيه وأبي أسيد قالوا: «تزوج النبي ﷺ أميمة بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكانها كرهت ذلك، فأمر أبا أسيد أن يجدها ويكسوها ثوبين رازقيين»⁷، وفي رواية أن النبي ﷺ قال: ﴿يَا أبا أسيد، اكسها رازقيين، وألحقها بأهلها﴾⁸.

ويكتسي نظام المتعة في الإسلام الطابع الإنساني، الاجتماعي والنفسي أكثر من الطابع المادي⁹. حيث اختلف الفقهاء في علة تشريعها بين الإيحاش¹⁰، الابتذال¹، تطيب النفس، جبر الخاطر من ألم

1 - المتعة لغة: «بالضم والكسر: اسم للمتعة، كالمَتَاع...ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متَّعَهَا تَمَتُّعًا». وهي كل ما ينتفع به. انظر، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ب. العين، ف. الميم، (متَّع)، مرجع سابق، ص. 762. انظر أيضا، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير، ك. الميم، مرجع سابق، ص. 214.

- المتعة في الاصطلاح الفقهي: عرفها المالكية بأنها: «ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق، وتكون على قدر حال الزوج فقط ولو كان عبدا». بينما عرفها الشافعية بأنها: «مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط». في حين وعلى حسب اطلاعي، لم أقف على تعريف لها لدى كل من الحنفية والحنابلة، شأني شأن من سبقني من باحثين في الموضوع. انظر، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج. 2، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص. 58. عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج. 3، ك. الصادق، ف. في أحكام المتعة، ط. 1، طبع على نفقة الشؤون الدينية، قطر، د.س.ن، ص. 307. وجميل فخري محمد جاني: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 64.

2 - أحمد محمد مصطفى نصير: حقوق المرأة وواجباتها، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2011، ص. 463.

3 - سورة البقرة: آية 236.

4 - سورة البقرة: آية 241.

5 - سورة الأحزاب: آية 28.

6 - سورة الأحزاب: آية 49.

7 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الطلاق، ب. من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، ح. رقم 5257-5258، مرجع سابق، ص. 1339.

8 - المرجع نفسه، ح. رقم 5255، ص. 1339.

9 - سعيد موقوش: (مدى استحقاق طالبة التطلق للمتعة -دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي-)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمانة-الرباط، 2015، ج. 1، ع. مزدوج 5/4، ص. 60.

10 - الإيحاش: من الوحشة، وهي الأرض القفار الجذباء الخالية من الماء والناس، وتعني أيضا الانقطاع وبعد القلوب عن المحبة والمودة، كما تعني أيضا الخوف والهم. انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. الواو، (الْوَحْشَةُ)، مرجع سابق، ص. 1018.

الطلاق والتسوية². وكل تلك المفاهيم، إنما تخاطب الروح وتلامس المشاعر والأحاسيس، رغم ما تنطوي عليه من إمكانية اشتغالها على بعض معاني التعويض، لكن دون أن تخرج عن كونها علاجا للحالة النفسية التي تكون عليها المطلقة بعد الطلاق.

وقد علل جانب من الفقه بأن مرد تشريعها هو الإيحاش في قولهم: «(وتستحب المتعة لكل مطلقة) دفعا لوحشة الفراق عنها (إلا لمطلقة واحدة، وهي: التي طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهرا) وهي المفوضة؛ فإن متعتها واجبة؛ لأنها بدل عن نصف مهر المثل...»³، وكذا: «ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء فتجب لها متعة للإيحاش بخلاف من وجب لها الشطر...»⁴، وأيضا: «والمعنى إن خالعت زوجها بعوض منها أو من غيرها برضاها فلا متعة لها إذ لا وحشة لها»⁵. بينما علل آخرون ذلك بالابتذال في قولهم: «لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق»⁶. في حين ربط البعض الآخر علة تشريعها بتطبيب نفس المطلقة، تسليتها، تخفيف ألم طلاقها وجبر خاطرها في قولهم: «المتعة إنما أمر المطلق بها تطيبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها على الفراق»⁷، وكذا: هي «ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم؛ الذي حصل لها من طلاقها إياها»⁸، وأيضا: «هي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه، لأن المختارة لا تحتاج جبرا، وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لمجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمختلعة والملاعنة... وإنما يجبر الزوج ما كان من جهته، ولا للمجبرة إذا اختارت، لأنها غير منكسرة»⁹.

- 1 - الابتذال: هو الامتهان. انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. الباء، (اِبْتَذَلَ)، مرجع سابق، ص. 45.
- 2 - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 71-72.
- 3 - عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج. 3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 17.
- 4 - عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج. 3، ك. الصداق، ف. في أحكام المتعة، مرجع سابق، ص. 307.
- 5 - أبو عبد الله محمد الخرخشي: الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج. 4، مرجع سابق، ص. 88.
- 6 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج. 2، ك. الصداق، مرجع سابق، ص. 475.
- 7 - أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي: المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المكملات لأمهاات مسائلها المشكلات، ج. 1، ك. إرخاء الستور، ف. في المتعة، ط. 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1988، ص. 548.
- 8 - محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني: تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج. 3، ط. 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1995، ص. 160.
- 9 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج. 4، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 449.

وإذا كان الفقهاء متفقون حول مشروعية المتعة؛ فإنهم يختلفون حول حكمها من حيث الوجوب أو الاستحباب. حيث وسع الظاهرية¹، والحنابلة في رواية²، الحكم بها وقالوا بوجوبها على كل مُطَلَّقٍ لمُطَلِّقَتِهِ دون تحديد، سواء قبل الدخول أو بعده، سمي لها مهر أو لم يسم، وقال "ابن حزم" بإيجابها حتى للمفتدية (المختلعة) أيضاً، ويجبره الحاكم على ذلك شاء أم أبى. في حين قال المالكية³ بوجوبها، أما المذهب (المشهور) فقال بالندب (الاستحباب)، وأسقطوا من نظام المتعة بعض المطلقات في قولهم: «إلا المطلقة بخلع عوض، والمطلقة قبل البناء وقد سمي لها صداقها، لأنها تأخذ نصف الصداق مع بقاء سلعتها، وإلا المختارة نفسها لعقتها تحت زوج رقيق، أو لعيب في زوجها، أو عيب فيها وفي زوجها واختارت الفراق، والمفوضة لها تخييراً أو تملكاً - فهؤلاء لا متعة لهن.». أما الحنفية⁴، فقالوا بالاستحباب لكل مطلقة، إلا التي طلقت قبل الدخول وقبل تسمية المهر فتكون لها المتعة واجبة. وهو ذات الرأي الذي قال به الحنابلة في الظاهر⁵ (الصحيح)، حيث ذهبوا إلى أنها لا تجب إلا للتي طلقت قبل الدخول وقبل تسمية المهر، أما التي سمي لها فمستحبة، ذلك أنه من وجب لها نصف المهر لم تجب لها المتعة، وإنما يُحمل الأمر على الاستحباب، ثم إنه إذا كانت الفرقة من قبلها فلا صداق يجب لها ولا متعة، كاللعان والفرقة لعيب فيها كالرتق... أما إذا كانت من جهته فلها نصف المسمى، والمتعة إذا لم يسم لها شيء. أما الشافعية⁶، فقالوا في القديم بالاستحباب لكل مطلقة، أما في الأظهر (الجديد) فقالوا بالوجوب، إلا للمطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر، كما أنه إذا كان الطلاق منها أو بسببها فلا متعة لها سواء قبل الدخول أو بعده.

ومن ثمة، يتضح لنا بأن المتعة شرعت لتكون «كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح الناس، فيقال: فلان أعطى فلانة كذا وكذا فهو لم يطلقها إلا لعذر وهو آسف عليها معترف بفضلها»⁷، وكذا لتجسد وجهها من وجوه الإحسان، التي حرص عليها الشارع الحكيم في الطلاق، في قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁸.

- 1 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج. 10، ك. المتعة، مسألة 1980، المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين...، مرجع سابق، ص. 03.
- 2 - علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج. 8، ك. الصداق، مرجع سابق، ص. 302-303.
- 3 - محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني: تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج. 3، مرجع سابق، ص. 160-161.
- 4 - عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: اللباب في شرح الكتاب، ج. 3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 17.
- 5 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج. 10، ك. الصداق، مسألة رقم 1206، مرجع سابق، ص. 137-143. انظر أيضاً، عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج. 4، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 124.
- 6 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 3، ك. الصداق، ف. في أحكام المتعة، مرجع سابق، ص. 317-318.
- 7 - محمد رشيد رضا: تفسير المنار للشيخ محمد عبده، ج. 2، مرجع سابق، ص. 430.
- 8 - سورة البقرة: آية 229.

لذا، ومن خلال ما سبق، نلاحظ بأن المتعة تتقاطع مع التعويض في بعض النقاط وعلى رأسها، أن كليهما شرعا لعة جوهريّة، وهي جبر خاطر المرأة، وتخفيف آلامها، وتعويضها عما أصاب نفسها وقلبها من كسر جراء طلاقها. وأن كليهما لا يؤثران على حقوق الزوجة كالمهر والنفقة. وأن كليهما يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذا فالمطلقة رجعيّا لا تستحقهما إلا بعد انقضاء عدتها¹.

إلا أنه ورغم ذلك، فإن المتعة في حقيقتها تظل نظاما قائما بذاته، يختلف عن التعويض في عديد النقاط نذكر منها:

أن المتعة أساسها الشرع، فهي ثابتة بنصوص صريحة من القرآن والسنة وغيرهما. أما التعويض فأساسه القانون، فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، أرجعه بعض القائلين به إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، مع بعض الاختلاف خاصة في عبء إثبات الضرر-وما لتلك النظرية من جذور شرعية-².

المتعة تثبت بمجرد الطلاق، دون حاجة إلى تسبب المطلق لطلاقه، وتثبت حتى ولو كان الطلاق مبررا، وما في ذلك من ستر لأسرار الزوجية. بينما التعويض لا يثبت إلا إذا كان الطلاق تعسفيا، كأن يكون من غير مسوّغ شرعي، وما في ذلك من كشف لتلك الأسرار.

المتعة تجب لكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب (الظاهرية والحنابلة في قول). بينما يجب التعويض فقط للمطلقات اللواتي تضررن من تعسف أزواجهن في طلاقهن (م 52 ق.أ).

المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من جانب الزوجة. أما التعويض فقد يتجاوز الطلاق التعسفي إلى التطليق الذي يتم بطلب الزوجة، حيث يجب إذا ما لحق هاته الأخيرة ضرر من التطليق (م 53 مكرر ق.أ)³.

المتعة لا تجب قبل الطلاق وبعد تسمية المهر باتفاق الفقهاء (باستثناء الظاهرية والحنابلة في قول). بينما في التعويض لم يوضح المشرع ولم يفصل، حيث أتاح للقاضي إمكانية الحكم به حتى قبل الدخول، كما في العدول عن الخطبة عندما يترتب ذلك العدول ضررا ماديا كان أم معنويا (م 05 ف 3)⁴.

المتعة قدرها المالكية في المشهور¹، والحنابلة في الصحيح² حسب "حال الزوج"، وقدرها الحنفية في القول الصحيح الذي عليه المذهب³، والشافعية في الصحيح⁴ حسب "حال الزوجين معا". أما التعويض فيقدره القاضي بناء على الضرر الذي لحق بالزوجة والنتائج عن فعل التعسف (م 52 و 53 مكرر ق.أ)⁵.

1 - بن عيشوش فاطمة: (حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة صوت القانون، جامعة الجبالي بونعامة بخميس مليانة الجزائر، مخبر نظام الحالة المدنية، 2018/05/08، مج 5، ع 1، ص 192.

2 - بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مرجع سابق، ص 256.

3 - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 234-235.

4 - جنادي نبيلة: (النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة صوت القانون، جامعة الجبالي بونعامة بخميس مليانة الجزائر، مخبر نظام الحالة المدنية، 2017/12/24، مج 4، ع 3، ص 413-414.

كما أنه وحتى من الناحية النفسية فشعور المطلق عند أدائه للمتعة، يختلف عن شعوره عند أدائه للتعويض. ذلك أنه إذا ما علم بأن «المتعة تشريع رباني وحق من حقوق المطلقة»⁶، فسيؤديه وهو خاضع لأمره تعالى وراغب في ثوابه، وما يولده ذلك من روح التسامح بينه وبين طليقته. بينما يحسُّه إلزامه بالتعويض بأنه عقوبة فرضت عليه، وأحياناً من دون وجه حق، وما يولده ذلك من شعور بالحقد والكراهية⁷.

وعليه، فحتى ولو اعتبرنا بأن المتعة مرجعية شرعية للتعويض وهو امتداد لها، وأنها «الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية»⁸؛ فإنها ستظل نظاماً مختلفاً عن نظام التعويض المعتمد قانوناً. ذلك أن الفقه الإسلامي وضع معياراً تستحق بموجبه المطلقة المتعة، وهو كل «طلاق استبد به الزوج فتُعَمَّ به المرأة وتتأذى»⁹، إذ أن في استقلال الزوج بالطلاق وانفراده به، إساءة للمطلقة وإيذاءً لها على كل حال سواء تعسف المطلق أو لم يتعسف، والضرر

1 - تقدر بقدر حاله، حيث أن مقدارها موكول إلى اختياره لعدم الوجوب، ويستحب تقديرها بعسره ويسره، لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُؤْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾. انظر، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج.4، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.450. انظر أيضاً، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. النكاح، مرجع سابق، ص.616.

2 - معتبرة بحال الزوج، في يساره وإعساره (وهو الصحيح من المذهب)، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها (درع وخمار وثوب ونحو ذلك)، إلا أن يشاء هو أن يزيدها، أو تشاء هي أن تنقصه. هذا في رواية، وبها قال الثوري والأوزاعي وعطاء وأبو عبيد وأصحاب الرأي. أما الرواية الثانية، فيرجع في تقديرها إلى الحاكم. انظر، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.10، ك. الصداق، مسألة رقم 1207، مرجع سابق، ص.143-144. انظر أيضاً، علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.8، ك. الصداق، مرجع سابق، ص.300.

3 - معتبرة بحالهما (وهو الصحيح وعليه الفتوى)، على ألا تزيد عن نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم لأن أقل المهر عشرة، (وهي درع وخمار وملحفة). انظر، سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج.2، ك. النكاح، ب. المهر، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002، ص.233-234.

4 - المعتبر حالهما (في الصحيح)، ويستحب ألا تنقص عن ثلاثين درهماً أو ما قيمة ذلك، وذلك أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل. فإن تراضيا على شيء فذاك، وإن تنازعا قدرها القاضي بنظره معتبراً حالهما كما ذكرنا. وقيل حاله وقيل حالها وقيل أقل متمول (أي مال يجوز جعله صداقاً). انظر، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج.3، ك. الصداق، ف. في أحكام المتعة، مرجع سابق، ص.308. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، ك. الصداق، ف. في المتعة، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص.365. وسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي: البجيرمي على الخطيب، ج.4، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.214-215.

5 - سعيد موقوش: (مدى استحقاق طالبة التطلاق للمتعة -دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي-)، مرجع سابق، ص.53.

6 - فريدة حديد: (بين المتعة والتعويض في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018/09/15، مج.10، ع.3، ص.335.

7 - جميل فخري محمد جاني: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.241.

8 - محمد الزحيلي: التعويض المالي عن الطلاق، مرجع سابق، ص.87.

9 - المصري مبروك: الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.235.

خاصة المعنوي واقع في كل طلاق لا محالة، إذ ليس ثمة طلاق يخلو من ضرر¹. لذا، عالج الشرع الحكيم هاته الحالة بالمتعة، وليس بالتعويض الذي ربطه المشرع بالتعسف لا بالضرر في حد ذاته. ذلك التعسف، الذي قد يدركه القاضي وقد لا يدركه، خاصة وأن الطلاق في أغلبه ينبني على أسباب خفية قد يتعذر على القاضي استشفافها².

ولعل تداخل طبيعتي المتعة والتعويض من جهة، فضلا عن اختلاف الفقهاء بين حكم المتعة وجوبا وندبا من جهة أخرى؛ قد انعكس سلبا على موقفي القضاء والقانون الجزائريين في هذا الخصوص، مما أدى إلى الضبابية في التمييز بين نظامي المتعة والتعويض قضاءً، ناهيك عن تغييب نظام المتعة كليا قانونا اعتمادا فقط على التعويض كما سنراه في النقطة الثانية.

ثانيا: الموقف القضائي والقانوني من المتعة وعلاقتها بالتعويض

رغم اعتبار الدستور الجزائري للمحكمة العليا؛ المقوم لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، ورغم اعتباره إياها رفقة مجلس الدولة وصيَّان عن توحيد الاجتهاد القضائي عبر الوطن، كما جاء في م179³ من الدستور؛ فإن الموقف القضائي للمحكمة العليا هو نفسه شهد اضطرابا واضحا بخصوص المتعة وعلاقتها بالتعويض، وهل يمثلان ذات النظام فقط يختلفان في التسمية؟ أم هما نظامان يختلفان عن بعضهما البعض؟ وهو الأمر الذي وإن دل على شيء، فإنما يدل على عدم المعرفة الحقيقية لطبيعة المتعة في الطلاق، والتي تميزها عن التعويض، رغم التشابه والتداخل الحاصل بينهما في بعض النقاط، ورغم اعتبار المتعة مرجعية فقهية للتعويض، وهو امتداد قانوني لها.

حيث اعتبرها قضاء المحكمة العليا تارة هي والتعويض سواء، مستكرا القرار الذي منح للزوجة مبلغا تحت مسمى المتعة، ومبلغا آخر تحت مسمى التعويض، وذلك بموجب الاجتهاد القضائي التالي: «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 (هد)⁴ المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب النقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض»⁵.

1 - علي حسب الله: الفقرة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، ط.1، دار الفكر العربي، 1967، ص.113. نقلا عن، المصري مبروك: الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.236.

2 - المرجع نفسه، ص.235.

3 - تنص م179 من الدستور على ما يلي: «تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون...».

4 - الصواب أن تكتب (هذا).

5 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 35912، م.ق، 1989، ع.1، ص.89.

وما يؤكد ما جاء في القرار الأول، باعتبار المتعة والتعويض واحد، هو ما حمله القرار الموالي، والذي اعترف بالمتعة المطلقة كتعويض عن الضرر المترتب عن طلاق زوجها لها غير المبرر. وكما مر معنا، فإن الطلاق من دون مبرر أو من دون سبب دافع إليه، يعتبر صورة من صور التعسف، ويسمى قضاءً بالطلاق التعسفي لما ينطوي عليه من قصد إضرار بالزوجة، وما يقتضيه من إلزامية تعويضها¹، حيث جاء فيه ما يلي: «من المقرر شرعاً وقضاً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها (جزء)² من المسؤولية فيه...»³. حيث جعل المتعة تقابل الطلاق التعسفي كتعويض عليه، مما يدل على عدم تمييز هذا القرار بين المتعة والتعويض، واعتبارهما شيء واحد.

في حين ميز قرار آخر بين المتعة والتعويض، وجعلها هي شيء والتعويض شيء آخر، حيث عدّد جملة من المبالغ المالية التي تستحقها المطلقة من بينها المتعة والتعويض معا، مما يدل على أنه فرق بينهما، واعتبر كل منهما نظاماً قائماً بذاته، حيث جاء فيه: «من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي...»⁴. حيث جاء هذا القرار متبنياً اتجاهها آخر، متمثلاً في الأخذ بالنظامين معا - المتعة إلى جانب التعويض - كما ناقض القرار الذي سبقه، والذي قرر المتعة كتعويض عن الطلاق التعسفي، في حين قرر هذا الأخير التعويض عن الطلاق التعسفي.

وإذا كان هذا هو الموقف القضائي من المتعة وعلاقتها بالتعويض، الذي كان متذبذباً، متضارباً وغير متسق. حيث اعتبر في بداية الأمر، المتعة والتعويض اسمين مختلفين لنفس النظام، ثم غير وجهته بعد ذلك، معتبراً إياهما اسمين مختلفين لنظامين متباينين، وهو ما حمله القرار الأخير الذي صدر عقب القرارات السالفة الذكر، الذي فرق بين النظامين؛ فإن الموقف القانوني كان واضحاً في عدم أخذه بنظام المتعة المعمول به في الشريعة الإسلامية، وجنوحه إلى إرساء نظام التعويض وحده عن الطلاق التعسفي - سواء قبل التعديل أو بعده - وذلك بموجب م 52 ق.أ، وإمكانية التعويض عن التطليق - بعد التعديل - وذلك بموجب م 53 مكرر من ق.أ.

وما يبرهن تمييز المشرع الجزائري بين نظامي المتعة والتعويض، هو محاولته في المشروع التمهيدي لتعديل ق.أ لسنة 2005، استدراك الوضع وإزالة اللبس والتضارب الذي وقع فيه القضاء، حينما كان سيقرر الاعتماد على النظامين معاً⁵، وبالضبط في المادة 52 مكرر من ق.أ، التي كانت ستشير إلى أن: «الزوجة

1 - باديس ذيابي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص. 24.

2 - الصواب أن تكتب (جزءاً).

3 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، 1993، ع.4، ص.61.

4 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م.ق، 1989، ع.2، ص.69.

5 - بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مرجع سابق، ص. 256-257.

المطلقة تستحق تعويضا زيادة على حقها في المتعة»¹. إلا أن هاته المادة لم يكتب لها نور البروز ضمن نصوص ق.أ بعد التعديل، حيث اكتفى المشرع بالتعويض فحسب بموجب م52 من ق.أ كتفرقة ضمنية منه بين النظامين، واستبعاده للمتعة هو إبقاء منه فقط على التعويض.

وإذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري، بتمييزه بين المتعة والتعويض، وإن لم ينص على ذلك صراحة، وأخذ بنظام التعويض فقط؛ فإن نظيره المغربي قد اتسم موقفه من الأمر بالتمييز الصريح بين المتعة والتعويض، واعتماد للنظامين معا كل في محله. حيث أخذ بنظام المتعة في م84 من م.أ، وذلك بإدراجه إياها ضمن المستحقات المالية للمطلقة، والتي نصت على ما يلي: «تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه...». إلى جانب أخذه بنظام التعويض في التطليق بسبب الشقاق في م97 من م.أ، وذلك بمراعاة مسؤولية كلا الزوجين عن سبب الفراق، والتي نصت على ما يلي: «في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر...». ليعتمد وفقا لذلك كلا النظامين كل في إطاره الذي شرع وقرر لأجله. ومع ذلك، نلاحظ أن المشرع المغربي اعتبر في تقدير المتعة مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ما يدل على ميله هو الآخر لاعتبار المتعة فيها شوب تعويض في طلاق الزوج.

أما المشرع التونسي، فلم يأخذ بنظام المتعة، معتمدا على نظام التعويض بموجب الفصل 31 ف4 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ، الذي منح فيه الحق لكلا الزوجين على قد المساواة، سواء في التطليق للضرر، أو الطلاق الذي ينشئه الزوج برغبته، أو الذي تطلبه الزوجة برغبتها أيضا، والتي نصت على ما يلي: «ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه...».

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن القضاء قد عرف خلطا بين نظامي المتعة والتعويض، دفع به إلى اعتبارهما سيان في بعض القرارات، واعتبارهما مختلفين في قرارات أخرى. أما القانون، فقد كان واضحا في تمييزه بين النظامين، وذلك بعدم قوله بنظام المتعة، واعتماده على نظام التعويض فقط.

وبعد تطرقنا إلى أساس التعويض عن فك الرابطة الزوجية الفقهي، المتمثل في فكرة السياسة الشرعية لتحقيق المصلحة عند البعض، ونظرية التعسف في استعمال الحق بالمنظور الإسلامي التي ثبتت امتدادها للفقه الإسلامي وإن لم تكن معروفة حينها بهذا الاسم عند البعض الآخر. والقانوني، المتمثل في خصوصية ذلك الأساس، انطلاقا من خصوصية حق الزوج في الطلاق الممنوح له شرعا، بموجب امتلاكه للعصمة

1 - نقلا عن، بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مرجع سابق، ص. 256.

الزوجية التي خصه بها الشارع الحكيم لاعتبارات معينة -سبق التطرق لها- رغم ما ذهب إليه البعض من جعل أساسه القانوني مستمدا من نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني، وبالضبط ما جاءت به م124 مكرر منه، رغم ما لوحظ من تباين بين فيما تعلق بإثبات التعسف والضرر بين نظرية الحق وفك الرابطة الزوجية.

وبعد تطرقنا كذلك، إلى علاقة التعويض بالمتعة في فك الرابطة الزوجية، كون الأخيرة رغم اعتبارها امتدادا لنظام التعويض، ورغم الاشتباك الشديد بينهما، فإن هذا الأخير يختلف عنها جذريا في بعض الجوانب، مما جعل منه نظاما قائما بذاته؛ جاء الدور لنلقي بظلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية، على المركز القانوني للطليقين في المطلب الثاني، لنرى مدى مساواة المشرع الجزائي بينهما في الترخيم والتغريم بمقتضاه من عدمها.

المطلب الثاني

مركز الطليقين من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية

بعد القيام بتمهيد حول موضوع التعويض كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية، آن الأوان إلى إجراء عملية إسقاط على المركز القانوني للطليقين من خلاله. بدءًا بالمطلق، الذي حرمه المشرع من حقه في التعويض العادل والجاد، سوى ما أشار إليه بموجب م155 من ق.أ، التي تتضمن الطلاق عند نشوز أحد الزوجين -والتي لم نتطرق له بموجب دراستنا هاته- مقصرا بذلك في حقه أشد تقصير (الفرع الأول). ثم بعدها نقف على المركز القانوني للمطلقة، التي أنصفها المشرع حق إنصاف فيما تعلق بضمان حقها في التعويض عن فك الرابطة الزوجية في مناسبات عدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مركز المطلق من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية

فضلا عن التعويض عن الطلاق الذي يحكم به القاضي لصالح الزوج، عند نشوز الزوجة وتضرر هذا الأخير، كما جاءت به م55 من ق.أ، إذ هي الحالة الوحيدة التي منح فيها المشرع لهذا الأخير الحق في التعويض، شأنه في ذلك شأن الزوجة في الحالة العكسية؛ فإن هذا الأخير قد حُرِم من باقي الحالات التي كان بإمكانه أن يحكم له بموجبها بالتعويض، سواء تعلق الأمر بالخلع، الذي أقر له فيه بمجرد بدل الخلع، الذي لا يرقى لأن يكون تعويضا حقيقيا له (أولا). أو تعلق الأمر بالتطليق، الذي لم يُكتب له أصلا الحق فيه (ثانيا).

1 - تنص م55 من ق.أ على ما يلي: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.».

أولاً: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضاً للمُخَالَع عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

إذا كانت الصورة الصحيحة والسليمة التي شُرِعَ وقُنن لأجلها الخلع؛ تتمثل في مقت الزوجة لزوجها غير المقصر في حقها ونفورها منه، لدرجة عدم تمكنها من أداء حقوقه عليها التي منحها الله إياها. مما يجعل من الخلع وفقاً لذلك، خلاصاً لها من زوجية باتت تخاف معها ألا تقيم حدود الله في زوجها، وسبباً لتفاديها الوقوع في معصية الله تعالى، كون معصية الزوج من معصية الله. وكمقابل لذلك الخلاص، تلتزم هاته الأخيرة بدفع بدل الخلع، الذي يجوز أن يكون بكل ما صح أن يكون صداقاً، كون الصداق يجوز أن يكون بكل ما صح التزامه شرعاً¹.

فإن الخلع اليوم، ومع انخفاض الوازع الديني، وتبسيط إجراءاته، وإعفاء الزوجة من الإدلاء بدوافعه وأسبابه، وخاصة مع اعتراف المشرع لها فيه بالحق الخالص والأصيل، الذي لا تحتاج معه إلى موافقة الزوج بموجب م54 ف1 ق.أ؛ بات يعبر في أغلب حالاته عن تعسف حقيقي للزوجات في استعمال حقهن فيه ضد أزواجهن، وصار وسيلة ضغط في أيديهن لتهديدن بهن متى شئن، بعيداً عن الصورة السليمة التي شرع لأجلها.

ورغم انحراف الخلع عن مساره الصحيح والسليم، وأخذة لمنحى آخر، وارتفاع نسب فك الرابطة الزوجية بمقتضاه، التي بلغت في ولاية المسيلة وحدها 284 حالة خلال سنة 2020 كما ذكرنا؛ فإن المشرع الجزائري لم يتخذ بشأنه أية تدابير لمحاولة ضبطه على الأقل، حيث أبقى عليه، مع منح الزوجة الحق الكامل والأصيل فيه، وأبقى كذلك على مجرد بدله، الذي جعله إما رهيناً لاتفاق الزوجين -الذي نادراً ما يتحقق- وإما حبيساً للمادة 54 ف2 من ق.أ، التي قننته مسبقاً بقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم عند الاختلاف حوله. وهو الأمر الذي بات لا يتناسب إطلاقاً مع ما قد يلحق الزوج المخالَع من ضرر، كما لم يعد أيضاً يؤثر على الزوجة، كونه لم يعد يشكل حاجزاً ولا عقبة ولا مانعاً لها في طلبه، خاصة في ظل تحسن المستوى المادي للزوجات المخالعات. ليكون السؤال الذي يُطرح هنا بشدة وبإلحاح، هل يعتبر بدل الخلع على النحو المذكور، تعويضاً حقيقياً للزوج عن الضرر الذي قد يلحقه من خلع زوجته له، خاصة في حالة تعسفها في طلبه؟ وبعبارة أخرى، هل يتناسب بدل الخلع المحدد غالباً بقيمة صداق المثل وقت الحكم، مع حجم الخسائر والتكاليف المادية التي يتكبدها الزوج للزواج وبناء أسرة، وكذا مع حجم الضرر إن المادي أو المعنوي الذي قد يلحق به من تهديم تلك الأسرة على يد الزوجة دون أن يكون له فيد يد ولا بد؟

مع صيرورة الزوجة صاحبة حق أصيل في الخلع، يقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة²؛ فإن احتمال تعسفها بمقتضاه وتضرر زوجها منه وارد، مما يوجب عليها تعويضاً لصالحه. وهو الأمر الذي لم يفرضه المشرع عليها، بل بالعكس من ذلك، فقد أعفاها من تسبیب طلبها له، حيث يكفي أن تؤسسه على

1 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، (ط.2002)، ص ص.267-268.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/09/15، ملف رقم 656259، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.318.

كونها لا تطبق زوجها¹، صدقت في ذلك أم افترت. ومنه، استبعاد عبارة التعسف من دائرتها نهائيا، مما ينجر عنه حرمان الزوج من إمكانية مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه. وكل ما أوقعه المشرع على كاهلها هو مجرد بدل الخلع، الذي قرره عن كل طلاق خلعي، سواء تعسفت فيه الأخيرة أو لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج المخالعة أو لم يتضرر، مما يجعله يتنافى مع القواعد العامة للمسؤولية عن تعويض الضرر²، التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر؛ فقط إذا ما ألحق به ضررا نتيجة لخطئه أو لتعسفه في استعمال حقه (م124 و124 مكرر من ق.م).

وإذا قلنا بأن المشرع قد قرر بدل الخلع في جميع حالاته، لاعتباره الضرر واردا ومفترضا في جميعها؛ فإن الذي لا يعقل هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى، ومن زوج إلى آخر، إذ تتحكم فيها عدة عوامل، كدرجة تحمل كل شخص، وظروف طلبه وغيرهما، وهذا ما لا يتفق مع تقنين المشرع لبدل الخلع، وحصره فيما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، عند عدم اتفاق الزوجين حوله، كونها الحالة الغالبة إن لم نقل العامة، وهو ما يجعله غير قابل لانطباق معنى التعويض عليه، الذي يختلف تبعا لدرجة التضرر من شخص إلى آخر.

فضلا عن ذلك، فإن جعل المشرع لبدل الخلع، إما متفقا عليه من طرف الزوجين، وإما مقننا ومحددا مسبقا عند الاختلاف حوله بموجب م54 ف2 من ق.أ، دون أن يراعى فيه ما لحق الزوج المخالعة من ضرر، وما فاتته من ربح نتيجة تخريب أسرته، والذي يختلف من زوج لآخر، مُقيدا بذلك سلطة القاضي في تقديره، وحاصرا قيمته؛ يجعله يتنافى مع تقدير التعويض في ق.م، الذي وإن كان يخضع لاتفاق الطرفين أو لنص القانون، وإلا فللقدير القاضي. لكن، مع مراعاة ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وذلك طبقا للمادة 131³ من ق.م مع مراعاة م182⁴ و182 مكرر⁵ من ذات القانون.

وتأسيسا على ما سبق، فإن بدل الخلع بالوجه المذكور آنفا، لا يعتبر تعويضا للضرر الذي قد يلحق بالزوج المخالعة، ولا يمت بصلة إلى التعويض الحقيقي والمنصوص عليه في ق.م. لنبقى أمام موقف المشرع الجزائي هذا، والذي قال بالمساواة في عدة مواطن، نتساءل عن محلها من هاته المسألة، طالما أنه يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة من طلاق زوجها لها دون مبرر مانحا إياها تعويضا عليه، دون أن يعترف بذات

1 - لحسين بن شيخ آث ملويا: رسالة في طلاق الخلع، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، ص.147.

2 - مسعودة نعيمة إلياس: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص.188.

3 - تنص م131 من ق رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني على ما يلي: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر...».

4 - تنص م182 من ق.م على ما يلي: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...».

5 - تنص م182 مكرر من ق رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني على ما يلي: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة...».

الضرر الذي يلحق الزوج من خلع زوجته له دون مبرر، حارما إياه من تعويض عادل عليه، سوى بدل الخلع الذي لا يحمل معنى التعويض الحقيقي عن الضرر. ولما كان الكره أمرا نفسيا قد يعتري الزوج وقد يعتري الزوجة، فكيف يعترف للزوجة بالنفور النفسي كسبب شرعي وقانوني يمنحها حق مخالعة زوجها دون تعويضه، بينما يلزم هذا الأخير بأن يبني طلاقه على أسباب حقيقية وجدية غالبا ما تنتهي به إلى عدم إقناع القاضي، وبالتالي تعسفه فالإلزامه بالتعويض؟ وكيف يُبقي مجال التعويض عن الطلاق التعسفي (م52) وعن التطليق (م53 مكرر) مفتوحا على مصراعيه خاضعا لتقدير القاضي، في حين يغلق ويحصر ويقنن بدل الخلع في قيمة صداق المثل عند عدم الاتفاق عليه، والذي يعتبر «تضييقا لواسع»¹؟

لذا، كان على المشرع الجزائري، حتى ولو أبقى على الخلع حقا خالصا وأصيلا للزوجة، لرفع الظلم عن بعض الزوجات اللواتي تضررن من عدم إمساك أزواجهن لهن بمعروف أو تسريحهن بإحسان؛ أن ينصف الأزواج فيما تعلق ببطل الخلع، وأن يجرده من صفة الجمود، وأن يتركه مرنا يتكيف مع كل حالة على حدة، بأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداق المثل -عند الاختلاف- بل يعود إلى القاضي استنادا إلى عدة قرائن محددة قانونا²، كمبلغ المهر، مدة الزواج، دوافع طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة المخالعة، كما ذهب إليه المشرع المغربي الذي سنتطرق له بعد بضعة أسطر.

كما أنه على المشرع، حتى ولو كان الخلع مبنيا على أمور نفسية باطنية يصعب إثباتها؛ فإنه وإمكانية إثبات تعسف الزوجة من عدمه في طلبه، أن يلزم القضاء بمساءلتها على دوافعه، وتحري ذلك عن طريق الاجتهاد في ربط الخلع بضوابط ومعايير معينة، ومحاصرته بقرائن محددة، دون أن يُترك للكره والبغض فقط، الذي قد تُخفي وراءه الكثيرات أسبابهن الحقيقية والتعسفية.

حيث من شأن تلك التدابير، أن تقلل من حالات استعماله حتى تتراجع نسبه، وأن تخفف كذلك من تعسف الزوجات فيه، فلا تُقدم عليه إلا مقتنعة به، نافرة فعلا من زوجها بعد صبر ما بعده من صبر، وحتى يصل بدله إلى مصاف التعويض الحقيقي عن تخريب عش الزوج المخالعة بلا سبب منه بعد أن أفنى فيه جهد حياته، أملا وطمعا في أن يجد فيه المستودع والمستقر. ولما لا، وأن المشرع قد ابتدع فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي للزوج من باب السياسية الشرعية -مثلما قال به البعض- وذلك حتى تترث الزوجات أكثر في طلبه، وحتى يكون تعويضا مناسبا للزوج المخلوع على أسرة تكبد لتأسيسها جهد سنوات من حياته، لنذهبها الزوجة في مهب الريح بمقابل زهيد، خاصة في حالة تعسفها فيه³.

1 - علي بودفع: (المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق -قانون الأسرة الجزائري أنموذجا-)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.2، ع.1، ص.200.

2 - راضية بشير، محمود لنكار: (حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع)، م.ع.ق.س، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ديسمبر 2019، مج.10، ع.3، ص.346.

3 - راضية بشير، محمود لنكار: (حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع)، مرجع سابق، ص.347-348.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أقر للزوج المخالعة، كمقابل لخلع زوجته له بدله فقط، الذي حصر تقديره في اتفاق الزوجين الشاذ الحصول، أو في تقدير القاضي الذي قيد سلطته التقديرية في تحديده حين ضبطة بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم؛ فإنه لم يراع الحال الذي آل إليه الخلع الآن من خروج عن المغزى الحقيقي الذي شرع لأجله، ومن أضرار باتت تلحق بالأزواج المخلوعين دون سبب ولا رغبة منهم؛ فإن المشرع المغربي كان أكثر إنصافا للزوج المخلوع الذي وإن لم يرتب تعويضا له، فإنه قد ربط تقدير الخلع بعدة قرائن تختلف من حالة إلى أخرى، حيث أقر بأنه في حال اتفاق الزوجين على الخلع، واختلافهما حول بدله، أن تراعي المحكمة في تقديره، بعد تعذر الصلح، "مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"، وذلك بموجب م120 من م.أ. فلعل ذلك يكون سببا في تقليل حالاته، أو على الأقل إنصاف الزوج حال وقوعه. في حين لم يتطرق المشرع التونسي، إلى بدل الخلع كونه لم يأخذ به، انطلاقا من جعله للزوجين متساويين في حق الطلاق، إن برغبة الزوج أو بطلب الزوجة، وذلك بموجب الفصل 31 ف3¹ المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش، مع تحميله للطرف المتسبب في ضرر الآخر -ماديا ومعنويا- تعبات ذلك الطلاق، والمتمثلة في التعويض وذلك بموجب الفصل 31 ف2² المنقح بذات القانون.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد حرم الزوج من التعويض الحقيقي عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في طلب الخلع من جهة، بناء على م124 مكرر من ق.م المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق. وحرمة من جهة أخرى، من بدل مرن خاضع لسلطة القاضي التقديرية بناء على قرائن معينة تجعله يتلاءم مع الضرر الذي ألم بكل زوج مخلوع على حدة، وذلك بتقييده في غالب الأحيان بصداق المثل الذي لا يساوي شيئا مع حجم التكاليف التي تكبدها لبناء أسرة أتت عليها الزوجة من القواعد، فخر سقفا على الزوج دون سبب منه ولا رغبة.

وفضلا عن تقرير المشرع للزوج المخلوع لبدل الخلع المقيد والمقنن مسبقا عند عدم الاتفاق عليه، والذي رأينا بأنه لم يرق إلى مصاف التعويض الحقيقي عن الضرر الذي يلحقه خاصة في وقتنا الراهن وما شهدته الخلع من تحول عن معناه السامي الذي شرع لأجله؛ فقد حرمة أيضا من التعويض عن التطليق، هذا الأخير الذي أقصاه من دائرة الاستفادة منه أصلا، رغم إمكانية انطباق أغلب حالاته عليه، لكونه اعتبره يملك عقدة فك النكاح دون داع إلى طلب التطليق، إلا أن هذا ليس بالتبرير خاصة مع كون الفقه قد جعل من التطليق حقا مشتركا لكلا الزوجين. كما أن للزوج إذا طلبه وأثبت ضرره؛ أن يُعفى من تعويض مُفَارِقَتِهِ

1 - تنص ف3 من الفصل 31 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981 على ما يلي: «يحكم بالطلاق...بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.».

2 - تنص ف4 من الفصل 31 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981 على ما يلي: «ويقضى لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.».

الذي بات سيفا يضرب على عنقه كلما استعمل حقه في الطلاق بالإرادة المنفردة. هذا ما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: حرمان الطلاق من التعويض عن التطلق لعدم أحقيته في التطلق أصالة

رأينا بأن التطلق لم يرد بشأنه نص شرعي صريح لا من القرآن ولا من السنة، حيث يعتبر صورة من صور فك الرابطة الزوجية، التي اجتهد في إيجادها الفقه، وجعلها من حق الزوجين معا بواسطة الحاكم وهو ما يعرف بالقاضي اليوم، بناء على طلب أحدهما لسبب معين، والتي غَلَبَتْ عليها فقها تسمية التفريق¹.

وعلى رأس تلك الحالات حالة العيب، التي فصل فيها الفقه بإسهاب، بجعل بعضها تختص به الزوجة، وأخرى يختص بها الزوج، في حين يشترك الاثنان معا في بعضها الآخر². والتي قصرها الحنفية³، على الزوجة فقط، في حين ساوى الجمهور من المالكية⁴، الشافعية⁵ والحنابلة¹ بين الزوجين في إمكانية طلب التفريق بمقتضاها.

1 - باديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، مرجع سابق، ص.30. انظر أيضا، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ج.29، طلاق-عدييات، مرجع سابق، ص ص.06-07.

2 - اختلف الفقهاء في تحديد وتعداد العيوب التي يجوز مع توافرها في أحد طرفي العلاقة الزوجية، طلب التفريق من الطرف الآخر. حيث ذهب المالكية، إلى أنها ثلاثة عشر عيبا، أربعة مشتركة بين الزوجين وهي: "الجنون، الجذام، البرص والعنطة". أربعة، يختص بها الرجل وهي: "الخصاء، الجب، العنة والاعتراض". وخمسة، تختص بها المرأة وهي: "الرتق، القرن، البخر، الإفضاء والعفل". أما الحنفية، فقد ذهبوا إلى أنها ثلاثة: "الجب، الخصاء والعنة". أما "الجنون، الجذام والبرص"، فقد اختلف فيها فقهاؤهم، حيث رأى "أبو حنيفة" و"أبو يوسف" بأنه لا يثبت معهم الخيار للزوجة، بينما رأى "محمد بن الحسن" بأن لها ذلك، والصحيح قول "أبو حنيفة" و"أبو يوسف". في حين ذهب الشافعية، إلى أنها سبعة، ثلاثة مشتركة بينهما وهي: "الجنون، الجذام والبرص". اثنين يختص بهما الرجل وهما: "الجب والعنة". واثنين تختص بهما المرأة وهما: "الرتق والقرن". بينما ذهب الحنابلة، إلى أنها ثمانية، ثلاثة مشتركة بينهما وهي: "الجنون، الجذام والبرص". واثنين يختص بهما الرجل وهما: "الجب والعنة". واثنين تختص بهما المرأة وهما: "الرتق (وما يقوم مقامه من قرن وعفل)، والفتق".

يراجع فيما تقدم، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. في النكاح، ف. في خيار أحد الزوجين، مرجع سابق، ص.468. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص ص.25-26. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب الخيار والإعفاف ونكاح العبد، مرجع سابق، ص ص.267-268. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ك. النكاح، ب. حكم العيوب في النكاح، مرجع سابق، ص ص.313-314.

3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في الخيار بين الزوجين، مرجع سابق، ص ص.592-593، 598.

4 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. في النكاح، ف. في خيار أحد الزوجين، مرجع سابق، ص ص.467-468.

5 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ب. الخيار والإعفاف ونكاح العبد، مرجع سابق، ص ص.267-269.

ولعل جعل الفقه للزوج حقا في طلب التفريق من الحاكم، رغم امتلاكه فك عقدة النكاح بإرادته المنفردة وقتما شاء، دون حاجة إلى أحد، ودون داعي إلى تسبیب أو إثبات ضرر معين؛ هو إعفاؤه من بعض المستحقات المالية التي تقع على عاتقه في حالة الطلاق بإرادته المنفردة².

وإذا كان الفقه، يجعل من طلب التطلاق حقا مشتركا بين الزوجين، كل بمقتضى الحالات التي تنطبق عليه وتضر به، لكون أسباب التطلاق هي عبارة عن تصرفات مسيئة، تصدر من أحد طرفي العلاقة الزوجية، يكون معها من حق الطرف الآخر المتضرر منها طلب التطلاق من القضاء، متى استطاع إثبات ذلك، والاستفادة من التعويض حال الضرر، ذلك أنها «ليست كلها وقفا على الرجل وحده، بل قد تصدر من الزوجة أيضا كما تصدر من الزوج؛ وإلا سيكون أحد الطرفين معصوما لا يخطئ مطلقا، وبالتالي يكون ما فعله هو عين الصواب، ومن حقه أن يفعل ما يريد ويعد إخلاله بالعقد وإضراره بالغير من حقه، ولا يحق للطرف الآخر مساءلته، وهذا غير مقبول لا شرعا ولا عقلا ولا قانونا»³.

فإن الأمر من الناحية القانونية يختلف عنه، حيث وبالرجوع إلى م 53 من ق.أ، نجدها قد حددت الأسباب التي يُحكم بتوافرها بالتطلاق، وقصرتها على الزوجة فقط، التي بإمكانها طلبه بمقتضاها متى أثبتت توافرها، مع إمكانية الحكم لها بالتعويض بموجب م 53 مكرر ق.أ، متى ثبت تضررها منها، دون أن يجعلوا للزوج فيها نصيب، هذا الأخير الذي تركوه أسير فك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادته المنفردة فقط، فضلا عن حالة النشوز التي لم نتناولها بالدراسة.

في حين أن الواقع يثبت بأن معظم تلك الحالات الواردة في م 53 ق.أ، قابلة للانطباق على الزوج أيضا، خاصة حالة "العيب، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" وغيرهم. حيث لم يعترف المشرع الجزائري للزوج بحقه في طلب التطلاق بموجبها، باعتبار أن الشرع والقانون اعترفا له بالحق الخالص والأصيل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة -كما مر بنا سابقا-، الأمر الذي حرّم هذا الأخير من إمكانية استفادته من التعويض الناتج عن التطلاق، إذا ما حُكم له به، وثبت تضرره من أسبابه. أو على الأقل الحكم له بالتطلاق، مع إعفاؤه من التعويض الواقع على كاهله في الطلاق، والذي صار عادة تتبع كل طلاق بإرادة الزوج المنفردة.

ولعل في قصر التطلاق على الزوجة فقط، وإلغاء حق الزوج فيه، فائدة تتضاف لصالح هاته الأخيرة على حساب الزوج، والتي تتمثل في كون منح الزوج الحق في التطلاق، من شأنه أن يؤدي إلى التشهير بها والإساءة إلى سمعتها، خاصة إذا ما طلب الزوج التطلاق لعيب فيها أو في سمعتها وشرفها، كون التطلاق

1 - منصور بن بونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. العيوب في النكاح، مرجع سابق، ص.105.

2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.516-517.

3 - عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ك.2، الطلاق، مرجع سابق، ص.157-158.

لا بد فيه من إثبات الزوج للأسباب الداعية له إلى طلبه. مما جعل المشرع يُضَحِّي بحق الزوج في طلب التطليق حماية لمصلحة الزوجة في ستر عيوبها، التي تترتب على عرش أسباب التطليق الواردة في م53 من ق.أ.

لذا، كان على المشرع أن يمنح للزوج الحق هو الآخر في طلب التطليق، حتى لا يضطر إلى دفع المستحقات المالية، الناجمة عن الطلاق بالإرادة المنفردة، رغم كون زوجته قد تكون معيبة، أو مخالفة لشروط العقد، أو هي مصدر الشقاق والسبب فيه. ذلك أنه لا يعقل -على سبيل المثال- أن يعترف المشرع للزوج بالحق في الاتفاق مع زوجته حول الشروط التي يري أنها ضرورية لعقدهما والتي لا تتنافى مع مقتضى ق.أ. بموجب م19 منه، ثم يمنح للزوجة وحدها الحق في طلب التطليق إذا ما خالف الزوج تلك الشروط، وبالتالي إمكانية استفادتها من التطليق زائد التعويض حال تضررها، في حين يرفض الاعتراف للزوج بذات الحق، في الحالة العكسية (عندما تكون الزوجة هي المخالف)، وبالتالي حرمانه من المزايا المترتبة عن التطليق، والتي على رأسها التعويض.

والحكمة تكمن فيما لو تم الاعتراف للزوج بالحق في طلب التطليق من القضاء، ليس في منح هذا الأخير آلية أخرى لفض الرابطة الزوجية، حتى نقول بأنه يمتلك آلية أصلية لفكها بنفسه دون توقف على أحد تتمثل في الطلاق؛ بل الحكمة من ذلك تكمن إما في استفادته من التعويض، إذا ما قضي له بتطليقها مع ثبوت تضرره من الحالات الموجبة إليه. ولما لا، إن كانت زوجته قد أخلت بشروط العقد مثلا التي سبق وأن وافقت عليها، أو إذا تسببت في تكبد حياته بشقاقها المستمر، أو إذا كان بها عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. وإما استفادته على الأقل من تطليق زوجته، مع إعفائه من مغبة الالتزام بالتعويض، الذي يقع على عاتقه لو فك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادته المنفردة، والذي بات سيفا يضرب على أعناق الرجال، خاصة الذين يعانون من سوء حالتهم المادية، رغم تضررهم من البقاء مع زوجاتهم.

وإذا كان المشرع الجزائري قد استقر بموقفه هذا، والمتمثل في حرمانه للزوج من التعويض عن التطليق، لإقصائه من الاستفادة من حالاته أصلا؛ فإن المشرع المغربي قد منح للزوج شأنه شأن الزوجة الحق في التعويض، فيما تعلق بالتطليق بسبب الشقاق، انطلاقا من مبدأ المساواة، وذلك تبعا لمسؤولية كل منها عما آلت إليه العلاقة الزوجية، حسب ما جاءت به المواد من 94 إلى 97 من م.أ. في حين لم يمنحه الحق في التعويض في باقي حالات التطليق الأخرى، والتي قصرها على الزوجة فقط في م98 من م.أ. إلا أنه، فيما تعلق "بالعيب" فرغم أنه خص به الزوجة فقط بالمادة 98، فإنه رجع في م108 وجعله من حليف الاثنين، حيث أسقط الصداق على كاهل الزوج عند التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل الدخول، أما بعده فقد منح الزوج حق الرجوع بقدره على من غرر به، أو كتم عنه العيب متعمدا وذلك بموجب م109 من م.أ. أما إذا علم بالعيب قبل العقد، وطلق بعد البناء، فقد أوجب عليه نصف الصداق فقط وذلك بموجب م110 من م.أ.

أما المشرع التونسي، فقد منح للزوج أيضا كما الزوجة الحق في الحصول على التعويض عن الضرر سواء المادي أو المعنوي الناجم عن الطلاق، والذي من بين صوره التطبيق بموجب الفصل 31 ف4 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش. وذلك انطلاقا من مساواته بينهما في منحهما ذات الحق في طلب التطبيق للضرر بموجب الفصل 31 ف2 المنقح بذات القانون.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري، قد حرم الزوج من الحق في إمكانية استفادته من التعويض عن الضرر الذي قد يصيبه جراء توفر الأسباب الداعية إليه من طرف الزوجة، والتي تمنحه الحق في طلب تطبيقها، وذلك لعدم الاعتراف له بحقه في التطبيق أساسا، لقصره لهذا الحق على الزوجة وحدها دونه.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حرم الزوج من الحق في التعويض عن فك الرابطة الزوجية، سواء تعلق الأمر بالخلع، كونه لم يمنحه فيه سوى الحق في بدله، الذي بقي حبيس اتفاقه مع مخالطته، والذي يُستبعد الوصول إليه في أغلب الحالات، وإما حبيس م54 ف2 من ق.أ، التي قننته مسبقا وحصرته فيما لا يزيد عن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وهو الأمر الذي لا يحمل في معناه أي معنى من معاني التعويض الحق عن الضرر الذي بات يفوق تحمل الزوج المخلوع، الذي أصبح مهددا بتزييل أسرته في أي وقت بسبب أو بدونه. أو تعلق الأمر بالتطبيق، كونه حرمه من الحق في التعويض عن الضرر الذي قد يلحقه إثر توفر إحدى حالاته القابلة للانطباق عليه بموجب م53 من ق.أ، لقصره لتلك الحالات على الزوجة وحدها دونه.

فإنه وبالمقابل من ذلك، قد مكّن الزوجة المطلقة من الحق في التعويض، عن الضرر الذي يُلْمُ بها من طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، إذا ما تبين للقاضي تعسفه فيه. وكذا الحق في التعويض أيضا عن الضرر الذي يلحقها بمقتضى التطبيق، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مركز المطلقة من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية

فضلا كما قلنا سابقا عن التعويض الذي يحكم به القاضي لصالح الزوجة في حالة الطلاق لنشوز الزوج وتضررها من ذلك كما جاءت به م55 من ق.أ؛ فإن القانون قد منحها حالتين إضافيتين تستحق بموجبهما التعويض، سواء تعلق الأمر بالطلاق التعسفي (أولا)، أو التطبيق (ثانيا).

أولا: تمكين المطلقة من التعويض عن الطلاق التعسفي

سبق وأن تحدثنا عن كون المشرع لم يضع معايير محددة، يمكن أن يكتف بمقتضاها طلاق الزوج بإرادته المنفردة، بأنه طلاق تعسفي أم مُقسط، كي تنال بموجبه المطلقة تعويضا يتناسب مع الضرر الذي لحق بها. وقلنا بأن الأمر تُرك لتقدير القضاة، بما لهم من سلطة تقديرية في ذلك، منحها لهم م52 من ق.أ، التي نصت على ما يلي: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر

اللاحق بها.»، وهو ما قرره المشرع الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده. لذا، فالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي من منطلق م52 من ق.أ - رغم ما يكتنفها من غموض وعدم كفاية¹ - يحكمه توافر شرطان. أحدهما، أن يتبين للقاضي تعسف المطلّق في الطلاق. والثاني، أن يصيب المطلقة ضرر لاحق منه². دون أن تُلزم الأخيرة بإثبات تعسف المطلق وتضررها من ذلك، حيث يعتبر التعسف كما أسلفنا مفترضا في جانب الأخير حتى يثبت هو تبرير طلاقه.

إلا أن الشرطين اللذين اشترطتهما م52 من ق.أ لتقرير التعويض للمطلقة، يصعب على القضاة الوصول إليهما، في غياب معايير محددة تساعدهم على تحريّ مدى تعسف المطلّق، المرتب لضرر المطلقة، والموجب لتعويضها تعويضا عادلا في حقها وحق طليقها، لقوله ﷺ: ﴿لا ضرر ولا ضرار...﴾³؛ الأمر الذي جعلهم يستندون في غالب الأحيان - كما أثبتته الواقع العملي - على جملة من الأسباب الخاضعة لاجتهادهم الشخصي والتي تركز أساسا، إما على انعدام سبب الطلاق مطلقا، أو تهاة ذلك السبب وعدم جديته، أو تمسك الزوج بالطلاق في حين تتمسك الزوجة بالرجعة مما يعبر عن عدم رضاها بالطلاق. حيث تعتبر تلك أبرز الحالات التي تعبر عن تعسف الزوج، والتي درجوا على الاعتداد بها في تشخيصهم لطلاقه من حيث وجود علة التعسف الموجبة للتعويض من عدمها.

ولعل السبب الأخير، والمتمثل في تمسك الزوجة ومطالبتها بالرجعة، يبيّن أن الزوج متمسك بالطلاق؛ بات من أكثر الأسباب التي تُضمّنُها الزوجات في مذكراتهن الجوابية، والذي يعتبر كيديا أكثر منه رغبة منها في استئناف الحياة الزوجية بصفة جدية وبصفاء سريرة، حيث ترغب من ورائه الأخيرة في تغريم الزوج الراغب في الطلاق، وإلزامه مبلغ التعويض ليس إلا. وهو ما لاحظناه في جميع الأحكام القضائية القاضيّة بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، التي اطلعنا عليها والتي سنورد بعضها بعد بضعة فقرات من هنا.

ودأبُ القضاة على اعتماد تلك الأسباب في تحديدهم لتعسف المطلّق المُضرر بالمطلقة والموجب لتعويضها؛ أدى بهم إلى الاعتقاد على تسمية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج "بالطلاق التعسفي"، والذي ينتهي في مجمل الحالات بتظلم هذا الأخير، وتحمله مسؤولية ذلك الطلاق، ومن ثمة إلزامه بتعويض المطلقة. ذلك التعويض، الذي بات لازما من لوازم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، دون بحث حقيقي ومعمق عن الأسباب الحقيقية والخفية له، وعن تحديد المسؤول الرئيس عن الطلاق. وكل ذلك ناتج عن عدم دعم القضاة بمعايير محددة قانونا، تساعدهم ولو بالشئ اليسير على تحديد التعسف بصفة جدية، ومن ثمة إمكانية تقدير الضرر بصفة يقينية، الذي على أساسه يتم تخصيص مبلغ التعويض للمطلقة، بعيدا عن

1 - بوجاني عبد الحكيم: أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري -دراسة تحليلية ونقدية-، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019، ص.268.

2 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، (ط.2002)، ص.243.

3 - سبق تخریجة في ص.52 من هاته الدراسة.

التمويه الذي قد يقع فيه بعض القضاة، من خلال احتراف بعض المطلقات، بِمَعِيَّة ومساعدة بعض المحامين والمحاميات، على لبس زِيِّ الواقع عليهن الضرر.

لذا، كان على المشرع أن يضع معايير معينة ومحددة، يستند عليها القضاة لتتوير سلطتهم التقديرية، بغية تصنيف طلاق الزوج ضمن خانة التعسف من عدمها والتي من بينها، معيار قصد الإضرار بالزوجة، ومعيار انعدام المصلحة المشروعة من طلاق الزوج، فضلا عن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، ومعيار الضرر الفاحش¹، وأن تؤخذ بصفة جدية، خاصة المعيارين الأخيرين.

كما لم يحدد المشرع للتعويض حدا أقصى ولا أدنى، حيث جعل المسألة كذلك من اختصاص قضاة الموضوع وفق سلطتهم التقديرية، حسب كل حالة على حدة، وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم»². وعدم التحديد هذا، وإن كان إيجابيا من ناحية كونه مرنا يتلاءم مع كل حالة ومع كل قضية بعينها؛ فإنه ومن ناحية أخرى فتح الباب أمام بعض القضاة للحكم بمبالغ باهظة، قد تتجاوز ضرر الزوجة، وتتعداه إلى إحداث ضرر مادي بالزوج أو العكس.

لذا، كان على المشرع أن يحدد ضوابط أخرى، تتحكم في مبلغ التعويض، إضافة إلى عنصري "تعسف الزوج المطلق، وتضرر الزوجة المطلقة"؛ "كمدة علاقتهما الزوجية، مدى وجود أولاد أم لا، الحالة المادية للزوج، وبالأخص مدى تحميل الزوجة لبعض المسؤولية في الطلاق". هذا الضابط الأخير، الذي يعتبر مُغَيِّبًا تماما من جُل أحكام الطلاق بإرادة الزوج، وكأن الزوج من دون أي سبب يعتمد إلى طلاق زوجته. وغيرهم من القرائن التي يتحدد معها التعويض بصفة عادلة في حق الطليقين، دون أن يكون مصدر إثراء أو إيعاز لأحدهما على حساب الآخر.

وإذا كان من الناحية النظرية والقانونية بموجب م52 من ق.أ، يُحكم بالتعويض لصالح الزوجة عن فك للرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة، فقط حال تعسفه في إيقاع الطلاق، أي أن الزوج إذا برر طلاقه يُعفى من التعويض، ذلك أن التعويض لا وجه له أيا كانت صورة الطلاق إذا لم يتبعه تعسف³؛ فإنه عمليا وعلى مستوى المحاكم، وعلى حسب اطلاعي، لم أجد حكما قضى بالطلاق بإرادة المنفردة للزوج، ولم يُحْمَلْه وصف التعسف، أو دون أن يُضْمَنَّهُ مبلغ التعويض، سواء برر الزوج أم لا. وقد تراوحت مبالغه بين

1 - جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 201-203.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.483.

3 - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، د.ر.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص.133.

مئة وخمسون ألف دينار جزائري 150.000 د.ج¹، مئة وسبعون ألف دينار جزائري 170.000 د.ج²، وحتى ثلاثمائة ألف دينار جزائري 300.000 د.ج³.

ولسنا هنا بصدد الحكم عن كون تلك المبالغ تعبر عن تعويض حقيقي وفعلي للمطلقة أم لا عن خسران حياتها الزوجية، ذلك أن منها ما يعتبر تعسفا في حق الزوج وإضرارا بحقه هو، عندما يُقضى عليه بمبالغ باهضة، إذا ما قورنت بضرر الزوجة، التي قد تكون في حقيقة الأمر سببا خفيا للطلاق. وأن منها ما لا يمكن أن يعوض الزوجة بحال، التي قضت مع زوجها سنوات عمرها، بخلوها ومرها، وأفنت معه زهرة شبابها، ثم تجد نفسها بعد انطفائها مرمية، حيث مهما بلغ مبلغ التعويض فلن يعوضها حياتها هيهات.

لذا، فنحن هنا بصدد التطرق إلى كون نعت التعسف، ومبلغ التعويض، باتا مرافقين لازمين للطلاق بإرادة الزوج المنفردة، وهو ما يعتبر خروجاً عما قالت به م52 ق.أ أعلاه. التي حتى وإن منحت للقضاة مساحة لإعمال سلطتهم التقديرية في الحكم به؛ فإنها كذلك ربطت التعويض بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، والذي لا يعقل أنه لا يوجد ولا طلاق تم دون تعسف، ذلك أنني لم أقف وأنا بصدد اطلاعي عن أي حكم قضى بالطلاق دون دعمه بالتعويض حتى وإن خضع لتبرير الزوج. لذا، سبق وأن نوهدنا، إلى أنه كان على المشرع أن يمنح لهذا الأخير الحق في طلب التطليق لأسبابه المحددة، التي تشفع له طلاق زوجته وتعفيه من التعويض بقوة القانون دون إعمال لسلطة القضاة التقديرية، أو تقييد تلك السلطة بتوافر تلك الأسباب، طالما بات حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، حتى ولو ضمنه التبرير، لا يَسْلَم من تحميله مشقة التعويض.

وإذا كان التعويض يُحكم به لصالح المطلقة، حال تعسف طليقها في إيقاعه للطلاق، والذي بات يلاحقه كما أسلفنا، فالغريب هو أن الحكم به وجدناه حتى في الطلاق بالتراضي، أين لا يوجد للتعسف محل. حيث قُضي في أحد الأحكام بمبلغ مائتين وخمسون ألف دينار جزائري 250.000 د.ج⁴، كتعويض عن الطلاق رغم كونه بالتراضي ولا وجود للتعسف فيه. وهنا نعود إلى فكرة خلط القضاء بين نظامي المتعة والتعويض، حيث يعد المبلغ المحكوم به هنا في الطلاق بالتراضي أقرب إلى نظام المتعة منه إلى نظام التعويض، الذي لا يكون إلا عند وجود تعسف في استعمال حق الطلاق.

1 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2017/12/10، قضية مجدولة تحت رقم 17/02795، مفهسة تحت رقم 17/03877، ص.04. ومجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2018/05/20، قضية مجدولة تحت رقم 18/00726، مفهسة تحت رقم 18/01755، ص.04.

2 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2018/07/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/01238، مفهسة تحت رقم 18/02526، ص.05.

3 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2018/05/02، قضية مجدولة تحت رقم 18/00681، مفهسة تحت رقم 18/01539، ص.04.

4 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2017/10/08، قضية مجدولة تحت رقم 17/02794، مفهسة تحت رقم 17/02855، ص.04.

ولعل م52 من ق.أ، تعد خطوة جريئة خطاها المشرع الجزائري لفائدة المطلقة وفي صالحها¹، خاصة مع ما نشهده اليوم من أحكام تتضمن مبالغ خيالية وجزافية يحكم بها القضاة كتعويض لها، والتي قد تكون في حد ذاتها تعسفا في حق المطلق، الذي قد يتعذر عليه في بعض الأحيان إثبات تبرير طلاقه، وقد يستحي في أحيان أخرى عن ذكر الأسباب الحقيقية التي أدت به إلى الطلاق، والتي قد تكون نفسية أو شخصية، وذاتية أكثر منها موضوعية. فيكون مخيرا بين أمرين أحلاهما مر، إما الخلاص من علاقة زوجية وتحمله لضريبة ذلك والمتمثلة في التعويض، وإما الحكم على نفسه بالعيش في ظل تلك العلاقة مع ما فيها من انعدام لمظاهر المودة والرحمة، التي من أجلها شرع الله تعالى الزواج، وبالمقابل شرع لانعدامها الطلاق.

وإذا كان المشرع الجزائري، قد منح للزوجة الحق في التعويض عن طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، الذي أصبحت سمة التعسف ومبلغ التعويض، سُنَّتَيْن مُؤَكَّدَتَيْن فيه من قبل القضاة ولا مراء في ذلك؛ فإن المشرع المغربي لم يأخذ بالتعويض في طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة بصفة مباشرة وصريحة، كونه قد خص هاته الأخيرة بالمتعة، التي وإن كانت تشير إلى التعويض عندما ربط تقديرها بمدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق، إلا أنه لم يتركها لتقدير القضاة استنادا على ذلك المعيار فحسب (تعسف الزوج)، بل قيدهم بقرائن أخرى تمثلت في فترة الزواج، الوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، وذلك بموجب م84 م.أ، إذ عدَّ المتعة من بين المستحقات التي تستحقها المطلقة عن طلاق زوجها لها، بعد فشل الإصلاح بينهما، بموجب م83 م.أ التي جاء فيها: «إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين المواليتين.»، أما التعويض فقد تطرق له بصفة مباشرة وصريحة في التطبيق بسبب الشقاق فقط بموجب م97 م.أ، وجعله من حق الطليقين معا تبعا لمسؤولية كل منهما عن سبب الفراق.

أما المشرع التونسي، فكما ذكرنا سابقا، قد ساوى بين المركز القانوني للطليقين في التعويض عن الطلاق، سواء كملتزمين به، أو مستفيدين منه، كلُّ منهما متى ثبتت مسؤوليته عن الطلاق، وألحق ضررا بالطرف الآخر، وذلك بموجب الفصل 31 ف4 المنقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش. حيث تستفيد المطلقة من التعويض عندما يُنشئ الزوج الطلاق وتضرر منه، شأنها في ذلك شأن الزوج الذي يستفيد من التعويض متى طلبت هي الطلاق، وتضرر هو منه، الأمر الذي تضمنه الفصل 31 ف3 المنقح بنفس القانون.

فكما منح لهما حرية اختيار بعضهما للدخول في العلاقة الزوجية؛ فقد منح لهما نفس الحق للخروج من تلك العلاقة، والتي يتحملان فيها ذات المسؤولية، مع ميله الإيجابي إلى جانب المرأة فيما تعلق بالتعويض المادي عن الضرر اللاحق بها². حيث أن هذا الأخير قد ذهب إلى أبعد من ذلك، حين ميز

1 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، (ط.2002)، ص.243.

2 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، ط.1، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص.137.

الزوجة عن الزوج من خلال منحها إمكانية خيار تعويض ضررها المادي في شكل جناية عمرية أو رأس مال¹، وذلك من خلال إلزامه للزوج بالاستمرار في تعويضها عن ذلك الضرر الذي لحق بها، إلى أن تفارق الحياة، أو تتغير حالتها الاجتماعية بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غير حاجة إلى ذلك التعويض، والمعروف عندهم "بالجناية"، كما جاء في الفصل 31 ف4 في شطرها الأخير².

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري بإرسائه لنظام التعويض للمطلقة، عقب الطلاق التعسفي -باعتباره الصورة الأكثر انتشارا- يعد ضمانا قوية في صالح المرأة المطلقة في مواجهة المطلق، وظلّة سوداء على إرادة الزوج في الطلاق الانفرادي، الذي بات التعسف من السمات للصيقة به، والتعويض من التبعات الملازمة له. وهو ما يشكل امتيازاً في صالح المطلقة التي قد تكون السبب الحقيقي والخفي للطلاق، وثقلا على كاهل المطلق الذي قد يكون مجبرا عليه، خاصة إذا ما كان ذو مستوى مادي ضعيف، الأمر الذي يجعله في كثير من الأحيان يحجم عن إيقاعه للطلاق، رغم معاناته من بقاء الزوجية قائمة.

وفضلا عن تكريس المشرع الجزائري لحق الزوجة في التعويض عن طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة تعسفيا؛ فقد مكنها أيضا من التعويض عن التطليق، إذا ما أسسته على إحدى الأسباب الواردة في م53 من ق.أ، وأثبتت تضررها منه (م53 مكرر ق.أ)، وهو ما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا: تمكين المطلقة من التعويض عن التطليق

في بادئ الأمر، لم يكن القضاء ولا القانون الجزائريان يعترفان بأحقية الزوجة في التعويض عند الحكم لها بالتطليق بناءً على طلبها³. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا -في الفترة التي كانت تعتبر فيها المتعة عبارة عن تعويض- ما يلي: «من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها، وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي

1 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص.141.

2 - ينص الفصل 31 ف4 من القانون عدد 7 لسنة 1981 على ما يلي: «...وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجناية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجناية قابلة للمراجعة ارتفاعا أو انخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تنوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجناية وهذه الجناية تصبح دينا على التركة في حالة وفاة المرافق وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو عن طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنّها في ذلك التاريخ كل ذلك ما لم تخبر التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة.».

3 - لوعيل محمد لمين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.99.

بتطليق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بمتعة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

وهو ذات النهج الذي سلكه الاجتهاد القضائي في قرار آخر جاء فيه: «من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة المطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة.»²

وفي قرار آخر صريح يسقط التعويض عن الزوجة التي طلبت التطليق جاء فيه: «متى كان مقررنا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت (بأقامة)³ دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من ق.أ. فهما خاطئا. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال.»⁴

ليؤكد ذلك التوجه كل من القرار القاضي ب: «إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليق، يحكم لها به عند الاقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض.»⁵. وكذا، القرار الذي جاء فيه: «إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي.»⁶

وإذا كان الأمر على هذا النحو على المستوى القضائي، فإن التوجه ذاته شهده الموقف القانوني، قبل تعديل سنة 2005، حيث لم ينص المشرع الجزائري على إمكانية تعويض الزوجة عند طلبها للتطليق، معتبرا بأن الحكم بالتطليق في حد ذاته عقوبة بالنسبة للزوج دون حاجة إلى تغريمه فضلا عن ذلك.

1 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م.ق، 1990، ع.4، ص.67.

2 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م.ق، 1993، ع.2، ص.41.

3 - الصواب أن تكتب (بإقامة).

4 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53017، م.ق، 1991، ع.1، ص.56.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1991/10/01، ملف رقم 73992، ن.ق، 1995، ع.47، ص.153.

6 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 92674، ن.ق، 1995، ع.48، ص.171.

لكن، سرعان ما غير القضاء موقفه ذاك، واعترف للزوجة بالحق في التعويض عند الحكم لها بالتطليق وتضررها منه، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: «من المقرر قانوناً أنه "يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً" ومن المقرر أيضاً أنه "في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر" ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاء بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقاً لأحكام م55 من ق.أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».¹

وكذا، «من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ومتى تبين -في قضية الحال- أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».²

ولما صار الأمر على هذا النحو على المستوى القضائي؛ فإن التوجه ذاته اتبعه الموقف القانوني بعد تعديل سنة 2005، حيث استحدث المشرع الجزائري إمكانية تعويض الزوجة عند طلبها للتطليق إذا ما تضررت منه، من خلال م53 مكرر من ق.أ التي جاء نصها على النحو التالي: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

وقد يتساءل البعض³ فينا عن الداعي إلى تعويض الزوجة إذا كانت هي من طلبت التطليق لادعائها ضرراً، قد يكون حقيقياً وقد يكون وهمياً، كما قد يكون جسيماً وقد يكون يسيراً؟ فلما يعاقب الزوج بتطليق زوجته منه دون رضاه، ويضاف إلى ذلك إلزامه بتعويضها عن فعل قد لا يكون له فيه يد؟ وهل من العدل مكافأتها على طلاق هي من سعت إليه، ومجازاتها عن زوجية هي من طلبت فصم عراها؟

والإجابة تكمن في كون التطليق عادة ما يكون نتيجة لتصرفات الزوج، التي تؤدي بها إلى الضرر، وعدم تحمل العيش معه في ظل جودها، فمن غير العدل إذا ما تضررت حقاً وطلبت التطليق أن تخسر حياتها، وأن تحرم من التعويض أيضاً، بحجة أنها هي من طلبت التطليق. فقد يرفض الزوج طلاقها، رغم علمه بتضررها منه، تهرياً من تحمله للتعويض، فتضطر هي لطلب التطليق، وهنا من حقها أن يحكم لها بالتطليق، إضافة إلى تعويضها، رغم كونها هي من بادرت إلى طلب فك الرابطة الزوجية، فلولا تضررها لما

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1997/12/23، ملف رقم 181648، م.ق، 1997، ع.1، ص.49. نقلاً عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، مرجع سابق، ص.872.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1998/07/21، ملف رقم 192665، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص.116. نقلاً عن، جمال المرجع نفسه، ج.2، ص.1043.

3 - سعيد موقوش، (مدى استحقاق طالبة التطليق للمتعة -دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي-)، مرجع سابق، ص.57.

طالبت بالتطليق، وكذا فإن إقدامها على طلب التطليق كان بسبب من جهة الزوج. ومن ثمة، فلا نقول بإلزام الزوج آليا بالتعويض في كل حالة تطليق، ولا نقول بحرمان الزوجة مطلقا منه، فكل حالة تختلف عن الأخرى، طالما المشرع استعمل عبارة "يجوز" التي تدل على سلطة القاضي التقديرية في تمحيص ذلك، والحكم بعدالة سواء لصالح الزوج بإعفائه منه، أو لصالح الزوجة بتمكينها منه.

وكتدعيم لما قلناه، فقد أعفت المحكمة العليا الزوج العقيم من تعويض زوجته طالبة التطليق، لكون عدم قدرته على إنجاب الأولاد يعد سببا خارجا عن إرادته، وذلك من خلال القرار الآتي نصه: «من المقرر قانونا وقضاءً، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا فيما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف»¹. وقد تلا هذا القرار قرار آخر حافظ على نفس التوجه جاء فيه: «لا يتحمل الزوج، المصاب بمرض العقم، مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب»².

وجاء في حيثياته أن: «التعويض الواجب دفعه للزوجة يكون على أساس الضرر الناشئ عن إرادة الزوج، في حين أن الطاعن لم يلحق بالمطعون ضدها أي ضرر، ذلك أن العقم ليس بإرادة الطاعن وإنما هو ناتج عن إرادة الله، كما أنه لا يمكن للمطعون ضدها الاستفادة من تعويضين التطليق والتعويض»³.

وقد أصابت المحكمة العليا فيما قضت به، ذلك أن ما أصاب الزوج من عقم كان مقدرا ومفروضا عليه من العلم الخبير القدير، حيث قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾⁴. ومن غير العدل أن نلزمه بتعويض الزوجة، عن ضرر لم يتعمد إلحاقه بها، بل هو ذاته متضرر منه.

وما تكريس المشرع لحق الزوجة في التعويض عند التطليق، فضلا عن حقها فيه عند الطلاق التعسفي، وكذا الطلاق بسبب النشوز الذي لم نتطرق له بالدراسة؛ إلا انعكاسا لما جاء به تقرير الجرائر الدوري الجامع للتقاريرين الثاني والثالث، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الذي جاء في ثناياه وهو بصدد الحديث عن توسيع حالات التطليق بأنه: «كل دعوى في الطلاق تستتبع بالضرورة جبر الضرر. وتترتب على عدم تنفيذ حكم التعويض ملاحقات جنائية لا مناص منها، ولاسيما ضد الزوج

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، 1995، ع.2، ص.92.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2011/01/13، ملف رقم 596191، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.270.

3 - القرار نفسه، ص.271.

4 - سورة الشورى: آيتان 49-50.

المتعنت»¹. بينما حرم الزوج من التعويض في باقي حالات فك الرابطة الزوجية، مُغيّبا حقه في ذلك -إلا فيما تعلق بالطلاق بسبب النشوز- وكأنه لم يكن عنصرا بشريا في العلاقة الزوجية، يضره ما يضر الزوجة، ضاربا هاته المرة ما جاءت به اتفاقية سيداو عرض الحائط، التي أوجبت في مادتها 16 ف (ج) أن تكون هناك مساواة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، ومقويا بذلك المركز القانوني للزوجة على حساب الزوج في هذا الشأن.

لذا، كان على المشرع الجزائري، وتحقيقا للمساواة الحقيقية بين المركز القانوني للطليقين، أن يتدخل ويحمل الطرف الذي ثبتت مسؤوليته عن فك الرابطة الزوجية التعويض عن ذلك، حسب السلطة التقديرية للقاضي، بصرف النظر عن بادر بطلب الطلاق، سواء الزوج أم الزوجة، وبغض النظر عن صورة الطلاق. وإذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري، والمتمثل في تمكين المطلقة وحدها دون المطلق من التعويض عن التطليق عند تضررها منه؛ فإن المشرع المغربي قد اعتبر التعويض حقا مشتركا لكلا الطليقين، فيما تعلق بالتطليق بسبب الشقاق، انطلاقا من مبدأ المساواة، وذلك تبعا لمسؤولية كل منها عما آلت إليه العلاقة الزوجية، حسب ما جاءت به م 97 من م.أ، والأمر سيان بالنسبة للمشرع التونسي، الذي أقر بالمساواة بين الطليقين في الحصول على التعويض، عن الضرر المادي أو المعنوي، الناجم عن جميع صور الأطلقة -باستثناء الطلاق بتراضي الزوجين- وذلك بموجب الفصل 31 ف4 السالف الذكر، سيما التطليق للضرر الذي جاء به الفصل 31 ف2.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري، وباستحدثاته لإمكانية ثبوت حق المطلقة في التعويض عن التطليق، يكون قد دعم المركز القانوني لها أكثر، ليكون بذلك ضمانا جديدة تتضاف إلى رصيدها لتقوية مركزها القانوني في مواجهة طليقها.

وإذا كان المشرع الجزائري قد عمل جاهدا على تكريس مبدأ المساواة بين المركز القانوني للزوجين، مجسدا إياها أكثر فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات معنوية بالدرجة الأولى، ومادية إلا فيما تعلق بالنفقة التي بقيت على كاهل الزوج، حيث أقصى البعض من الحقوق الزوجية من جعبة الزوج، كي يصل بالمركز القانوني للزوجة إلى المساواة به؛ فإنه لم يستطع الثبات على نفس المنهاج، فيما تعلق بآثار فك الرابطة الزوجية، وبالتحديد فيما تعلق بالتعويض عنها، حيث أبقى على التوجه التقليدي، الذي يحمل الزوج وحده مسؤولية فسخ الزواج، ويحمله وحده التعويض عن ذلك، مضيفا إلى التعويض التقليدي عن طلاق الزوج بإرادته المنفردة، تعويضا آخر تتحصل عليه الزوجة بموجب طلبها التطليق.

1 - التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص. 19. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#).

ولعل كل ذلك راجع إلى كون المشرع عند تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، كان يضع المرأة فقط في حساباته، مركزا على تدعيم جانبها بحقوق إضافية، متناسيا ما للرجل من حقوق هو الآخر، كونه يشكل طرفها الثاني¹.

1 - Djilali Tchouar : (Droit algérien de la famille, quels principes dégalité ?), *Etudes en droit*, Université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, Dar Elkenouz, Algérie, 2013, P. 217.

ملخص الفصل الثاني:

إذا كان الحال فيما تعلق بدخول الزوجين في العلاقة الزوجية، والآثار المترتبة عن ذلك الدخول قد اتسم بالمساواة إلى حد كبير؛ فإن المشرع الجزائري لم يستطع الثبات على نفس المنهاج، حيث لم يكن له نفس عميق لمواصلة مشوار المساواة ذلك فيما تعلق بالخروج من تلك العلاقة، وميز تمييزا ملحوظا بين المركز القانوني لهما. حيث منح للزوجة آليتين لفك الرابطة الزوجية سواء بموجب التطليق، الذي أفسح لها المجال فيه برفع عدد الأسباب التي تُمكنها من طلبه إلى عشرة (10) أسباب. أو بموجب الخلع، الذي بات لها فيه حق خالص وأصيل، تقضي بموجبه على العلاقة الزوجية متى شاءت. في حين لم يترك للزوج سوى سبيل واحد يتمثل في الطلاق بإرادته المنفردة، والذي قيده أيضا باللجوء إلى القضاء وعدم تعسفه في إيقاعه، ذلك التعسف الذي افترضه في جانبه واشترط عليه إثبات عكسه. هذا فضلا عن الطلاق للشقاق والطلاق بالتراضي اللذين أسقطناهما من الدراسة، واللذين ساوى المشرع بموجبهما بين المركز القانوني للتطليقين.

فضلا عن ذلك التمييز في آليات فك الرابطة الزوجية؛ فإن المشرع قد مال بكفته أيضا بموجب الآثار المترتبة عن ذلك الانفصال إلى صالح المطلقة كليا. وبالتحديد فيما تعلق بالتعويض عنه، حيث أبقى على التوجه الكلاسيكي، الذي يحتمل المطلق وحده مسؤولية فك الرابطة الزوجية، مغرما إياه بالتعويض عن ذلك، ومستحدثا إضافة إلى التعويض التقليدي الذي تتحصل عليه المطلقة عن طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة تعسفا؛ تعويضا آخر تتحصل عليه عند طلبها التطليق. في حين أعفى الأخيرة من إمكانية إلزامها بالتعويض لا في الخلع، الذي أبقى فقط على بدله الذي لا يرقى إلى مصاف التعويض الحقيقي، ولا في التطليق، الذي لم يسمح للزوج بفك الرابطة الزوجية بمقتضاه أساسا.

وإذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري فيما تعلق بعلاقة الزوجين في مواجهة بعضهما البعض حين قيام وبعد انتهاء علاقتهما الزوجية، فسند في الباب الثاني، مدى مساواته من تمييزه بينهما فيما تعلق بعلاقتهم تجاه أولادهما، كذلك حين قيام وبعد انتهاء تلك العلاقة.

الباب الثاني

المركز القانوني للزوجين في الأسرة

على مستوى العلاقة الوالدية

لما كان الزواج تُرجمان لمعاني المودة، الرحمة والسكن بين الزوجين؛ فإن تلك المعاني تتوطّد وتتوطّن أكثر، إذا ما عُرّز عش الزوجية بالذرية الصالحة، التي تمثل فلذة الكبد، وقرة العين. كيف لا، وقد أسماهم العزيز الحكيم في كتابه المقدس بزينة الحياة الدنيا، في قوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾¹، إذ لا قيمة للحياة بدونهم، لأنهم رمز البراءة، سر السعادة ومفتاح استقرار الأسرة.

حيث يعتبر الوالدان الأصل البيولوجي الذي ينشأ منه الولد ابتداءً وأصالة، فلولاهما لما برز له وجود. ويمثلان الحاميان الراعيان له، كما ويتبادلان معه الحقوق والواجبات معنوية كانت أم مادية. وانتماؤه لهما وتلقي الرعاية منهما ينشأ هو الآخر بنشوء العلاقة الزوجية دون أن ينتهي بانتهائها، حيث يظل قائما في حقهما ما دامت حياتهما قائمة، مع اختلاف في الأدوار تقتضيه طبيعتهما البشرية تارة، وتفرضه النصوص القانونية تارة أخرى.

وإذا كان المركز القانوني للزوجين في الأسرة قد شهد بعد تعديل 2005، تغيرا ملموسا وواضحا، بغية تحقيق المساواة بينهما، سواءً عند الدخول في العلاقة الزوجية، أو عند الخروج منها؛ فإن ذات التغير قد شهد مركزها القانوني كوالدين أيضا في علاقتهما إزاء أولادهما، بغية تحقيق التقارب بينهما، سواءً أثناء قيام العلاقة الزوجية (الفصل الأول)، أو بعد انتهائها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

المركز القانوني للوالدين أثناء قيام العلاقة الزوجية

إذا ما كانت العلاقة الزوجية قائمة بعيدة عن كل صدع ومكللة بالذرية؛ فإنها بالضرورة تُرتب التزامات في ذمة الوالدين في مواجهة أولادهما كلٌّ فيما يخصه، والتي تعتبر في الآن ذاته حقوقاً بالنسبة لأولئك الأولاد.

ذلك أن الزواج باعتباره ميثاقاً غليظاً بين الزوجين كما سماه عز وجل في سورة النساء¹؛ فإن جسوره تمتد إلى الأولاد حتماً، مرتبة بمقتضى ذلك واجبات في حق الوالدين في مواجهة أولادهما، تدخل في صميم مسؤولياتهما الوالدية التي تفرضها عليهما علاقة الأبوة والأمومة.

حيث عرفت الالتزامات الوالدية الحضور البارز بالنسبة لعلاقتهم في مواجهة أولادهما، سواء تعلق الأمر بالحقوق المعنوية للأولاد من نسب وجنسية (المبحث الأول)، أو المادية التي يتربع عليها واجب النفقة الوالدية لصالحهم (المبحث الثاني).

1 - قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾. سورة النساء: آية 21.

المبحث الأول

المركز القانوني للوالدين من خلال الحقوق المعنوية للأولاد

من أهم الآثار المعنوية المترتبة على الزواج المثمر بأولاد؛ تحقق انتماء هؤلاء الأولاد لوالديهم من خلال رابطة النسب (المطلب الأول)، ولدولتهم من خلال رابطة الجنسية (المطلب الثاني).

ورغم امتداد رابطتي النسب والجنسية إلى ما بعد انتهاء العلاقة الزوجية؛ فإننا ارتأينا التطرق لهذين الحبلين في هذا الفصل، أي أثناء قيام العلاقة الزوجية، كونهما ينشآن بنشوء تلك العلاقة، حيث يأخذ الولد نسب والده الشرعي، وجنسية دولته بمجرد انعقاد الزواج، إضافة إلى أن مركز الوالدين بالنسبة لمنح رابطتي النسب والجنسية لأولادهما لا يتأثر بانفصام علاقتهما الزوجية.

المطلب الأول

تثبيت رابطة النسب ومركز الوالدين من خلالها

إذا كان الزواج هو السبيل الشرعي والقانوني الذي يُحصن من خلاله كلاً من الرجل والمرأة نفسيهما بطريقة شرعية وقانونية، ويكون الأولاد الناتجين عنه أيضاً شرعيين، وما يترتب عن ذلك من ثبوت حقوق وواجبات لهم وعليهم على رأسها حفظ نسبهم لوالديهم؛ فإن ذلك السبيل السليم قد تتخلله بعض العلاقات غير المشروعة، التي يحدث وأن تُثمر بولد يجد نفسه أمام واقع نسبه المجهول أو الممنوع منه. حيث اعترف الفقه والقانون بنسب الولد الشرعي، وجعلاه تابعا لوالده، في حين قطع جمهور الفقهاء نسب الولد غير الشرعي وجعله لاحقا بوالدته، وغيب القانون معالجة ذلك مطلقا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انتساب الولد شرعا لوالده في العلاقة الشرعية بين الفقه والقانون

إذا تم اقتران الرجل والمرأة بصفة شرعية، فإن ما يترتب عن ذلك الاقتران يكون متمتعا بتلك الصفة الشرعية بالضرورة، كما هو الشأن بالنسبة للنسب. حيث يعتبر الفراش الشرعي وما يلحقه، السبيل الوحيد الذي أثبت من خلاله جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية نسب الولد، جاعلين إياه تابعا للوالد الذي خصّوه بشرف ذلك (أولا)، وعلى هدى ما توصل إليه الفقه استتار المشرع الجزائري دربه ماضيا على نفس خطاهم (ثانيا).

أولاً: النسب الشرعي للولد فقها

الحياة نشوء وانتماء. نشوء، بواقعة الميلاد وهو ما يعبر عنه بالنسل. وانتماء، بثبوت النسب¹ لذلك النسل². وإذا كان النسل ينشأ عن اتصال الذكر بالأنثى، فإن «النسل المعتبر شرعاً هو الناشئ عن اتصال الزوجين بواسطة عقدة النكاح المنتفي عنها الشك» في نسب ذلك النسل³.

حيث شرع الإسلام الزواج كسبيل لاستمرار النسل، باعتباره من الكليات الخمس التي وجب الحفاظ عنها كونها من مقاصد الشريعة الإسلامية⁴. وتبعاً لذلك، عُنِيَ الشرع بالنسب باعتباره الرباط المتين الذي يربط الفرع بأصله والأصل بفرعه، كون الولد جزء من والده، والوالد بعض من ولده⁵، لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾⁶. فلو لا النسب لذاب النسل واضمحل واختلط، ولم يعرف ولد والده ولا والد ولده.

ولأهمية وخطورة النسب، نظرا لما يترتب من آثار كالنفقة، وجوب التوارث، ثبوت الحرمة واللقب وغيرهم؛ فقد حسم الشرع فيه للحفاظ على صفائه، والقضاء على فوضاه التي كانت سائدة عبر العصور، والتي تؤدي إلى اختلاطه⁷. وذلك بتشريعه لقواعد الزواج وضبطها⁸، وإبطاله للأنكحة الفاسدة التي كانت منتشرة في الجاهلية⁹، وتحريمه للزنا¹⁰ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾¹¹،

1 - النسب لغة: النَّسَبُ وَالنَّسَبَةُ وَالنُّسْبَةُ: القرابة. والنسب يكون بالأبَاء، كما قد يكون إلى البلاد. واستنسب: ذكر نسبه. وانتسب إلى أبيه: أي اعتزى...انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.6، ب. النون، (نسب)، مرجع سابق، ص.4405. انظر أيضاً، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ب. الباء، ف. النون، (نسب)، مرجع سابق، ص.137.

- النسب اصطلاحاً: لا يخرج عن معناه اللغوي، حيث يقصد به: «صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم. والغالب في استعمال كلمة نسب هو نسب الشخص لأبيه». انظر، أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأرحام البديلة، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/مطابع شتات، مصر، 2003، ص.07.

2 - محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام الطلاق، د.ر.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1999، ص.162.

3 - محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الكتاب المصري، القاهرة-مصر/دار الكتاب اللبناني، بيروت-لبنان، 2011، ص.283.

4 - عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ط.2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 2008، ص.152.

5 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.673.

6 - سورة الفرقان: آية 54.

7 - محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص.162.

8 - أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مرجع سابق، ص.11.

9 - كنكاح الاستبضاع، الرهط والبغايا. وقد جُمِعت تلك الأنكحة في حديث رواه عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ. انظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. النكاح، ب. من قال: لا نكاح إلا بولي، ح. رقم 5127، مرجع سابق، ص.1307.

10 - محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص.162.

11 - سورة الإسراء: آية 32.

وفرضه للحد عليها لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾¹، والذي يصل إلى الرجم في حالة الإحصان²، وقضائه على التبني الذي كان جائزا في الجاهلية وصدر الإسلام، حيث تبني الرسول ﷺ "زيد بن حارثة" قبل النبوة، وكان يدعى "زيد بن محمد"³، حتى نزل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾⁴ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ⁴. وبالمقابل، لم يهمل الشرع تلك الفئة التي حرمت من النسب، فقد كرس آليات أخرى لحمايتها ورعايتها تمثلت أساسا في كفالتهم⁵، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁶.

هذا، وقد منع الشرع الآباء من إنكار نسب أولادهم⁷، لما روي «عن أبي هريرة: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ﴿...وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ﴾»⁸. كما حرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي⁹، لما روي «عن أبي هريرة: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول حين نزلت آية الملاءنة: ﴿أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِّنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يَدْخُلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ...﴾»¹⁰. كما توعد الأبناء الذين ينسبون أنفسهم إلى غير آبائهم¹¹، لما روي «عن سعد ؓ قال: سمعت النبي ﷺ يقول: ﴿مَنْ ادْعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ﴾»¹².

وفضلا عن ذلك، فقد خص الشرع الأب بانتساب الأولاد له، لكون ذلك هو الأصل مصداقا لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾¹³، حيث قال القرطبي¹ في تفسيره بأن الله تعالى أرشد إلى أن

-
- 1 - سورة النور: آية 02.
 - 2 - عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، مرجع سابق، ص. 154.
 - 3 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 674.
 - 4 - سورة الأحزاب: آيتان 04-05.
 - 5 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 675.
 - 6 - سورة الأحزاب: آية 05.
 - 7 - محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص. 162.
 - 8 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج. 3، ك. الطلاق، ب. التغليب في الانتقاء، ح. رقم 2263، مرجع سابق، ص. 576.
 - 9 - بدران أبو العنين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 486.
 - 10 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج. 3، ك. الطلاق، ب. التغليب في الانتقاء، ح. رقم 2263، مرجع سابق، ص. 575-576.
 - 11 - بدران أبو العنين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د. ر. ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية-مصر، 1987، ص. 04.
 - 12 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الفرائض، ب. من ادعى إلى غير أبيه، ح. رقم 6766، مرجع سابق، ص. 1675-1676.
 - 13 - سورة الأحزاب: آية 05.

«الأولى والأعدل أن يُنسب الرجل إلى أبيه»، كما ثبت في القرآن نسبة الأولاد لأبائهم، حيث قال تعالى: ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ﴾²، وقوله: ﴿وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ وَكَانَ فِي مَعْزِلٍ يَا بُنَيَّ﴾³. ومنه، قال الفقهاء ومنهم السيوطي⁴ بأن: «الولد يتبع أباه في النسب وأمه في الرق والحرية»، وكذا قال ابن القيم⁵: «النسب في الأصل للأب»، وقال البهوتي⁶: «(وتبعية نسب لأب) إجماعاً». كما أن الناس يُدْعَوْنَ يوم القيامة بأبائهم لا أمهاتهم، وإذا كان ذلك حُكْم الآخرة فحكم الدنيا كذلك⁷، لما روي «عن ابن عمر ؓ عن النبي ﷺ: ﴿إِنَّ الْغَادِرَ يُرْفَعُ لَهُ لَوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُقَالُ: هَذِهِ غَدْرُ فُلَانِ ابْنِ فُلَانٍ﴾»⁸. واللواء هو الراية.

إلا أنه، ورغم حرص الشرع على انتساب الأولاد لأبائهم؛ فإنه لم يجعله ثابتاً لهم من أية علاقة، بل حصره في البنوة الشرعية الناتجة عن العلاقة الشرعية هي الأخرى. حيث وبما أن النسب مبني على رابطة الدم، فقد اشترط الشرع أن تكون تلك الرابطة الدموية شرعية، حيث بناه على الجِلِّ والمشروعية⁹. ومن ثمة، فقد استنبط علماء الشريعة من مقاصد الشرع وقواعده، الأسباب التي يثبت بها نسب الولد الشرعي لوالده، فقالوا بالفراش¹⁰ أصالة¹¹، سواء كان فراشاً لزواج صحيح أو فاسد أو شبهة فراش¹².

- 1 - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج. 17، سورة الأحزاب، الآيتان 04، 05، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2006، ص. 57.
- 2 - سورة المائدة: آية 27.
- 3 - سورة هود: آية 42.
- 4 - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1983، ص. 267. انظر أيضاً، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، مج. 7، ك. اللعان وما يلحق من النسب، ط. 1، المطابع الأهلية للأوفست، الرياض، 1400هـ، ص. 45.
- 5 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ف. الحكم السابع: إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه، إلحاق ولد اللعان بأمه، مرجع سابق، ص. 360.
- 6 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ج. 5، ك. اللعان، مرجع سابق، ص. 585.
- 7 - محمد بن سعد بن فهد الدوسري: (أحكام تبعية الولد لوالديه)، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية الفقهية السعودية، المملكة العربية السعودية، 2015، ع. 29، ص. 425.
- 8 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الأدب، ب. ما يُدعى الناس بأبائهم، ح. رقم 6177، مرجع سابق، ص. 1543.
- 9 - أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأرحام البديلة، مرجع سابق، ص. 09.
- 10 - اختلف العلماء في معنى الفراش، حيث يرى المالكية، الشافعية والحنابلة بأنه اسم للمرأة، ويعبر به عن حالة الافتراش. بينما يرى الحنفية، بأنه اسم للزوج، انظر، عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج. 5، ك. الحدود، مرجع سابق، ص. 108.
- 11 - عبد السلام الرفعي: الولد للفراش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، د. ط. أفريقيا الشرق، الدار البيضاء-المغرب، 2006، ص. 39.
- 12 - باسل محمود الحافي: فقه الطفولة، أحكام النفس -دراسة مقارنة-، ط. 1، دار النوادر، دمشق-سوريا/بيروت-لبنان، 2008، ص. 309.

وفيما تعلق بالزواج الصحيح، فقد أجمع الفقهاء من المالكية¹، الحنفية²، الشافعية³ والحنابلة⁴ على أن الولد ينسب إلى أبيه إذا كان ثمرة زواج صحيح، وهو الزواج المستجمع لأركانه وشروطه والخالي من موانعه⁵. إلا إذا انقطع نسبه من جهة أبيه فينسب إلى أمه⁶ - كما في الزنا الذي ستره لاحقاً - لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾⁷، ولما روي عن عائشة ؓ أن النبي ﷺ قال: ﴿الولد للفراش وللعاهر الحجر﴾⁸.

وجعلوا لذلك جملة من الشروط⁹ تمثلت في أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة (مراعاة السن والحالة الصحية وغيرهما)، أن تلده الزوجة خلال مدة الحمل، التي اتفق الفقهاء¹⁰ على أن أداها ستة (06) أشهر، إما من وقت العقد عند أبو حنيفة¹¹، أو من وقت الدخول عند ابن تيمية¹²، أو من وقت

- 1 - أبو عبد الله محمد الخرخشي: الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.3، ب. أحكام الجهاد، ف. في الجزية، مرجع سابق، ص.143.
- 2 - برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج.3، ك. النكاح، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2004، ص.124.
- 3 - تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي: الأشباه والنظائر، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1991، ص.304-305.
- 4 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. اللعان وما يلحق من النسب، مرجع سابق، ص.411.
- 5 - عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ج.3، الولادة ونتائجها، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص.42.
- 6 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.13، ك. اللعان، ط.1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1428هـ، ص.319.
- 7 - سورة الأحزاب: آية 05.
- 8 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الفرائض، ب. الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ح. رقم 6749، مرجع سابق، ص.1672.
- 9 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.681-683. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.321-332. ومحمود محمد حسين: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط.1، لجنة التأليف والتعريب والنشر لجامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، 1999، ص.43-45.
- 10 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. الفرائض، ب. في الحجب، من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث...، مرجع سابق، ص.358.
- 11 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في ثبوت النسب، مرجع سابق، ص.607.
- 12 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ج.9، من أول ب. الخلع إلى نهاية ك. الإقرار، ف.3، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية في أبواب الرجعة والظهار واللعان، مرجع سابق، ص.182.

الدخول وإمكان اجتماعهما وتلاقيهما على وجه يمكن معه الوطء لصيرورتها فراشا حلالا له بالعقد¹ عند الجمهور من المالكية²، الشافعية³ والحنابلة⁴. واختلفوا⁵ في أقصاها، وكانت أشهر أقوالهم حولها، سنتان (02) عند الحنفية، أربع (04) سنوات عند الشافعية والحنابلة، خمس (05) سنوات وهو المشهور عند المالكية، سنة (01) قمرية قال بها محمد بن عبد الحكم من المالكية، وتسعة (09) أشهر قمرية قال بها ابن حزم الظاهري وعمر بن الخطاب، من تاريخ الفراق سواء بطلاق أو بوفاء. وآخر شرط ألا ينفية الزوج بلعان.

ولأن الشرع متشوف للحقوق النسب، طبقا لقاعدة إحياء الولد، وحفاظا عليه من الضياع؛ فقد جعل الأصل في ثبوته الاحتياط ما أمكن، حيث بنى ثبوته على الظن، وحتى على الاحتمالات النادرة، وجعله ثابتا بأدنى دليل، في حين جعل انتقائه لا يتم إلا بأقوى الأدلة، التي حصرها في اللعان فقط⁶.

لذا، ففضلا عن ثبوت النسب للأب بالنكاح الشرعي الصحيح كما أسلفنا؛ فقد جعل الفقه لثبوته أسبابا⁷ أخرى تمثلت في النكاح الفاسد، وهو «النكاح غير الصحيح، أي هو الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة»⁸، أو هو الذي «اختلف العلماء في صحته، لاشتغاله على شبهة تدرك حد الزنا»⁹، وحيث درء الحد يلحق الولد¹⁰، كما أنه مختلف فيه، والاختلاف شبهة، والشبهة تفسر لصالح الولد¹¹، ومن بين شروط ثبوت النسب بالنكاح الفاسد أن يتصل به دخول حقيقي¹².

- 1 - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.328.
- 2 - خليل بن إسحاق الجندي المالكي: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، مج.4، ك. اللعان، د.ر.ط، منشورات نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د.ب.ن، 2008، ص.585.
- 3 - النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.8، ك. اللعان والقذف، ف. في نفي الولد، مرجع سابق، ص.356-357.
- 4 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. اللعان، مسألة 1334، ولو جاءت امرأته بولد، فقال: لم تزن، ولكن ليس هذا الولد مني... ف. من ولدت امرأته ولدا لا يمكن كونه منه في النكاح...، مرجع سابق، ص.167-169.
- 5 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. الفرائض، ب. في الحجب، من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث...، مرجع سابق، ص.358.
- 6 - سفيان بن عمر بورقعة: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، ط.1، كنوز اشبيلية، الرياض، 2007، ص.25-26.
- 7 - باسل محمود الحافي: فقه الطفولة أحكام النفس -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.309-312.
- 8 - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.333.
- 9 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.44.
- 10 - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي: الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج.1، د.ر.ط، دار الحديث، القاهرة-مصر، 2011، ص.335.
- 11 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.44.
- 12 - عيلة عبد العزيز عامر: النسب فقها وقضاء، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2011، ص.80.

أما النكاح الباطل¹، وهو الذي «أجمع العلماء على عدم صحته، لِعِلَّة في عقده، أي لإخلاله بركن من أركان العقد، أو شرط من شروط انعقاده»²؛ فإن نسب الولد لوالده فيه يكون تبعاً لنية الزوج، فإذا كان حسن النية (لا يعلم بالحرمة) لحق به الولد، لأن عدم علمه شبهة تدراً عنه الحد، والشبهة في باب النسب تفسر لصالح الولد صيانة له من الضياع. أما إذا كان سيء النية، فلا يلحق به الولد، لأن الوطء فيه زنا يُحدُّ صاحبه، والحد والنسب لا يجتمعان³، عكس الفاسد الذي يعتبر الوطء فيه وطء بشبهة، يثبت به النسب، كون المرأة تكون بالفاسد فراشا قياساً على الصحيح لا بالباطل⁴.

وكذا الوطء بشبهة، وهو «ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً، أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة، أو ما يشبه الثابت وليس بثابت»⁵، حيث يثبت بواسطته النسب لا اعتقاد الواطئ حلاً ذلك الوطء، وللاحتياط في ثبوت النسب كذلك⁶. فهو وطء لا هو زنا يحد صاحبه ولا يلحق به النسب، ولا هو وطء مستند إلى عقد نكاح، بل هو وطء مستند إلى الخطأ والغلط، وهما شبهة والشبهة تفسر لصالح الولد⁷، ذلك أن كل وطء يدراً فيه الحد، فالولد فيه يلحق بالواطئ أو بالوطء⁸.

هذا، وفضلاً عن استنباط علماء الشريعة أسباب ثبوت النسب، فقد تحرّروا أيضاً طرقاً لإثباته تمثلت في الإقرار، وخاصة الإقرار على نفس المقر⁹ -كونه يخدم جزئيتنا- أو ما يعرف بادعاء الولد أو الاستلحاق،

1 - الافتراق فيه واجب رضاء أم قضاء.

2 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.43.

3 - الحد والنسب لا يجتمعان عند المالكية إلا في ثلاثة مسائل، وهي مبتوتة (من تزوج امرأة طلقها ثلاثاً مع علمه أنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره)، وخامسة (من تزوج خامسة مع علمه بذلك)، ومحرم (من تزوج امرأة وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمة مؤبدة)، فهذه الزيجات الثلاث، يحد صاحبها لأنها محض زنا، ورغم ذلك ينسب له الولد، لأنهم يرون بأنه كان يقصد من ورائها عدم انتساب الولد له، فعاملوه بنقيض قصده. انظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي: الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج.1، مرجع سابق، ص.336. انظر أيضاً، عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.43.

4 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.43. انظر أيضاً، محمود محمد حسين: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مرجع سابق، ص.49.

5 - محمود محمد حسين: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مرجع سابق، ص.49.

6 - المرجع نفسه، ص.51.

7 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.44.

8 - باسل محمود الحافي: فقه الطفولة، أحكام النفس -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.311.

9 - ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين: إقرار على نفس المقر. وإقرار محمول على غير المقر، والثاني هو الإقرار بما يتفرع على أصل النسب، كأن يقول أحدهم هذا أخي أو عمي أوجدي. انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.693.

وهو إخبار المُقر (المخبر) بوجود قرابة معينة فيما بينه وبين المقر له (المخبر عنه)¹، ومثاله أن يقر الأب بالولد "إقرار بالبنوة"، أو الولد بالوالد "إقرار بالأبوة أو الأمومة". حيث يثبت به النسب ولو في مرض موت المستلحق. ومن شروطه، أن يقع على مجهول النسب، إلا ولد اللعان لاحتمال رجوع الملاحن وتكذيب نفسه وإلحاق ولده به²، وألا يقول المقر بأن المقر له هو ولده من الزنا³، وليس له التراجع عن إقراره، أو نفيه، أو التبرؤ منه بعد الاعتراف به⁴.

وإضافة إلى الإقرار، هناك البيئة بمعناها الخاص⁵، وهي الشهادة بالإجماع⁶، وتعني في الشريعة شهادة الشهود المعتمدة شرعا⁷، ودليل الأخذ بها ما روي «عن ابن عباس ؓ أن رسول الله ﷺ قال: ﴿لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر﴾»⁸. والبيئة التي يثبت بها النسب كالبيئة التي تثبت بها سائر الحقوق، وهي شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين⁹. وأجاز الحنفية¹⁰، في قول أبو يوسف ومحمد إضافة إلى ذلك في إثبات النسب شهادة امرأة واحدة وهي القابلة. أما المالكية¹¹، فأجازوا شهادة امرأتين دون رجل فيما لا يطلع عليه الرجال. في حين أجاز الشافعية¹²، في ذلك قبول شهادتهن منفردات، فيثبت بشهادة أربع نسوة أو رجلين، أو رجل وامرأتين. أما

- 1 - عبد الكريم زيدان: المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.393.
- 2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.690.
- 3 - عبد الكريم زيدان: المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.397.
- 4 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.61.
- 5 - إضافة إلى المعنى الخاص للبيئة الذي أخذ به جمهور الفقهاء؛ فإن لها معنى عام قال به بعضهم وهو: «كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو أمانة أو غير ذلك من كل ما يؤدي إلى معرفة الحق». انظر، أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2004، ص.20.
- 6 - حكى فيه، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي الإجماع. انظر، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، ج.2، ك. الشهادات، مرجع سابق، ص.139.
- 7 - عبد الكريم زيدان: المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.9، مرجع سابق، ص.393.
- 8 - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ج.10، ك. الدعوى والبيانات، ب. البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج. رقم 21201، مرجع سابق، ص.427.
- 9 - باسل محمود الحافي: فقه الطفولة، أحكام النفس -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.314.
- 10 - برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدى، مج.2، ج.3، ك. الطلاق، ب. ثبوت النسب، مرجع سابق، ص.355.
- 11 - محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنبلية، القسم 2، المعاملات، ك.5، الأقضية والشهادات، ب.8، مراتب الشهادات والشهود، مرجع سابق، ص.511.
- 12 - النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج.11، ك. الشهادات، ب.2، في العدد والذكورة، فرع هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى أو ولادة...، مرجع سابق، ص.253-254.

الحنابلة¹، ورغم قولهم بعدم قبول شهادة النساء بحال في النسب بل لابد من ذكرين عدلين، فإنهم استثنوا الشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، وأجازوا أن تكون بشهادة امرأة واحدة. هذا وتعتبر البينة أقوى من الإقرار، كونها أقوى الأدلة، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار وكان غير مؤكد فيحتمل إبطاله بالبينة².

إضافة إلى التطرق إلى أسباب ثبوت النسب وطرقه، فهناك قرينة³ القافة أو القيافة، وهي إلحاق نسب شخص بغيره استدلالاً بالشبه القائم بينهما، ويؤخذ بها عندما لا يوجد دليل لإثبات النسب، أو يوجد دليلان متعارضان حول إثبات النسب، فالأخذ بها هنا أولى من عدمه⁴، حيث روي «عن عائشة قالت دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور فقال: «يا عائشة ألم تَرَي أنْ مُجَزَّراً المدلجِي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»⁵.

ولأن الشرع متشوف لثبوت النسب، فقد أجاز إثباته بأدنى دليل حتى بالقرعة، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى إثبات النسب بواسطتها، وذلك عند تعارض البينتين، لتحديد أحقية أحدهما، وكل ذلك تسهيلاً لثبوت نسب الولد لأن إثباته إحياء له ونفيه قتل له⁶.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن الوالد يتمتع بامتياز انتساب الولد له فقها، لكن شريطة أن يكون ناشئاً عن علاقة شرعية أساسها الفراش، سواء كان فراشاً لنكاح صحيح، أو فاسد، أو نكاح شبهة. كما أضاف الفقه إلى ذلك طرقاً أخرى لإثباته تمثلت في الإقرار والبينة. فضلاً عن قرينة القافة، وحتى القرعة. وكل ذلك يصب في صالح الولد، لكون ثبوت نسبه لأبيه تترتب عليه جملة من الحقوق المادية والمعنوية، لعل أهمها النفقة والميراث والأهم من كل ذلك هو حق الهوية المتمثل في حمل اسم والده، حتى يكون عرضه في مأمن من الطعن فيه. ولما كان اعتراف الشرع بانتساب الولد لوالده من علاقة شرعية واضحة، فماذا عن الموقف القانوني من ذلك؟ هذا ما سنتطرق له في النقطة الموالية.

1 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج. 14، ك. الشهادات، المسألة 1883، ولا يقبل فيما سوى الأموال، مما يطلع عليه الرجال، أقل من رجلين. والمسألة 1885، ولا يقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، مثل الرضاع، والولادة... شهادة امرأة عدل، مرجع سابق، ص. 127، 134.

2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 695.

3 - القرينة هي: «كل أماره ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه. وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة». انظر، مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج. 2، ب. 9، نظرية العرف، ف. 02/75، القرائن العرفية، ط. 1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1998، ص. 936.

4 - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج. 9، مرجع سابق، ص. 405، 408.

5 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الفرائض، ب. القائف، ح. رقم 6771، مرجع سابق، ص. 1676.

6 - علي محي الدين قره داغي: (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي)، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2003، السنة 14، ع. 16، ص. 47.

ثانيا: النسب الشرعي للولد قانونا

إن ما توصل إليه علماء الشريعة الإسلامية من أحكام في مجال النسب، تجعل من الولد يتبع والده في النسب الناتج عن أسباب شرعية، استنبطوها من مقاصد الشرع وقواعده؛ هو ما حافظ عليه المشرع الجزائري في قانونه الأسري، حيث تناول النسب ضمن ثمانية (08) مواد من م40 إلى م46.

فبالنسبة إلى تبعية الولد إلى والده في النسب؛ فقد أكد عليها المشرع من خلال استهلاله لنصي المادتين 41 و43 من ق.أ بعبارة: «ينسب الولد لأبيه»، معلقا تلك التبعية على الحل والمشروعية من خلال العبارة التي جاءت في نص م41 من ق.أ: «متى كان الزواج شرعيا»، وحاصرا الأسباب والطرق -دون أن يميز بينها مثل الفقه¹- التي تثبت بواسطتها تلك التبعية فيما جاء في م40 من ق.أ: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار² أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.».

وبما أننا تطرقنا إلى أسباب، طرق وقرائن ثبوت النسب فقها؛ فإن الحديث هنا سيستوقفنا فقط على ما شابه الغموض والنقص تقاديا للتكرار. بدءًا بما عبر عنه المشرع بنكاح الشبهة، الذي يبدو بأنه قصد من ورائه الوطء بشبهة الذي تطرق إليه الفقه الإسلامي، حيث لا يعقل أن يفرق المشرع بين النكاح الفاسد، والنكاح بشبهة، ويعتبرهما سبيلين منفصلين لثبوت النسب، في حين أن الأول لا يعدو أن يكون نوعا من أنواع الثاني كما قسمه الفقهاء³. هذا، وقد كلفت المحكمة العليا الاغتصاب الثابت بحكم قضائي على أنه وطء بشبهة، يثبت بموجبه النسب، حيث جاء في قرار لها ما يلي: «الاغتصاب، الثابت بحكم قضائي، يعد وطأ بالإكراه، ويكفي بكونه نكاح شبهة، يثبت به النسب.»⁴.

1 - يوسفات علي هاشم: أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص.35.

2 - تناول المشرع الإقرار بنوعيه، حيث تطرقت م44 من ق.أ إلى الإقرار على نفس المقر كما يلي: «يثبت النسب بالإقرار بالبينة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.»، في حين تعرضت م45 من ق.أ إلى الإقرار المحمول على غير المقر كما يلي: «الإقرار بالنسب في غير البينة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.».

كما لم يشترط قضاء المحكمة العليا ثبوت الزوجية في ثبوت النسب بالإقرار. انظر، المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/03/12، ملف رقم 0860240، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.239.

3 - من بين تقسيمات الفقهاء للشبهة، شبهة العقد (وهي أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية، ويعتقد أنها تحل له، ثم يتضح بعدها أنها أخته من الرضاع مثلا)، حيث يمكن القول بأن النكاح الفاسد يندرج طي هذا النوع. انظر، عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ك. النكاح، الوطء بشبهة، مرجع سابق، ص.ص.112-114. انظر أيضا، تشوار جيلالي: (نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفجحات المستحدثة)، م.ع.ق.إ، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.3، ص.06.

4 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/05/12، ملف رقم 617374، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.294.

كما ساوى المشرع في ثبوت النسب في الزواج الباطل، بين نية الزوج الحسنة والسيئة¹، عكس ما تطرق إليه الفقهاء، الذين أثبتوا النسب فيه فقط عندما يكون حسن النية، في حين أجاز المالكية في ثلاث حالات² ثبوت النسب فيه رغم علم الزوج بالحرمة كعقاب له، وحسنا فعل المشرع بعدم التفرقة تلك، ضمانا لحق الولد في ثبوت نسبه، بعيدا عن تحميله لنتيجة نية والده إن كانت حسنة أم سيئة.

فضلا عن ذلك، فإن قيام العلاقة الزوجية، قد يكون بموجب عقد شرعي غير مسجل، يفترق إلى الرسمية التي قد تأتي لاحقة للاتصال الشرعي³، أو ما يعرف بالزواج العرفي، الذي تطرق إليه المشرع ضمنا بموجب م06 ف2⁴، حيث اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد بتوافر ركن وشروط الزواج زواجًا، ومن ثمة يثبت به النسب، طبعًا بعد رفع دعوى تثبيت الزواج العرفي بموجب م22 من ق.أ، التي تسمح بتثبيته بموجب حكم وبسعي من النيابة العامة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: «إن القضاء بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإثبات الزواج العرفي والنسب، ورفض الدعوى من جديد لعدم التأسيس رغم إثبات الزواج العرفي بمحضر تحقيق وبحكم قضائي يعد مخالفة للقانون»⁵.

أما الخطبة المنصوص عليها في م05⁶ و06 ف1⁷، والتي لم يعتبرها المشرع زواجًا، لاقتتران الفاتحة بالخطبة دون انعقاد مجلس العقد؛ فإنها تدخل في إطار العلاقات الجنسية قبل الزواج، التي تصنف في خانة الزنا، ومن ثمة لا يثبت بها نسب الولد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها، منها ما جاء فيه: «...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...»⁸، حيث اعتبر الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج، وليست زواجًا إلا إذا واكبها تحقق أركانه وشروطه، فعندها فقط تصبح فعلا زواجًا شرعيا، وكذا القرار الذي جاء في معرض تأسيسه، بأن هناك زواجًا واحدا يعترف به الشرع والقانون، هو الزواج المتوفر على أركانه وشروطه -سواء كان شرعيا أم قانونيا- وفي انعدامها لا يعد شرعيا، وما نتج عنه هو الآخر لا يعد كذلك⁹، وكذا في القرار

1 - تشوار جيلالي: (نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتتحيات المستحدثة)، مرجع سابق، ص ص.09-10.

2 - انظر، هامش ص.214 من هاته الدراسة.

3 - باديس ذيايي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2010، ص.18.

4 - تنص م06 ف2 من ق.أ على ما يلي: «غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجًا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون».

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/11/21، ملف رقم 248978، م.ق، 2001، ع.2، ص.281.

6 - تنص م05 من ق.أ على ما يلي: «الخطبة وعد بالزواج...».

7 - تنص م06 ف1 من ق.أ على ما يلي: «إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجًا».

8 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق، 1990، ع.1، ص.67.

9 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، ع.2، ص.273.

الذي جاء فيه بأن الاتصال الجنسي قبل العقد -عرفيا كان أم رسميا- يعد زنا، وابن الزنا لا ينسب إلى أبيه¹.

لنأتي بعد ذلك، إلى الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري، فيما تعلق بجوازية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لوالده من طرف القاضي²، حيث لم يحدد تلك الطرق ولم يحصر صورها، إذ هناك نوعين منها. إحداها ظنية، تتمثل في فحص الدم. والأخرى قطعية، تتمثل في فحص الحامض النووي، أو ما يعرف بالبصمة الوراثية (A.D.N)³، والتي يبدو بأن المشرع قد قصد⁴ هاته التقنية، التي رغم اعتبارها امتدادا لما عُرف سابقا بالقافة في حُلّة حديثة، إلا أنها تتميز بالدقة العالية في إثبات أو نفي العلاقة البيولوجية بين الولد ووالده أو والديه بصفة يقينية وحتمية، خاصة إذا ما روعي فيها جانب الكفاءة والنزاهة البشرية، واحترمت فيها المعايير المخبرية المطلوبة (كأخذ العينات بالقدر الكافي، تكرار التحليل، وتقادي التلوث وغيرها)⁵.

وقد ربطها المشرع بوجود الفراش، الذي يعتبر أقوى دليل على الإطلاق في ثبوت النسب، وهو ما أشار إليه في مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن ق.أ، والذي جاء فيه: «اعتماد الطرق العلمية لإثبات النسب في حدود العلاقة الشرعية»⁶.

وجعلها جوازية وفي يد القضاء وتحت تصرفه، لإبعادها عن التلاعبات. وقَصَرَ استعمالها فقط على إثبات النسب دون نفيه، الذي ترك له الطريق الشرعي الوحيد وهو اللعان⁷، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها منها: «الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" مقررّة لإثباته وليس لنفيه»⁸، كما أكدّه أيضا مجمع الفقه الإسلامي في عدة

1 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، ع.1، ص.86.

2 - باديس ذياي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.58. انظر أيضا، كريمة محروق: دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019، ص.124.

3 - البصمة الوراثية كما عرفتْها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني (الكويت، 13-15 أكتوبر 1998)، وأقر ذلك المجمع الفقهي الإسلامي (د16، مكة المكرمة، 2002) هي: «البنية الجينية "تسبة إلى الجينات أو المورثات" التي تدل على هوية كل فرد بعينه». انظر، علي محي الدين قرّة داغي: (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص.29.

4 - صالح بوغرة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، د.ر.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013، ص.80.

5 - علي محي الدين قرّة داغي: (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص.55.

6 - مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.07.

7 - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.391.

8 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 15/03/2012، ملف رقم 690718، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.268.

مناسبات منها: «لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب، ولا تقدم على اللعان»¹. ولعل ذلك راجع إلى مقصد الشارع في هذا الباب تحديدا، والمتمثل في حماية العرض والنسب والأسرة ككل من الاهتزاز والاضطراب والخدش، حيث ولسد منافذ الخوض في ذلك، أغلق باب نفي النسب إغلاقا محكما لا يفتح سوى باللعان، هذا الأخير الذي لا يستطيع أن يلجأ له سوى متضرر ومضطر، لما فيه من فضيحة وإحراج².

إلا أنه ومن جهة أخرى، ومع انخفاض الوازع الديني لدى عديد الرجال، وكذا مع ما آلت إليه اليمين اليوم -كدليل إثبات- من ترزيع لمكانتها التي كانت عليها عند أجيال السلف الصالح³؛ بات احتمال افتراء بعض الأزواج على زوجاتهم لا مناص منه، مما ينجر عنه ضياع الولد، لأن نفي نسبه هو قتل له، فضلا عن تلطيخ سمعة الزوجة، خاصة وأن اللعان وسيلة ظنية يلجأ لها الزوج في غياب الشهادة على ذلك، وتعدّر إقامته للدليل على ما يدعيه⁴، لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾⁵.

لذا، ومع وجود تقنية البصمة الوراثية التي لا تدع مجالا للشك، والتي من شأنها أن تكون المدافع عن عرض الزوجة التي قد يتهمها زوجها بهتاناً وزورا، وكذا الحامية للطفل الذي قد يطلب والده نفي نسبه منه تتصلا من المسؤولية تجاهه؛ كان على المشرع أن يلزم القاضي بالاستجابة إلى الزوجة إذا ما طلبت إخضاع زوجها والولد على البصمة الوراثية، أو أن يجعلها مرافقة بصفة آلية وإلزامية لكل لعان وسابقة له، وإذا رفض الزوج ذلك، عدّ رفضه قرينة قوية على كذبه، دون الالتفات إلى العوائق القانونية المتمثلة أساسا في عدم إجبار الشخص على تقديم أدلة ضد نفسه وغيرها، كون مصلحة الطفل في إثبات نسبه تفوق كل اعتبار⁶.

وهكذا، لنوازن بين المركز القانوني للزوجين، وننصف الزوجة المظلومة، حيث مع تمتع الزوج بالحق في اللعان إذا ما شك في نسب ولده، يصبح للزوجة أيضا الحق في طلب دفع ذلك الشك عنها وعن الولد بطلب اللجوء إلى البصمة الوراثية. فإذا جاءت نتيجتها مؤكدة لنسب الولد فللزوج سبيلان، إما أن يتراجع عنه، وإما أن يصر عليه إذا كان متيقنا من خيانة زوجته ولم يكن له دليل على ذلك، فقد تقترب تلك الأخيرة

1 - مجمع الفقه الإسلامي الدولي: قرار رقم 194 (09/20) بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)، (د20)، وهران، الجزائر، 13-18 سبتمبر 2012. انظر، صفحة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات، <http://www.iifa-aifi.org/2364.html>، تاريخولوج 2019/12/28، سا. 12:00.

2 - علي محي الدين قرّة داغي: (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي)، مرجع سابق، ص ص. 48، 53.

3 - نزار كريمة: (نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية)، م.ع.ق.إ.، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.7، ص.201.

4 - صالح بوغرة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص.85.

5 - سورة النور: آية 06.

6 - بلحساني الحسين: (أحكام النسب في مستجدات قانون الأسرة)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.161.

الزنا، إلا أن الولد قد يكون سبق له وأن عُلّقَ في رحمها قبل ذلك من زوجها¹، فيبقى أثر اللعان هنا سارياً فقط فيما تعلق بالفرقة بينهما، فيما يُعطّل ذلك الأثر بالنسبة لنسب الولد الذي يلحق به رغماً عنه. أما إذا جاءت نتيجتها نافية لنسبه، فللزواج اللعان بضمير مرتاح، ويرتب اللعان هنا جميع آثاره من فرقة وقطع نسب الولد منه، شريطة ألا ينتفي إلا به حفاظاً على قواعد الشريعة الإسلامية.

وتدعيماً لما قلناه، فقد جاء تقرير اللجنة العلمية التي طلب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشر (15) تشكيلها لدراسة البصمة الوراثية؛ ينطوي على جوازية اللجوء إليها لمنع الوصول إلى اللعان². فضلاً عن دار الإفتاء المصرية التي أصدرت فتوى في هذا الشأن، أثبتت بواسطتها نسب الطفلة المطلوب نفي نسبها، بموجب تقرير الخبرة الطبية -بناءً على طلب الزوجة- الذي أثبت ذلك، والتفريق بين الزوجين المتلاعنين للأبد³.

هذا، ورغم تماشي المشرع مع التطورات العلمية في هذا الجانب؛ فإنه لم يعط البصمة الوراثية حصتها من التتبع القانوني بما تستحقه من عناية، حيث لا يكفي للإحاطة بها فقرة واحدة من مادة واحدة. لذا، كان عليه النص على شروطها، الضوابط التي تحكمها، المجالات التي يسمح فيها باستعمالها، ضماناتها وكذا موانعها.

وبعد أن تعرضنا إلى آليات إثبات النسب الشرعي للولد قانوناً، وتبعيته في ذلك إلى والده؛ فإن المشرع قد ضبط تلك الآليات بشروط حددتها م41 من ق.أ. بنصها: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة».، حيث اشترطت مشروعية العلاقة الزوجية، وقد أكدت ذلك م04 من ق.أ. التي نصت على ما يلي: «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...». فضلاً عن إمكانية الاتصال بين الزوجين، شأنها شأن ما قال به الجمهور من المالكية، الشافعية والحنابلة -كما سبق- كبعد المسافة بين مشرقى ومغربية، أو صبي وقت الحمل، أو خصي أو محبوب وغيرهما ممن يتعذر عليهم إمكانية التلاقي والوطء⁴. إلا أنه هنا، كان على المشرع وما دام أنه قد أجاز في تعديل 2005 اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بموجب م45 مكرر⁵ من ق.أ. -وفق ضوابط معينة-؛

1 - نزار كريمة: (نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية)، مرجع سابق، ص.208.

2 - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2003، السنة 14، ع.16، ص.295.

3 - القضية رقم 635 لسنة 1995 شمال القاهرة. للاطلاع على حيثياتها بالتفصيل راجع، أنس حسن محمد ناجي: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، د.ر. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010، ص.317-330.

4 - سيد عبد الله علي حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص.270.

5 - تنص م45 مكرر من ق.أ. على ما يلي: «يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: -أن يكون الزواج شرعياً، -أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، -أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، -لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.».

أن يستثنى من شرط إمكان الاتصال بين الزوجين، حالة التلقيح الاصطناعي. إضافة إلى الشرطين السالفي الذكر، هناك شرط آخر يتمثل في عدم نفي الوالد لولده بالطرق المشروعة، تلك الطرق التي لم يحدد المشرع ماهيتها، مما ينبغي الرجوع معه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب م222 من ق.أ، التي حصرتها في اللعان¹.

ثم حددت م42 من ق.أ أدنى مدة الحمل بستة (06) أشهر، وهو ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، دون أن تبين من أين يبدأ حساب تلك المدة، هل من تاريخ العقد أم الدخول؟ لاحتمال وجود فارق زمني بينهما. لذا، نشاطر الأستاذ بن شويخ الرأي، في اعتماد تاريخ الزواج من حيث الأصل، وجعله قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، لأن العبرة في الإنجاب لا يكون إلا بالدخول وبتلاقي الزوجين².

كما حددت ذات المادة أقصى مدة الحمل بعشرة (10) أشهر، وهي المدة التي شهدت خلافاً بين الفقهاء، حيث وازن المشرع في موقفه هذا بين المدة التي قال بها كل من محمد بن عبد الحكم من المالكية والمقدرة بسنة قمرية، وبين المدة التي قال بها ابن حزم الظاهري والمقدرة بتسعة (09) أشهر، لتكون بينهما، أخذاً بالرأي الطبي الذي يجعل من مكوث الطفل في رحم أمه أكثر من تسعة (09) أشهر أمراً مستبعداً إلا في حالات استثنائية³، تلك الحالات هي ما وضعها المشرع في الحسبان، حينما مدد المدة القصوى إلى عشرة (10) أشهر.

ثم حددت م43 من ق.أ التاريخ الذي تحتسب منه أقصى مدة الحمل بنصها: «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة». إلا أن عبارة "الانفصال" تبقى مبهمة في نظرنا، فهل المقصود بها تاريخ تباعد الزوجين بسبب الشقاق الذي قد يسبق صدور الحكم به⁴، أم الطلاق القضائي؟ وهل يقصد بها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، تاريخ الطلاق الشرعي أو العرفي (الفعلي) الذي يبدأ من تاريخ تلفظ الزوج به، أم الطلاق القضائي الذي يبدأ من تاريخ صدور الحكم به؟

بالرجوع إلى م60 من ق.أ نجدها حددت أقصى مدة الحمل بعشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فضلاً عن ذلك فإن المحكمة العليا قد جاء في أحد قراراتها: «ينسب الولد لأبيه، إذا ولد خلال المدة المحددة قانوناً، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق»⁵. لكن، ووفقاً لهذا الطرح، فإن الإشكال يثار على المستوى العملي، خاصة ما تعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الذي يقع بمجرد تلفظه به

1 - عبد الحميد عيدوني: (حق النسب في التشريع الأسري بين مصلحة الطفل وسياس النظام العام)، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/03/09، مج.2، ع.1، ص.39-40.

2 - بن شويخ رشيد: (الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء)، م.ع.ق.إ، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.3، ص.36.

3 - تشوار جيلالي: (نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة)، مرجع سابق، ص.22.

4 - بن شويخ رشيد: (الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء)، مرجع سابق، ص.37.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/03/23، ملف رقم 330464، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.293.

(الطلاق العرفي)، والذي لم يأخذه المشرع في الحسبان، نظرا لاعتداد م 49 من ق.أ فقط بطلاق القاضي، وما من شأنه أن يحدثه من مشاكل على مستوى حساب المدة القصوى الحقيقية.

وموقف المشرع الجزائري هذا، في ضمان تبعية الولد لوالده، وقصره فقط على العلاقة الشرعية، قد تبناه أيضا المشرع المغربي بموجب م 150¹ من المدونة، وقيده هو الآخر بأسباب شرعية (الفراش صحيحا أم باطلا شريطة حسن نية الزوج² أم فاسدا-، الإقرار والشبهة) بموجب م 152³، إضافة إلى وسائل أخرى قررهما لإثبات النسب كشهادة عدلين، أو بينة السماع، أو الخبرة القضائية وجميع الوسائل المقررة شرعا بموجب م 158⁴، هذا وقد كان المشرع المغربي صريحا في الاعتراف بنسب الولد الناتج خلال فترة الخطبة وفق شروط معينة كمستجد في المدونة⁵ بموجب م 156⁶، حيث صنفها ضمن ما يثبت به النسب للشبهة، إلا أننا لا نرى في الخطبة أي غلط أو ظن، كما أجاز نفي النسب باللعان أو بخبرة تفيد القطع بموجب م 153⁷. أما المشرع التونسي، فهو الآخر قد جعل من الشرعية أساسا لارتباط الولد بوالده نسبا، وحدد سبل ذلك والمتمثلة في الفراش صحيحا أم فاسدا-، أو إقرار الأب، أو شهادة عدلين فأكثر⁸، وذلك بموجب الفصل 68⁹ من م.أ.ش.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية قد منح للوالد وسام انتساب ولده الشرعي له، الناتج عن السبب الأصيل في ذلك وهو الزواج، صحيحا كان أم فاسدا أم وطأً بشبهة، فضلا عن سبيلي البينة والإقرار، ومدعما ذلك بتقنية البصمة الوراثية، قاطعا بذلك الطريق أمام العلاقات غير الشرعية كسبيل لثبوت النسب من الوالد. ومن ثمة، ويقصر المشرع النسب الشرعي وما يترتب عنه من حقوق وواجبات في مقدمتها اللقب العائلي على الوالد؛ يكون قد ميز بين المركز القانوني

- 1 - تنص م 150 من م.أ على ما يلي: «النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف».
- 2 - حيث وبالرجوع إلى م 58 من م.أ نجدها تنص بصدد تصريح المحكمة ببطان الزواج على ذلك كما يلي: «...كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».
- 3 - تنص م 152 من م.أ على ما يلي: «أسباب لحوق النسب: 1- الفراش؛ 2- الإقرار؛ 3- الشبهة».
- 4 - تنص م 158 من م.أ على ما يلي: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية».
- 5 - عبد الكريم الطالب: التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغام ومراغم عشر سنوات من التطبيق، مرجع سابق، ص 115.
- 6 - تنص م 156 من م.أ على ما يلي: «إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛ ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما. تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن. إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب».
- 7 - تنص م 153 من م.أ على ما يلي: «...لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة».
- 8 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص 309.
- 9 - ينص الفصل 68 من م.أ.ش على ما يلي: «يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر».

للوالدين فيما تعلق بالنسب إجمالاً، مخالفاً بذلك ما جاءت به اتفاقية سيداو بموجب م16 ف (ز) التي جاء فيها: «نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، والمهنة، والوظيفة.».

وإذا كان النسب الشرعي للولد، قد اتفقا كل من الفقه والقانون على جعله فخراً يتبع الوالد، فماذا عن النسب الطبيعي أو الناتج عن العلاقة غير الشرعية (الزنا)؟ هل أخذ الفقه والقانون بحقيقته كون الولد خلق فعلاً من ماء الزاني، وبالتالي يتبع والده البيولوجي نسباً، أم أقصياه من دائرة النسب مطلقاً، وجعله تابعاً فقط طبيعياً لوالدته؟ وإذا ألحقاه بوالدته فهل سمحاً لها بمنحه لقبها أم لا؟ هذا ما نتعرض له بالدراسة في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

انتساب الولد طبيعياً لوالدته في العلاقة غير الشرعية بين الفقه والقانون

إذا حدث وأن ارتبط الرجل والمرأة بصفة غير شرعية؛ فإن ما يترتب على ذلك الارتباط هو الآخر يكون حاملاً لتلك الصفة غير الشرعية بالضرورة كما هو الشأن بالنسبة للنسب. وعدم شرعية الفراش، هي السبب التي أسقط بموجبها جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية نسب الولد عن والده، جاعلين إياه لاحقاً بوالدته، التي ألبسوها عار النسب غير الشرعي - باستثناء ثلثة من الفقهاء كما سيأتي - (أولاً)، وإذا كان موقف جمهور الفقهاء واضحاً في قطع نسب الولد غير الشرعي من والده وإلحاقه بوالدته؛ فإن القانون قد أغفل الأمر، غيبه ولم يعره أية أهمية، مما يحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية (ثانياً).

أولاً: النسب الطبيعي للولد فقهاً

إذا كان دليل صلاحنا في هاتاه الدنيا، هو أن نأتمر بما أمرنا به العزيز الحكيم، وننتهي عما نهانا عنه العليم الخبير؛ فإن النفس الأمارة بالسوء، إذا اجتمعت مع شيطانها، من شأنها أن تُسَوِّلَ لصاحبها فعل الحرام. وهكذا هو الحال فيما تعلق بفاحشة الزنا، التي حرّمها الله في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوَاجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾¹.

وإذا كان الفقه الإسلامي، قد اتفق على جعل النسب تابعاً في الأصل إلى الوالد² إجمالاً³، مع تعليقه له على وجود الفراش الشرعي وما يلحق به؛ فإن لذلك الأصل استثناء ألا وهو الزنا. حيث أقصى ذات الفقه أولاد الزنا من دائرة الانتساب إلى الزاني، إذا ولدوا على فراش رجل آخر، سواء استلحقهم الزاني أم لا.

1 - سورة الإسراء: آية 32.

2 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ف. الحكم السابع: إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه، إلحاق ولد اللعان بأمه، مرجع سابق، ص.360.

3 - حكى هذا الإجماع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ج.5، ك. اللعان، مرجع سابق، ص.585.

بمعنى، إذا كانت الزانية متزوجة، ولهذا الولد فراش، وأنت به لستة (06) أشهر من زواجها، فهنا يتبع الولد صاحب الفراش الذي هو الزوج، ولا ينتفي عنه إلا بملاعنته لزوجته، ولا يتبع الزاني، سواء استلحقه أم لا¹. وقد أجمع العلماء على هذا². كما أقصى الفقه أيضاً، أولاد الزنا من دائرة الانتساب إلى الزاني، حتى ولو ولدوا على غير فراش، إذا لم يستلحهم الزاني. بمعنى، إذا كانت الزانية غير متزوجة، وليس لهذا الولد فراش، إلا أن الزاني لم يستلحقه، فإنه لا يلحقه كذلك، ويتبع والدته³.

في حين، اختلف الفقه في نسب أولاد الزنا، إذا ولدوا على غير فراش، واستلحقهم الزاني إلى قولين مشهورين، حيث قال ابن القيم⁴ عن هاته المسألة بأنها: «جليلة اختلف أهل العلم فيها»، وقال ابن رشد⁵: «...وشذ قوم فقالوا: يلحق ولد الزنى في الإسلام»، وقال ابن قدامة⁶: «وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش».

حيث ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁷، الحنفية⁸، الشافعية⁹، الحنابلة¹⁰ والظاهرية¹¹، إلى أن ولد الزنا لا يلحق بالزاني وإن استلحقه ويلحق بوالدته، وكان هذا بمثابة الأصل. وإلى هذا الأصل، ذهب بعض

- 1 - محمد بن سعد بن فهد الدوسري: (أحكام تبعية الولد لوالديه)، مرجع سابق، ص.428.
- 2 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإشراف على مذاهب العلماء، مج.5، ك. اللعان، ط.1، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص.314.
- 3 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): الفتاوى الكبرى، ج.5، ك. اللعان، ب. ما يلحق من النسب، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1987، ص.508، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، مج.7، ك. اللعان وما يلحق من النسب، مرجع سابق، ص.45، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. الفرائض، ب. ذوي الأرحام، مسألة رقم 1039، مرجع سابق، ص.123. ومحمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.13، ك. اللعان، مرجع سابق، ص.319.
- 4 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص.381.
- 5 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ك. الفرائض، ب. في الحجب، من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث...، مرجع سابق، ص.358.
- 6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. الفرائض، ب. ذوي الأرحام، مسألة رقم 1039، مرجع سابق، ص.123.
- 7 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج.9، ك. الإقرار، مرجع سابق، ص.306.
- 8 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.6، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ، ص.241.
- 9 - محمد بن إدريس الشافعي: الأم، ج.10، اختلاف الحديث، ب. نفي الولد، مرجع سابق، ص.254-255.
- 10 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. الفرائض، ب. ذوي الأرحام، مسألة رقم 1039، مرجع سابق، ص.123، انظر أيضاً، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، ج.9، ك. الطلاق، ب. ما يلحق من النسب، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت/دار المؤيد، الرياض، 2003، ص.225-228.
- 11 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.10، أحكام الاستبراء، مسألة 2009، والولد يلحق في النكاح الصحيح... ونفي أولاد الزنى جملة...، مرجع سابق، ص.142.

الفقهاء المعاصرون، حيث ورد في فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء رقم 6499، وكذا رقم 3408 بأن ولد الزنا يُقَطع نسبه من والده، ولا يرثه، وينسب إلى والدته¹. وهو ما قال به أيضا محمد بن إبراهيم² في فتواه رقم 3226: «ولد الزنا لا يلحق بالزاني ولا يسمى ولدا له». ونفس الحكم قال به الشيخ بن باز³ كذلك: «الذي زنا بها... ليس عليه شيء من النفقة، وليس هو ولدا له... والولد لها هي ينسب إليها، وعليها نفقته»، وإليهم انضم الإمام أبو زهرة برأيه⁴.

واستدلوا على ذلك من السنة، بما روي «عن عائشة ؓ قالت: كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إليّ فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي ﷺ: ﴿هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر﴾⁵. ثم قال لسودة بنت زمعة: ﴿احتجبي منه﴾، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله»⁶. ووجه الاستدلال به، هو عموم قول النبي ﷺ، الذي يشمل حالة استلحاق الزاني للولد وحالة عدمه، كما يشمل حالة كون الزانية ذات فراش وحالة انعدامه⁷.

كما استدلوا بأحاديث أخرى مفادها إبطال الرسول إلحاق نسب أولاد الزنا لوالديهم في الإسلام⁸ منها، ما روي «عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قام رجل فقال: يا رسول الله، إن فلانا ابني

1 - أحمد عبد الرزاق الدويش: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مج. 20، الطلاق، لحوق النسب، ط. 5، دار المؤيد، المملكة العربية السعودية، 2003، ص. 343، 387.

2 - محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق محمد بن عبد الرحمان بن قاسم، ج. 11، ك. اللعان، ف. فيما يلحق من النسب، ط. 1، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1399هـ، ص. 146.

3 - عبد العزيز بن عبد الله بن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع وترتيب محمد بن سعد الشويعر، ج. 28، د. ر. ط. د. د. ن، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 124.

4 - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 388-389.

5 - العاهر هو الزاني، يقال: عهر أي زنى. وله الحجر، أي الخيبة حيث لا شيء له في الولد، وقيل الرجم بالحجارة إذا كان محصنا. انظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ج. 12، ك. الفرائض، ب. الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ح. رقم 6750، مرجع سابق، ص. 37.

6 - سبق تخريجه في ص. 212 من هاته الدراسة.

7 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج. 13، ك. اللعان، مرجع سابق، ص. 308.

8 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص. 382.

عاهرت بأمه في الجاهلية، فقال رسول الله ﷺ: ﴿لَا دِعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ، ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ، الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ﴾¹.

واستدلوا من المعقول، بأن ثبوت النسب شرف ونعمة، وجريمة الزنا لا تثبت بها النعمة، بل يستحق فاعلها النعمة، فيحرم من نسب ابنه، كي يعامل بنقيض قصده². وقالوا أيضاً، بأنه لا يمكن معرفة الفاعل الحقيقي، لأن الإخبار يكون من جهته وجهتها، وهما فاسقان لا شهادة لهما³، وغيرها.

في حين، خالفت ثلثة من علماء الشريعة الإسلامية، المشهود لهم بالعلم والعمل، جمهور الفقهاء، وقالوا بأن الولد يلحق بالزاني ويتبعه في النسب، إذا استلحقه، ولم تكن أمه فراشاً⁴. وهو مذهب الحسن البصري، ابن سيرين، إبراهيم النخعي، إسحاق بن راهوية، عروة بن الزبير، سليمان بن يسار، عطاء بن رباح، عمرو بن دينار⁵، أبو حنيفة فيما رواه عنه علي بن عاصم⁶، وهو ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية⁷، وابن القيم⁸، وكان هذا بمثابة الاستثناء. وإلى هذا الاستثناء، ذهب بعض الفقهاء المعاصرون منهم، سعد بن ناصر الخثلان، خالد المصلح، يوسف بن عبد الله الشيبلي، علي محي الدين القره داغي، نايف العجمي،

1 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج. 3، ك. الطلاق، ب. الولد للفراش، ح. رقم 2274، مرجع سابق، ص. 586.

2 - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 388-389.

3 - سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - دراسة فقهية مقارنة -، ط. 1، مكتبة وهبة، القاهرة-مصر، 2010، ص. 391.

4 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج. 3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص. 23.

5 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): الفتاوى الكبرى، ج. 5، ك. اللعان، ب. ما يلحق من النسب، مرجع سابق، ص. 508. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص. 381-382. وأبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: المصنف، ج. 7، تابع ك. الطلاق، ب. ميراث اللقيط، ط. 2، منشورات المجلس العلمي، الهند، بطلب من المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، ص. 453.

6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج. 9، ك. الفرائض، ب. ذوي الأرحام، مسألة رقم 1039، مرجع سابق، ص. 123.

7 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): الفتاوى الكبرى، ج. 5، ك. اللعان، ب. ما يلحق من النسب، مرجع سابق، ص. 508.

8 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص. 381-382.

عقيل بن محمد المقطري، هاني الجبير، الذواذي قوميدي، نور الدين الخادمي¹، محمد بن سعد بن فهد الدوسري²، سعد الدين مسعد هلال³، الشيخ العثيمين⁴، عبد الله ابن الطاهر⁵ وغيرهم.

حيث قال ابن القيم⁶: «هذه مسألة جلية اختلف أهل العلم فيها، فكان إسحاق بن راهوية يذهب إلى أن المولود من الزنى إذا لم يكن مولوداً على فراش يدّعيه صاحبه، وادعاه الزاني، ألحق به، وأول قول النبي ﷺ: ﴿الولد للفراش﴾، على أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش، كما تقدم، وهذا مذهب الحسن البصري، رواه عنه إسحاق بإسناده، في رجل زنى بامرأة، فولدت ولداً، فادّعى ولدها فقال: يُجلد ويلزمه الولد، وهذا مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار ذكر عنهما أنهما قالوا: أيّما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له، وأنه زنى بأمه ولم يدّع ذلك الغلام أحد، فهو ابنه، واحتج سليمان، بأن عمر بن الخطاب كان يُلِيطُ⁷ أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثر من ﴿الولد للفراش﴾ وصاحب هذا المذهب أول قائل به، والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدّع غيره؟ فهذا محض القياس، وقد قال جريج للغلام الذي زنت أمه بالراعي: من أبوك يا غلام؟ قال: فلان الراعي⁸، وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب.» .

كما قال الشيخ العثيمين⁹، عندما سئل عن حديث الولد للفراش وللعاهر الحجر: «...أما إذا كان لا منازع للزاني، واستلحقه فله ذلك ويلحق به، وهذا القول هو الراجح المناسب للعقل، وكذلك للشرع عند

1 - نور الدين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، (د20)، مكة المكرمة، 25-29 ديسمبر 2010، ص ص 10-11.

2 - محمد بن سعد بن فهد الدوسري: (أحكام تبعية الولد لوالديه)، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية الفقهية السعودية، المملكة العربية السعودية، 2015، ع.29، ص.431.

3 - سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية -دراسة فقهية مقارنة-، مرجع سابق، ص ص 393-396.

4 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.12، ك. النكاح، ب. المحرمات في النكاح، ط.1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ص.127.

5 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.33.

6 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ف. ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص ص 381-382.

7 - يُلِيطُ بمعنى يُلحِق. انظر، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ج.8، ك. الفرائض، ب. ميراث ولد الملائنة، مرجع سابق، ص.162.

8 - جزء من حديث رواه البخاري. انظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. أحاديث الأنبياء، ب. قول الله: ﴿وَأَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَرْيَمَ إِذِ انْتَبَذَتْ مِنْ أَهْلِهَا﴾، ح. رقم 3436، مرجع سابق، ص.852.

9 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.12، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.127.

التأمل». كما روى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: «لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له»¹.

واستدلوا على ذلك من الكتاب، بقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾²، ووجه الاستدلال، هو أن الآية الكريمة توجب نسبة الولد لوالده، وتشتترط لذلك مجرد العلم به مطلقاً، سواء كان من نكاح أو من زنا، وسواء كان في الجاهلية أو في الإسلام³. وكذا قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ...﴾⁴. ووجه الاستدلال، هو أن الله تعالى حرم المذكورات في الآية إضافة إلى حليلة الابن الذي من الصلب، وابن الزنا لم يأت من العدم، وإنما جاء من الصلب أيضاً⁵. وقوله أيضاً: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾⁶. ووجه الاستدلال، أن الله تعالى جعل النسب والصهر من ماء المنى على سبيل الإطلاق، ولم يحدد إن كان لابد أن يكون من جماع حلال أم حرام⁷.

أما من السنة، فقد استدلوها هم الآخرون بما روي عن عائشة ؓ أن النبي ﷺ قال: ﴿...الولد للفرش وللعاهر الحجر﴾⁸. ووجه الاستدلال، أنه جعل الولد للفرش دون العاهر، إذا كانت المرأة متزوجة، أما إذا لم تكن فرasha (متزوجة) فلم يتناوله الحديث⁹. حيث يقتضي الأمر عبارتين متلازمتين هما، وجود فرash وعاهر، وهو ما اختاره ابن تيمية، فيما نقله عنه العثيمين¹⁰. كما أن الرسول ﷺ عندما طلب من سودة الاحتجاب من الغلام، رغم حكمه بأنه أخوها، لما رأى الشبه بينا وبينه وبين عتبة؛ دليل على اعترافه ضمنياً بانتساب الولد للزاني حقيقة¹¹.

1 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. الفرائض، ب. ذوي الأرحام، مسألة رقم 1039، مرجع سابق، ص.123.

2 - سورة الأحزاب: آية 05.

3 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.25.

4 - سورة النساء: آية 23.

5 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.25.

6 - سورة الفرقان: آية 54.

7 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.25.

8 - سبق تخريجه في ص.212 من هاته الدراسة.

9 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.32، ك. النكاح، ب. المحرمات في النكاح، مرجع سابق، ص.113.

10 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.13، ك. اللعان، مرجع سابق، ص.308.

11 - سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية -دراسة فقهية مقارنة-، مرجع سابق، ص.385.

كما استدلو أيضاً، بعدة أحاديث نذكر منها ما روي «عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: ﴿...كان في بني إسرائيل رجل يقال له جريج كان يصلي، فجاءته أمه فدعته، فقال: أجيئها أو أصلي؟ فقالت: اللهم لا تُمِتْهُ حتى تُريَهُ وجوه المؤمنين، وكان جريج في صومعته، فتعرضت له امرأة وكلمته فأبى، فأنت راعيا فأمكنته من نفسها، فولدت غلاما، فقالت: من جريج، فأتوه فكسروا صومعته وأنزلوه وسبوه، فتوضأ وصلى، ثم أتى الغلام فقال: من أبوك يا غلام؟ فقال: الراعي، قالوا: نبني صومعتك من ذهب؟ قال: لا، إلا من طين...﴾¹. ووجه الاستدلال به، أن النبي ﷺ أقر في هذه القصة نسبة الولد لوالده من الزنا، فكان دليلا على جوازه². وهو ما قال فيه ابن القيم: «وَهَذَا إِنْطَاقٌ مِنَ اللَّهِ لَا يُمَكِّنُ فِيهِ الْكَذِبُ»³.

ومن القياس، ذكر القائلون بهذا الرأي، بأن قطع نسب ولد الزنا من والده، الذي كان سببه انعدام علة الانتساب لديه المتمثلة في الفراش الشرعي، الذي وضعه الفقهاء كقرينة للدلالة على الوطء الناتج عنه الولد كونه أمر خفي وسري، وإلحاقه بوالدته في جميع الأحوال، لثبوت علة الانتساب لديها المتمثلة في الحمل والولادة الظاهرين⁴؛ فإنه حاليا ومع وجود البصمة الوراثية، بات ذلك الحكم ضعيفا، حيث أصبح بالإمكان أن يقاس الأب عن الأم في تحقق علة الانتساب لدهما، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما⁵، والقاعدة الفقهية تقول: «الوصف المعرف للحكم إن كان وصفا ظاهرا منضبطا لم يُعَدَّلْ عنه إلى غيره... وإن كان وصفا خفيا أو غير منضبط أُقيمت مَظِنَّةُ مقامه»⁶.

أما من المعقول، فقد استدلو بأن هذا الولد متولد من ماء الزاني، فهو ابنه قدرا وكونا، ولا يوجد دليل شرعي صريح يمنع من إلحاق نسبه به، إذ الأدلة تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي⁷، كقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾⁸، وكذا: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾⁹. حيث قال ابن تيمية وجماعة من

1 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. أحاديث الأنبياء، ب. قول الله: ﴿وَأَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَرْيَمَ إِذِ انتَبَذَتْ مِنْ أَهْلِهَا﴾، ح. رقم 3436، مرجع سابق، ص. 852.

2 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج. 3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص. 27.

3 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص. 382.

4 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج. 17، ك. الدعوى، ب. الدعوى في النتائج، مرجع سابق، ص. 70.

5 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج. 3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص. 27.

6 - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، ج. 2، الفرق 98 بين قاعدة البقاع جعلت المظان منها معتبرة...، ط. خاصة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2010، ص. 177.

7 - سعد الدين مسعد هاللي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية - دراسة فقهية مقارنة-، مرجع سابق، ص. 383.

8 - سورة الأحزاب: آية 05.

9 - سورة النساء: آية 23.

العلماء: «إن هذا الولد ثبت كونه للزاني قدرا ولم يعارضه حكم شرعي فلا نهمل الحكم القدري بدون معارض...»¹، كما قال الشيخ العثيمين: «الولد للزاني وذلك لأن الحكم الكوني الآن لا يعارضه حكم شرعي فكيف نلغي هذا الحكم الكوني مع أننا نعلم أن هذا الولد خلق من ماء هذا الرجل؟ فإذا استلحقه، وقال: هو ولده فإنه له»².

ومن خلال عرض كلا الموقفين، وما توصل له العلم في مجال البصمة الوراثية؛ فإننا بدورنا نشاطر وبشدة أصحاب الموقف الثاني، الذين قالوا بانتساب ولد الزنا إلى والده، إذا أراد استلحاقه، ولم تكن أمه فراشا. ذلك أنهم رغم قلتهم إلا أنهم أعلام «لا ينكر أحد مكانتهم في الفقه والحديث»³. كما أن أدلتهم اتسمت بالقوة والتماسي مع المنطق وروح العصر، حيث نعت ابن القيم قولهم بالقوة والوضوح، وأن القياس الصحيح يقتضيه⁴. كما قال عنه الشيخ العثيمين بأنه قول راجح مناسب للعقل والشرع عند التأمل⁵. لأن في ذلك مصالح متعددة منها، حفظ نسب الولد من الضياع، وعدم تعييره لعدم نسبته إلى رجل معين⁶. وكذا الالتزام بتربيته، الإنفاق عليه وتولي أموره، لعدم تشرده ونشأته حاقدا على مجتمعه، الذي جذَّ نسبه مُحَمَّلا إياه جريرة والديه، حيث لا ذنب له ولا جناية حصلت منه في ذلك⁷، ونحن من أمرنا الله في مواطن عديدة بألا نُحْمَلْ نفسا حِمْلَ غيرها، حيث قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁸، وفي هذا قال المَعْرِي: "هذا جناه أبي علي وما جنيت على أحد". لذا، فعلينا أن ننظر إلى أولئك الأبرياء بعين من الرحمة والشفقة، وأن نسمح بثبوت نسبهم وفقا للضوابط التي قال بها أصحاب الموقف الثاني، وأن نُمضي قولهم كما أمضى عمرؓ الطلاق الثلاث عندما تقشَّى وازداد إيقاعه بين الناس⁹، وذلك لتحقيق العدل والمساواة بين الرجل والمرأة، حتى يتحمل كل واحد منهما حظه مما كسبت يده، فمن الظلم والإجحاف بحق المرأة أن تُشَرَّفَ الرجل بالنسب الشرعي، في حين نحملها وحدها مَعَرَّةَ النسب غير الشرعي، والاتقان قد اشتركا في نفس الرذيلة.

1 - ابن حجر العسقلاني: شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج.5، ك. الرجعة، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن، ص.129.

2 - المرجع نفسه: ص.127.

3 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.33.

4 - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ف. ف. في القافة، لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فهل يلحقه نسبه؟، مرجع سابق، ص.381.

5 - محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج.12، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.127.

6 - المرجع نفسه، ج.13، ك. اللعان، ص.308.

7 - محمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، أقسام الدراسات العليا، 1975، ص.759.

8 - سورة الأنعام: آية 164، سورة الإسراء: آية 15، سورة فاطر: آية 18، وسورة الزمر: آية 07.

9 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.33.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن جمهور الفقهاء، قد قطعوا نسب ولد الزنا من والده، جاعلين إياه لاحقا بوالدته، لثبوت علة الانتساب لديها، المتمثلة في الحمل والولادة الظاهريين، حيث قال تعالى: ﴿إِنْ أُمّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾¹، وكذا لما روي «عن واثلة بن الأسقع، عن النبي ﷺ، قال: ﴿المرأة تحرز ثلاثة مواريث: عتيقها ولقيطها، وولدها الذي لا عنت عنه﴾»²، مفرقين وفقا لذلك بين البنوة الشرعية وغير الشرعية، جاعلين الأولى من حليف الوالد، في حين ألحقوا بالوالدة البنوة مطلقا شرعية كانت أم غير شرعية. إلا أن رأيهم هذا لم يعرف إجماعا، نظرا للخلاف الذي حصل من قبل بعض العلماء الأجلاء، الذين أجازوا إلحاق نسب ولد الزنا بوالده، إذا لم تكن والدته فراشا، وأراد والده استلحاقه. وإذا كان الموقف الفقهي واضحا من هاته المسألة، فهل سار القانون على هدى ما توصل إليه جمهور الفقهاء، أم رسم خطوة جريئة مستندا فيها على رأي من خالفهم، أم أنه تجاهل الأمر تماما وسكت عنه؟ هذا ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا: النسب الطبيعي للولد قانونا

العلاقة الجنسية خارج إطار الزواج وإن كانت محرمة ومعاقب عليها شرعا؛ فإنها من وجهة نظر القانون يبقى العقاب عليها مقيدا بعدة قيود كضرورة كون أحد طرفيها أو كليهما متزوجا، ووفقا لشروط معينة كذلك³، وهو ما جاء في م4339 من القانون رقم 82-04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

أما عن الولد الطبيعي الذي قد ينجم عن تلك العلاقة؛ فالمشرع الجزائري قد أغفل التطرق إلى نسبه قبل التعديل⁵ وبعده⁶، مما يُضمر على عدم اعترافه به، حيث سكت عنه ولم ينسبه صراحة لا إلى والدته كما قال به جمهور الفقهاء، ولا إلى والده الطبيعي شريطة أن يعترف به وألا تكون والدته فراشا كما قال به ثلثة الفقهاء المخالفين، ولا إلى والده الطبيعي مطلقا دون شرط ولا قيد كما ذهب إليه بعض القوانين وعلى رأسها الغربية تمثيلا بالقانون الفرنسي، الذي لم يفرق بين الولد الشرعي والطبيعي، ولا بين الوالد والوالدة من حيث

1 - سورة المجادلة: آية 02.

2 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.4، ك. الفرائض، ب. ميراث ابن الملائكة، ح. رقم 2906، مرجع سابق، ص.532.

3 - عمري عبد القادر: (إستلحاق النسب وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدينة، 2018/06/09، مج.4، ع.1، ص.01.

4 - تنص م339 من ق.ع على ما يلي: «...ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة.».

5 - تشوار جيلالي: (النقائص التشريعية في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب)، م.ج.ع.ق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002/12/15، مج.39، ع.1، ص.134.

6 - خالدي صفاء هاجر: (الحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية)، م.ج.ع.إ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2016/12/15، مج.9، ع.4، ص.337.

النسب (م 311 ف 23¹ من ق.م.ف). ومع ذلك، فهناك جانب من الفقه القانوني، يرى بأن المشرع ما دام قد تطرق بموجب المواد من 40 إلى 44 من ق.أ إلى انتساب الولد لوالده في العلاقة الشرعية؛ فإنه بمفهوم المخالفة ينسب لوالدته في العلاقة غير الشرعية².

وسكوت المشرع هذا، جعل من المحكمة العليا تحاول التصدي لهذا الإغفال، مستلهمة قراراتها من الشريعة الإسلامية، التي أحالت إليها م 222 من ق.أ عند انعدام النص. وقد استقرت سنين طوال على خطى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء كمدافعة عن النسب الشرعي، ورافضة لنسب الأولاد غير الشرعيين في عدة قرارات نذكر منها: «...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،...»³، وكذا: «...وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن الزنا⁴ لا ينسب إلى أبيه...»⁵، فضلا عن القرار الذي جاء في معرض تأسيسه بأن هناك زواجا واحدا يعترف به الشرع والقانون، هو الزواج المتوفر على أركانه وشروطه وفي انعدامها لا يعد شرعيا، وما نتج عنه هو الآخر لا يعد كذلك⁶، إضافة إلى القرار الذي جاء فيه: «...لا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا... أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إسهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية...»⁷.

إلا أنه وفي سنة 2006، انعرجت المحكمة العليا عن مسارها الذي كانت راسية عليه، في سابقة قررت بصدها الاعتراف بالنسب لولد الزنا، بناء على العلاقة البيولوجية بينه وبين والده الطبيعي التي أثبتتها

1 - Art. 311-23 du C.C.F (L. n° 2005-759 du 04 juill. 2005; L. n° 2009-61 du 16 janv. 2009, art. 01^{er}) dispose: «Lorsque la filiation n'est pas établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent. Lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance...». Voir, Alice Tisserand-Martin....: CODE CIVIL, Op. cit, P. 547.

حيث جعل ق.م.ف في حالة عدم ثبوت البنية إلا لأحد الوالدين بتاريخ التصريح عند الولادة؛ أن يأخذ الولد اسم هذا الوالد. وأجاز في حالة ثبوت البنية تجاه الوالد الثاني خلال قصر الولد؛ إمكانية اختيار إبدال اسم العائلة باسم عائلة الوالد الثاني، أو ضم اسم العائلتين معا بالترتيب الذي يختارانه، وذلك بموجب تصريح مشترك من الوالدين أمام مأمور الحالة المدنية.

2 - بوحوية أمال، خضراوي الهادي: (إلحاق نسب الأولاد بين الأب والأم، المساواة في الرذيلة واللامساواة في الفضيلة، قراءة لأحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثلجي الأغواط، 2017/11/05، مج.1، ع.2، ص.03، 06.

3 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م.ق، 1990، ع.1، ص.67.

4 - هناك خطأ مادي في القرار، ذلك أن عبارة (ابن) أو (ولد)، التي كان من المفروض أن تسبق عبارة (الزنا) قد سقطت منه.

5 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، ع.1، ص.86.

6 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، ع.2، ص.273.

7 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق، 1989، ع.4، ص.79.

البصمة الوراثية¹، حيث جاء في قرارها ما يلي: «يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية»². حيث ورد في معرض تأسيس القرار بأن النسب لما كان يثبت بعدة وسائل من بينها البيئة؛ فإنهم اعتبروا البصمة الوراثية بيئة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير، وبالتالي لما أثبتت هاته الأخيرة الرابطة البيولوجية بين الولد ووالده البيولوجي، فإن نسب الولد يلحق به³، وقد وافقوا هنا ما قال به الفقهاء المخالفون للجمهور.

غير أن المحكمة العليا، سرعان ما عادت بقراراتها إلى السكة التي كانت تسير عليها، في عدم إلحاق نسب ولد الزنا إلى الزاني حتى وإن أراد استلحاقه، وعدم اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب إلا إذا كان الزواج شرعيا⁴، وهو ما أكدته مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن ق.أ، الذي جاء فيه: «اعتماد الطرق العلمية لإثبات النسب في حدود العلاقة الشرعية».

ورغم محاولة المحكمة العليا سد القصور التشريعي، الذي تعاني منه النصوص القانونية المتضمنة للنسب؛ إلا أن موقفها هي الأخرى لم يكن مستقرا ولا واضحا، لكون القرارات التي سبق إدراجها كانت تقرر صراحة قطع نسب ولد الزنا من والده، دون أن تفصح صراحة على إلحاقه بوالدته، الأمر الذي كان يستتف فقط ضمنا بمفهوم المخالفة لما ورد فيها.

وفي غياب نص صريح يثبت نسب ولد الزنا لوالدته، ويقطعه عن والده الطبيعي كما ذهب إليه الجمهور، أو نص صريح يثبت نسبه إلى والده الطبيعي إذا أراد استلحاقه ولم تكن والدته فراشا كما ذهب إليه المخالفون؛ يبقى الولد الطبيعي تائها وسط مثلث ضياع، رأسه يشكل براءته، وقاعدته يتقاسمها جرم والديه، وعدم تقبل مجتمعه له. الأمر الذي دفع بنا إلى التوجه إلى الواقع العملي لتتحري ذلك، حيث تبين لنا بأن اعتراف الوالدة بولدها الطبيعي ليس مطلقا ولا ملزما لها⁵، إذ تتمتع بحرية الاختيار بين الاحتفاظ به ومنحه لقبها، وذلك بعد إمضائها محضر استلام الطفل -رغم ندرة هاته الحالة لخوف الأم من العار- أو بين التخلي عنه مع حربتها كذلك في ترك لقبها له أو إحجامها عنه، وذلك بعد إمضائها محضر التخلي، الذي قد يكون

1 - نادر بوشاشي: إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري -دراسة مقارنة-، د.ر.ط، منشورات بغدادية، الجزائر، 2016، ص ص. 102-103.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.469.

3 - القرار نفسه: ص ص. 471، 474.

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2009/06/10، ملف رقم 498448 (غير منشور). نقلا عن، عيسى أمعيزة: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص ص. 258-259.

5 - Rachedi Khadra: (Les Mères célibataires en Algérie: statut religieux, juridique et sociale), *Journal des sciences juridiques et sociales*, Université Ziane Achour Djelfa, 01/09/2020, Vol. 5, N°. 3, P.31.

مؤقتا فيضرب لها ميعاد ثلاثة (03) أشهر ويوم¹، تستطيع معها التفكير في قرارها، أو نهائيا تفقد معه حقها في الاحتفاظ به، وهنا تتكفل به السلطات المختصة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي، التي تباشر عملية البحث له عن أسرة بديلة توفر له الجو العائلي المفترض²، هذا في حالة ما إذا ولدت في المستشفى، لكون هاته الأخيرة لها أيضا أن تلد خارجه، مما يكون لها واسع النظر في الاحتفاظ والتصريح به ومنه منحه لقبها، أو تركه على قارعة الطريق عرضة للوفاة. لنصل هنا، إلى أن الولد الطبيعي لا أحد من والديه الطبيعيين ألزمه القانون تحمل مسؤوليته، فعدم اعتراف والده به قانونا في إطار علاقة شرعية يقطعه عنه حتى ولو كان معروفا واقعا، وعدم اختيار والدته الاحتفاظ به يقطعه عنها حتى ولو كانت معروفة واقعا وقانونا، مما يجعله بالضرورة في حكم اللقيط، وما يخلفه هذا النعت من أسى على نفسيته، وضيم يلاحقه طوال حياته، وإهدار لحقوقه، فهو رهن شرعية الزواج حتى ينسب لوالده، ورهن إرادة والدته في الاحتفاظ به حتى ينسب لها عند عدم شرعية الزواج. لينتهي بنا المطاف، إلى أن القانون قد غلب مصلحة الوالدين الطبيعيين المخطئين في التستر عن فعلتهما، على حساب الطفل البريء مما قارفاه.

وتأسيسا عما سبق، فإننا نلاحظ وجود ثلاث أصناف من الأولاد. الصنف الأول، ويتمثل في الأولاد الشرعيين، الذي فصل القانون صراحة في نسبهم وجعله ثابتا لوالديهم وبالتالي يحملون ألقابهم. الصنف الثاني، ويتمثل في الأولاد اللقطاء ومجهولي النسب من كلا الوالدين شرعيين كانوا أم غير شرعيين، الذين حاول القانون إيجاد وسيلة لضمان أدنى حقوقهم وهو الحق في الاسم ومنه الهوية، حيث أجاز لضابط الحالة المدنية بموجب م64 ف أخيرة من ق.ح.م أن يمنح لهم مجموعة من الأسماء، يُنَّخذ آخرها كلقب عائلي لهم، إذا لم يكن من التقطهم قد منح لهم اسما، دون أن يعتبر ذلك دلالة على انتسابهم لشخص معين، وذلك تجسيدا للمادة 28 من ق.م، التي نصت على ما يلي: «يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر...»، وكذا م03 من القانون رقم 15-12³ المؤرخ في 15/07/2015 المتعلق بحماية الطفل، التي نصت على ما يلي: «يتمتع كل طفل دون تمييز... بجميع الحقوق... لاسيما الحق في الحياة، وفي الاسم...». كما أقر نظام الكفالة لرعاية هؤلاء من خلال خلق علاقة أبوية مفترضة، بل وأكثر من ذلك، فقد سمح للكافل بموجب المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، المعدل والمتمم⁴، أن يمنح لقبه

1 - هذا الميعاد، يضرب فقط في حالة تسليم طفل متخلى عنه من قبل والدته، دون أن يطال اللقيط الذي يجهل والداه.

2 - نوي بستانة: مساعدة اجتماعية على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الإجراءات العملية المتخذة بخصوص نسب الطفل الطبيعي)، 06 فيفري 2020، سا. 10:00، (مقابلة شخصية). وكذا، العيفة سعاد: مساعدة اجتماعية على مستوى المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب النساء والتوليد سليمان عميرات، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الإجراءات العملية المتخذة بخصوص نسب الطفل الطبيعي)، 05 فيفري 2020، سا. 10:00، (اتصال هاتفي).

3- القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 19 جويلية 2015، ع.39.

4 - المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 11 جوان 1971، ع.47. المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 22 جانفي 1992، ع.5. والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 08 أوت 2020، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 11 أوت 2020، ع.47.

للمكفول¹، مما يجعلنا نتساءل كيف يعترف المشرع بحمل الولد الطبيعي للقب شخص غريب عنه، في حين يحرمه من حمل لقب والده الطبيعي والحقيقي وضّمّه إليه؟ أما الصنف الثالث، فيتمثل في الأولاد غير الشرعيين، الذين يولدون في المستشفيات، حيث نكون معهم أمام حالتين، إما أن تقرر الوالدة الاحتفاظ بولدها ومنحه لقبها، أو التخلي عنه مع حرّيتها في منحه لقبها له أم لا، وفي حالة امتناعها تمنح له المساعدة الاجتماعية على مستوى مستشفى التوليد اسما ثلاثيا، ويرسل بيان ولادته إلى البلدية للمصادقة عليه فقط، من حيث كونه يتوافق مع الأسماء الجزائرية المسموح بها أم لا².

ورغم ذلك، فإن محاولة المشرع خلق بعض السبل والآليات لحماية تلك الفئة العيلة، وضمان حقهم في اللقب؛ لا تشكل في مجملها سوى هروبا من معالجة الداء من مصدره. ذلك أن اللقب الوهمي الممنوح للطفل الطبيعي يبقى مجرد غطاء إداري قاصر وعاجز لا يغطي بحال الفراغ الذي يبقى باديا في شهادة ميلاده على مستوى اسم والديه أو والده، والذي يبقى وصمة عار تلاحقه مدى حياته، طالما لا يعبر عن انتسابه لوالديه الحقيقيين، ولا يتبعه حقوق ولا واجبات، فضلا عن إمكانية تزوجه بأخته الحقيقية مرة أخرى، لأنه يجهل والده الحقيقي أولا، واختلاف لقبه مع لقبها ثانيا. هذا الإشكال وغيره، لا يحل إلا بالحقاق هذا الأخير بوالده الحقيقي بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية السبيل الذي أدى إلى نشوئه في هاته الحياة.

وجاء موقف المشرع الجزائري هذا، في محاولة منح اسم ولو وهمي لتلك الفئة، حماية لهم ولو على مستوى الحالة المدنية فقط؛ في ظل مناداة المجتمع الدولي بموجب إعلاناته واتفاقياته بضرورة ضمان الحق في الهوية والاسم لكل ولد دون تمييز. ونخص بالذكر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³، الذي جاء في م60

1 - يعتبر هذا المرسوم في الحقيقة، مجرد إجراء إداري يحمي الطفل من الإحراج الذي قد يتعرض له في المدرسة أو غيرها. ذلك أن مطابقة اللقب لا تمنح له الحق في الانتساب إلى الكافل، ومنه التمتع بحقوق الولد الحقيقي، كما لا يُسجل في الدفتر العائلي له، فضلا عن بقاء المكان المخصص لاسم والديه الطبيعيين أو والده فارغا في شهادة ميلاده، مع الإشارة إلى تغيير اللقب في سجلات وعقود ومستخرجات الحالة المدنية كما أكدت عليه م05 مكرر 1 من المرسوم، كما لا يجوز للكافل بعد صدور الأمر بتغيير لقب المكفول، طلب تغيير اسمه كذلك، لأن ذلك يعتبر طمس لهويته، خاصة إذا كان هذا الأخير مجهول النسب، وكان محل بحث في فائدة العائلات من قبل أهله. للتفصيل أكثر راجع، سمير زراولية: قانون الحالة المدنية دراسة عملية وتطبيقية وفق آخر التعديلات، د.ر.ط، منشورات نوميديا، الجزائر، 2018، ص.118. راجع أيضا، محمد ضويفي: شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، د.ر.ط، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص.118.

2 - العيفة سعاد: مساعدة اجتماعية على مستوى المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب النساء والتوليد سليمان عميرات، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الإجراءات العملية المتخذة بخصوص نسب الطفل الطبيعي)، 05 فيفري 2020، سا. 10:00، (اتصال هاتفي).

3 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف، (د03)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 (نسخة PDF). انظر، صفحة الأمم المتحدة، https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf، تاريخ الولوج 2020/01/14، سا. 21:20.

منه ما يلي: «لكل إنسان...الحق في أن يُعترف له بالشخصية القانونية». وكذا اتفاقية حقوق الطفل¹، التي وافقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-06² المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461³ المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، الذي جاء في م 07 منها ما يلي: «يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم...ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما.»، فضلاً عما جاء في م 08 منها أيضاً: «تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية...».

لذا، فعلى المشرع الجزائري، أن يخرج من حالة السكوت تلك، وأن يكرس صراحة حق الولد في الانتساب إلى والده الطبيعي، على الأقل إذا أراد استلحاقه، ولم تكن والدته زوجة لرجل آخر، اقتداءً بما توصل إليه ثلثة فقهاءنا الأجلاء الذين خالفوا الجمهور. وذلك نأياً به عن الضياع والحقد على والديه الطبيعيين ومجتمعه ككل، حيث لا مراء في أن الولد الذي يفتح عينيه، ويجد نفسه بلا نسب ولا هوية حقيقيين، ولا يرى أمامه سوى أصابع اتهام من مجتمع لا يرحم، دون أن يكون له دور في اختيار والديه، ولا السبيل التي خرج بها إلى هذا العالم؛ أنه سيكون عبارة عن كومه من العقد النفسية، التي تدفع به لا محالة إلى الانحراف بل وإلى الإجرام. ولتلافي تلك المثالب وغيرها، نناشد المشرع بأن يمنحهم فرصة للحقوق بوالديهم وفقاً للضوابط السالفة الذكر، خاصة مع وجود تقنية البصمة الوراثية التي لا تدع مجالاً للشك في الوصول إلى الوالد البيولوجي، دون أن يكون عليه تثريب. وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك، بل إلى إجبار الوالدة على الإفصاح عن هوية الفاعل، وإلزام هذا الأخير بالخضوع إلى تحاليل البصمة الوراثية، التي إن أثبتت علاقته البيولوجية بالولد، فإنه سيتحمل مسؤوليته تجاهه لا محالة، من نسب ونفقة وغيرهما⁴ إعمالاً لقاعدة إحياء الولد، وإن رفض المثل إلى ذلك، عُدَّ رفضه قرينة قوية على ثبوت بنوة الولد منه، وبالتالي لحوق نسبه به. وإن لم تفصح الوالدة عن الفاعل، أو أفصح عن شخص لم تثبت البصمة الوراثية أبوته له؛ أن تجبر هي على الاحتفاظ به، منحه لقبها، القيام عليه وتحمل مسؤوليته.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أغفل تنظيم مسألة النسب الطبيعي للولد غير الشرعي، ما عدا ما تم استنتاجه ضمناً من نصوص النسب الشرعي، أو ما تم الوقوف عليه من خلال الرجوع إلى الفقه الإسلامي،

1 - اتفاقية حقوق الطفل، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/25، المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاذ 02 سبتمبر 1990 بموجب م 49. انظر، صفحة يونيسف لكل طفل، <https://www.unicef.org/ar>، تاريخ الولوج 2020/01/14، سا. 21:50.

2 - المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، المتضمن الموافقة، مع تصريحات تفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر.ج. بتاريخ 18 نوفمبر 1992، ع.83.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر.ج. بتاريخ 23 ديسمبر 1992، ع.91.

4 - عمران عائشة: إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015-2016، ص.269.

الذي لم يشهد هو الآخر إجماعاً حول هاته المسألة؛ فإن المشرع المغربي¹ قد اعترف صراحة للوالدة بالبنوة غير الشرعية وسبغ عليها نفس الآثار المترتبة عن البنوة الشرعية، في حين ألغى البنوة غير الشرعية بالنسبة للوالد، مما جعل موقفه هذا يتنافى مع مبدأ المساواة بين الجنسين الذي أخذ به في المدونة، كون الوالد الطبيعي يتخلل من المسؤولية، التي أُلقيت على كاهل الوالدة وحدها، رغم تقاسمه معها ذات الخطيئة².

حيث فرق بين البنوة والنسب، حين عرف البنوة بموجب م142 من م.أ بأنها: «تتسل الولد من أبويه، وهي شرعية وغير شرعية». ليخص بموجب م144 الوالد بالبنوة الشرعية فقط، ويعلقها على قيام سبب من أسباب النسب الواردة في م152 و158، مرتباً عليها جميع الآثار المنبثقة عن النسب شرعاً. في حين قطع بموجب م148 تلك الآثار عن الوالد إذا ما كانت البنوة غير شرعية، تاركاً إياها مترتبة فقط في حق الوالدة، التي جعل البنوة غير الشرعية من حليفها، شأنها في ذلك شأن البنوة الشرعية بموجب م146 من م.أ. أما النسب، فقد عرفه بموجب م150 من م.أ بأنه: «لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف». مما يدل على أنه جعل النسب مرتبط بالبنوة الشرعية فقط، التي تكون ثمرة الفراش الشرعي وما يلحقه، مقيداً إياه على الوالد وحده³.

أما المشرع التونسي، فلم يتطرق إلى نسب الولد الطبيعي من والدته⁴، ما عدا ما اعترف به ضمناً من أمومة طبيعية بموجب الفصلين 152⁵ و72⁶ من م.أ.ش، وكذا ما يستتج بمفهوم المخالفة للفصل 68 منها، الذي يقر فقط بالنسب الناتج عن العلاقة الشرعية، من خلال تعداده للطرق التي يثبت بها النسب الشرعي. إلا أنه ومن جهة أخرى، فقد منح للوالدة حق منح لقبها لابنها من الزنا وجوباً بموجب الفصل

1 - ساير المشرع المغربي ما قال به جمهور الفقهاء، وذلك بقطع نسب ولد الزنا من الزاني مطلقاً دون تمييز بين البنوة والنسب، إلا أن قسم قضاء الأسرة بطنجة شهد حكماً استثنائياً بتاريخ 2017/01/30، تم فيه الاعتراف ببنوة بنت وُلدت خارج إطار الزواج لوالدها الطبيعي، وإقرار التعويض لفائدة الوالدة. والملاحظ على هذا الحكم، أنه اعترف ببنوة غير شرعية للوالد الطبيعي، في حين المدونة لا تعترف للوالد سوى بالبنوة الشرعية. كما أنه لا فائدة ترجى منه لصالح البنت، التي وإن اعترف لها ببنوتها من والدها الطبيعي، فإنه كان اعترافاً فارغاً من محتواه، بما أنه لم يقرر لحوقها بنسبه، الذي قرر القانون بأن له أسبابه الشرعية، والتي تنعدم في هاته النازلة. كما لم يقرر لها أيضاً حقها في النفقة، التي قرر القانون بأن لها أسباب ثبوتها، وهي الزوجية والقربة والالتزام كما جاءت به م187 من م.أ، والتي تنعدم هي الأخرى هنا. فضلاً على أن القانون قد قرر بأن البنوة غير الشرعية لا يترتب عليها أي أثر إزاء الوالد، وتحديدًا النسب المنبثقة عنه باقي الحقوق والواجبات كما جاءت به م148. هذا، إضافة إلى اعتماد الحكم على الخبرة الطبية في إثبات البنوة الطبيعية، والتي قيّد القانون مجال الاستدلال بها بالمجال الشرعي فقط وذلك بموجب م158. انظر، قضاء الأسرة بطنجة: حكم عدد 320، بتاريخ 2017/01/30، ملف رقم 2016/162/1391. نقلاً عن، جمال الخمار: (البنوة غير الشرعية وآثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، أبريل 2017، ع.54، ص.15-18.

2 - محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.216.

3 - جمال الخمار: (البنوة غير الشرعية وآثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي)، مرجع سابق، ص.11.

4 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص.309-310.

5 - ينص الفصل 152 من م.أ.ش على ما يلي: «يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها».

6 - ينص الفصل 72 من م.أ.ش على ما يلي: «انقطاع الولد من نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط حقه في النفقة والإرث».

الأول¹ من القانون عدد 51 لسنة 2003²، المتعلق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها. فضلا عما نص عليه الفصل 03 مكرر³ من ذات القانون، على السماح بإسناد لقب الوالد الطبيعي لذلك الولد، إذا ثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالتحليل الجيني بأنه والده، ويترتب على من ثبتت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة ومسؤولية نحو الوالد والغير.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد أغفل التعرض إلى النسب الطبيعي للولد، الذي يستشف ضمنا بأنه قطعه من والده الطبيعي، في حين لم ينص صراحة على إلحاقه بوالدته، لانعدام أي أثر يدل على ذلك في النصوص القانونية الجزائرية. وبتفعيل م222 من ق.أ، التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص؛ نجد أن جمهور الفقهاء قد قطع نسب ولد الزنا من الزاني وألحقه بوالدته، وهو ما درجت عليه المحكمة العليا في أغلب اجتهاداتها القضائية، في حين أجاز بعض الفقهاء لحق نسبته بالزاني إذا أراد استلحاقه ولم تكن والدته فراشا. إلا أن الميدان العملي، سواء على مستوى مستشفيات الولادة، أو مديريات النشاط الاجتماعي، أو ضباط الحالة المدنية، كشف عن جواز منح الوالدة لقبها لابنها غير الشرعي سواء قررت الاحتفاظ به أو التخلي عنه، إلا أن ذلك الأمر نادر الوقوع، كما أنه ليس مطلقا ولا ملزما لها، بل معلقا على إرادتها، مما يجعل مصير الولد موقوفا على رغبتها لا على حقه في ذلك.

وإذا كان موقف المشرع الجزائري من النسب قد تميز بالتمييز بين المركز القانوني للوالدين، حيث جعل فخر النسب الشرعي ثابتا للوالد وقاصرا عليه، من خلال حمل الولد للقبه تلقائيا، في حين ترك عار النسب غير الشرعي ثابتا في حق الوالدة، مع جعل احتمال حمل الولد للقبها متروك لحرية إرادتها في ذلك من عدمه؛ فهل واصل في تمييزه بين المركز القانوني للوالدين في إمكانية نقل جنسيتها إلى أولادهما، أم

1 - ينص الفصل 01 من القانون عدد 51 لسنة 2003 على ما يلي: «على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسما ولقبها العائلي... كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جد ولقبها عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم».

2 - القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003، المتعلق بتتقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 08 جويلية 2003، السنة 146، ع.54.

3 - ينص الفصل 03 مكرر من القانون عدد 51 لسنة 2003 على ما يلي: «يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة = التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل. كما يمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب عرض الأم على التحليل الجيني لإثبات أنها أم المعني بالأمر مجهول النسب... ويخول للطفل الذي ثبتت بنوته الحق في النفقة والرعاية من ولاية وحضانة إلى أن يبلغ سن الرشد أو بعده في الحالات المنصوص عليها في القانون. وتبقى مسؤولية الأب والأم قائمة نحو الطفل والغير طيلة المدة القانونية في كل ما يتعلق بأحكام المسؤولية وفق ما يقتضيه القانون...».

أرسى قواعد المساواة بينهما في ذلك، كون الجنسية لا تقل أهمية عن النسب، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

نقل رابطة الجنسية ومركز الوالدين من خلالها

إذا كانت رابطة النسب تشكل همزة وصل بين الولد ووالده ومن ثمة أسرته - في العلاقة الشرعية- تترتب عليها حقوق وواجبات معنوية وأخرى مادية متبادلة؛ فإن جسور الوصال تمتد أيضا، بين الفرد ودولته بموجب رابطة أخرى لا تقل أهمية عن النسب تتمثل في رابطة الجنسية، والتي تثبت بموجبها أيضا مجموعة من الحقوق والواجبات السياسية والقانونية وغيرهما المتبادلة بين الفرد ودولته.

وحتى تكتمل عناصر الهوية، يجب أن يكون لكل شخص -إضافة إلى حقه في الاسم المترتب عن ثبوت نسبه إلى والده في العلاقة الشرعية- جنسية تربطه بدولة والديه.

وقد شهد المركز القانوني للوالدين في هذا الخصوص، تباينا فيما تعلق بإمكانية نقل جنسيتهم لولدهما، حيث كان التمييز بينهما بيّنا إبان قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970 (الفرع الأول)، أين مال المشرع إلى جهة الوالد، وكان في صالحه على حساب الوالدة. في حين ساوى بينهما في نقل جنسيتهم إلى أولادهما بعد تعديله سنة 2005 (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التمييز بين الوالدين في نقل الجنسية قبل تعديل قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970

شهد التنظيم القانوني الجزائري للجنسية، تفريقا واضحا بين المركز القانوني للوالدين، فيما تعلق بنقل جنسيتهم لأولادهما، حيث كان الأمر حكرا على الوالد بصفة مطلقة (أولا). في حين لم يسمح للوالدة بذلك، إلا في حدود ضيقة واستثنائية، عندما يتعذر اللجوء إلى الوالد، باعتباره ناقلا أساسيا لها (ثانيا) وكان ذلك في ظل قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970.

أولا: نقل الوالد الجنسية لأولاده بصفة أصلية ومطلقة

لما كان النسب عبارة عن بطاقة تعريف تربط الولد بوالده في العلاقة الشرعية، حيث يعتبر الضامن لتمتع الولد بحقوق في اتجاه والده، خاصة الحق في الهوية، كونه من أهم الحقوق للصيقة بشخص الإنسان¹، والذي يعتبر الاسم بمعناه الواسع من بين مقوماتها، هذا الأخير الذي يشمل الاسم الشخصي، وكذا

1 - أسامة السيد عبد السميع: الاسم كحق من حقوق الطفل، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص.10.

اللقب العائلي¹. ليشكل اللقب وفقا لذلك عنوان شخصية الفرد، كونه يُمكن من تمييزه عن غيره، والتعريف به داخل عائلته ومجمعه، فضلا على اعتباره همزة وصل بينه وبين أسرته، التي يترجم انتماءه لها². كما يعتبر النسب من جهة أخرى المحدد لواجبات الولد تجاه والديه أيضا، والذي ليس موضوع دراستنا لهذا الباب، كوننا نعالج المركز القانوني للوالدين وليس للأولاد.

فإن الجنسية³ تمثل بدورها أيضا، البطاقة التعريفية التي تربط الفرد بدولته، حيث تعتبر هي الأخرى الضامنة لتمتع هذا الأخير بحقوقه المدنية والسياسية وغيرهما تجاه دولته التي يحمل جنسيتها، والمُبيّنة لواجباته تجاهها في مقابل ذلك. كما تلعب أيضا الجنسية الدور الفعال في تحديد أفراد الدولة المكونين لها، وما لذلك التحديد من أهمية تنعكس على الدولة داخليا وخارجيا. مما يجعل منها (الجنسية) محور تلاقي الفرد والدولة حول مصالح مشتركة، تعود بالنفع على الاثنين على حد سواء⁴.

ولما كانت رابطة الجنسية، تهتم بتحديد أهم ركن من أركان الدولة ألا وهو الشعب، فضلا عن ركني الإقليم والسلطة السياسية⁵؛ فإن المشرع الجزائري قد عني بتنظيمها عقب الاستقلال بالقانون رقم 63-96⁶ المؤرخ في 27 مارس 1963، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، والذي تم إلغاؤه واستعاضته بالأمر رقم 70-86⁷ المؤرخ في 15 ديسمبر 1970.

1 - محمد جمال مطلق الذنبيات: المدخل لدراسة القانون -دراسة مقارنة-، د.ر.ط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص.175.

2 - غالي وردة: (لقب الطفل المولود من امرأة عازبة)، دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر حقوق الطفل، 2013/12/31، مج.4، ع.1، ص.266.

3 - الجنسية لغة: مشتقة من لفظ جنس وهي: «الصفة التي تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. الجيم، (الجنسية)، مرجع سابق، ص.140. وأيضا، جنسية مفرد، وجمعها جنسيات. ولها عدة معاني منها: «روابط مشتركة تجمع بين أفراد الشعب، كالاشتراك في الأصل أو اللغة أو العقيدة». انظر، أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مج.1، باب. الجيم، (ج ن س)، ط.1، دار عالم الكتب، القاهرة-مصر، 2008، ص.406.

-الجنسية اصطلاحا: «رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة». انظر، عبد الرسول الأسدي: الجنسية والعلاقات الدولية، ط.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت-لبنان، 2010، ص.25.

4 - فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق: الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري المقارن، د.ر.ط، د.د.ن، مصر، 2007، ص.07-08.

5- محي الدين جمال: (وقف قانونية بين قانون الجنسية الجزائري 1970 و 2005)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2012/06/15، مج.4، ع.7، ص.02.

6 - Loi N°. 63-96 du 27 mars 1963, portant code de la nationalité algérienne, J.O.R.A du 02 avril 1963, Année 02, N°. 18.

7 - الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج بتاريخ 18 ديسمبر 1970، ع.105، (المُعَدَّل والمُتَمَّم).

حيث قسم المشرع الجنسية الجزائرية إلى قسمين، تمثل القسم الأول في الجنسية الأصلية، وهي التي تثبت للفرد منذ ميلاده، وحتى ولو تأخر إثباتها إلى ما بعده. لذا، تسمى بجنسية الميلاد، أو جنسية الأصل. وتُقرض على الفرد بقوة القانون، وتُمنح له بصفة نهائية. لذا، تسمى أيضا بالجنسية المفروضة أو الإجبارية¹.

وتُبنى الجنسية الأصلية، إما على أساس حق الدم كأصل، وذلك بالانحدار من دم جزائري، والانتساب إليه، حيث تؤسس على الأصل العائلي الذي ينحدر منه المولود. لذا، هناك من يسميها بالجنسية النسبية أو جنسية النسب. وإما على أساس حق الإقليم كاستثناء، وذلك بالميلاد على الإقليم الجزائري في حالات محددة، بصرف النظر عن الأصل الذي انحدر منه المولود، كون العبرة هنا بالأرض لا بالدم².

بينما تمثل القسم الثاني، في الجنسية المكتسبة، وهي التي يكتسبها الفرد بعد ميلاده، لأي سبب من أسباب الاكتساب، وذلك بمقتضى شروط محددة، ووفق إجراءات معينة، ولا يكون لها أثر رجعي إلى وقت ميلاده، وتمنح بناءً على إرادة الفرد ورغبته في الحصول عليها من جهة، وموافقة الدولة التي يرغب في اكتساب جنسيتها من جهة أخرى. لذا، تسمى بالجنسية الاختيارية، وهناك من يسميها أيضا بالجنسية الطارئة أو الثانوية³.

وإذا وزنا بين الجنسيتين، وجدنا بأن الجنسية الأصلية هي الغالبة والأكثر أهمية، إذا ما قورنت بالجنسية المكتسبة، التي تتسم بالانحصار، والتشدد في منحها، حيث تستند إلى شروط محددة قانونا بصفة مسبقة، ولا يكفي هذا فحسب، بل إضافة إلى توفر تلك الشروط في طالب الجنسية الجزائرية؛ يبقى منحها خاضعا للسلطة التقديرية لوزير العدل.

أما إذا وزنا داخل الجنسية الأصلية في حد ذاتها، بين رابطتي الدم والإقليم، فإننا نجد بأن الجنسية الأصلية المبنية على رابطة الدم هي الأكثر أهمية وثباتا، إذا ما قورنت بالجنسية الأصلية المبنية على رابطة

1 - فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق: الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص ص 45-46.

2 - هشام خالد: اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، د.ر.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2005، ص ص 33-34. انظر أيضا، فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق: الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص ص 46، 49.

3 - الطيب زروتي: الوسيط في الجنسية الجزائرية، ط.2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص ص 288، 313. نقلا عن، محمد توفيق قديري، ميلود بن ححو: (تعزير المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري "قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا")، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، سبتمبر 2017، ع 15، ص ص 278، 281. انظر أيضا، بن عياد جلييلة، بعوني خالد: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، ط.2 مزيدة ومنقحة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو-الجزائر، 2016، ص ص 37-38.

الإقليم، التي قد يُعتبر فيها الولد في أية لحظة كأن لم يكن جزائرياً، إذا ما ثبت خلال فترة قصّره بأنه ينتسب وينتمي إلى أجنبي¹ أو أجنبية².

ونظراً للدور الفعال الذي كان مُوكّلاً للوالد كمسؤولاً داخل أسرته، وربما لعائلته، طوال الفترة التي سبقت التعديلات التي مست كُلاً من قانوني الأسرة والجنسية لسنة 2005، حيث كان القائم على شؤونها، والمكلف بتدبير أمورها، خاصة مع ما كان ينص عليه ق.أ قبل تعديل 2005، الذي كان ينصبه رئيساً للعائلة³ بموجب م 39 ف 1 منه. وكمقابل لرئاسة الزوج تلك، فقد أُلقي على كاهله القانون واجبات منها المادية، والتي تمثلت أساساً في النفقة على أسرته (زوجته وأولاده) بموجب م 37، 74 و 75 وغيرهم منه، حتى يوازن بين حقوقه والتزاماته كما أسلفنا.

وكل ذلك، كان يجعل من الوالد الأشد تأثيراً على الأولاد في الأسرة، والمُورّث الأكبر لولائه لدولته لهم داخلها. فهو من يؤثر عليهم، في ترسيخ الشعور بالانتماء إلى الدولة صاحب جنسيتها، حيث يلقنهم ويغرس فيهم الشعور بأنهم ودولتهم شيء واحد، وما يترجمه ذلك من ترابط وتلاحم بينهم وبين دولتهم ودولة والدهم، مما يضمن وفاءهم لها والابتعاد عن خيانتها⁴.

ليكون الأمر الذي دفع بالمشرع آنذاك، إلى جعل نقل جنسية الوالد الأصلية المبنية على رابطة الدم لأولاده حكراً عليه بالدرجة الأولى أصالة وابتداءً، وهو ما كانت تشير إليه م 6 من ق.ج.ج، التي اعترفت بأن دم الأب الجزائري هو المعتبر في نقل جنسيته، طبعاً إذا كان معروفاً قانوناً، والتي كان نصها كالتالي: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب: 1-الولد المولود من أب جزائري...».

وفضلاً على اعتماد دم الوالد الجزائري، كأصل وأساس في نقل جنسيته الأصلية إلى أولاده إذا كان معروفاً قانوناً؛ فإن القانون قد جعل ذلك على إطلاقه دون قيد ولا شرط، مهما كانت طبيعة جنسيته، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، وحتى ولو كانت جنسية والدته الولد أجنبية، كما لم يعرّ المشرع اهتماماً للمكان الذي

1 - حملت هذا الحكم م 07 ف 1 من ق.ج.ج قبل التعديل (ق 1970)، حيث كان نصها كالتالي: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1) الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين. غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأن لم يكن جزائرياً قط إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي وفقاً لقانون هذا الأخير...».

2 - حملت هذا الحكم م 07 ف 1 من ق.ج.ج بعد التعديل (ق 2005)، حيث أصبح نصها كما يلي: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين. غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأن لم يكن جزائرياً قط إذا ثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا "الأجنبي أو هذه الأجنبية" وفقاً لقانون جنسية أحدهما...».

3 - أعراب بلقاسم: (أحكام الجنسية الجزائرية على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009/04/30، ع.7، ص.36.

4 - بليوير عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، م.ج.ع.ق.س، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، كلية الحقوق، 2011/03/15، مج.48، ع.1، ص.132، 142.

ولد فيه الولد، سواء كان ميلاده داخل الإقليم الجزائري -الذي يشكل الأصل- أم خارجه أي فوق إقليم دولة أجنبية -الذي يشكل الاستثناء-، ومهما كانت وضعية العلاقة الزوجية، سواء كانت قائمة أو منقصة¹.

إلا أنه، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، وبتأسيسه للجنسية الأصلية على النسب إضافة إلى الولادة بالجزائر؛ فإنه قد قصد من وراء عبارة النسب بالنسبة للوالد، النسب الشرعي دون غيره (ف1 م06 ق.ج.ج)، كون النسب غير الشرعي من جهة ذلك الأخير لا تثبت به الجنسية الأصلية الجزائرية²، حيث ينتقل معها إلى الوالدة الحق في نقل جنسيتها الأصلية المؤسسة على النسب إلى ولدها غير الشرعي (ف2 م06)، كما سنتطرق له في حينه.

والعبرة في نقل الجنسية الأصلية المبنية على أساس حق الدم من الوالد لولده، تكون بلحظة ميلاد الطفل، ولو تأخر ثبوتها إلا ما بعد ولادته، وقد حملت هذا الحكم م08 من ق.ج.ج لسنة 1970، التي نصت على ما يلي: «إن الولد المكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادتين 06 و 07 أعلاه، يعتبر جزائريا منذ ولادته ولو كان توفر الشروط المطلوبة قانونا لم تثبت إلا بعد ولادته...».

وإذا كان دور الوالد في نقل جنسيته الأصلية لأولاده أساسيا ومطلقا؛ فإن الأمر سيان فيما تعلق بحقه في نقل جنسيته المكتسبة لهم، وهو ما كانت تنص عليه م17 من ق.ج.ج: «الآثار الجماعية: يصبح الأولاد القصر لأشخاص مكتسبين الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالديهم...».

وتأسيسا على ما سبق، يبدو لنا الدور الفعال الذي كان يمنحه المشرع الجزائري إلى الوالد، في مجال نقل جنسيته لأولاده بموجب القانون المتعلق بالجنسية الجزائرية لسنة 1970، حيث كان يركز عليه بصفة رئيسية وأساسية، نظرا للمكانة التي كان يحتلها داخل أسرته، والتي استمدتها من القانون، هذا الأخير الذي كان يستقي أغلب نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية³.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري على ضوء ق.ج.ج لسنة 1970، كان يجعل من الوالد -في العلاقة الشرعية- ناقلا أساسيا، أصليا وحرا غير مقيد لجنسيته الأصلية المبنية على أساس رابطة الدم إلى ولده. حيث كان يعترف له بالحق الخالص، الأصل والمطلق في ذلك، جاعلا إياه حكرا عليه دون الوالدة، التي لم يعترف لها بذات الحق إلا في حدود ضيقة، وحالات محددة، رغم انحدار الولد من دمها هي الأخرى، وهذا ما سنراه في النقطة الموالية.

1 - نور الدين بوسهوية: (المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2011/12/15، مج.3، ع.5، ص.71-72.

2 - بن عياد جلييلة، بعوني خالد: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص.73-74.

3 - نور الدين بوسهوية: (المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية)، مرجع سابق، ص.69.

ثانيا: نقل الوالدة الجنسية لأولادها بصفة احتياطية واستثنائية

رغم كون الوالدة تشكل أحد طرفي العلاقة الزوجية التي يتمخض عنها الولد؛ فإن المشرع الجزائري لم يكن يسمح لها بنقل جنسيتها لأولادها بصفة أصلية، أساسية ومطلقة، شأنها في ذلك شأن الوالد، إلا في حدود ضيقة، محصورة، قليلة الوقوع وورهن توفر شروط محددة، وذلك بموجب ق.ج.ج لسنة 1970.

وظل لسنوات طوال، يُعَوَّل في بناء جنسية الأولاد الأصلية على نسبته لوالدهم، دون اعتداد بنسبتهم لوالداتهم. هاته الأخيرة، التي بقي دورها محصورا في خانة محددة ودرجة فقط¹؛ تتمثل في الحالات التي يتعذر معها الرجوع إلى الوالد لمنح جنسيته لهم، كما لو كان غير معروف أو بدون جنسية، تفاديا لوقوع هؤلاء الأولاد في إشكالية انعدامها (الجنسية)². مما يترجم الدور الاحتياطي الذي كان منوطا بها في هذا الخصوص³.

حيث كان المشرع يمنح لها الحق في نقل جنسيتها الأصلية المبنية على رابطة الدم إلى ولدها، فقط في حالة ما إذا كان والده مجهولا، أو كان عديم الجنسية، أي في حالات استثنائية فقط⁴. أما إذا كان والده معروفا قانونا، فالولد يحمل جنسية هذا الأخير⁵ كما سبق التطرق إليه، وهو ما كانت تنص عليه م06 من ق.ج.ج: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب: 2...- الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول، 3- الولد المولود من أم جزائرية وأب عديم الجنسية.».

والمقصود بعبارة الأب المجهول، المنصوص عليها في ف2 من م06 من ق.ج.ج؛ هو الأب غير المعروف قانونا وليس واقعا، لأنه قد يعرف والد الولد واقعا، إلا أن ثبوت نسب الولد منه قانونا لم يتحقق. وهنا يكون المشرع قد ضمن حق الأولاد غير الشرعيين في الحصول على الجنسية الجزائرية من جهة الوالدة، حتى يحمي تلك الشريحة البريئة من مشكلة انعدام الجنسية⁶، بخلاف حقهم في النسب -كما رأيناه سالفا- حين همشهم في إمكانية تمتعهم به.

1 - فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق: الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري المقارن، مرجع سابق، ص.47.

2 - بلعير عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.142.

3 - فؤاد عبد المنعم رياض: أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1995، ص.47.

4 - بوخرية حمزة: (جنسية أبناء الأم الجزائرية)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/07/19، مج.5، ع.2، ص.607-608.

5 - الحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الجنسية الجزائرية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط.1، دار الخلدونية-الجزائر، 2010، ص.19.

6 - هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد: الجنسية ومركز الأجانب -دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص.127. نقلا عن، آيت قاسي حورية: (تعليق على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/06/10، مج.10، ع.1، ص.91. انظر أيضا، بن عياد جلييلة، بعوني خالد: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص.75.

أما عديم الجنسية، فهو الذي يجد نفسه لسبب معين لا ينتمي لجنسية أي دولة، ويعد بمثابة المتخلى عنه. حيث ومن أسباب انعدام الجنسية، الميلاد على إقليم دولة، تبني جنسيتها على حق الدم، من أبوين مجهولي أو عديمي الجنسية، كأن يفقد الوالد والوالدة جنسيتها بسبب السحب أو التجريد قبل ميلاد ولدهما، فيكون هذا الأخير كذلك عديمها، لكون الدولة تبني الجنسية على حق الدم لا الإقليم. أو إذا ولد على إقليم دولة تبني جنسيتها على رابطة الدم، ولا تُعرف جنسية أبويه، فيصبح هو أيضا عديم الجنسية وغيرها¹.

ولعل المشرع قصد من وراء جعل الوالدة تتقل جنسيتها لأولادها في تلك الحالتين الاستثنائيتين (جهالة الوالد، وانعدام جنسيته)؛ مرده حماية الولد من البقاء بلا جنسية، لما ينجر عنه من المشاكل.

وإذا كان المشرع يمنح للوالدة حق نقل جنسيتها الأصلية القائمة على رابطة الدم لأولادها في تلك الحالتين القليلتي الوقوع؛ فإنه قد أغفل حينها حالة شائعة الوقوع وكثيرة الانتشار، ألا وهي أولادها من زوجها الأجنبي في الزواج المختلط، حيث لم يكن الزواج بالأجنبي ضابطا لنقل جنسية الوالدة الأصلية المبنية على رابطة الدم لأولادها.

وقد رأى البعض من الحقوقيين، بأنه مثلما حفظ المشرع حق الولد الناتج عن علاقة غير شرعية في الحصول على الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على رابطة الدم من والدته؛ فكان الأجدر ألا يحرم منها الولد الشرعي، الناتج عن زواج شرعي مختلط أيضا². إذ هي الحالة التي شهدت مطالبة واسعة بها، من قبل الحركات النسوية، وهيئات المجتمع الدولي حينها، والتي تداركها المشرع في تعديله لقانون الجنسية كما سنتطرق له في حينه.

هذا، وكان المشرع يمنح للوالدة أيضا، الحق في نقل جنسيتها الأصلية المبنية على رابطة الإقليم، فقط في حالة الميلاد المضاعف، بأن يولد الولد في الجزائر، إضافة إلى ميلاد والده الأجنبي هو الآخر في الجزائر أيضا، وهو ما كانت تنص عليه م07 من ق.ج.ج: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 2....- الولد المولود في الجزائر³ من أم جزائرية ومن أب أجنبي هو نفسه مولود في الجزائر إلا إذا رفض الجنسية الجزائرية في أجل مدته عام قبل بلوغه سن الرشد⁴».

1 - للاطلاع على أسباب انعدام الجنسية أكثر راجع، خرشي عمر معمر: (وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية)، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيذر بسكرة، 2018/04/25، مج.4، ع.1، ص.203-209.

2 - محمد توفيق قديري، ميلود بن حوحو: (تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري "قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا")، مرجع سابق، ص.279.

3 - يقصد بعبارة "الجزائر"، الإقليم الجزائري بالمفهوم الواسع، الذي يشمل مجموع التراب الجزائري، المياه الإقليمية الجزائرية، والسفن والطائرات الجزائرية. انظر م05 من ق.ج.ج قبل التعديل وبعده.

4 - كان سن الرشد مقدّر بإحدى وعشرين (21) سنة. انظر، م04 من ق.ج.ج قبل التعديل.

أما إذا كان ذلك الوالد الأجنبي مولودا في الخارج؛ فإن القانون قد منح للوالدة الحق في نقل جنسيتها إلى ولدها، فقط في حالة ما إذا أعلن ذلك الولد رغبته في اكتسابها، وهو ما كانت تنص عليه م9 من ق.ج.ج: «...يكتسب الولد المولود في الجزائر من أم جزائرية وأب أجنبي مولود خارج التراب الجزائري، الجنسية الجزائرية إذا أعلن عن رغبته في اكتساب هذه الجنسية خلال 12 شهرا السابقة لبلوغه سن الرشد إذا كانت له وقت التصريح إقامة معتادة ومنتظمة في الجزائر ما لم يعارض وزير العدل في ذلك وفقا للمادة 26 بعده».

وتأسيسا على ما سبق، يتضح لنا الدور الضئيل الذي كان يمنحه المشرع الجزائري إلى الوالدة، في مجال نقل جنسيتها لأولادها بموجب قانون 1970 المتعلق بالجنسية. حيث كان يُلجأ إليها بصفة احتياطية، نظرا للمركز الذي كانت تحتله داخل أسرتها حينها، حيث كانت تأخذ حكم التابع للزوج في الأسرة لا الشريك. مما يبين التمييز الواضح الذي كان يكرسه ق.ج.ج لسنة 1970 بين الرجل (الوالد) والمرأة (الوالدة)¹، والذي يدل على هيمنة المجتمع الذكوري والأبوي على الأسرة في ذلك الوقت.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري من خلال قانون الجنسية لسنة 1970، كان يجعل من الوالدة ناقلا احتياطيا، ثانويا، مقيدا ومشروطا لجنسيتها الأصلية، سواء المبنية على رابطة الدم أو رابطة الإقليم، حيث لم يكن يعترف لها بالحق في ذلك إلا بتوافر حالات استثنائية وشروط معينة.

لنصل مما تقدم، إلى أن المشرع الجزائري لم يكن يساوي بين حق الوالدين في نقل جنسيتها الأصلية لأولادهما، خاصة المبنية على رابطة الدم، أين كان يعتبر دم الوالد في المرتبة الأولى، ويعتد به مطلقا دون قيد ولا شرط وفي حالات شرعية، في حين يضع دم الوالدة في المرتبة الثانية، ويعتد به فقط في حالات ضيقة ومحدودة من بينها الحالات غير الشرعية.

وإذا كان موقف المشرع الجزائري فيما تعلق بالمركز القانوني للوالدين في نقل جنسيتها خاصة الأصلية إلى أولادهما المشتركين، قد اتسم بالتمييز وعدم المساواة بينهما رغم انحذارهم منهما الاثنين، كما اتضح معنا جلينا فيما تعلق بالجنسية الأصلية المؤسسة على رابطة الدم، حين جعل دم الوالد معتبرا في حين ألغى دم الوالدة ولم يعتد به سوى في الحالات الغير شرعية أو الحرجة أو الضيقة؛ فهل غير المشرع الجزائري موقفه ذاك بعد تعديلات سنة 2005، ركونا منه إلى إرساء مبدأ المساواة بينهما، تحت تأثير إملاءات الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي كرست المساواة بين الجنسين في هذا الخصوص، فضلا عن ضغط لجنتها المتواصل خاصة على الدول العربية التي تنظر دائما لها بنظرة المجحف في حق المرأة؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

1 - بوخروبة حمزة: (جنسية أبناء الأم الجزائرية)، مرجع سابق، ص.606.

الفرع الثاني

المساواة بين الوالدين في نقل الجنسية بعد تعديل قانون الجنسية الجزائرية لسنة 2005

بعد التمييز الذي شهده الموقف الجزائري تجاه الوالدين فيما يتعلق بنقل جنسيتها إلى أولادها بموجب ق.ج.ج لسنة 1970؛ فإن موقفه ذلك قد شهد عدولا من قبله بعد سلسلة التعديلات التي شهدتها قوانينه خلال سنة 2005 بما فيها قانون الجنسية، جنوحا منه إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الوالدين في ذلك. تلك المساواة، التي تمخضت عن جملة من الدوافع والضغوطات (أولا)، نتج عنها تحرير الوالدة وإطلاق حقها في نقل جنسيتها لأولادها، دون قيد ولا شرط شأنها شأن الوالد في ذلك، لتصل إلى مصافه وتتساوى معه (ثانيا).

أولا: دوافع جنوح المشرع إلى تكريس المساواة بين الوالدين في نقل الجنسية

عاشت القوانين الجزائرية ومن بينها قانون الجنسية فترة مخاض عسيرة، خلال المرحلة الزمنية التي سبقت سنة 2005، حيث اشتهر على المشرع الجزائري الخناق بين الموقف الدولي، الضاغط عليه بضرورة تعديل قوانينه بما يتلاءم مع ما جاء به، من ضرورة إرساء مبدأ المساواة بين الجنسين عامة، والزوجين خاصة، والذي تمثل في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولجنتها المكلفة برصد ما أحرزته الدول المُنظمة إلى الاتفاقية السالفة الذكر، من مدى التزام بما جاء فيها، ومواصلة الضغط عليها لرفع تحفظاتها. وبين الموقف الداخلي، المتمثل في الحركات النسوية التحررية، التي وجدت في ذلك ملاذها المنشود، والتي كان لها الدور البارز في إعلاء صوت المطالبة بالمساواة بين الجنسين، خاصة في نقل جنسية الوالدة لأولادها غير المشروط شأنها في ذلك شأن الوالد.

تلك المساواة، قد أملت ضرورة الاستجابة للتحولات الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية للحياة اليوم، حيث لم يعد دور المرأة ينحصر في الوظيفة النمطية والتقليدية التي كانت موكلة لها فيما مضى، بل تجاوزتها إلى أدوار أخرى منها ما هو غريب على تكوين المرأة كأنتى، حيث غزت مجالات عدة، وصار دورها أساسيا في الحياة خارج الأسرة جنبا لجنب مع الرجل¹. كما أن دور الرجل داخل أسرته كَرَباً لها، مثلما كان عليه الحال قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، قد سجل تراجعا ملحوظا بعدما ألغى المشرع قوامته داخلها، وجعل من التشاور، التشاركية والتعاون البدائل عنها، كما سبق التطرق إليه.

وفضلا عن التغيرات التي طرأت على المجتمعات بصفة عامة، ومنها المجتمع الجزائري الذي لم يكن بمنأى عنها؛ فقد كان للزواج المختلط الأثر البالغ في جنوح المشرع إلى تكريس المساواة بين الوالدين في نقل جنسيتها لأولادها، لتفادي الإشكالات التي كانت تحدث من ورائه، خاصة في الحالات التي تنتهي فيها العلاقة الزوجية بالطلاق.

1 - كريمة محروق: (إطلاق الجنسية الأصلية من جهة الأم في ظل المتغيرات الداخلية والدولية)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، 2015/12/31، مج.26، ع.4، ص.478.

حيث لم يكن قانون الجنسية لسنة 1970، يسمح للوالدة بنقل جنسيتها الجزائرية لأولادها الناتجين عن زواجها بأجنبي، طالما الزواج شرعيا وحدث الطلاق، وطالما والدهم الأجنبي معروفا واقعا وقانونا، حيث يحملون جنسية هذا الأخير، رغم أنهم يظلون في الجزائر مع والدتهم الجزائرية، وذلك بحكم حضانتها لهم. ومن ثمة، حرمانهم من حقوقهم كجزائريين، رغم انحذارهم من دم والدة جزائرية، وإقامتهم لمدة معتبرة فيها، كما قد يكون ميلادهم قد وقع على إقليمها أيضا، مما يجعل ولاءهم لها وارد وبشدة شأنهم شأن الجزائريين¹.

دفع هذا الأمر بالمشروع إلى تكريس مبدأ المساواة بين الوالدين في نقل جنسيتها الأصلية المبنية على رابطة الدم إلى أولادهم، حيث صارت الوالدة ناقلة هي الأخرى لجنسيتها الجزائرية لأولادها بصفة تلقائية²، بصرف النظر عن جنسية والدهم، ولا عن المآل الذي آلت إليه علاقتها الزوجية.

إضافة إلى ذلك، فإن إشكالية انعدام الجنسية، كانت حاضرة كدافع لجعل المشروع يفكر في جعل المرأة تتساوى مع الرجل في إمكانية نقل جنسيتها لأولادها لتفادي الوقوع فيها. ذلك أن الاعتماد على الوالد وحده كناقل لجنسيتها الأصلية لأولاده، قد يتعذر في بعض الأحيان، كما لو كان مجهولا أو عديم الجنسية، ومع عدم السماح للوالدة بنقل جنسيتها لهم، سيبقى الأولاد حتما دون جنسية، وما من شأنه أن يخلفه هذا من مشاكل لهم، ومن حرمان لحقوقهم، التي كانت ستمنح لهم لو استفادوا من جنسية والدتهم³.

كما أن تلك المساواة، كان ولا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار في مواد قانون الجنسية، استجابة بالدرجة الأولى، إلى ما كرسه الدستور الجزائري من ضرورة اعتمادها، وذلك بموجب ما جاء في م37 منه، التي أفاد نصها ما يلي: «كل المواطنين سواسية أمام القانون... ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.».

ثم استجابة بالدرجة الثانية، إلى ما احتوته ونادت به الاتفاقيات الدولية، التي انضمت إليها الجزائر، والتي تبنت مبدأ المساواة، وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. حيث وجدت الجزائر نفسها ملزمة بالوفاء بالتزاماتها الدولية، وهو الأمر الذي أكدت عليه م154 من الدستور كما يلي: «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.».

حيث وبالرجوع إلى الاتفاقية السالفة الذكر؛ فإننا نجدها تنص في م09 ف2 منها على يلي: «تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما تعلق بجنسية أطفالها.» هاته المادة وفقرتها بالتحديد،

1 - بلعير عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.139.

2 - م06 من ق.ج.ج. لسنة 2005.

3 - بلعير عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.141.

كانت محل تحفظ من الجزائر في بادئ الأمر، شأنها شأن عديد المواد الأخرى¹. لكنها، سرعان ما رفعت تحفظها عليها لاحقاً، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، وهو ما جاء في التقرير الدوري الثاني للجزائر أمام اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة²، بعد أن رأت هاته الأخيرة (اللجنة) بأن تلك التحفظات تشكل عراقيل تحول دون تنفيذ الاتفاقية تنفيذاً كاملاً، إزاء نظرها في التقرير الأولي للجزائر³.

ولتأثير تلك الاتفاقية على الدول الأعضاء، وجّرها إلى تعديل قوانينها؛ فإنها عمدت إلى النص في م02 ف (أ) منها على ما يلي: «إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أُدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة». وكذا، في ف (و): «اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة».».

وجاء موقف المشرع الجزائري هذا، في محاولة تكريس المساواة بين الوالدين في نقل جنسيتها إلى أولادها، برفع القيد عن الوالدة وتمكينها من ذلك؛ في ظل مناداة المجتمع الدولي بموجب إعلاناته واتفاقياته بضرورة ضمان الحق في الهوية والاسم لكل ولد دون تمييز. ونخص بالذكر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي جاء في م06 منه بأن الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية حق لكل إنسان، وكذا اتفاقية حقوق الطفل، التي جاء في م08 منها أيضاً بأنه على الدول الأعضاء أن تحترم حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته وصلاته العائلية.

وهو ما كان عليه الحال، حيث ولمواكبة الجزائر للتطورات التي لامست مجتمعا، ولاحترام وتنفيذ التزاماتها على الصعيدين الدولي وكذا الداخلي، من خلال ما صادقت عليه من اتفاقيات دولية على رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً منها للمواءمة بين نصوصها القانونية وما نصت عليه هاته الأخيرة؛ جنح المشرع الجزائري إلى اعتماد تعديل شبه شامل لقانون الجنسية لسنة 1970، تبنى من خلاله مبدأ المساواة بين المركز القانوني للوالدين في نقل جنسيتها لأولادها على قدم المساواة، وهو ما سيكون محل دراستنا للنقطة الثانية.

1 - التقرير الدوري الجامع للتقريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص.15. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#). وتقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، مرجع سابق، ص.24. انظر، [A/54/38/Rev.1](#). وللتفصيل أكثر انظر، تشوار جيلالي: (تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك)، مرجع سابق، ص.01-19.

2 - التقرير الدوري الثاني للجزائر، مرجع سابق، ص.84. انظر، [CEDAW/C/DZA/2](#).

3 - تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، مرجع سابق، ص.24. انظر، [A/54/38/Rev.1](#).

ثانيا: إطلاق حق الوالدة في نقل الجنسية لأولادها تحقيقا للمساواة

تمخض عن الدوافع التي سبق سردها آنفا؛ أن أصدر المشرع الجزائري مولودا قانونيا جديدا، تمثل في صدور الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الموافق عليه بالقانون رقم 05-08 المؤرخ في 04 ماي 2005، والذي شمل تعديلات شبه شاملة، مست مختلف مواد قانون الجنسية السابق، أهمها ما كان محل دراستنا لهاته الجزئية.

حيث حظي العمل على تحقيق مبدأ المساواة بين المركز القانوني للوالدين، فيما تعلق بنقل جنسيتهما لأولادهما فيه حصة الأسد. كون المساواة من أبرز المطالب التي التفتّ حولها المجتمع الدولي بجميع هيئاته، خاصة في الآونة الأخيرة، حيث باتت قضية التمييز بين الجنسين تؤرق الجميع.

فبعد أن كان حق الوالدة الجزائرية في نقل جنسيتها الأصلية المبنية على رابطة الدم لأولادها، حبيس تحقق شرطي جهالة الأب، أو انعدام جنسيته كما سبق التطرق إليه؛ فإن النص الجديد أصبح يمنحها الحق في ذلك بصفة أساسية ومطلقة، دون قيد ولا شرط، شأنها في ذلك شأن الوالد، بغض النظر عن حالة هذا الأخير ووضعيته، إن كان مجهولا، أو معروفا وتجهل جنسيته، أو عديم الجنسية، أو يحمل جنسية أجنبية. وكذا بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي نتج عنها الولد، إن كانت شرعية أو غير شرعية. وبغض النظر كذلك عن مكان ميلاده، إن كان مولودا على الإقليم الجزائري أو خارجه³.

فالعبرة في نقل الجنسية الجزائرية المؤسسة على رابطة الدم؛ باتت بالانحدار من دم والدة جزائرية شأنها في ذلك شأن الوالد⁴، وهو ما أضحت م06 من ق.ج.ج في حُلَّتْها الجديدة تنص عليه: «يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية».

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بعد التعديل، وبعد حذفه لعبارة "النسب"، التي كانت تتضمنها م06 ق.ج.ج سابقا: «يعتبر من الجنسية الجزائرية بالنسب...»، والتي كان يتخذها كأساس لمنح الجنسية الجزائرية الأصلية المبنية على رابطة الدم، حيث كان بمقتضاها يميز بين النسب الشرعي، الذي يخلع فيه جنسية الوالد الأصلية على ولده. وبين النسب غير الشرعي، كإحدى الحالات التي يخلع فيها جنسية الوالدة الأصلية على ولدها؛ فإنه وفقا لهذا المنظور الجديد، يكون قد فتح الباب أمام الأولاد غير الشرعيين من

1 - الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج بتاريخ 27 فيفري 2005، ع.15.

2 - القانون رقم 05-08 المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج بتاريخ 22 جوان 2005، السنة 42، ع.43.

3 - لحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الجنسية الجزائرية، دراسة نظرية وتطبيقية مرجع سابق، ص ص.19-21.

4 - محمد طيبة: الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.28.

الجهتين الوالد وكذا الوالدة على حد سواء في الحصول على الجنسية الجزائرية الأصلية¹، وما في ذلك من حماية لحق هؤلاء الأبرياء في الجنسية، بعدما حرمهم المشرع حقهم في النسب من والدهم الطبيعي وفقا للضوابط المحددة فقها -كما سبق التطرق إليه-، بموجب الصمت الذي التزمه في ذلك الخصوص.

وكذا، فبعدما كان حقها في نقل جنسيتها الأصلية المبنية على رابطة الإقليم، رهين تحقق شرط الميلاد المضاعف، بأن يكون ولدها مولود منها وبالجزائر، ووالده أجنبيا وهو الآخر مولودا فيها؛ فقد ألغى المشرع هذا الشرط، كونه لم يعد له معنى، ما دام أن هاته الحالة أصبحت خاضعة لحكم م06 من ق.ج.ج بعد التعديل، بناءً على حق الدم، مبقيا فقط على شرط ولادة الولد في الجزائر من أبوين مجهولين (م07 ف1 من ق.ج.ج)، وإضافته لشرط جديد، تمثل في ولادة الولد في الجزائر من والد مجهول والدة مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها، كما جاءت به م07 ف2 من ق.ج.ج.

إضافة إلى ذلك، فبعدما كان حقها في نقل جنسيتها إلى ولدها المولود منها في الجزائر من أب أجنبي مولودا بالخارج، معلقا ذلك على إعلان الولد عن رغبته في اكتسابها خلال اثني عشرة (12) شهرا السابقة لبلوغه سن الرشد، إذا كانت له وقت التصريح إقامة معتادة ومنتظمة في الجزائر، مع عدم اعتراض وزير العدل عن ذلك؛ فقد ألغى المشرع م09 التي كانت تحمل هذا الحكم برمتها، كونها أصبحت بعد التعديل فارغة من معناها، لصيرورة الولد المولود من والدة جزائرية يحمل جنسيتها الأصلية المؤسسة على حق الدم دون شرط ولا قيد. واستحدث محلها م09 مكرر² من ق.ج.ج، التي مكنت من اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم، ويتوفر شروط معينة تضمنها نص المادة، ليؤكد المشرع مرة أخرى على تكريسه للمساواة بين الزوجين في إمكانية منح جنسيتها الجزائرية للأجنبي بموجب الزواج المختلط سواء تمثل الطرف الجزائري في الزوج أو الزوجة.

وإضافة إلى منح المشرع الوالدة الحق في نقل جنسيتها الأصلية لأولادها بحرية دون قيد ولا شرط؛ فقد منحها أيضا الحق في منح جنسيتها المكتسبة لهم شأنها في ذلك شأن الوالد، وهو ما نصت عليه م17 من ق.ج.ج: «يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالدهم. على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداءً من بلوغهم سن الرشد.».

1 - بن عياد جلييلة، بعوني خالد: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، مرجع سابق، ص.81.

2 - تنص م09 مكرر من ق.ج.ج على ما يلي: «يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،
- الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة سنتين (02) على الأقل،
- التمتع بحسن السيرة والسلوك،
- إثبات الوسائل الكافية للمعيشة،

يمكن أن لا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج.».

وننوه إلى غموض هاتاه المادة، حيث أن عبارة "شخص" تحتل الانطباق على كلا الوالدين، إلا أن عبارة "كوالدهم" تشير إلى الوالد دون الوالدة. مما جعل الفقه القانوني ينقسم إلى قسمين. حيث رأى البعض¹، بأن المادة تشير إلى كلا الوالدين، وأن الوالدة مثلما لها حق نقل جنسيتها الأصلية فلها أيضا منح جنسيتها المكتسبة. بينما رأى البعض الآخر²، بأن المشرع عاد إلى التمييز مرة أخرى بين الوالدين بأن خص الوالد وحدة بتلك المادة دون الوالدة.

إلا أن مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-01، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المتضمن ق.ج.ج، قد وقف بصف أصحاب الموقف الثاني، لما تضمنه البند الثالث، من البنود التي تمحورت حولها أهم التعديلات والذي جاء فيه: «تمديد أثر اكتساب الأب للجنسية الجزائرية إلى أولاده القصر. مع تقرير حقهم في التنازل عنها خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد»³. حيث ذكر صراحة عبارة "الأب"، مما يشير إلى قصره لأثر امتداد اكتساب الجنسية الجزائرية للأولاد القصر على الوالد وحده دون الوالدة.

لكن ورغم ذلك، فإننا نشاطر أصحاب الموقف الأول الرأي، لأنه بالرجوع إلى م10 من ق.ج.ج التي تضمنتها م17 السالفة الذكر، نجد بدايتها كالتالي: «يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشروط...». حيث جاء استعمالها لعبارة "الأجنبي" عاما. وبالتالي، تكون قد شملت الأجانب من الجنسين دون تحديد ولا تخصيص لجنس معين على حساب الآخر.

ومع ذلك، تبقى هاتاه المادة محل غموض، توجب على المشرع التدخل مرة أخرى لإزالته. لذا، نقترح أن يكون نصها كالتالي: «يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية، بموجب المادة 10 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت كوالديهم. على أن لهم حرية التنازل عن الجنسية الجزائرية خلال سنتين ابتداء من بلوغهم سن الرشد». حيث يصبح موقف المشرع الجزائري وفقها، صريحا وواضحا في تبني مبدأ المساواة بين مركز الوالدين القانوني في هذا الخصوص، دون أن يدع مجالا للتأويل، الذي غالبا ما يقع فيه فقهاء القانون كلما كان النص القانوني غامضا.

1 - آيت قاسي حورية: (تعليق على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.89. انظر أيضا، بلعير عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.146.

2 - ناتوري كريم: (دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 05-01)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/09/03، مج.3، ع.1، ص.97، 100.

3 - مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الاثنين 14 مارس 2005 (صباحا)، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، بتاريخ 28 مارس 2005، السنة 03، رقم 146، ص.05.

وبناءً على ما سبق، فقد حرر المشرع الجزائري الوالدة من جميع القيود التي كانت تحول دون نقل جنسيتها لأولادها إلا بتحققها، وذلك بإلغائه للشروط التي كانت تعترضها في ذلك، تاركا المجال أمامها واسعا حرا. حيث وبإزاحته لتلك العوائق من طريقها، صار حقها في ذلك أصليا، أساسيا ومطلقا مثل الوالد تماما.

وقد أحسن المشرع فيما اتجه إليه، لكون الوالدة هي الأخرى قد اشتركت في إنجاب الولد مع والده، ودمها ودم الوالد في خلقه سواء. وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد جسد مبدأ عدم التمييز بين الجنسين في هذا الشأن، المكرس في الدستور، والمواثيق الدولية.

ومن ثمة، فكل من يولد من والدة جزائرية ستكون له الجنسية الجزائرية الأصلية، سواء كانت جنسية والدته أصلية أو مكتسبة، وحتى ولو كانت لها جنسية أخرى أجنبية، ومهما كانت حالة الوالد من حيث جنسيته، فالمهم هو أن تكون الوالدة متمتعة بالجنسية الجزائرية وقت ولادة الولد¹.

واتجاه المشرع الجزائري هذا، والمتمثل في عدوله عن موقفه السابق، الذي تميز بالتمييز بين الوالدين في نقل جنسيتهم إلى أولادهم، وجنوحه إلى تكريس مبدأ المساواة بينهما في ذلك؛ قد اتفق بمقتضاه مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، الذي ساوى هو الآخر بينهما في ذات الأمر، وذلك بموجب م¹⁸ 2 من ق.م.ف، التي تناولت الجنسية الفرنسية بالبنوة، حيث قررت بأنه يعد فرنسيا الولد الذي يكون أحد والديه على الأقل فرنسيا، دون أن يميز بين ما إذا كان ذلك الولد شرعيا أم طبيعيا. كما تناولت م¹⁹ 3 الجنسية الفرنسية بالولادة في فرنسا، حيث قررت بأنه يعد فرنسيا الولد المولود في فرنسا من والدين مجهولين. وأضافت م¹⁹ ف⁴ 1 إلى حالة جهالة الوالدين كسبب مانح للجنسية الفرنسية للمولود في فرنسا من والدين أختين تمثلتا في: حالة الولد المولود في فرنسا من والدين عديمي الجنسية، وحالة الولد المولود فيها من والدين أجنبيين وليس للولد اكتساب جنسية أي منهما بحسب قوانين جنسيتهم. كما تطرقت م¹⁹ ف³ 5 أيضا إلى حالة الميلاد

1 - آيت قاسي حورية: (تعليق على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية)، مرجع سابق، ص.89.

2 - Art. 18 du C.C.F (L. n° 73-42 du 09 jan. 1973) dispose: «Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français.». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 171.

3 - Art. 19 du C.C.F (L. n° 73-42 du 09 jan. 1973) dispose: «Est français l'enfant né en France de parents inconnus. Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité celui-ci.». Voir, Ibid, P. 171.

4 - Art. 19-1 du C.C.F (L. n° 73-42 du 09 jan. 1973) dispose: Est français:

1° l'enfant né en France de parents apatrides;

2° l'enfant né en France de parents étrangers (L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003) «pour lequel les lois étrangères de nationalité ne permettent en aucune façon qu'il se voie transmettre la nationalité de l'un ou l'autre de ses parents».

(L. n° 98-170 du 16 mars 1998) «Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, la nationalité étrangère acquise ou possédée par l'un de ses parents vient à lui être transmise.». Voir, Ibid, P P. 171-172.

5 - Art. 19-3 du C.C.F (L. n° 73-42 du 09 jan. 1973) dispose: «Est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui- meme né.». Voir, Ibid, P. 172.

المضاعف، حيث قررت بأنه يعد فرنسا الولد المولود في فرنسا، إذا كان أحد والديه على الأقل مولودا فيها. ووفقا لذلك، يبدو لنا بأن المشرع الفرنسي لم يفرق بين الوالدين، كما لم يفرق بين شرعية الولد من عدمها.

ونفس المذهب ذهب إليه المشرع المغربي، الذي أطلق حق الوالدة في منح جنسيتها لأولادها، وساوى بينها وبين الوالد في ذلك، بموجب الفصل 06 المستحدث بالقانون رقم 06-62¹، المُغير والمتمم للظهير الشريف رقم 1.58.250 الصادر في 06 سبتمبر 1958، المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية، والذي جاء فيه ما يلي: «يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية.».

أما المشرع التونسي، فكان قبل سنة 2010 يُبقي على إطلاق حق الوالد في منح جنسيته لأولاده، في حين قيد حق الوالدة في ذلك بضرورة أن يكون والد الولد مجهولا، أو لا جنسية له، أو مجهول الجنسية، أو أن يولد منها بتونس من والد أجنبي، وذلك بموجب الفصل 06² من المرسوم عدد 6 لسنة 1963³، المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، المصادق عليه بالقانون عدد 7 لسنة 1963⁴. ومرت السّنون والمشرع التونسي مبقيا على الجنسية التونسية الأصلية المبنية على حق الدم آنذاك امتيازاً أبويا قاصرا على الوالد، إلى أن صدر تعديل سنة 2010⁵، وذلك بموجب القانون عدد 55 لسنة 2010⁶، المتعلق بتتقيح بعض أحكام مجلة الجنسية التونسية، والذي ألغي نص الفصل 06 السابق، وأصبح نصه الجديد يتوافق مع ما ذهب إليه المشرعين الجزائري والمغربي في إطلاق حق الوالدة في منح جنسيتها لولدها كما الوالد تماما، والذي جاء فيه ما يلي: «يكون تونسيا الطفل الذي ولد لأب تونسي أو لأم تونسية.».

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد ساوى بين المركز القانوني للوالدين في الأسرة، فيما تعلق بإمكانية نقل جنسيتها إلى أولادها، حيث أطلق حق الوالدة في ذلك، وفك القيود التي

1 - القانون رقم 06-62، المُغير والمتمم للظهير الشريف رقم 1.58.250 الصادر في 06 سبتمبر 1958، المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80، الصادر في 23 مارس 2007، الجريدة الرسمية بتاريخ 02 أبريل 2007، ع.5513.

2 - كان ينص الفصل 06 من المرسوم عدد 6 لسنة 1963 على ما يلي: «يكون تونسيا: 1- من ولد لأب تونسي. 2- من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية. 3- من ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي.».

3 - المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963، المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 05 مارس 1963، السنة 106، ع.11.

4 - القانون عدد 7 لسنة 1963 المؤرخ في 22 أبريل 1963، المتعلق بالمصادقة على المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963، المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 19-23 أبريل 1963، السنة 106، ع.19.

5 - سنية العش ملاك: (منح جنسية الأم لطفلها قراءة في تتقيح مجلة الجنسية التونسية المؤرخ في 01 ديسمبر 2010)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.21.

6 - القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر 2010، المتعلق بتتقيح بعض أحكام مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 03 ديسمبر 2010، ع.97.

كانت تكفلها في منح جنسيتها إلى أولادها، الذين تشترك مع والدهم في خروجهم إلى هذا العالم، كونهم فلذات كبدها شأنها في ذلك شأن الوالد.

وبذلك يكون قد تخطى عن فكرة التمييز، التي كان عليها ق.ج.ج قبل التعديل، والتي كانت تفرق خاصة بين دم الوالد ودم الوالدة، كسبيلين لنقل جنسيتها الأصلية لأولادهما. تلك التفرقة، التي كانت حكمية، معنوية وقانونية فقط، أما واقعا فلم يكن لها أي وجود ولا معنى، ما دام أن الولد هو نتاج مزج محتم ومفروض بين دمه ودم كلا والديه دون تمييز من الناحية العلمية.

وإذا كان موقف المشرع الجزائري، فيما تعلق بالمركز القانوني للوالدين، من خلال حقوق الأولاد المعنوية، قد اتسم بعدم مساواته بين الوالدين في حق الأولاد في النسب، الذي خص به الوالد في العلاقة الشرعية، وأغفل الحديث عنه في العلاقة غير الشرعية، الأمر الذي يحتم علينا الرجوع إلى ما جاء في الشريعة الإسلامية. هاته الأخيرة، التي قطعت النسب غير الشرعي عن الوالد، وألحقته بالوالدة عند الجمهور، مع خلاف بعض الفقهاء لهم، الذين أجازوا إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا أراد استلحاقه، ولم تكن والدته فراشا لرجل آخر. في حين اتسم موقف المشرع الجزائري، بمساواته بين المركز القانوني للوالدين في حق الأولاد في الجنسية، بجعله للوالدين ناقلين أساسيين لجنسيتها لأولادهما دون أية تفرقة.

فسنرى في المبحث الثاني، كيف كان موقف المشرع الجزائري فيما تعلق بالمركز القانوني للوالدين، من خلال حقوق الأولاد المادية، وعلى رأسها واجب الإنفاق. فهل وزعه بين الوالدين بالتساوي؟ أم أنه خص به الوالد وحده دون الوالدة مثلما فعل في النفقة الزوجية؟ أم أنه أشرك الوالدة في ذلك؟ وإذا كان قد أشركها فيه، فهل مساهمتها كانت أساسية أم استثنائية فقط ومشروطة؟ ولضمان تنفيذ هذا الالتزام الحيوي في حياة الولد، فسنرى الجزاء الذي سلطه المشرع على الامتناع أو الإخلال بالقيام به، وهل رتبته في حق الوالدين معا أم في حق أحدهما فقط؟ هذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

المركز القانوني للوالدين من خلال الحقوق المادية للأولاد

فضلا عن الآثار المعنوية المترتبة على الزواج المؤنَّج بأولاد؛ فإن هناك آثارا مادية لا تقل أهمية عن سابقتها، تتمثل أساسا في ثبوت واجب النفقة المقررة فقها وقانونا من طرف الوالدين لفائدة أولادهما (المطلب الأول)، ولضمان الالتزام بذلك الواجب؛ قرر القانون وقبَّله الفقه جزاءً على كل من يمتنع عن تنفيذ ذلك الواجب أو يخل به (المطلب الثاني).

ورغم امتداد الالتزام بأداء النفقة للأولاد حتى ما بعد انتهاء العلاقة الزوجية¹؛ فإننا ارتأينا التطرق لها في هذا المقام، أي أثناء قيام العلاقة الزوجية، كونها تتقرر بنشوء تلك العلاقة، وبمجرد ميلاد الولد إلى غاية انتهاء أو سقوط ما كان يوجبها.

المطلب الأول

النفقة الوالدية بين الفقه والقانون

لأن الصغير يولد ضعيفا، ويستمر كذلك حتى خروجه من مرحلة الضعف تلك وما يلحقها إلى مرحلة النضج، وإمكانية الاعتماد على النفس بالنسبة للذكر، وعلى الغير -الزوج- بالنسبة للأنثى، أو الاستغناء عنها بالكسب بالنسبة للثنتين؛ فإنه وخلال تلك الفترة، لم يتركه الشارع الحكيم وبعده القانون دون جناح يحميه، ويد تدعمه وتأويه، حيث أثبتا له -فضلا عن الرعاية المعنوية- رعاية مادية ممثلة في النفقة، من قبل والده (الفرع الأول)، وكذا والدته وإن لم تكن بصفة أساسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نفقة الوالد على أولاده بين الفقه والقانون

حتى وإن تم إلغاء رئاسة الزوج على أسرته قانونا ونظريا؛ فإن تلك الرئاسة لازالت تلازمه في أكثر من موطن، كونها نظام ضابط للعلاقات الأسرية، ينبع من روح الشريعة الإسلامية، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالالتزامات المادية المترتبة عليه وتحديد النفقة. حيث ألزمه الشرع بضرورة الإنفاق على ولده أصالة وأساسا (أولا)، وبذلك الإلزامية قال القانون أيضا (ثانيا).

أولا: إلزامية نفقة الوالد على أولاده فقها

انطلاقا من كون نسب الولد الشرعي لاحق بالوالد كما سبق تبيانه آنفا؛ فإن غُرم نفقته² يقع على عاتقه أيضا³، طبقا للقاعدة الفقهية «الغنم بالغرم»⁴. فكما يتشرف الوالد بانتساب ولده له وحمله لقبه؛ فكذلك يتحمل مسؤولية النفقة عليه.

1 - سنرى فيما سيأتي، بأن المشرع عند قيام العلاقة الزوجية، قد كلف الوالد بالنفقة على أولاده أصالة، والوالدة استثناء فقط عند قدرتها وعجزه. إلا أنه، وبعد انفصام العلاقة الزوجية، فإن ما نراه عمليا -من خلال جل الأحكام والقرارات القضائية التي اطلعنا عليها- يدل على أن الوالدة معفاة تماما من هذا الالتزام، حتى في حالة يسرها وعجز طلبها. مما يدل على أن المشرع قد حاول تكريس مبدأ المساواة بين الوالدين -ولو لم تكن تامة في بعض الأحيان- فقط عند قيام العلاقة الزوجية، وتراجع عنها بعد انتهائها، ليعود ويلقي بكل مخلفات الطلاق على الوالد وحده. وهذا يؤدي إلى خرق مبدأ التعاون بين الزوجين في رعاية الأولاد، الذي نص عليه بموجب ف3 من م36 ق.أ. وكذا، انتهاك مبدأ المساواة بينهما، الذي نادى به في عديد المواطن، والتزم به دوليا وداخليا.

2 - تم تعريف النفقة لغة واصطلاحا في هامش ص.90 من هاته الدراسة.

3 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.775.

4 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 86، مرجع سابق، ص.437-439.

كما أنه وانطلاقاً أيضاً، من كون الولد جزءاً من والده؛ فكما يجب على الوالد الإنفاق عن كله (نفسه)، فعليه أيضاً الإنفاق عن جزئه (ولده)، ذلك أن إنفاقه على ولده عند الحاجة إحياء له، كونه جزء منه¹.

فضلاً عن ذلك، فإنه لما كان الوالد رئيساً لعائلته وقواماً عليها كما خصته بذلك الشريعة الإسلامية؛ فإنه ونظراً لتلك المكانة التي يتميز بها داخل أسرته، والتي سبق وأن تطرقنا لها بأنها مكانة تكليف لا تشريف؛ تستلزم نفقته على أولاده بالضرورة.

ووجوب إنفاق الوالد على ولده ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وتُمثل القرابة إحدى الأسباب الرئيسية للزومه². فمن الكتاب، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾³، وقال أيضاً: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴، أي على الوالد المولود له نفقة ولده بسبب الولادة⁵، وكذا «دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لعجزه وضعفه؛ فجعل الله تعالى ذلك على يدي أبيه لقرابته منه وشفقته عليه»⁶. ومن السنة المطهرة، فقد ثبت عن عائشة ؓ عنها «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: «خذي ما يكفيك وولّدك بالمعروف»⁷. أما من الإجماع، فقد قال ابن المنذر: «وأجمعوا (أهل العلم) على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم»⁸.

والأولاد الواجب نفقتهم في رأي جمهور الفقهاء⁹ هم الأولاد المباشرون، والفروع وإن نزلوا. في حين أوجبها المالكية¹، للأولاد المباشرين فقط، أين خصوهم بنفقة والديهم عليهم.

-
- 1 - عبد الكريم زيدان: المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.10، مرجع سابق، ص.158.
 - 2 - أسباب لزوم النفقة هي: الزوجية، القرابة والملكية. انظر، عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.182.
 - 3 - سورة الطلاق: آية 06.
 - 4 - سورة البقرة: آية 233.
 - 5 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ج.4، سورة البقرة: الآية 233، مرجع سابق، ص.211.
 - 6 - أبو بكر محمد بن عبد الله (ابن العربي): أحكام القرآن، القسم 1، من الفاتحة لآخر سورة النساء، سورة البقرة، آية 233، المسألة الرابعة، مرجع سابق، ص.274.
 - 7 - سبق تخريجه في ص.91 من هاته الدراسة.
 - 8 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.110.
 - 9 - عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.105-107. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب والرفيق والبهائم، مرجع سابق، ص.159. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.374. وشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، ف. في نفقة القريب، مرجع سابق، ص.584.

ومن شروط² وجوب النفقة على الأولاد، هي أن يكون الأصل قادرا على الإنفاق بيساره، أو بقدرته على الكسب. ولم يلزم المالكية الوالد على الكسب لنفقة أولاده المعسرين، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾³، وقوله أيضا: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُئْتِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁴. حيث جاء في القوانين الفقهية⁵: «إنما يجب على الإنسان نفقة أبويه وأولاده بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، ولا يباع عليه عبده ولا عقاره... ولا يلزمه الكسب لأجل نفقتهم.».

ومن شروط وجوب النفقة على الأولاد أيضا، أن يكون الفرع فقيرا معسرا لا مال له، ولا قدرة له على الاكتساب (عاجزا عن الكسب). فإن كان له مال يكفيه وجبت نفقته في ماله، والصغير المكتسب تجب نفقته في كسبه. لأن وجوب نفقة الولد على والده مرهون بحاجته، فلا تجب له إذا كان غير محتاج، بخلاف نفقة الزوجة على زوجها التي تجب عليه حتى وإن كانت موسرة كما مر بنا سابقا. وقد خالف في ذلك الزيدية⁶، الذين لم يقرنوا النفقة بفقر الولد وحاجته إليها، بل جعلوها واجبا مطلقا على الوالد لولده الصغير أو المجنون، ولو كان هذا الأخير غنيا.

ويتحقق العجز عن الكسب إما بالصغر، الذي لم يبلغ به صاحبه حد الكسب، فإن بلغه كان لوالده أن يؤجره أو يدفعه لحرفة وينفق عليه من كسبه. أما الكبير، فلا تجب نفقته إلا إذا كان عاجزا عن الكسب لآفة في عقله أو بدنه، أو بسبب طلبه العلم، أو انعدام فرص العمل، أو المرض المانع له من الكسب. وقد خالف في ذلك الحنابلة، الذين أوجبوا النفقة للولد الكبير الفقير حتى ولو كان صحيحا، لأن الفقر مدعاة لنفقة الوالد الغني عن ولده، كما لو كان مريضا، ذلك أنه محتاج فأشبه الزَّمن (المريض)، إذ أن النفقة عندهم

1 - محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، القسم 2، المعاملات، ك. 1، النكاح، ب. 9، النفقات، مرجع سابق، ص 380-381.

2 - المرجع نفسه، ص 380-381. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج. 5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص 336-342. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج. 3، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب والرقيق واليهائم، مرجع سابق، ص 159-160. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 3، ك. النفقات، ف. في نفقة القريب، مرجع سابق، ص 585-587. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج. 11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص 372-378.

3 - سورة البقرة: آية 286.

4 - سورة الطلاق: آية 07.

5 - محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، القسم 2، المعاملات، ك. 1، النكاح، ب. 9، النفقات، مرجع سابق، ص 381.

6 - أبو الحسن عبد الله بن مفتاح: المنتزعة المختار من الغيث المدرار (شرح الأزهار)، ج. 2، النفقات، د. ر. ط، مطبعة المعاهد، مصر، 1340هـ، ص 546.

واجبة دون اشتراط نقص لا في الخلقة ولا في الأحكام في ظاهر المذهب. وتستمر نفقة الأولاد الذكور إلى البلوغ، حيث قال ابن عاصم في تحفته¹: «ففي الذكور للبلوغ يتصل...».

وإما بالأنوثة، كسبب آخر يتحقق بموجبه العجز عن الكسب، ذلك أن الأنثى الفقيرة تعتبر عاجزة عن الكسب مطلقاً، سواء كانت صغيرة أم كبيرة إلى الدخول، إلا إذا اكتسبت فعلاً واستغنت عن نفقة والدها بذلك الكسب كما جاء في رد المحتار²: «لو استغنت الأنثى بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها في كسبها كما هو ظاهر، ولا نقول تجب على الأب مع ذلك، إلا إذا كان لا يكفيها فتجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه». وتستمر نفقة الإناث إلى الدخول، حيث قال ابن عاصم في تحفته³: «...وفي الإناث بالدخول ينفصل». وقد زاد المالكية عن ذلك، حين أوجبوا النفقة للبنات ولو بعد الزواج والدخول، إذا كان زوجها فقيراً معسراً بالنفقة⁴.

وإما بالمرض المانع من العمل، عقلياً كان أم جسدياً، كسبب آخر يتحقق بموجبه العجز عن الكسب. ذلك أن نفقة المعاق والعاجز، لا تسقط ببلوغه سن الرشد، بل تجب على أبيه باتفاق المذاهب الأربعة⁵.

وإما بطلب العلم الذي يشغل عن التكسب، إذا كانت ترجى منه النجاسة فعلاً، الذي يعتبر هو الآخر سبباً داعياً للعجز عن الكسب. حيث اعتبر الفقهاء طالب العلم بمنزلة العاجز عن الكسب، فتجب له النفقة على والده إذا لم يكن له مال، وقد جاء في الدر المختار⁶: «(وكذا) تجب (لولده الكبير العاجز عن الكسب) كأُنثى مطلقاً... وطالب علم لا يتفرغ لذلك...»، كما جاء في شرح فتح القدير⁷: «طلبة العلم إذا كانوا لا

1 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. النفقات وما يتعلق بها، مرجع سابق، ص.ص. 609-610.

2 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.337.

3 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. النفقات وما يتعلق بها، مرجع سابق، ص.ص. 609-610.

4 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.524.

5 - المرجع نفسه، ص.524. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.341. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: التنبيه في الفقه الشافعي، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب، والرقيق، والبهائم، ط.1، عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1983، ص.209. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدري: التَّنْفُ في الفتاوى، ج.1، ك. الزكاة، الواجبات (النفقات)، ط.2، دار الفرقان، الأردن/مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص.196. شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ج.4، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.65. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.378.

6 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.341.

7 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ف. ونفقة الأولاد الصغار على الأب...، مرجع سابق، ص.371.

يهتدون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم»، كما جاء في إعانة الطالبين¹ أيضا: «ما لو كان مشتغلا بعلم شرعي ويرجى منه النجابة والكسب يمنعه فتجب كفايته حينئذ ولا يكلف الكسب».

وأضاف الحنفية، سببا يعد هو الآخر في نظرهم قرينة على العجز عن الكسب، تمثل في من يلحقه العار بالتكسب، لكونه من أبناء الأشراف، فنفقته على والده. إلا أن هذا الرأي، قد انتقد من قبل الكثيرين، وعلى رأسهم الفقيه وهبة الزحيلي²، الذي أصاب في انتقاده، والذي نشاطه بدورنا الرأي، كون الإسلام لم يميز بين أولاد الكرام والعامّة، وجاء ليمحو الفروق، ويقضي على الطبقة بين الناس، لما روي عن أبي نضرة حدثهم من سمع خطبة رسول ﷺ في وسط أيام التشريق فقال: ﴿يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ألا لا فضل لعربيّ على عجميّ ولا لعجميّ على عربيّ ولا أحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى...﴾³. فضلا عن ذلك، فلا عار في العمل، يدعو للاستحياء به، إلا ما كان يمس بالأخلاق، ومخالفا للشرعية والقانون.

وإضافة إلى يسر الأصل وقدرته على الكسب، وعسر الفرع وعدم قدرته على التكسب؛ فقد اشترط الحنابلة في الرواية المعتمدة لديهم أيضا لوجوب النفقة على الأولاد؛ ألا يختلف الدين بين المنفق والمنفق عليه، كشرط انفردوا به عن باقي جمهور الفقهاء.

وبعد تبين شروط المنفق والمنفق عليه؛ فسنعود إلى التركيز على ما يهم دراستنا هاته، من خلال إبراز المركز القانوني للوالد فقها، في وجوب نفقته على أولاده. حيث اتفق فقهاء المذاهب الأربعة، على أنه إذا كان الوالد موجودا موسرا أو قادرا على الكسب، فعليه وحده نفقة أولاده، ولا يشاركه في ذلك أحد، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴، الأمر الذي يفيد حصر النفقة فيه، وجعلها على عاتقه وحده. ذلك لكون ولده جزء منه، فنفقته وإحياؤه واجبة عليه كنفقة نفسه⁵، كما سبق ذكره.

حيث خص المالكية، الوالد وحده بالنفقة على ولده، كما جاء في الشرح الصغير للدردير⁶: «(و) تجب (نفقة الولد الحر على أبيه فقط)....». كما أفرد الحنفية، بدورهم الوالد بذلك دون مشاركة له من أحد،

1- أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي: إعانة الطالبين، ج.4، ف. في الطلاق، فرع من له أب وأم فنفقته على الأب، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن، ص.98.

2 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.825.

3 - أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج.10، باقي مسند الأنصار، حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ، ح. رقم 23972، مرجع سابق، ص.5586.

4 - سورة البقرة: آية 233.

5 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.826.

6 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. وجوب النفقة على الغير، مرجع سابق، ص.753.

حيث جاء في شرح فتح القدير لابن الهمام¹: «ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد...». وكذلك جعل الشافعية، النفقة على الوالد دون سواه تجاه ولده كما جاء في المذهب للشيرازي²: «ويجب على الأب نفقة الولد»، لما روي عن أبي هريرة، قال: «قال رسول الله ﷺ: ﴿تَصَدَّقُوا﴾، فقال رجل: يا رسول الله! عندي دينار؟ قال: ﴿تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ﴾، قال عندي آخر؟ قال: ﴿تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى زَوْجَتِكَ﴾ قال: عندي آخر؟ قال: ﴿تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى وَلَدِكَ﴾»³. أما الحنابلة، فقد استدلوا على وجوب نفقة الولد على والده وحده، بما جاء في الكتاب والسنة، حيث جاء في المغني لابن قدامة⁴: «ومن كان له أب من أهل الإنفاق، لم تجب نفقته على سواه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَرْزُقْنَهُنَّ لِمَنِ رَزَقَهُنَّ وَالْوَالِدَاتُ لِلْبَنِينَ وَالْبَنُونَ لِلْوَالِدَاتِ مِمَّا رَزَقَهُنَّ وَالْوَالِدَاتُ وَالْبَنُونَ كَالْقُلُوبِ الْحَصَى﴾»⁵. وقال: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ»⁶. وقال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁷. فجعل النفقة على أبيهم دونها. ولا خلاف في هذا نعلمه».

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن الموقف الفقهي كان واضحاً في إلزام الوالد وحده، متى كان موجوداً، موسراً وقادراً على الكسب، بالإنفاق على ولده المعسر وغير القادر على الكسب، دون أن يشاركه في ذلك أحد، إلا ما كان على سبيل الاستثناء كما سنراه في حينه، أين كلف الوالدة بذلك.

وإذا كان الفقه يلقي بواجب نفقة الأولاد على الوالد وحده؛ فهل سار القانون على هداه أم كان له موقف مغاير؟ هذا ما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانياً: إلزامية نفقة الوالد على أولاده قانوناً

إذا كان الفقه الإسلامي قد جعل واجب النفقة تجاه الأولاد من صميم المسؤوليات التي خص بها الوالد أصالةً وابتداءً وفقاً للشروط السالفة الذكر، والتي تتمثل أساساً في وجوده ويساره أو قدرته على الكسب، مع عجز الولد وعدم قدرته على التكسب والاستغناء عن نفقة والده؛ فإن المشرع الجزائري هو الآخر قد أخذ ذات المنحى، حيث جعل النفقة ملقاة على كاهله كأصل وكمبدأ عام، حافاً ذلك الواجب بجملة من الشروط، التي اتفق فيها إلى حد كبير مع ما جاء به الفقه الإسلامي.

1 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ف. نفقة الأولاد الصغار على الأب...، مرجع سابق، ص.371.

2 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب والرقيق والبهائم، مرجع سابق، ص.158-159.

3 - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (النسائي): سنن النسائي، ك. الزكاة، (45) تفسير ذلك، ح. رقم 2535، مرجع سابق، ص.395.

4 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.378.

5 - سورة الطلاق: آية 06.

6 - سورة البقرة: آية 233.

7 - سبق تخريجه في ص.91 من هاته الدراسة.

وقد تطرقت إلى ذلك الحكم م75 من ق.أ، التي لم يَطْلُها تعديل سنة 2005، حيث بقيت تنص على ما يلي: «تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.».

وحتى تثبت النفقة في حق الوالد لصالح أولاده؛ لابد من أن تكون الزوجية ثابتة، والنسب كذلك¹، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال- قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجية ودون إثبات نسب البنت للطاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية...»².

حيث يبين القرار السالف الذكر، بأن النفقة الوالدية من الآثار المترتبة على الزواج الشرعي، والمقررة على عاتق الوالد، لصالح الأبناء الثابت نسبهم الشرعي له. وهذا ما يبين حرمان فئة الأطفال الطبيعيين الذين تطرقنا لهم سابقا من حقهم في النفقة عليهم من والديهم البيولوجيين، أين اعتبر البعض هذا عقابا للزاني، في حين أنه في نظري ما هو سوى عقاب للطفل الطبيعي البريء دون وجه حق، والذي كان الأولى والأجدر على المشرع الجزائري أن يلزمه لوالده جبرا عنه، حتى يقوم بمسؤولياته تجاهه، خاصة ما تعلق بالنفقة عليه، ذلك أنه بقطع نسبه من والده الطبيعي، الذي ينجر عنه إعفاء هذا الأخير من التزاماته قِبَلَهُ، لنا أن نتساءل إلى من ترك هؤلاء؟ وأين وجه الضرر الذي يلحق بالزاني هنا ومكمن العقاب الذي يحل به؟

وبما أننا سبق وأن تطرقنا إلى شروط النفقة على الأولاد فقها، وقلنا بأن المشرع الجزائري لم يبتعد عما قرره فقهاؤنا كثيرا؛ فإننا سنركز على ما يستدعي الوقوف عليه فقط، حتى لا نقع في تكرار ما سبق سرده آنفا من معلومات.

حيث ورغم أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ المساواة بين الذكر والأنثى فيما تعلق بسن الزواج، كما سبق التطرق إليه، والذي وَحَّدته م07 من ق.أ بينهما، وحددته بتسعة عشر (19) سنة؛ فإنه قد ميز بينهما في السن التي ينتهي معها استحقاق النفقة، وذلك بجعلها تنقضي عند الذكر ببلوغه سن الرشد، في حين خص الأنثى بحكم خاص، تمثل في استمرارية الإنفاق عليها من قبل والدها إلى الزواج والدخول بها³.

1 - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص.218.

2 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م.ق، 1990، ع.3، ص.65.

3 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.212-213.

ولعل ذلك التخصيص راجع إلى ما تفرضه الطبيعة، الأعراف، التقاليد وكذا الواقع؛ الذين جعلوا الكثير من الأولياء يستمرون في الإنفاق على الأنثى بصفة خاصة، وعلى الأولاد بصفة عامة من كلا الجنسين، حتى بعد انتهاء الأجل المقرر لها لسبب أو لآخر. كما أن الشفقة التي يتميز بها الوالد تجاه أولاده تجعله يستمر في إعالتهم ودعمهم والإنفاق عليهم حتى وإن كان مستواهم المادي أحسن من مستواه.

وما نلاحظه هنا، هو أن المشرع الجزائري، قد ألغى حق الوالد في الولاية -ولاية الاختيار- على ابنته الراشدة، حين جعله في مقام الشاهد فحسب، كما سبق التطرق إليه؛ في حين أبقى على واجبه في الإنفاق عليها، حتى بعد بلوغها سن الرشد، ودخولها الذي قد يتأخر وقد لا يأتي أبدا¹.

وبقولنا هذا، لسنا ضد إنفاق الوالد على ابنته المعسرة مهما بلغت من العمر، طالما لم تتزوج ولم تنتقل نفقتها من على والدها إلى زوجها؛ وإنما نحن ضد فلسفة المشرع التي سلب بموجبها من الوالد حقوقا، وترك عليه مجرد واجبات، سواء في مركزه كزوج أو كوالد، وهذا ما يعتبر إجحافا في حقه، يناقض المساواة التي تَعْنَى بها في محطات قانونه المتنوعة والمتعددة.

أما فيما تعلق بمزاولة الدراسة، كسبب مُمدّد لاستمرارية نفقة الوالد على ولده حتى بعد بلوغه سن الرشد؛ فلم توضح المادة ما المقصود بالدراسة، أي الدراسة النظامية، أم الدراسة بصفة عامة. إلا أن هذا الغموض قد وضحه اجتهاد المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها ما يفيد: «يقصد بالدراسة، التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية، حسب التنظيم المعمول به في كل طور والمرتبط بسن المتمدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد»².

وعن انتهاء نفقة الوالد على ولده بالاستغناء عنها بالكسب³؛ فإن المادة لم تكن واضحة كذلك، أفصَد من ورائها المشرع الذكر أم الأنثى أم الاثنين معا، خاصة مع تخصيصه للأنثى بالدخول كميعاد لانتهاء نفقة والدها عليها، وتحوّل واجب الإنفاق عليها إلى زوجها، وعدم ربطه ببلوغها سن الرشد المقدر بتسعة (19) سنة شأنها شأن الذكر.

إلا أن الاجتهاد القضائي كان حاضرا هنا أيضا، للتصدي لكل ما يشوب النصوص من لبس أو نقص، حيث فصل في الأمر، وجعل نفقة الأنثى تنتهي فضلا عن دخولها، بالاستغناء عنها بالكسب، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا القاضي بأنه: «من المقرر قانونا أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بالإنفاق

1 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 212-213.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2016/07/13، ملف رقم 0997381، م.م.ع، 2016، ع.2، ص.232.

3 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص.106.

على من لا يستحق النفقة...أو البنات اللواتي يعملن ولهن كسب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون...»¹.

وقد كان للمحكمة العليا، قرار آخر لاحق للقرار السابق ذكره، جاء مؤكدا على سقوط نفقة البنت بالاستغناء عنها بممارستها عملا آخر يدرّ عليها بالمال، والذي جاء فيه: «تبقى نفقة البنت على والدها، ملازمة لها ولا تسقط عنها، إلا بالدخول أو بالاستغناء عنها بالكسب»².

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا هنا، بإسقاطه لنفقة البنت العاملة أو المحترفة أو التي استغنت عنها بأي وسيلة كسب أخرى، كأسباب مرادفة للدخول. خاصة مع تنامي ظاهرة العزوف عن الزواج لسبب أو لآخر، واكتساح النساء لسوق العمل وبقوة. حيث لا يعقل مثلا، أن تُبقي نفقة البنت التي قد تشغل منصب طبية أو قاضية والتي قد تمتنع عن الزواج إلى سن متأخرة على كاهل والدها الذي قد يكون الزمن نال من صحته، والذي قد يكون مدخوله لا يساوي شيئا مع مدخولها. لكون النفقة هنا تصير على عاتقها هي لصالح والدها أو والديها، وذلك من باب البر والإحسان بهما. لقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٌّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَخُفِضَ لَهُمَا جَنَاحُ الذِّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾³.

وإذا كان المشرع الجزائري قد جعل من الوالد منفقا أصليا وأساسيا على أولاده كمبدأ عام⁴، حيث توجه إليه بخطابه الذي يُحمّله ذلك التكليف أصالة وابتداءً بشروط محددة، متفقا بذلك مع ما جاء في الشريعة الإسلامية، ومع ما قال به فقهاؤنا؛ فإن الأمر سيان بالنسبة للمشرع المغربي، الذي جعله من صميم واجبات الوالد تجاه ولده، والتي تثبت في ذمته بمجرد حصول واقعة الولادة⁵، وذلك بموجب م 198 من م.أ، التي نصت على ما يلي: «تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته. وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها. ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب». كما ذكرت أيضا م 197⁶ من م.أ تبادلية النفقة بين الأولاد والوالديهم.

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/07/09، ملف رقم 138958، م.ق، 1998، ع.1، ص.124.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/02/23، ملف رقم 318418، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.283.

3 - سورة الإسراء: آيات 23-24.

4 - فتحة حابي: النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ر.ط، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص.23.

5 - محمد نعاوي: (حق الطفل في الحضانه والنفقة والسكنى بعد انتهاء العلاقة الزوجية)، سلسلة دراسات وأبحاث، (قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة)، منشورات مجلس القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المملكة المغربية، 2013، ج.1، د.ع، ص.117.

6 - تنص م 197 من م.أ. على ما يلي: «النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة».

أما المشرع التونسي فرغم إبقائه على عبارة "رئيس العائلة"¹ ملازماً للرجل كزوج وكوالد، ورغم تكليفه له بواجب الإنفاق على زوجته وأولاده² أصالة؛ فإنه لم يلزمه بذلك لوحده، بل جعله شريكاً في الإنفاق رفقة زوجته إن كان لها مال -كما سنراه لاحقاً-، وذلك بموجب ف4 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش، التي نصت على ما يلي: «...وعلى الزوج بصفته رئيساً للعائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء...».

وعليه نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد اتفق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وما قال به الفقهاء، في تكليف الوالد أصالةً وابتداءً بالالتزام بواجب النفقة على أولاده، إلا ما كان على سبيل الاستثناء، والذي سنتطرق له بعد بضعة أسطر من هنا.

وإذا كان الفقه والقانون متفقان حول جعل الوالد المنفق الأساسي، الرئيسي والأصيل على أولاده، الثابت نسبهم الشرعي له؛ فهل أقر ذات الحكم في مواجهة الوالدة من باب المساواة، أم أن مسؤولية الإنفاق في مواجهتها اتسمت بالتخفيف الدائر بين الإعفاء المطلق، والاستثنائية المخففة؟ هذا ما سيكون محل دراستنا في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

نفقة الوالدة على أولادها بين الفقه والقانون

راعت الشريعة الإسلامية مُمَنَّلَةً في الفقه الإسلامي، التركيبة الجسدية والنفسية للمرأة عامة وللزوجة خاصة، عند تقسيمها للحقوق والواجبات. وهو ما كان عليه الحال عند تكليفها بواجب النفقة على أولادها، حيث تأرجح دورها في ذلك، بين الإبعاد المطلق، والتكليف الضيق والمحدود (أولاً). أما القانون، فقد أخذ برأي من قالوا بتكليفها بالإنفاق على أولادها، لكن من باب الاستثنائية فقط، حيث مال إلى التضييق وتركها للاحتياط فحسب، وذلك في حالات معينة، ومع توفر شروط محددة (ثانياً).

1 - رغم إلغاء المشرع التونسي لواجب الزوجة في طاعة زوجها من الفصل 23 من م.أ.ش؛ فإنه أبقى على الأسرة تحت رئاسة الزوج. هذا الأخير، الذي جعل القرارات التي تهم الأسرة من صلاحياته، شريطة عدم تعسفه في استعمال تلك الرئاسة، وأن تكون بالمعروف، مثلما حث على ذلك الله عز وجل في عدة مواطن، وكذا بما يخدم الأسرة. انظر، فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص.111.

2 - ضبط المشرع التونسي شروط نفقة الوالدين على أولادهما، وكذا الميعاد الذي تنتهي معه أو تسقط بموجبه، بموجب الفصل 46 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 الذي جاء فيه: «يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها. كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنهم.».

أولاً: نفقة الوالدة على أولادها فقها بين الإعفاء والاستثناء

لما كانت نفقة الأولاد -ذكورا كانوا أم إناثا- تجب على والدهم أصالة، وفقا للشروط السالفة الذكر؛ فإنه إذا لم يكن هذا الأخير موجودا، أو كان معسرا، أو غير قادر على الكسب؛ فسيقوم مقامه الجد أو الوالدة، على اختلاف بين الفقهاء في ذلك¹.

إلا أنه، وبما أننا بصدد تبيان المركز القانوني للوالدين، من خلال واجبهما في النفقة على أولادهما، وبالضبط دور الوالدة في ذلك، باعتبارها تشكل محور الدراسة لهاته الجزئية تحديدا، حتى نستظهر الموقف الفقهي من تكليفها بالإنفاق على أولادها، لیتسنى لنا مقارنته بموقفهم تجاه الوالد، الذي سبق وأن تطرقنا له؛ فسنركز عليها فقط، دون أن نتطرق إلى غيرها من الملزمين بالنفقة في الحالات الاستثنائية، التي ينعدم فيها الوالد، أو تتعذر فيها قدرته على الإنفاق على أولاده، لعجزه أو غيره من الأعذار التي تعفيه من واجب الإنفاق، وتحيله إلى غيره من المكلفين به بعده. إذ تمثل الوالدة أحد طرفي العلاقة الزوجية، وأحد الوالدين الواقع عليهما ذلك الواجب بصفة مباشرة.

لذا، وبالرجوع إلى فقهاء المذهب المالكي، فقد أعفوها مطلقا من الإنفاق على أولادها، مهما كانت وضعية الوالد، تاركين أمر الإنفاق على الأولاد من صميم مسؤوليات هذا الأخير وحده، ولم يكلفوها سوى بإرضاعهم، وهو ما جاء في الشرح الصغير²: «(و) تجب (نفقة الولد الحر على أبيه فقط): لا على أمه». كما جاء أيضا في حاشية الدسوقي³: «...ولا يجب على أم غير الرضاع».

وإذا كان المذهب المالكي قد أبقى الوالدة على جَنَب، بعيدة كل البعد عن مساهمتها في الإنفاق على أبنائها، لا بصفة رئيسية ولا احتياطية؛ فإن فقهاء الحنفية⁴، قد ألزموها بالنفقة على أولادها، لكن ليس بصورة مطلقة مثل الوالد، بل بصفة استثنائية فقط، حين توفر ظروف وشروط معينة. حيث جعلوا واجب الإنفاق ذاك، لا يؤول إليها إلا إذا لم يكن للولد والد، أو لم يكن للوالد مال، وكانت هي موسرة.

كما لم يجعل الحنفية نفقتها على أولادها من باب مسؤوليتها كوالدة، كون الأولاد أولادها هي الأخرى، بل جعلوا نفقتها عليهم تلك، تبقى دين في ذمة الوالد المعسر، وبالتالي منحوا لها حق الرجوع عليه،

1 - عبد الكريم زيدان: المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.10، مرجع سابق، ص.173.

2 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، ب. وجوب النفقة على الغير، مرجع سابق، ص.753.

3 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.524.

4 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ف. ونفقة الأولاد الصغار على الأب...، مرجع سابق، ص.372.

حيث جاء في رد المحتار على الدر المختار¹: «اعلم أنه إذا مات الأب فالنفقة على الأم...». وكذا: «أب معسر وأم موسرة تؤمر الأم بالإففاق ويكون دينا على الأب».

إلا أن مسألة رجوع الوالدة على زوجها المعسر بدين النفقة فيه بعض التفصيل؛ حيث يرى الحنفية أنه إذا كان الأب فقيرا وقادرا على الكسب، لكن لم تتسنى له فرصة العمل، أو تسنت له تلك الفرصة إلا أن دخله قليل لا يفي حاجته وحاجة من يُعيل؛ فهنا حتى وإن بقيت النفقة واجبة عليه، فإنه لا يؤمر هو بأدائها، بل الوالدة إذا كانت موسرة، مع بقاء ما أدته دينا عليه إذا أيسر، وإذا لم تكن هاته الأخيرة موسرة، يؤمر أبو الوالد بذلك مع بقاء ما آداه دينا على عاتق الوالد إذا أيسر. أما إذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب -لمرض أو كبر سن أو عاهة تعجزه عن الكسب- فيعتبر كالمعذور، وتجب النفقة على غيره من أقارب الأولاد عند عدمه دون بقائها دينا عليه².

أما الشافعية، فهم الآخرون قد جعلوا من الوالدة ملزمة بواجب الإففاق على أولادها، لكن ليس بصفة أساسية، بل بصفة استثنائية فقط، وذلك عند تحقق عسر الوالد. حيث أوجبوا هنا النفقة في حقها إما بجميعها أو ببعضها بعد الجد إن لم يكن³. وسبب إيجابهم لها ذاك، يتمثل في كونها أحد الوالدين، والشريك المباشر للوالد في نشوء الولد، كما جاء في المذهب⁴: «...وتجب على الأم نفقة الولد، لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾⁵، ولأنه إذا وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فالأمن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى...».

والى ذات الرأي ذهب الحنابلة، الذين اعتبروا الوالدة في مقام الوالد، فيما تعلق بمسؤولية الإففاق على أولادها، لكن ليس بصفة مطلقة، بل بصفة احتياطية فقط، حيث لا يصير لها ذلك الواجب، إلا إذا عُدَّ والد ولدها، أو إذا وُجِدَ لكنه أُعسر. إلا أنهم لم يعتبروا إففاقها ذلك دينا على الوالد مثلما قال به الحنفية كما سبق التطرق إليه، حيث لم يقرروا لها حق الرجوع عليه إذا أيسر، كما جاء في المغني⁶: «...فإن الأم تجب نفقتها، ويجب عليها أن تتفق على ولدها إذا لم يكن له أب...ولأنها أحد الوالدين، فأشبهت الأب، ولأن بينهما

1 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.339.

2 - عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، مرجع سابق، ص.204-205.

3 - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ج.11، ك. النفقات، ب. النفقة على الأقارب، القول في إيسار الأب ببعض النفقة، مرجع سابق، ص.485.

4 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب والرقيق والبهائم، مرجع سابق، ص.159.

5 - سورة البقرة: آية 233.

6 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.11، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.373.

قراءة توجب رد الشهادة، ووجوب العتق، فأشبهت الأب. فإن أعسر الأب، وجبت النفقة على الأم، ولم ترجع بها عليه إن أيسر...».

ولعل جنوح جمهور الفقهاء من الحنفية، الشافعية والحنابلة، إلى تحميل الوالدة واجب الإنفاق على أولادها، ولو من باب الاحتياط والاستثنائية، عند قدرتها وعجز الزوج أو إعساره، وهو الراجح كما توصل إليه الفقيه الجليل عبد الله بن الطاهر¹؛ مرده إعمال قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾²، ولا ضرار أكثر من كون هاته الأخيرة غنية، وأولادها يموتون جوعاً، أو يشحتون على أبواب المنازل، وعلى قوارع الطرق³. وهنا، تلعب الإنسانية والشفقة وروح الأمومة دورها، وتتفوق عن كل الاعتبارات، حيث يفترض أن يصير معها إنفاقها على أولادها تلقائياً دون التفات إلى أي أحد أو ظرف.

كما أن الوالدة تتمتع بالقرب من ولدها، والأولوية في الإنفاق عليه من غيرها عند عجز زوجها، طالما أن هذا الأخير (زوجها) قد ثبتت النفقة في حقه تجاه أولاده وولادتهم منه ظاهرة، فالأولى أن تثبت في حقها هي الأخرى مادامت ولادتهم منها محققة قطعاً ويقيناً⁴.

فضلاً عن ذلك، فإن مساهمة الوالدة عند قدرتها في تحمل مسؤولية أولادها، ولو بالشيء القليل، أو عند الحاجة؛ يعتبر تجسيدا لتشاركتها مع الوالد في نشوء هؤلاء الأولاد، وتدعيماً لمبادئ التعاون، التكافل والتعاضد الأسري، وترجمة لمظاهر الألفة، المؤازرة والتكاتف العائلي، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾⁵. وكل ذلك من شأنه أن يوطد عرى الزوجية، حتى تستमित الأسرة أكثر.

إضافة إلى ذلك، فإن إنفاق الوالدة على أولادها، كما تنال منه الحفاظ على فلذات كبدها في الحياة الدنيا؛ فإن ذلك الإنفاق من شأنه أن يكسبها أجراً عند الله تعالى، لما روي عن زينب امرأة عبد الله قالت: «كنت في المسجد فرأيت النبي ﷺ فقال: تَصَدَّقْنَ ولو من حُلِيِّنَّ. وكانت زينب تتفق على عبد الله وأيتام في حجرها. فقالت لعبد الله: سل رسول الله ﷺ أيجزي عني أن أنفق عليك وعلى أيتامي في حجري من الصدقة؟ فقال: سَلِي أنت رسول الله ﷺ. فانطلقت إلى النبي ﷺ فوجدت امرأة من الأنصار على الباب حاجتها مثل حاجتي. فمرَّ علينا بلالٌ فقلنا: سَلِ النبي ﷺ أيجزي عني أن أنفق على زوجي وأيتام لي في حجري. وقلنا لا تخبر بنا. فدخل فسأله فقال: ﴿من هما؟﴾ قال: زينب. قال: ﴿أي الزيانب؟﴾ قال: امرأة عبد الله. قال: ﴿نعم،

1 - عبد الله ابن الطاهر السوسي الثاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.185.

2 - سورة البقرة: آية 233.

3 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج.9، أحكام النفقات، مسألة 1929، اعتراض بعض المخالفين والرد عليه/وتجبر الوالدة على إرضاع ولدها حولين، مرجع سابق، ص.274-275.

4 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. نفقة الأقارب والرقيق والبهائم، مرجع سابق، ص.159.

5 - سورة المائدة: آية 02.

ولها أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة¹، ولما روي أيضا عن أم سلمة قالت: «قلت يا رسول الله، ألي أجر أن أنفق على بني أبي سلمة؟ إنما هم بني». فقال: أنفقي عليهم، فلك أجر ما أنفقت².

وعليه نستخلص من خلال ما سبق، بأن الموقف الفقهي فيما يخص المركز القانوني للوالدة فيما تعلق بدورها في الإنفاق على أولادها؛ قد تأرجح بين الإعفاء من هاته المسؤولية مطلقا، كما ذهب إليه المالكية. وبين إلزامها بذلك استثنائيا ومن باب الاحتياط فقط، في حال انعدام والد الولد، أو عسره كما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، الشافعية والحنابلة، مع اختلاف بين الفقهاء فيما يخص رجوعها على والد الولد إن أيسر، أو عدم ذلك.

وإذا كان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتسم بالميل لصالح الوالدة، بعدم تكليفها بالنفقة على أولادها بصفة تناصفية مع الوالد، رغم تقاسمها معه نشوءهم، الأمر الذي يفترض معه أن تتقاسم أيضا معه مسؤولية الإنفاق عليهم. حيث جعلوا إلزامها بذلك دائرا بين الإعفاء والاستثناء من باب التخفيف عليها؛ فهل اقتفى القانون آثار خطاهم، وتمسك بما قرره أحكامهم؟ أم كان له موقف مغاير؟ هذا ما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: استثنائية نفقة الوالدة على أولادها قانونا

إذا كان القانون قد جعل من الوالد منفقا رئيسيا وأساسيا على أولاده كأصل عام بتحقيق شروط معينة؛ فإن لكل أصل استثناء. حيث قد يحدث وأن يصبح الوالد غير قادر على الوفاء بالتزامه لسبب أو لآخر، وهو ما جعل من المشرع يحيل مهمة الإنفاق إلى الوالدة إن كانت قادرة على ذلك³، حيث نصت م76 ق.أ على ما يلي: «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك.».

وقد جاءت هاته المادة مقتضبة، وينقصها الكثير من التوضيح، حيث لم يبين المشرع نوع العجز الذي إن أصاب الوالد يسقط واجبه في النفقة على ولده، أيقصد به العجز الجسماني أم المادي؟ كما لم يبين التزام الوالدة بالإنفاق على ولدها أهو إنفاق كلي، وذلك في حالة العجز الكلي، أم بقدر عجز الوالد في حالة عجزه الجزئي.

هذا، ولم يبين القانون إن كان إنفاق الزوجة، يصير ديناً في ذمة زوجها المعسر إلى حين يسره أم لا⁴، كما أقره الحنفية⁵. وبرأينا، فليس من شيم المروءة أن تنفق الوالدة على ولدها إثر عجز زوجها، ثم تعتبر

1 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الزكاة، ب. الزكاة على الزوج والأيتام في الجحر، ح. رقم 1466، مرجع سابق، ص.357.

2 - المرجع نفسه، ح. رقم 1467، ص.357.

3 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص.106.

4 - بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص.159.

5 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.339.

نفقتها تلك دينا عليه حال يسره. لكوني لا أرى في الأمر داعٍ، طالما الولد ولدهما الاثنين، فمن كان منهما قادرا فلينفق دون فرق بينهما في الأمر، خاصة إذا كان الوالد معذورا في توقفه عن أداء ما عليه من نفقة لصالح ولده، وليس متخاذلا أو متعمدا ذلك، قاصدا الإضرار بها وبولدها.

ضف إلى ذلك، فإن المشرع لم يعتد بيُسّر الوالدة لنقل واجب الإنفاق على أولادها إليها ولو من باب المساهمة، إلا إذا اقترن يسرها ذلك بعجز زوجها. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها: «من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بالغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة (الطاعة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون»¹.

وتجدر الإشارة، إلى أنه في حالة عجز الوالد ويسر الوالدة؛ فإن الالتزام بالنفقة على الأولاد ينتقل من عليه إليها. لكن، في حالة ثبوت عجز كليهما، فإننا نكون في مواجهة حالتين²، حيث ينتقل ذلك الالتزام إلى غيرهما من الأصول عند قيام العلاقة الزوجية حسب ما نصت عليه م77 من ق.أ، التي جاء فيها ما يلي: «تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث». أما بعد انفصامها -الذي ليس محل دراستنا هنا-؛ فإن المشرع قد أوجد آلية جديدة لتحصيل النفقة، تمثلت في صندوق النفقة³، الذي يتكفل بدفعها لمن له الحق فيها، ثم له حق الرجوع على المدين بها فيما بعد، والذي نُظِمَ بالقانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

ومنه، فإذا كان المشرع قد كلف الوالدة بالإنفاق على أولادها، شريطة عجز والدهم وقدرتها هي، مما يعكس إرادته في جعلها تلي الوالد (زوجها) في التكليف بالإنفاق عليهم، ترجمةً منه لاستثنائية دورها في ذلك، جاعلا إياها محل احتياط فقط؛ فإن ذلك ما يدفعنا إلى التساؤل عن محل مبدأ التعاون بين الزوجين على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، الذي نص عليه المشرع بموجب ف3 من م36 ق.أ السالفة الذكر، والذي كلف بمقتضاها الاثنين معا بهذا الالتزام، دون أن يخص به أحدهما عن الآخر، باعتبار أن التعاون على حماية الأولاد، رعايتهم وتوجيههم مسؤولية الزوجين معا، نزولا عند م05 ف (ب) من اتفاقية سيداو، التي تعترف بالمسؤولية المشتركة للرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، مما يدل على أن المشرع قد أقر المساواة بينهما فقط في الحقوق والواجبات الوالدية المعنوية دون المالية.

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 237148، م.ق، 2001، ع.1، ص.284.

2 - مباركة عمامرة: (الحماية الجزائرية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، 2017/06/01، مج.14، ع.2، ص.199.

3 - للاطلاع أكثر حول الموضوع راجع، بن عومر محمد الصالح: (صندوق النفقة كآلية لضمان تسديد النفقة)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أهد دراية أدرار، 2016/12/01، مج.4، ع.2، ص.98-119.

4 - القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج بتاريخ 07 جانفي 2015، ع.1.

وكيف يُثبِت للزوجة ذمة مالية مستقلة بموجب م 37 من ق.أ، ويعترف لها بحقها في العمل بموجب م 68 من الدستور، التي تحت الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق العمل، وكذا م 67 منه أيضا، التي تساوي بين جميع المواطنين -بغض النظر عن جنسهم- في العمل، فضلا عن اعترافه لها بذات الحق بموجب نصوص ق.أ، وهو ما يستشف من م 19 منه، التي منحت لها الحق في اشتراط عملها على زوجها، وما إلى ذلك من نصوص؛ ثم يجعل منها مجرد منفق استثنائي، مبقيا على ذلك الالتزام تابعا للزوج كأصل حتى بعد تجريده من أغلب حقوقه، وعلى رأسها رئاسة أسرته، التي انصهرت لأجل إحلال مبدأ التعاون ذاك، وذلك بإلغاء المشرع للمادة 39 من ق.أ لسنة 1984.

وتأسيسا على ما سبق، فبعد أن صارت الزوجة رئيسة لأسرتها رفقة زوجها، متمتع بزمته المالية المستقلة التي لا حق لهذا الأخير فيها إلا بإرادتها، فضلا عن ارتفاع حظوظها في العمل وصيرورة حقها فيه مضمون، أيعقل أن يُبقي عليها المشرع في الاحتياط فقط؟

لذا، كان على المشرع الجزائري، أن يجعلها مساهما وشريكا فاعلا في الإنفاق على أولادها رفقة زوجها في حالة يسرها أو عملها، حتى وإن كان هذا الأخير موسرا. وأن يحملها ذلك الواجب بمفردها إذا كان عاجزا وهي قادرة. لندعم بذلك مبدأ التعاون الذي اعتمده المشرع، وكذا لنجسد المساواة التي عمل لأجل إرساء دعائمها.

ولعل القدوة له في ذلك، سيكون المشرع الفرنسي دون منازع، الذي كان واضحا في مساواته بين الزوجين في الحقوق المعنوية وكذا المادية دون تمييز، وذلك من خلال نصه على إشراك الزوجة في النفقة، ووجوب مساهمتها فيها، بموجب م 203 من ق.م.ف التي جاء فيها: «يعقد الزوجان معا، بمجرد واقع الزواج، التزام إطعام، وإعالة تربية أولادهم»¹، وكذا م 213 التي نصت على ما يلي: «يؤمن الزوجان معا الإدارة المعنوية والمادية للعائلة. يوفران تربية الأولاد ويحضران مستقبلهم»²، إضافة إلى م 214 التي حملت في طياتها ما يلي: «إن لم (تسوي)³ الاتفاقيات الزوجية مساهمة الزوجين في أعباء الزواج، فيشارك بنسبة قدرات كل منهما. إن لم يؤد أحد الزوجين التزاماته، يمكن أن يرغم على ذلك من قبل الزوج الآخر، وفق الشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية»⁴. وما ذلك بالغريب على المشرع الفرنسي، الذي وضع

1 - Art. 203 du C.C.F dispose: «les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.» Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 368.

2 - Art. 213 du C.C.F (L.n° 70-459 du 04 juin 1970) dispose: «les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.» Voir, Ibid, P. 388.

3 - الصواب أن تكتب (تسوّ).

4 - Art. 214 du C.C.F (L. n° 65-570 du 13 juill. 1965) dispose: «Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile.» Voir, Ibid, P. 388.

مصلحة الأولاد فوق كل اعتبار، معتبرا إياهم فئة هشة، تستدعي الرعاية والمساعدة الاجتماعية لهم بمختلف أشكالها¹.

وإذا كانت تلك المواد التي سنّها المشرع الفرنسي تساوي بين الزوجين في الرئاسة والإنفاق معا؛ فإن المشرع الجزائري قد ساوى بينهما في الرئاسة فقط - وذلك بإلغاء انفراد الزوج بها، وجعله رفقة الزوجة قطبين في الأسرة - أما الإنفاق فقد خص به الزوج وحده دون الزوجة التي تركها في الاحتياط، مما يجعل منها نتيجة غير عادلة في حق هذا الأخير².

هذا، ومن جهة أخرى، فإنه لا ينبغي علينا أن ننكر مساهمة أغلب النساء العاملات في النفقة على أولادهن، حتى حال يسر والديهم، وحتى من دون وجود نص قانوني يلزمهن بذلك. مما نستنتج معه بأن الأسرة الجزائرية في غالب الأحيان لا تتأثر لا بالموقف الفقهي ولا بالقانوني، بل بما يمليه عليها واقعها المعاش. وإذا كان هذا هو الحال، فأين الإشكال لو قنن المشرع مساهمة المرأة العاملة والموسرة في النفقة على أولادها في جميع الأحوال، سواء كان الزوج قادرا أو عاجزا، طالما تساهم فعلا في ذلك على أرض الواقع.

وإذا كان المشرع الجزائري قد جعل من الوالدة منفقا احتياطيا، استثنائيا ومشروطا، لا يلجأ إليها إلا عند عجز الوالد (زوجها) وقدرتها هي على الإنفاق؛ فإن هذا الموقف قد وافقه فيه المشرع المغربي، الذي أقر بأنه في حالة عجز الوالد كليا، فإن الوالدة الموسرة تتولى الإنفاق على أولادها بصفة كلية، أما إذا كان عجزه جزئيا، فستتولى الإنفاق بصفة جزئية فقط، أي بالقدر الذي يكمل نفقة الوالد غير الكافية كما لو كانت كاملة³، وهو ما جاءت به م1994 من م.أ.

أما المشرع التونسي، فقد ألقى على كاهل الوالدة الموسرة واجب المساهمة في الإنفاق على أولادها رفقة والدهم مساويا بذلك بين المركز القانوني لهما⁴، وذلك بموجب ف46 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش. وإذا كانت الوالدة الموسرة تشارك الوالد في

1 - La bibliothèque juridique: Code de l'action sociale et des familles (France), Non annoté, S.N.E, Par Amazon, Juillet 2019, P P. 42-60.

2 - عبد الرحمان هرنان: محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، مرجع سابق، ص.117.

3 - عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته...، ج.3، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.183-184. انظر أيضا، محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة ونتائجها، مرجع سابق، ص.270-271.

4 - تنص م1999 من م.أ على ما يلي: «إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب.».

5 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص.111.

6 - تنص ف4 من الفصل 23 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «...وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.».

الإتفاق على أولادهما في الحالة العادية التي يكون فيها موسرا؛ فإنه من باب أولى أن تتفق عليهم في الحالة غير العادية التي يكون فيها عاجزا، وهو ما أقره المشرع التونسي بموجب الفصل 47¹ من م.أ.ش، جاعلا إياها أولى من الجد في واجب الإتفاق على أولادهما.

وصفو الكلام، فإن المشرعين الجزائري والمغربي، قد أعفيا الوالدة من الإتفاق على أولادها إذا كان والدهم موسرا، وكلفاها بالإتفاق عليهم فقط إذا كان عاجزا وهي قادرة على ذلك. أما المشرع التونسي، فقد ألزمها بالمساهمة رفقة زوجها في الإتفاق على أولادها حتى وإن كان والدهم موسرا عند وجوده إن كان لها مال، وكلفها بالإتفاق عليهم لوحدها كمنفق رئيسي وأساسي إذا كان عاجزا وهي قادرة، أو عند غيابه، أو عدم وجوده. مما يجعل الفصلين 23 و 47 من م.أ.ش يكملان بعضهما البعض.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري، بجعله للوالدة تتفق على أولادها بصفة ثانوية واحتياطية فقط، حيث لا يَصِيرُ إليها واجب النفقة على أولادها، إلا إذا عجز والدهم عليه، وكانت هي قادرة على ذلك؛ يكون قد ميز بين الوالدين فيما تعلق بالنفقة على أولادهما، حيث أوجب ذلك على الوالد ابتداءً دون الوالدة، التي لم يلجأ لها إلا عند عجزه وقدرتها، رغم ما أثبتته لها من ذمة مالية مستقلة، وما حقه لها من تشارك وتساوي مع زوجها في قيادة أسرتها، وما حث عليه من وجوب تعاون بينهما على رعاية مصلحة أولادهما، لم يُبْقِ معه على أية خصوصية توجبها الذكورة والأنوثة². ومع ذلك، فإن إقحامه للوالدة في ذلك ولو من باب الاحتياط والاستثنائية؛ يعد محاولة منه للتقريب بين المركز القانوني للوالدين فيما تعلق بالنفقة على أولادهما.

ولما كانت نفقة الوالدين على أولادهما، والتي جعلها المشرع من صميم مسؤوليات الوالد أساسا وأصالة، إلا إذا ثبت عجزه، وكانت زوجته قادرة، أين ينتقل الالتزام بها إليها بصفة ثانوية؛ فإنه ونظرا لأهمية هذا الالتزام في حياة الولد، فقد قرر القانون لضمان القيام به جزاءً قانونيا على مخالفته من قبل الملزمين به، كان بمثابة امتدادا لما قرره الفقه الإسلامي قبله، كما سنراه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة بين الفقه والقانون

حمت الشريعة الإسلامية الصغير ومن في حكمه، بتقريرها له لحق النفقة، الملقى على كاهل والديه. إلا أنها لم تترك ذلك الحق خاضعا لأهوائهما وتقديرهما، بل أعقبته بجزاء حتى يتم احترام القيام به، لما يُلحَقه الإخلال به من إضرار بالولد (الفرع الأول). ولما كانت الشريعة هي المُستقى الذي ينهل منه القانون جل أحكامه؛ فقد وافقها ق.أ في إثبات النفقة للولد، وأحاط ذلك الحق وحفّه بحماية القانون الجزائري، الذي جرّم كل امتناع من الوالدين عن أدائه لضمان الالتزام باحترام تنفيذه (الفرع الثاني).

1 - ينص الفصل 47 من م.أ.ش على ما يلي: «الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإتفاق على ولدها.».

2 - عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.212.

الفرع الأول

الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة فقها

لما كان ديننا الحنيف دين وسطية ودين تيسير وتخفيف على الملتزمين بالواجبات؛ فإنه بالمقابل من ذلك دين ضمان لحقوق الآخرين. وإسقاطا لذلك على جزئيتنا هاته؛ نجد أن الشرع لم يضيق على الوالد المعسر بالنفقة على ولده، جاعلا من إعوازه سببا معفيا له من ذلك الالتزام، محيلا إياه لغيره من الملتزمين بالنفقة وعلى رأسهم الوالدة باعتبارها ركنا قاررا تدور حوله جزئيتنا رفقة الوالد. في حين جرم فعل الامتناع ذلك، عن الوالد الموسر المطل، لما فيه من تعمد وقصد للإضرار بالولد. ولتلك الأحكام مرجعيتها من السنة النبوية الشريفة، التي دلت في أكثر من موطن على تجريم ذلك (أولا). ومنه، فقد أسس الفقهاء أحكامهم فيما تعلق بتجريم الامتناع عن أداء واجب النفقة، مقررين على ذلك السلوك السلبي عقوبات تخضع لاجتهاد الحاكم أو ولي الأمر وهو ما يعرف بالقاضي اليوم (ثانيا).

أولا: دليل تجريم الامتناع عن أداء واجب النفقة

حرصت الشريعة الإسلامية على أن تكفل لكل ذي حق حقه، وأن تضمن حصوله عليه بعيدا عن كل التلاعبات. وعلى رأس تلك الحقوق حق الولد في النفقة، شأنها شأن سائر الحقوق الأخرى.

ولأجل ذلك، وفضلا عن الجزاء الأخروي أو الديني، الذي يوقع على من يخل أو يمتنع عن أداء واجبه في الإنفاق على ولده، والذي يعد إحياء، حفظا وصيانة له من الضياع، لما روي «عن عبد الله بن عمرو، قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: ﴿كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول﴾»¹؛ فإن هناك جزاء دنيويا يسلط عليه.

ولما كان ديننا دين تيسير لا تعسير على الناس؛ فإن الوالد المعسر عن الوفاء بالتزامه بالنفقة على ولده، مُعفى من العقاب، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾²، وكذا: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾³، وقوله أيضا: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁴.

فضلا عن ذلك، فقد جاء في السنة المطهرة، ثواب إنظار المعسر فيما ما روي عن حذيفة قال: «قال رسول الله ﷺ: «تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم. فقالوا: أعملت من الخير شيئا؟ قال: لا، قالوا: تَذَكَّرَ، قال: كنت أداين الناس، فأمر فتياي أن يُنْظِرُوا المعسر وَيَجَوِّزُوا عن الموسر، قال: قال الله عز

1- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، ج. 8، ك. عشرة النساء، إثم من ضيع عياله، ح. رقم 9131، مرجع سابق، ص. 268.

2 - سورة البقرة: آية 286.

3 - سورة البقرة: آية 280.

4 - سورة الطلاق: آية 07.

وجل: تَجَوَّزُوا عَنْهُ»¹، كما روي أيضا «عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿مَنْ أَنْظَرَ مَعْسِرًا أَوْ وَضَعَ لَهُ، أَظْلَمَ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ، يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ﴾»²، وروي كذلك، «عن حذيفة ؓ قال: سمعت النبي ﷺ يقول: ﴿مَاتَ رَجُلٌ، فَقِيلَ لَهُ: مَا كُنْتَ تَقُولُ؟ قَالَ: كُنْتُ أَبَايَعُ النَّاسَ، فَاتَّجِوزُ عَنِ الْمَوْسِرِ وَأُخَفِّفُ عَنِ الْمَعْسِرِ. فَغُفِّرَ لَهُ﴾»³.

وحيث تطرقنا آنفاً، إلى أن الفقهاء قد أسقطوا على الوالد واجب النفقة الملقى على عاتقه تجاه ولده، عند عجزه لأي سبب من الأسباب، كعسره أو زَمَالَتِهِ وُدْمُورِ صحته، المؤدية إلى عدم قدرته على الكسب، محملين الوالدة -وغيرها ممن كُلفَ بذلك- إياه عند يسارها. وبالتالي، إعفاءه من الجزاء لحسن نيته وعدم طاقته. ذلك أن من شروط وجوب النفقة للأولاد على والدهم -كما ذكرنا سابقاً- هي أن يكون الأصل قادراً على الإنفاق بيساره، أو بقدرته على الكسب.

لكن، إذا ما ثبت بأن الوالد موسراً وقادراً على الكسب، إلا أنه تعمد الامتناع عن القيام بواجبه في الإنفاق على ولده إرادياً؛ فإن امتناعه ذاك يعرضه للعقاب، لأن نفقته على ولده شرعت في حقه أصالة وابتداءً، نظراً لعجز ذلك الولد وضعفه، مما يجعلها تدخل في حفظ النفس، التي يؤدي التسبب في ضياعها إلى العقاب لا محالة حفاظاً عليها، خاصة وأن حفظ حياة الولد واجب شرعي، يتحمل الوالد -وغيره- هذا العقاب لأجل هاته الضرورة، وتركه يعتبر إثماً في حق من سببها، لما روي «عن عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ﴾»⁴.

وقد ثبت الدليل على تأثيم وتجريم فعل الامتناع عن أداء الدَّين، أو التراخي فيه عموماً، بما في ذلك النفقة، طالما تعتبر ديناً في ذمة الملتزم بها، في مواجهة من يستحقها؛ من السنة النبوية الشريفة فيما روي «عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ﴿مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ﴾»⁵. ومفاد

1 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.2، ك. المساقاة والمزارعة، ب. فضل إنظار المعسر، ح. رقم 1560، مرجع سابق، ص.734.

2 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.2، أبواب البيوع، ب. ما جاء في إنظار المعسر والرفق به، ح. رقم 1306، مرجع سابق، ص.575.

3 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الاستقراض وأداء الديون والحجر والتقليص، ب. حسن التقاضي، ح. رقم 2391، مرجع سابق، ص.575.

4 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.3، ك. الزكاة، ب. في صلة الرحم، ح. رقم 1692، مرجع سابق، ص.118.

5 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.2، ك. المساقاة والمزارعة، ب. تحريم مطل الغني. وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ح. رقم 1564، مرجع سابق، ص.736.

الحديث أن «مماثلة القادر على السداد، وانتحاله الأعذار الكاذبة للتهرب من السداد ظلم منه للدائن، وظلم منه للمجتمع»¹.

كما أشار الحديث الشريف أيضا في شطره الأخير: «...وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»؛ إلى اتخاذ إجراء آخر لتحصيل الدين من الشخص المماثل، تمثل في أمر النبي ﷺ المدين بقبول إحالة الدائن له، إلى تحصيل دينه من قبل شخص آخر غني أو موسر، إذا لم يكن هناك مانع، وذلك عن طريق نقل الدين من ذمة إلى ذمة. وكل ذلك لضمان حصول صاحب الحق على حقه، لأنه قد تكون مطالبة المُحَال إليه أسهل من مطالبة المُحِيل المطل نفسه².

هذا، وقد ثبت أيضا الدليل على عقاب الموسر المتماطل في أداء ما عليه من دين من السنة الشريفة أيضا، وذلك فيما روي «عن عمرو بن الشريد، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ، قال: ﴿لِيَ الْوَاجِدِ يُحْلُ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ﴾. قال ابن المبارك: يُحْلُ عِرْضَهُ: يُغْلَظُ لَهُ، وَعُقُوبَتُهُ: يُحْبَسُ لَهُ»³. وقال سفيان: «عِرْضُهُ يَقُولُ: مَطْلَنْتِي. وَعُقُوبَتُهُ: الْحَبْسُ»⁴. والمعنى من الحديث أنه: «إذا مطل الغني في قضاء دينه يحل للدائن أن يغلظ القول عليه ويشدد في هتك عرضه وحرمة، وكذا للقاضي التغليظ عليه وحبسه تأديبا له لأنه ظالم والظلم حرام وإن قل»⁵.

وقد شهد حبس الممتنع عن أداء الدين خلافا، فهناك من قال بحبسه سواء كان معسرا أو موسرا وامتتع، وهناك من قال بإنظاره، وهناك من قال بعدم حبسه إلا إذا كان موسرا وامتتع. وهذا ما أشار إليه الخطابي⁶ حين قال: «...في الحديث دليل على أن المعسر لا حبس عليه لأنه إنما أباح حبسه إذا كان واجدا، والمعدم غير واجد فلا حبس عليه. وقد اختلف الناس في هذا، فكان شريح يرى حبس الملي والمعدم، وإلى هذا ذهب أصحاب الرأي. وقال مالك: لا حبس على معسر إنما حظه الإنظار. ومذهب الشافعي أن من كان ظاهر حاله العسر فلا يحبس، ومن كان ظاهره اليسار حبس إذا امتنع من أداء الحق».

1 - موسى شاهين لاشين: فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ج.6، ك. المساقاة والمزارعة، ب. مطل الغني ومشروعية الحوالة، ط.1، دار الشروق، القاهرة-مصر، 2002، ص.283.

2 - المرجع نفسه، ص.284.

3 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.5، ك. الأقضية، ب. في الحبس وغيره، ح. رقم 3628، مرجع سابق، ص.473.

4 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، ب. لصاحب الحق مقال، مرجع سابق، ص.577.

5 - أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم أبادي محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر الصديقي: عون المعبود على شرح سنن أبي داود، مج.1، ك. القضاء، ب. في الدين هل يحبس له؟، ح. رقم 3628، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2005، ص.1649.

6 - المرجع نفسه، ص.1649.

ولم يستثن النبي ﷺ أحدا من وجوب أداء ما عليه من دين عموما، حتى نفسه الطاهرة، حيث جعل لصاحب الحق أي الدين، مقالا أي «صولة الطلب، وقوة الحجة، لكن مع مراعاة الأدب المشروع»¹، وذلك لما روي عن أبي هريرة ؓ «أتى النبي ﷺ رجلٌ يتقاضاه فأغلظ له، فهِمَّ به أصحابه فقال: ﴿دَعُوهُ فَإِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالَ﴾»². وقد جاء في شرح المعبود³، ما يفيد أن رجلا كان له على رسول الله ﷺ ديناً (سِن من الإبل) فجاء يتقاضاه، وشدد في مطالبته إياه، فأراد أصحاب النبي ﷺ أن يؤذوه غير أنهم تراجعوا عن ذلك لأنهم في حضرة النبي ﷺ أدبا له، فطلب منهم أن يدعوه، لأن له حق في ذلك، وأن يشتروا له بعيرا.

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا فلسفة التشريع الإسلامي الجادة والمرتنة، في تحقيق الحماية الثلاثية، بضمان الحقوق لأصحابها من جهة، والتيسير على الملزمين بتلك الحقوق إذا ما ثبت إفسارهم من جهة ثانية، والردع والعقاب لمن تسول لهم أنفسهم تضييع من يعولون دونما سبب يشفع لهم ذلك من جهة ثالثة.

وطالما ثبت الدليل من السنة النبوية الشريفة، على تأثيم ومعاقبة الممتنع أو المتراخي عن أداء الدين عموما بما في ذلك النفقة؛ فقد أسس الفقهاء استنادا إلى تلك الأدلة، أحكامهم فيما تعلق بتجريم ذلك الفعل، على الملزمين بالنفقة دون تحديد ولا تمييز، مقررين على ذلك السلوك السلبي عقوبات تخضع لاجتهاد الحاكم أو ولي الأمر نراها في النقطة الثانية.

ثانيا: الموقف الفقهي من الامتناع عن أداء واجب النفقة

حسب اطلاعي، وما توصلت إليه من خلال عملية بحثي عن موقف الفقهاء من امتناع الوالد الموسر عن أداء النفقة لولده، والجزاء الذي أوقعوه عليه؛ فإنني قد وجدت بأن الموضوع مفرق بين عدة مواطن. حيث هناك من يشير إليه في حكم الامتناع عن الواجب بصفة عامة، وهناك من يتناوله في أبواب النفقة، وهناك من يتناوله في كتاب التفليس وما إلى ذلك. خاصة وأن جميع الفقهاء يركزون وبصفة صريحة، على جزاء امتناع الزوج عن أداء واجب النفقة على زوجته فحسب، دون أن يعيروا اهتماما كبيرا لمسألة امتناعه عن نفقة ولده.

حيث يرون بأن الممتنع عن أداء ما عليه من دين بصفة عامة، بما في ذلك النفقة يتعرض للعقوبة، وأن العقوبة إذا لم تكن مقدرة شرعا، فإنها تكون تعزيرا يجتهد فيه الحاكم⁴. والتعزير شرعا هو: «العقوبة

1 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ج.5، ك. في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، ب. استقراض الإبل، ح. رقم 2318، مرجع سابق، ص.69.

2 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، ب. لصاحب الحق مقال، ح. رقم 2401، مرجع سابق، ص.577.

3 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ج.5، ك. في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، ب. استقراض الإبل، ح. رقم 2318، مرجع سابق، ص.70.

4 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحاراني (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.28، كتب الفقه (الجهاد)، ب. السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص.279.

المشروعة على معصية أو جناية لا حدّ فيها، ولا كفارة، سواء كانت الجناية في حق الله تعالى... أم على حق العباد...»¹.

ويرى الفقهاء بأنه: «إذا امتنع شخص من دفع النفقة الواجبة عليه، رُفِع أمره إلى الحاكم، فيأمره بالإنفاق، ويجبره عليه، فإن أبى حبسه، وضربه، فإن لم يُجَدِّ ذلك معه، أخذ الحاكم النفقة من ماله ودفعها لمستحقها من الزوجات أو القربات. وهذه قاعدة عامة في كل من امتنع من أداء حق واجب عليه، مع قدرته على أدائه»². كما يرون بأن الوالدين والجد وسائر أقارب الولد ممن تجب عليهم نفقته، يصح ادعاؤه عليهم بالنفقة الواجبة له في ذمهم³.

ولعل أكثر المذاهب الفقهية تفصيلاً لذلك الأمر هو المذهب الحنفي، الذي خاطب الوالد مباشرة بالجزاء، المتمثل في عقوبة الحبس، كونهم يرون فيه السبيل الأكثر حملاً لهذا الأخير على أداء ما عليه من نفقة لصالح ولده، هذا الأخير الذي يعد إجحام والده عن الإنفاق عليه إهلاك له⁴.

حيث جاء في بدائع الصنائع للكاساني⁵ ما يلي: «يُحبس في نفقة الأقارب كما ولا يحبس في سائر ديونه؛ لأن إيداء الأب حرام في الأصل، وفي الحبس إيذاؤه إلا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد، إذ لو لم ينفق عليه لهلك، فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه، فدفع قصده بالحبس، ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة، وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون، ولأن هاهنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق، أعني: النفقة؛ لأنها تسقط بمعنى الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس؛ لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك، ولو لم يحبس يفوت حقه رأساً، فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق؛ صيانة له عن الفوات، وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون؛ لأنها لا تفوت بمضي الزمان، فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس؛ ولهذا قال أصحابنا: أن الممتنع من النفقة يُضرب ولا يُحبس، بخلاف الممتنع من سائر الحقوق؛ لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس، لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب، بخلاف سائر الحقوق؛ وكذلك الجد أب الأب وإن علا؛ لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه».

1 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.6، الفقه العام، مرجع سابق، ص.197.

2 - وليد المهدي: بغية السائل من أوابد المسائل، د.ر.ط، دار الراف، د.ب.ن، د.س.ن، ص.3470. (كتاب الكتروني).

3 - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: دعوة الولد على والده والتنفيز عليه، ط.1، دار ابن فرحون، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2010، ص.29.

4 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ب. نفقة ذوي الأرحام، مرجع سابق، ص.224-225.

5 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. النفقة، مرجع سابق، ص.197-198.

وأيضاً قال الحنابلة¹، بحق الولد في مطالبة والده بالنفقة الواجبة عليه، وحبسه عليها. كما له أيضاً مطالبة جده وأمه وسائر الأقارب بما له في ذمتهم من دين وغيره. ومنه، فإذا كان له مطالبتهم بالدين، فمن باب أولى أن يكون له الحق في مطالبتهم بالنفقة عليه².

وهو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية في قياسه للامتناع عن أداء النفقة الواجبة، بالامتناع عن أداء الواجب بصفة عامة، وإخضاعه للحالة الأولى لنفس حكم الحالة الثانية. والمتمثل في حبس الممتنع وإلا فضربه، حيث قرر العقوبتين معاً، بدءاً بالحبس أولاً، فإن لم يُجد ذلك نفعا انتقلوا إلى تنفيذ العقوبة الثانية المتمثلة في الضرب. وهو ما جاء في فتاواه³: «والأصل في ذلك: أن كل من عليه مال، يجب أدائه؛ كرجل عنده وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو مال لموكله، أو مال يتيم، أو مال وقف، أو مال لبيت المال؛ أو عنده دين وهو قادر على أدائه؛ فإنه إذا امتنع من أداء الحق الواجب: من عين أو دين؛ وعرف أنه قادر على أدائه؛ فإنه يستحق العقوبة، حتى يظهر المال، أو يدل على موضعه. فإذا عرف المال، وصبر على الحبس فإنه يستوفي الحق من المال، ولا حاجة إلى ضربه، وإن امتنع من الدلالة على ماله ومن الإيفاء، ضرب حتى يؤدي الحق أو يمكن من أدائه. وكذلك لو امتنع من أداء النفقة الواجبة عليه مع القدرة عليها؛ لما روى عمرو بن الشريد عن أبيه، عن النبي ﷺ، أنه قال: ﴿لِيُالْوَاجِدِ يُحْلُ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ﴾⁴... وقال ﷺ ﴿مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ﴾⁵... والي هو المطل: والظالم يستحق العقوبة والتعزير...».

ويعتبر شيخ الإسلام كذلك أن «هذا أصل متفق عليه: أن كل من فعل محرماً، أو ترك واجباً، استحق العقوبة؛ فإن لم تكن مقدرة بالشرع كان تعزيراً يجتهد فيه ولي الأمر، فيعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر عوقب بالضرب حتى يؤدي الواجب، وقد نص على ذلك الفقهاء: من أصحاب مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم، رضي الله عنهم؛ ولا أعلم فيه خلافاً».

أما المالكية⁶، فقد ذهبوا هم الآخرين إلى حبس الوالد الممتنع عن الإنفاق على ولده الصغير، وكذا الأجداد وسائر القربات وغيرهم. إلا أنه، إذا تبين بأنه معدماً، يحلفه القاضي ويطلق سراحه، أي يشهد عليه شهود بأنه لا مال له لا بادياً ولا متوارياً، فينقضي هنا أمر السجن ويلزمه هو اليمين¹.

1 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.4، ك. الوقف، ب. الهبة والعطية، ف. ولأب فقط إذا كان الأب حراً أن يملك من مال ولده ما شاء، مرجع سابق، ص.320-321.

2 - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: دعوة الولد على والده والتنفيذ عليه، مرجع سابق، ص.30.

3 - تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحارثي (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مج.28، كتب الفقه (الجهاد)، ب. السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص.278-279.

4 - سبق تخريجه في ص.277 من هاته الدراسة.

5 - سبق تخريجه في ص.276 من هاته الدراسة.

6 - القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.5، ما جاء في إفلاس الغريم، مرجع سابق، ص.81-82.

في حين خالف الشافعية²، جمهور الفقهاء في عدم إقرارهم لعقوبة الحبس في حق الوالد ذكرًا كان أم أنثى وإن علا من جهة الأب أو الأم، بسبب دين ولده وإن سفل وحتى ولو كان صغيراً أو زناً، لأن الحبس في نظرهم عقوبة ولا يعاقب الوالد بالولد، كما لا ميز عندهم بين دين النفقة وغيرها من الديون. إلا أنه، متى ثبت بأن للوالد مال، فللقاضي أخذه جبراً منه وصرفه إلى دينه، أما إذا كان له مال وقام بإخفائه عناداً ومكراً وسوء سريرة؛ فهنا وافقوا الجمهور بحبسه إلى أن يستكشف حال المال.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن الفقهاء قد تجاوزوا بعقابهم عن الملتزم بالنفقة المعسر نظراً لإعوازه؛ مركزين على الموسر المطل. وقد تراوحت الجزاءات التي قرروها في حق الملتزم بالنفقة على الأولاد المستحقين لها الموسر والممتنع عنها عمداً ودون عذر، بين حبسه، وضربه، فإن لم يُجد ذلك نفعاً، أخذ النفقة من ماله ودفعها لمستحقيها من طرف الحاكم. وكل ذلك خاضع لاجتهاد ولي الأمر، فهو من يقرر نوع الجزاء الذي يسلطه عليه. إلا أن الملاحظ أنهم متفقون حول عقوبة الحبس، حيث اشترك جميع الفقهاء في التنصيص عليها.

فضلاً عن ذلك، فإن الفقهاء قد توجهوا بخطابهم المتضمن العقاب عن الامتناع أو التماطل في أداء واجب النفقة، إلى الممتنع عن أدائها بصفة عامة، والدا كان أم والدته أم جداً أم غيرهم من الأقارب الذين تجب عليهم نفقة الولد مركزين أكثر على الوالد، نظراً لكون النفقة سبق وأن قرروها في حقه كأصل وكابتداء كما سبق التطرق إليه.

وإذا كان هذا هو الموقف الفقهي فيما تعلق بالجزاء المترتب على عاتق الملتزم بالنفقة، والممتنع عن أدائها عمداً رغم يساره وقدرته لصالح أولاده؛ فأبي العقوبات قررها القانون على عاتق ذلك الأخير؟ وهل توجه بخطابه إلى الوالد وحده، أم إلى الملتزم بالنفقة عموماً بما في ذلك الوالدة في حالة عجز الوالد ونقل واجب النفقة إليها، كونها مخصوصة هي الأخرى بهذا الواجب ولو من باب الاستثناء؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة قانوناً

مثلاً يشكل الإخلال بواجب النفقة جريمة، قرر عليها الفقهاء عقاباً تمثل في مجمل أقوالهم في الحبس كعقوبة بارزة فضلاً عن باقي العقوبات الأخرى؛ فإن الأمر ذاته شهده القانون. حيث عمل ق.ع

1 - من رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية، ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك. كما أورده القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.5، ما جاء في إفلاس الغريم، مرجع سابق، ص.82.

2 - عبد الحميد الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي: حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج.5، ك. التفليس، د.ر.ط، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د.س.ن، ص.142. انظر أيضاً، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.4، ك. التفليس، إذا ثبت إفساره عند الحاكم لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهّل حتى يوسر، مرجع سابق، ص.333-334.

- باعتباره الدرع الحامي والمنفذ لما تم تقريره في ق.أ- على تجريم كل ما من شأنه أن يُفضي إلى الإخلال به ومنه الامتناع عن أداء واجب النفقة على الملتزم بها، وصنفها ضمن "الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة"، وبالضبط تحت قسم "ترك الأسرة". سواء تعلق الأمر بهجرها، كجريمة يترتب عليها شلّ جميع الالتزامات التي تقررت عن الزواج وتكوين أسرة، بما فيها واجب الإنفاق (أولاً). أو بعدم تسديد النفقة، كجريمة تستهدف هذا الالتزام مباشرة (ثانياً).

أولاً: جزاء الامتناع عن أداء واجب النفقة عند ترك الأسرة

بما أن مقاصد الزواج تتمثل في تكوين أسرة أساسها المودة، الرحمة، السكن والتعاون كما جاء في المواد 03، 04 و 36 من ق.أ؛ فإن تحقيق ذلك يعتمد على التكافل والترابط الاجتماعي وحسن المعاشرة. وبالتالي، فترك أحد الوالدين لمقر الزوجية دونما سبب جدي لمدة معينة حددها القانون؛ يلزمه بالضرورة التخلي عن القيام بالالتزامات سمادية كانت أو معنوية- الملقاة على عاتقه والمترتبة على الزواج، وعلى رأسها النفقة، كونها تشكل أقوى مظهر من مظاهر ذلك التضامن بين أفراد الأسرة، لذا خصها المشرع بالحماية الجزائية¹.

حيث يعتبر ذلك الترك أو التخلي للأسرة من قبل أحد الوالدين إهمالا لها، وتحديدًا للأولاد فيها كونهم الطرف الضعيف داخلها، وهو ما دعت اتفاقية حقوق الطفل، من خلال مادتها التاسعة عشر (19)، الدول الأطراف إلى اتخاذ جميع التدابير لحماية الطفل، من كافة أشكال الضرر التي تلحق به، والتي ذكرت صور عديدة له من بينها الإهمال المترتب عن ذلك الترك أو التخلي.

كما صنّف المشرع الجزائري، في قانون حماية الطفل رقم 15-12، من خلال مادته الثانية في فقرتها الثانية² أيضاً، الطفل الذي يتعرض إلى الإهمال، أو التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية، في خانة الأطفال في خطر، والذين قرر لهم حماية خاصة¹.

1 - لنكار محمود: الحماية الجنائية للأسرة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه علوم، فرع القانون الجنائي، جامعة منتوري-قسنطينة، كلية الحقوق، 2010، ص.202.

2 - تنص م02 ف2 من قانون حماية الطفل رقم 15-12 على ما يلي: «الطفل في خطر»: الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر. تعتبر من الحالات التي تعرض الطفل للخطر:

- فقدان الطفل لوالديه ويقائه دون سند عائلي،

- تعريض الطفل للإهمال أو التشرد،

- المساس بحقه في التعليم،

- التسول بالطفل أو تعريضه للتسول،

- عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته التي من شأنها أن تؤثر على سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية،

- التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية،

هذا، وقد تكفلت بحماية الأسرة من جريمة تركها، المُودي إلى التخلي عن التزاماتها وبالأخص النفقة؛ م330 ف1 من القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، والتي نصت على ما يلي: «يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج: 1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية... وفي الحالتين 1 و2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك. ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية.»³.

ومن خلال نص م330 من ق.ع، يتبين لنا بأن المشرع الجزائري، وهو بصدد تجريمه لهذا السلوك السلبي المُضر بالأولاد، لم يختص به الوالد وحده ويستثني منه الوالدة، بل خاطب بالجزاء الوارد بمقتضاه كليهما، الوالد بموجب سلطته الأبوية على أولاده، والوالدة بموجب وصايتها القانونية على أولادهما هي الأخرى عند وفاة الوالد.

=- سوء معاملة الطفل، لا سيما بتعريضه للتعذيب والاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي،

- إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي،

- إذا كان الطفل ضحية جريمة من أي شخص آخر إذا اقتضت مصلحة الطفل حمايته،

- الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال استغلاله لاسيما في المواد الإباحية وفي البغاء وإشراكه في عروض جنسية،

- الاستغلال الاقتصادي للطفل، لاسيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو بسلامته البدنية و/أو المعنوية،

- وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطراب وعدم الاستقرار،

- الطفل اللاجئ...».

1 - للاطلاع أكثر حول التدابير التي اتخذها المشرع الجزائري لحماية تلك الفئة من الأطفال راجع، الباب الثاني من قانون حماية الطفل رقم 15-12.

2 - تتمثل الحالة الثانية فيما جاءت به ف2 من م330 من ق.ع: «الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (02) عن زوجته وذلك بغير سبب جدي...». وهنا، نلاحظ بأن المشرع الجزائري، قد توجه بالخطاب إلى الزوج وحده دون الزوجة. في حين، حالة التخلي هاته، قد تحدث من جانب الزوجة كذلك، خاصة في وقتنا الحالي. حيث ومن خلال عملي، لاحظت العديد من إعلانات البحث في فائدة العائلات، التي يُبلّغ عنها الأزواج ضد زوجاتهم، اللواتي يغادرن بيت الزوجية إلى وجهة مجهولة، ودون إفصاح عن الأسباب، ولمدة غير محددة. مما يدل على عدم مساواة المشرع بين المركز القانوني للزوجين، فيما تعلق بالخطاب الوارد في هاته الفقرة. لذا، كان على المشرع الجزائري أن يستبدل عبارة "زوجته" بعبارة "زوجه"، حتى تكون موجهة للثنتين معا.

3 - الفقرة الأخيرة من هاته المادة لم تكن معنية بتعديل 2015، حيث بقيت دون تغيير.

ومنه، تقوم جنحة ترك الأسرة، على ركن مادي مجسد في عدة عناصر¹ أولها، الابتعاد الجسدي عن مقر الأسرة، والمتمثل في محل إقامة الزوجين وأولادهما. حيث تقتضي الجريمة وجود ذلك المحل، كما تقتضي أيضا بقاء أحد الزوجين المتروك رفقة الأولاد فيه بالضرورة.

وثانيها، وجود ولد أو عدة أولاد، وذلك حتى تتحقق رابطة الأبوة أو الأمومة التي تضمنها خطاب نص الفقرة السالفة الذكر. وعن المقصود بالأولاد المشمولين بواجب النفقة فلا داعي للتطرق له، ما دام أننا فصلنا فيه آنفا فقها وقانونا.

وثالثها، عدم الوفاء بالالتزامات العائلية، والتي من بينها النفقة -موضوع دراستنا لهاته الجزئية-، التي ألقاها المشرع على عاتق الوالد والوالدة، ولو أنه جعلها على الوالد كأصل، وعلى الوالدة كاستثناء، كما رأينا سابقا. هذا، ويشتركان بالتساوي في الرعاية المعنوية للأولاد ف3 من م36 من ق.أ. وتلك الالتزامات، ملقاة على عاتقهما بموجب السلطة الأبوية بالنسبة للوالد، والوصاية القانونية بالنسبة للوالدة.

ورابعها، أن تتجاوز مدة ترك الأسرة الشهرين، دون سبب جدي ومشروع، ودون إنفاق، ولا تنقطع هاته المدة إلا بالعودة إلى مقر الأسرة، بنية استئناف الحياة الزوجية نهائيا، وليس فقط تقاديا للمتابعة الجزائية. ويبدأ حساب مدة الشهرين من تاريخ الترك والتخلي عن الالتزامات العائلية إلى تاريخ تقديم الشكوى. وعبء إثبات تلك المدة يقع على عاتق الزوج المتخلى عنه وعن أولاده، بالتعاون مع وكيل الجمهورية بجميع وسائل الإثبات القانونية².

كما تقوم أيضا جنحة ترك الأسرة على ركن معنوي، مجسد في القصد الجنائي، والمتمثل في نية الوالد أو الوالدة في مغادرة مقر الأسرة، وإرادتهما في ذلك، مع علمهما ووعيهما بخطورة الأمر على صحة، سلامة، تربية وأخلاق الأولاد³.

هذا، وتعتبر جنحة ترك الأسرة، من الجرائم التي يقيد تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى الزوج المتروك، ولهذا يضع سحب تلك الشكوى حدا للمتابعة كما جاء في نص الفقرة السالفة الذكر.

أما الركن الشرعي أو القانوني، والمتمثل في الجزاء المقرر عليها، فقد حددته ذات المادة، وهو مقرر في مواجهة كلا الوالدين دون تمييز بينهما، ولا إعفاء لأحدهما وترك للآخر.

وعلاوة على العقوبة الأصلية المقررة في تلك المادة؛ فقد نصت م332 من ق.ع على عقوبات تكميلية تمثلت في نصها التالي: «يجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضي عليه بإحدى الجنح

1 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط.18، دار هومة، الجزائر، 2015، ص ص.165-168.

2 - عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط.2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2007، ص.21. نقلا عن، العياشي عفاف لامية: (جريمة ترك الأسرة في القانون الجزائري -أية حماية قانونية-)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس-لبنان، نوفمبر 2018، العام 5، ع.35، ص.83.

3 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص.168.

المنصوص عليها في المادتين 330 و 331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.».

حيث، وبالرجوع إلى م14 من ق.ع (معدلة بقانون 2006) نجدها تنص على ما يلي: «يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1، وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات. وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه.» وبالرجوع كذلك إلى م9 مكرر 1 من ق.ع (مضافة بقانون 2006) نجدها تنص على ما يلي: «يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،
- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام،
- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا،
- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيدا،
- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

وفي حالة الحكم بعقوبة جنائية، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها عشر (10) سنوات، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.».

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري، بموجب الأمر رقم 15-02¹ المؤرخ في 23 جويلية 2015، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، قد فعل آلية جديدة تسبق المتابعة الجزائية، تتمثل في الوساطة²، في العديد من الجنح التي من بينها جنحة ترك الأسرة³. حيث أجاز لوكيل الجمهورية قبل أية متابعة جزائية أن يقررها بمبادرة منه، أو بطلب من الضحية أو المشتكى منه، إذا كان من شأنها أن تضع حدا للإخلال

1 - الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن تعديل وتنظيم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 23 جويلية 2015، ع.40.

2 - نظم المشرع الجزائري إجراء الوساطة في المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 من ق.إ.ج. والمواد من 110 إلى 115 من قانون حماية الطفل رقم 15-12.

3 - م37 مكرر 2 من ق.إ.ج.

الناتج عن الجريمة، أو جبر الضرر المترتب عليها، وتتم باتفاق مكتوب بينهما¹، كما لا تنفذ جبرا على الطرفين، بل لابد من موافقتهما².

وإذا كان المشرع الجزائري، قد جرم فعل ترك الأسرة من قبل كلا الوالدين على السواء ودون تمييز بينهما. الوالد، في حدود سلطته الأبوية. والوالدة، في حدود وصايتها القانونية. مقررًا على ذلك عقوبات محددة قانونًا؛ فإن المشرع المغربي هو الآخر قد قرر الإحالة على أحكام إهمال الأسرة -المنظمة بموجب مجموعة القانون الجنائي³ - كل توقف من الملتزم بالنفقة على أولاده، لمدة أقصاها شهر دونما سبب مقبول، وذلك بموجب م⁴202 من المدونة.

وبالرجوع إلى الفصل 479⁵ من م.ق.ج، نجده يخاطب بالجزاء الوارد في ذلك الفصل، كل من الوالد والوالدة سويا، الذي يترك مقر الأسرة، دون سبب يجبره على ذلك، لمدة تزيد عن شهرين. كما قيد ذلك بشكوى من الطرف المتروك، أو نائبه الشرعي، أو مباشرة من النيابة العامة إذا كان هذا الأخير (النائب الشرعي) هو مرتكب الجريمة⁶، وجعل سحبها يضع حدا للمتابعة⁷.

1 - م 37 مكرر من ق.إ.ج.

2 - م 37 مكرر 1 من ق.إ.ج.

3 - ظهير شريف رقم 1.59.413، صادر في 26 نوفمبر 1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 جوان 1963، ع.2640. (غُدِّل عدة مرات).

4 - تنص م 202 من م.أ على ما يلي: «كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة.».

5 - ينص الفصل 479 من م.ق.ج على ما يلي: «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط:

- الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتخلص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة،

- ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية،...».

6 - ينص الفصل 481 من م.ق.ج على ما يلي: «...لا يجوز رفع هذه الدعاوى (أي دعاوى الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو المطرود من بيت الزوجية)، إلا بناء على شكاية من الشخص المطرود من بيت الزوجية أو الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي مع الإدلاء بالسند الذي يعتمد عليه، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العامة عندما يكون النائب الشرعي المذكور هو المقترب للجريمة، يجب أن يسبق المتابعة، إعدار المحكوم عليه بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف ثلاثين يوما،

ويتم هذا الإعدار في شكل استجواب يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية وذلك بناء على تعليمات من النيابة العامة،

إذا كان المحكوم عليه هاربا أو ليس له محل إقامة معروف فإن ضابط الشرطة القضائية يسجل ذلك ويستغني عن الاستجواب.».

للإشارة، فإنه تم تغيير وتتميم الفصل 481 من م.ق.ج، بموجب م 02 من القانون رقم 103.13، المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19، بتاريخ 22 فيفري 2018، الجريدة الرسمية بتاريخ 12 مارس 2018، ع.6655، ص.1449.

7 - ينص الفصل 481-1 من م.ق.ج على ما يلي: «في الحالات المنصوص عليها في الفصول 479 و 480 و 480-1 من هذا القانون، فإن تنازل المشتكي عن الشكاية يضع حدا للمتابعة ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره.».

أما المشرع التونسي، فيبدو بأنه لم يتطرق إلى هاته الجريمة صراحة أثناء قيام العلاقة الزوجية¹، سوى ما جاء النص عليه بموجب مكرر² 212 من القانون عدد 29 لسنة 1971³، المتعلق بإتمام المجلة الجنائية التونسية، والتي تعرضت لمسألة الإهمال فيما تعلق بالقاصر المحضون، أي بعد انحلال الزواج، والتي جاء نصها مخاطبا الوالد والوالدة على حد سواء وغيرهما ممن عهد إليه قانونيا حضانة قاصر وتخلي عن التزاماته الملقاة عليه دونما عذر مقبول، وذكرت عدة صور تجسد ذلك التخلي من بينها ترك الأسرة، و إهمال شؤون القاصر، مقرر عقوبات جزائية عليها.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد جَرَّم فعل ترك الأسرة، والتخلي عن التزاماتها، التي من بينها المادية، المتمثلة في النفقة تحديدا، نظرا للضرر الذي يترتب عليها، والذي يمس بالدرجة الأولى الأولاد، ويؤثر عليهم سلبا، وقد يصل أثر ذلك الإخلال أو الامتناع حتى إلى هلاكهم، وهو ما سعى المشرع إلى تحاشيه، وذلك من خلال تقريره لحقهم في النفقة، وضمانه لتحصيلها عن طريق ردع وعقوبة من يخل بها.

وقد توجه المشرع بالخطاب المتضمن تجريم الجنحة السالفة الذكر إلى الوالدين معا، سواء كان الجاني الوالد أو الوالدة، نظرا لكون الغياب خاصة مؤخرا لم يعد قاصرا على الوالد وحده، بل بات يطال حتى الوالدة، التي صرنا نشهد ذلك السلوك منها في كثير من الحالات، وهذا ما يدل على مساواة المشرع الجزائري بين المركز القانوني للوالدين في الجزاء الموقع عليهما حال ترك أحدهما للأسرة، وما تستدعيه من التزامات بموجب السلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية.

وفضلا عن تلك الجريمة، التي تمس الإخلال بواجب النفقة بطريقة غير مباشرة، أو تمسها باعتبارها إحدى الالتزامات الأسرية المادية، كونها تعالج أيضا الإخلال بالالتزامات المعنوية؛ فإن هناك جريمة أخرى، لا تقل أهمية وخطورة عن سابقتها، تمس النفقة بصفة مباشرة، جرمها المشرع هي الأخرى، وقرر بشأنها جزاء، نتطرق إليها في النقطة الموالية.

= للإشارة، فإنه تمت إضافة الفصل 481-1 من م.ق.ج، بموجب م05 من القانون رقم 103.13، المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، مرجع سابق، ص.1449.

1 - منصوري المبروك: الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص.216.

2 - تنص م212 مكرر من القانون عدد 29 لسنة 1971 على ما يلي: «الأب أو الأم أو غيرهما ممن تولى بصفة قانونية حضانة قاصر إذا تخلص من القيام بالواجبات المفروضة عليه إما بهجر منزل الأسرة لغير سبب جدي أو بإهمال شؤون القاصر أو بالتخلي عنه داخل مؤسسة صحية أو اجتماعية لغير فائدة وبدون ضرورة أو بتقصيره البين في رعاية مكفوله بحيث يكون قد تسبب أو أسهم في التسبب بصورة ملحوظة في إلحاق أضرار بدنية أو معنوية به، يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها خمسمائة دينار...».

3 - القانون عدد 29 لسنة 1971 المؤرخ في 14 جوان 1971، المتعلق بإتمام المجلة الجنائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 15 جوان 1971، السنة 114، ع.26.

ثانيا: جزاء الامتناع عن أداء واجب النفقة عند عدم تسديدها

بما أن الصغير ومن في حكمه، ضعيف لا يقدر على توفير حاجياته بنفسه ومن ضمنها المادية؛ شرعت لأجله النفقة من قبل والديه. وهو ما أقره المشرع في المواد من 75 إلى 80 من ق.أ. إلا أن إقراره لذلك الحق وحده لا يكفي لحصول الولد عليه، نظرا لتقصير الملتزمين به إما إهمالا أو عمدا.

لذلك، أعقب المشرع إقرار حق الولد في النفقة بحماية جزائية، سَلَّطَ بموجبها عقوبة على هؤلاء المكلفين بأدائها والمخلفين بها. ذلك أن المشرع كلما أقر حقا، كلما أرفقه بجزاء على من يخل به إيجابا أو سلبا، حتى يضمن احترامه من الملتزمين به، وتحصيله ممن قرر لصالحهم¹.

ومنه جرّم التقنين الجزائي، إلى جانب جريمة ترك الأسرة، وما يترتب عليها من إخلال بالالتزامات العائلية ومنها المادية؛ جريمة عدم تسديد النفقة الثابتة بحكم قضائي، بعد مرور أزيد من شهرين أيضا، كونها تضر بالأولاد، فضلا عن إضرارها بالزوج والأصول.

وقد تكفلت بتجريمها م331 من ق.ع (معدلة بقانون 2006) التي نصت على ما يلي: «يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروع، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال. دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية.».

ومنه، وقبل التطرق إلى الأركان التي تقوم عليها هاته الجريمة؛ فإن لها شرطين أساسيين² لتحقيقها. أولهما، قيام دين مالي، ويتمثل في دين النفقة، التي حددت مشتملاتها م78 من ق.أ، والتي يستفيد منها فئة من الأشخاص، يكونون إما أثناء قيام العلاقة الزوجية -وهو ما يعني- وإما بعد انفصامها. والمستفيدون منها أثناء قيام تلك العلاقة هم الزوجة (م74 ق.أ)، الأولاد (م75 ق.أ) -وهو ما يهمن- والأصول (م77 ق.أ).

وثانيهما، وجود حكم قضائي نافذ، ومُبْلَغٌ للمعني بالأمر. والأحكام والقرارات القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ، إلا بعد انقضاء آجال الطعن فيها وصيرورتها نهائية. أو كانت غير نهائية، لكنها مشمولة بالنفاد

1 - مباركة عامرة: (الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري)، مجلة البحوث والدراسات، مرجع سابق، ص 195-196. انظر أيضا، رغبوات مصطفى: (جريمة عدم تسديد النفقة في قانون العقوبات الجزائري)، مجلة الميزان، المركز الجامعي أحمد صالح النعمة، مخبر الجرائم العابرة للحدود، 2017/12/31، مج.2، ع.2، ص.293.

2 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 175-180.

المعجل رغم الطعن فيها كما نصت عليه م¹609 ق.إ.م.إ، والنفقة من الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل حسب م²57 مكرر ق.أ.

كما يجب أن يصل ذلك الحكم القضائي النافذ إلى علم المكلّف بمضمونه، ومقدار النفقة المحكوم بها عليه، وذلك بتبليغه بنسخة من هذا الحكم القضائي، بواسطة مَحْضَر تبليغ سند رسمي محرر من قبل مُحْضَر قضائي (م³406 ق.إ.م.إ)، وكذا محضر تكليف بالوفاء، ومحضر تبليغ تكليف بالوفاء، مع منحه مهلة 15 يوم للوفاء بمبلغ الدين (م⁴612 ق.إ.م.إ).

أما عن الأركان التي تقوم عليها جنحة عدم تسديد النفقة؛ فإنها تقوم على ركن مادي متمثل في عنصرين أولهما، الامتناع عن تسديد المبلغ المالي كاملاً، ذلك أن دفع قسط منه فقط لا يمنع من قيام الجريمة.

وثانيهما، انقضاء مهلة الشهرين، من التبليغ الرسمي للحكم القضائي النافذ والقاضي بأداء النفقة. إلا أن المشرع لم يوضح أي تبليغ يقصد الذي يبدأ منه سريان مهلة الشهرين، هل يبدأ من تاريخ تبليغ المُحْضَر القضائي للحكم القضائي النافذ (م⁴406 ق.إ.م.إ)؟ أم من تاريخ انقضاء مهلة التكليف بالوفاء المحددة بخمسة عشر (15) يوماً الواردة بمحضر التكليف الذي يبلغه المحضر القضائي، وهو بصدد التنفيذ الجبري لذلك الحكم القضائي النافذ (م⁵612 ق.إ.م.إ)؟

وفي هذا الخصوص يرى الأستاذ بوسقيعة⁵ بالرأي الثاني، أي من تاريخ انتهاء مهلة التكليف بالوفاء، مدعماً رأيه باجتهادات المحكمة العليا، التي قضت في أكثر من قرار لها بأنها تسري من تاريخ انتهاء تلك المهلة، ذلك أنهم اعتبروا خطأ في تطبيق القانون، القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة دون توفر مَحْضَرِ التكليف بالوفاء، والامتناع عنه⁶، مما يدل على أن انتهاء مهلة 15 يوماً، هو المعتد به في بداية سريان مهلة الشهرين.

1 - تنص م¹409 من ق.إ.م.إ على ما يلي: «الأحكام والقرارات القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ، إلا بعد انقضاء آجال المعارضة أو الاستئناف، وتقديم شهادة بذلك من أمانة ضبط الجهة القضائية المعنية، تتضمن تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار إلى المحكوم عليه، وتثبت عدم حصول معارضة أو استئناف. في حالات الطعن بالنقض الموقوف للتنفيذ تطلب شهادة عدم الطعن بالنقض. غير أن الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل والأوامر الاستعجالية تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف.»

2 - تنص م²57 مكرر من ق.أ على ما يلي: «يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن.»

3 - تنص م³406 من ق.إ.م.إ على ما يلي: «يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي. يمكن أن يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار...»

4 - تنص م⁴612 من ق.إ.م.إ على ما يلي: «يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوماً...»

5 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص.182.

6 - المحكمة العليا: غ.ج.م، 2000/01/18، ملف رقم 229680، م.ق، 2001، ع.1، ص.364.

وكذا تقوم أيضا هاته الجنحة على ركن معنوي، وهو القصد الجنائي، المتمثل في الامتناع عمدا عن أداء النفقة لمدة تفوق الشهرين. وقد جعل المشرع من سوء النية في ذلك الامتناع أمرا مفترضا، ويقع عبء الإثبات على المتهم بأن نيته حسنة، حيث لم يعتد سوى بالإعسار كسبب مبرر للامتناع عن تسديد النفقة¹.

هذا، وخلافا للجنحة السالف التطرق إليها (ترك الأسرة)؛ فإن المشرع لم يقيد جنحة عدم تسديد النفقة بشكوى الطرف المضرور. في حين أبقى على تأثير صفح الضحية موجبا للحد من المتابعة الجزائية، شريطة دفع كامل المبالغ المستحقة من المحكوم عليه.

أما الركن الشرعي أو القانوني، والمتمثل في الجزاء المقرر على تلك الجنحة، فقد حددته ذات المادة، وهو مقرر في مواجهة كلا الوالدين دون تمييز بينهما، وهو ما نستشفه من استعمال المشرع لعبارة "زوجه" التي تنصرف إلى الاثنين معا في مواجهة أولادهما.

إلا أنه، ورغم إمكانية انطباق نص م331 من ق.ع على كلا الوالدين، ورغم تكليف المشرع في ق.أ الوالدة بالنفقة ولو من باب الاستثنائية بموجب م76 منه، وذلك عند عجز زوجها وقدرتها هي على الإنفاق كما سبق التطرق إليه؛ فإن إمكانية متابعتها جزائيا، حال امتناعها عن دفع نفقة الأولاد، لا يزال غير مجسد من الناحية الواقعية والعملية، وإن لم نقل منعدها تماما. حيث وبعد تقربنا من بعض الزملاء المحامين، فقد أفادونا بأنه لا وجود لتلك الحالات، كما أنه وعلى حسب بحثنا وإطلاعنا على اجتهادات المحكمة العليا؛ فإننا لم نتمكن من العثور على أي قرار يدين الوالدة على امتناعها عن الإنفاق على أولادها، وذلك تبعا لندرة القرارات التي تثبت واجب الإنفاق في حقها أساسا، سوى قرار صادر سنة 2007، الذي جعلها مقدمة على الجد في الإنفاق على ابنها بعد وفاة زوجها ما دامت تتوفر على دخل، والذي جاء فيه ما يلي: «لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل»².

ولعل ذلك راجعا إلى خصوصية المجتمع الجزائري، الذي لا يزال محافظا على عاداته وتقاليده رغم ما لحقه من صدع- التي يأبى فيها الزوج، حتى ولو كان على بساط الموت، وحتى ولو كان فقيرا ليس له ما يسد به رمقه، أن يفرض على زوجته الإنفاق عليه أو على أولاده، ولا أن يتابعها جزائيا لأجل ذلك، حتى وإن أتاح له القانون ذلك. وهذا ما يعكس، بأن واجبات المرأة عامة، والزوجة خاصة، ما هي سوى حبر على ورق، حيث يجسد القانون ما هو لها، ويجمد إن صح التعبير ما هو عليها.

1 - عمراني كمال الدين: (الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي -دراسة في إطار التشريع الجزائري، والمقارن، والشرعية الإسلامية-)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، 2017/06/01، مج.4، ع.1، ص.87-88.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2007/05/09، ملف رقم 390381، م.م.ع، 2008، ع.2، ص.295.

لكن، ومع ذلك فإنه طالما هناك نص قانوني يحيل إليها واجب الإنفاق على أولادها في الحالة والشروط المحددين بالمادة 76 من ق.أ، مما يجعلها تدخل في إطار المكلفين الذين شملهم النص التجريمي المتمثل في م331 من ق.ع؛ فإنه فلا مانع يحول دون إمكانية متابعتها جزائياً¹.

وما قيل في جنحة ترك الأسرة، من إمكانية اللجوء إلى آلية الوساطة قبل تحريك الدعوى العمومية (المواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 9 من ق.إ.ج)، وكذا إمكانية القضاء فضلا عن العقوبات الأصلية، بعقوبات تكميلية (م332 ق.ع)؛ يقال أيضا في جنحة عدم تسديد النفقة.

هذا، وقد وسّع المشرع من دائرة الاختصاص الإقليمي للنظر في هاته الجريمة، حيث منح أيضا الاختصاص للنظر فيها إلى محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له النفقة، فضلا عن الاختصاص الأصلي المتمثل فيما نصت عليه م37، 40 و م329² من ق رقم 04-14³ المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

وإذا كان المشرع الجزائري، قد جرم فعل عدم تسديد النفقة من قبل كلا الوالدين على السواء ودون تمييز بينهما -كل متى قام واجبه في ذلك-. مقررًا عليهما عقوبات محددة قانونًا؛ فإن المشرع المغربي هو الآخر قد قرر الإحالة على أحكام إهمال الأسرة المنظمة بموجب م.ق.ج، كل توقف من الملتزم بالنفقة على أولاده، لمدة أقصاها شهر دونما سبب مقبول، وذلك بموجب م202 من المدونة.

وبالرجوع إلى الفصل 480⁴ من م.ق.ج، نجده يخاطب بالجزاء الوارد في الفصل 479⁵، كل من الوالد والوالدة سويا، الذي يصدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه، ويمتنع عمدا عن دفعها في أجالها المحددة. كما قيد ذلك بشكوى من الطرف المستحق للنفقة، أو نائبه الشرعي، أو مباشرة من النيابة العامة إذا كان هذا الأخير (النائب الشرعي) هو مرتكب الجريمة (الفصل 181 م.ق.ج) -خلافا لما قرره المشرع الجزائري، الذي لم يقيد هاته الجريمة على شكوى المضرور- وجعل سحبها يضع حدا للمتابعة (الفصل 481-1 م.ق.ج).

1 - منصوري المبروك: الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، صص. 190-191.

2 - حددت تلك المواد القاعدة العامة للاختصاص الإقليمي والتي تتمثل عموما في محكمة محل الجريمة، أو محل إقامة المتهم، أو محل القبض عليه. للاطلاع أكثر راجع، نصوص المواد السالفة الذكر.

3 - القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المتضمن تعديل وتنظيم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 10 نوفمبر 2004، ع.71.

4 - ينص الفصل 480 من م.ق.ج على ما يلي: «يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتما،...».

5 - الحبس من شهر إلى سنة والغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى العقوبتين فقط.

ونفس التوجه سلكه المشرع التونسي، الذي عاقب كلا الوالدين على الإخلال بواجب النفقة دون تمييز بينهما، كما جاء في الفصل 53 مكرر¹ المضاف بالقانون عدد 07 لسنة 1981، والمنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش. خاصة وأنه حمّل الوالدة واجب المساهمة في النفقة صراحة وفي أكثر من نص قانوني²، حيث يمكن عند امتناعها عن دفع قيمة مساهمتها في الإنفاق على الأولاد؛ حملها على ذلك قضائيا، شأنها في ذلك شأن الوالد³.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد جرّم فعل عدم تسديد النفقة العمدي بعد تجاوز أكثر من شهرين، من قبل كلا الوالدين، متى صدر حكم قضائي بإلزام أي منهما بذلك، حسب الحالة التي يقوم فيها واجب الإنفاق في حق كل منهما، مما يدل على مساواته⁴ بين المركز القانوني للوالدين في الجزاء الموقع عليهما حال إحجامهما المقصود عن أداء واجب النفقة تجاه أولادهما، شأنه في ذلك شأن تجريمه لترك أحدهما لمقر الأسرة، وتخلّله من مسؤولياته، ومنها المادية المتمثلة في النفقة. ولو أن متابعة الوالد في كلا الجريمتين مُفَعَّل على أرض الواقع، في حين تبقى متابعة الوالدة حبيسة أعراف البيئة الجزائرية التي تأبى ذلك.

1 - ينص الفصل 53 مكرر المضاف بالقانون عدد 7 لسنة 1981، والمنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «كل من حكم عليه بالنفقة أو بجرابة الطلاق ففضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000د). والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب...».

2 - الحبيب خضر: المرأة متحملة لواجب الإنفاق، مرجع سابق، ص.72.

3 - فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مرجع سابق، ص.111.

4 - إذا كان المشرع الجزائري، قد كلف الأب أصالة بالإنفاق على أولاده، والأم استثناءً -كما سبق التطرق إليه-، وإذا كان قد عاقب كليهما عن فعلٍ، ترك الأسرة والتخلي عن التزاماتها ومنها المادية، وكذا عدم التسديد العمدي للنفقة المقررة قضاءً على عاتق أحدهما لما يتجاوز الشهرين، مما يترجم المساواة بينهما سواء في التكليف -ولو كانت مساواة غير تامة- أو في العقاب؛ فإن تلك المساواة قد انحصرت في قيام العلاقة الزوجية فقط، ذلك أن واجب الإنفاق كما نلاحظه عمليا بعد انحلال العلاقة الزوجية يكون من نصيب الوالد وحده، وهو ما تعكسه م02 ف3 و4 من ق رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، التي جعلت من الدائن بالنفقة، الولد ممثلا في والدته -كونها في أغلب الحالات تستفيد من الحضانة-، وجعلت من المدين بالنفقة، الوالد وحده دون إشارة إلى الوالدة في الحالة العكسية، وذلك في نصها التالي: «المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضونين ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة. المدين بالنفقة: والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق».

ملخص الفصل الأول:

شهد المركز القانوني للوالدين، أثناء قيام العلاقة الزوجية، مساواة إلى حد ما، يمكن القول عنها بأنها مساواة ناقصة. حيث مست جانبا من حقوق الأولاد الملقاة على عاتقهما، ويتعلق الأمر بالحقوق المعنوية، المتمثلة تحديدا في رابطة الجنسية، التي سمح بموجبها المشرع لكلا الوالدين على قدم المساواة بنقل جنسيتها إلى أولادهما دون قيد ولا شرط. أما رابطة النسب، فقد ميز المشرع بينهما بمقتضاها، حيث منح في العلاقة الشرعية، شرف انتساب الولد الشرعي لوالده، جاعلا إياه حاملا للقبه. أما في العلاقة غير الشرعية، فقد أغفل التعرض إلى النسب الطبيعي، الذي يُستشف ضمنا بأنه قطعه من والده الطبيعي، دون أن ينص صراحة على إلحاقه بوالدته، لانعدام أي أثر يدل على ذلك في النصوص القانونية الجزائرية. وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بموجب م 222 من ق.أ، فإننا نجد بأن جمهور الفقهاء قد قطعوا نسبه من الزاني وأحقوه بوالدته، ما عدا ما قال به بعض الفقهاء من جوازية إلحاق نسب الطفل الطبيعي إلى والده، شريطة اعتراف هذا الأخير به، وألا تكون والدته زوجة لرجل آخر.

وواصل المشرع مسيرته نحو تكريس المساواة التي قلنا بأنها اتسمت بالنقصان، فيما تعلق بحقوق الأولاد المادية الملقاة على كاهل والديهم، والمتمثلة تحديدا في النفقة، التي كلف بها الوالد أصالة وابتداءً، في حين جعل الوالدة تتفق على أولادها بصفة ثانوية واحتياطية ومشروطة فقط، وذلك إذا عجز والدهم، وكانت هي قادرة على ذلك، مما يدل على محاولة تقريب المشرع بين المركز القانوني للوالدين في هذا الخصوص. أما فيما تعلق بالجزاء المترتب على الإخلال بواجب النفقة، فقد توجه المشرع بالخطاب المجرّم لذلك الفعل، لكلا الوالدين على قدم المساواة، سواء في جريمة ترك الأسرة، أو جريمة عدم تسديد النفقة، رغم ندرة الأحكام -على حسب اطلاعنا- التي تترجم ذلك عمليا فيما تعلق بالوالدة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ساوى إلى حد ما بين المركز القانوني للوالدين فيما تعلق بواجباتهما تجاه أولادهما أثناء قيام العلاقة الزوجية؛ فسنرى في الفصل الثاني هل ثبت على ذلك النهج بعد انتهاء تلك العلاقة أم حاد عنه، وإلى صالح من من الوالدين كان متحيزا.

الفصل الثاني

المركز القانوني للوالدين بعد انتهاء العلاقة الزوجية

إذا كان أبغض الحلال إلى الله الطلاق؛ فإنه الشر الذي لا بد منه في بعض الأحيان، والمنفذ الذي لا بديل عنه إذا اشتد الشقاق، واستبدلت المودة بالكره، والرحمة بالقسوة، والسكن بالهجران.

وإذا كان الطلاق لا يؤثر كثيرا إذا لم يكن بين الطليقين أولاد، حيث تنقطع العلاقة الزوجية التي كانت تجمعهما نهائيا، بمجرد وفاء المطلق بالتزاماته لطليقتة المترتبة عن الطلاق؛ فإنه ومع وجودهم يتغير الحال، وتتبدل الأحوال، حيث يظل حبل الأولاد ممتدا بينهما.

هذا الوضع الجديد للوالدين، يختلف عما كان عليه قبل الطلاق، وذلك بتحول مركزهما القانوني من والدين زوجين، إلى والدين طليقين، وهو ما يزيد من حدة الشقاق بينهما في غالب الأحيان، نظرا لما يفرضه الواقع الجديد لمركزهما القانوني من رغبة كل منهما في ضمّ الصغير إليه (المبحث الأول)، وفي بسط سلطته الوالدية عليه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المركز القانوني للوالدين من خلال الحضانة

تشكل الحضانة أقوى مظهر من مظاهر عناية الشارع الحكيم بالطفولة، حيث تكفل للولد التربية والرعاية السويتين بدنيا، صحيا وخلقيا¹.

ولأهميتها في حياة الصغير؛ وتميزها بالحساسية التي فرضتها عليها المرحلة العمرية لهذا الأخير؛ سلّم الشارع والمشرع ملاكها إلى من يكون الأولى بها، من حيث القدرة والتأهيل لها من جميع النواحي، مُعَقِّبين ذلك التسليم بالتزامات مكملة لممارستها ومسهلة لها (المطلب الأول).

ومُنح الحق في الحضانة إلى أحد الوالدين، الذي ثبتت أولوبته فيها؛ يقابله بالضرورة منح حق الزيارة للطرف الآخر غير المحكوم له بالحضانة، حتى لا يشعر الصغير بالتمزق الذي حصل بين والديه، والتشتت الذي ضرب أسرته (المطلب الثاني).

ومن خلال المطلبين السالفي الذكر، سيتضح لنا جليا، المركز القانوني للوالدين تجاه محضونهما، ومدى قدرة المشرع على التوفيق بينهما من خلالهما بما يخدم مصلحة المحضون.

المطلب الأول

مدى تساوي مركز الوالدين من خلال الأولوية في الحضانة والالتزامات المادية المترتبة عنها

نظرا لأهمية الحضانة في حياة الصغير؛ كونها اللبنة الأولى التي يرتكز عليها لينطلق في حياته بعدها. ذلك أنه يولد وعقله صفحة بيضاء، فتكون هي الصورة الأولى التي تترسخ في مخيلته، فتؤثر عليه سلبا أو إيجابا، في صحته، تربيته وأخلاقه بصفة مباشرة، كما يولد وضراعة جسمه تتطلب رعاية غيره له. لذا، فقد حرص الشارع الحكيم على أن يُعهد به إلى من يكون الأولى بحضانته، والأقدر عليها، والأكثر ملازمة له، متى ما كان أهلا لها (الفرع الأول). كما ويترتب على تسليم زمامها لمستحقها فعلا؛ جملة من الالتزامات المادية التي تساعد الحاضن على ممارسة وظيفته النبيلة، على رأسها توفير سكن ليستظل تحت سقفه الحاضن رفقة محضونه، فإن تعذر ذلك تمكينه من بدله، وقد ألزم الوالد وحده بذلك سواء كان هو الحاضن أم لا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مراتب الوالدين في استحقاق الحضانة

إن الذي خلق الزوجين الذكر والأنثى، لهو العليم بالتفرقة بينهما، ولهو الخبير بما يصلح له كل منهما. فهو من جَبَلَ الوالدة على الحنان والعطف وتحمل شقاوة الصغير، كيف لا وهي التي كان له بطنها

1 - غوتي بن ملحة: (حول تعديل بعض النصوص لقانون الأسرة لسنة 1984 وذلك بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005)، الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ديسمبر 2005، ع.8، ص.83.

وعاء، وتثديها سقاء، وحجرها جِواء. ولعل ذلك ما جعلها تتصدر مراتب الحاضنين لما في ذلك من تحقيق لمصلحة المحضون (أولا)، إلا أن ذلك لا يمنع الوالد من أن يكون أهلا لحضانة ولده، بعد انعدام والدته أو عدم أهليتها لذلك، لكونه لا يقل شفقة على ولده منها، ولا تزيد هي عنه حرصا على حمايته ورعايته، مما جعل احتلاله للترتبة الثانية مباشرة بعد الوالدة، يمزج بين أولويته لحضانة ولده من غيره، وبين تحقيق ذلك للمساواة بينه وبين الوالدة وإن لم تكن مطلقة- في حصر حضانة ولدهما بينهما بالدرجة الأولى، ثم ليأتي بعدها من يأتي من الحاضنين (ثانيا).

أولا: تصدر الوالدة لمراتب الحاضنين ضمانا لتحقيق مصلحة المحضون

خلق الطفل ضعيفا لا يستطيع أن يقوم بشؤون نفسه بمفرده، حيث يحتاج في مراحله العمرية الأولى إلى من يتعهد ويقوم عليه¹، لذا شرعت الحضانة²، التي تعتبر نوع من الولاية، وتعرف بولاية التربية، حيث تنصب على المرحلة الأولى من حياة الطفل³. ولا يطرح هذا الموضوع حال قيام العلاقة الزوجية أية مشكلة، لكون الطفل سيكون حتما بين أحضان كلا والديه، خاصة وأن المشرع قد جعل تربيته واجبا مشتركا بين الزوجين (م36 ق.أ)، إلا أن هذا الأخير يُطرح وبشدة عند الافتراق وبصفة أدق حال الطلاق، حيث يرى كل واحد من الوالدين بأحقية بالولد⁴.

ورغم تساوي كلا الوالدين في أهليتهما لحضانة الصغير، متى توفرت شروطها المحققة لمصلحة المحضون؛ فإنهما يختلفان في الأولوية والتباين في الترتيب⁵. وقد دلت الفطرة والتكوين على أن الوالدة التي

1 - أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص.92.

2 - الحضانة لغة: من حَضَنَ و«الحِضْنُ: ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أَحْضَانٌ، ومنه الاحتضان، وهو اَحْتِمَالُكَ الشيء وجَعْلُهُ في حِضْنِكَ، كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.2، ب. الحاء، (حَضَنَ)، مرجع سابق، ص.911.

- الحضانة اصطلاحا: رغم أن م62 من ق.أ قد ركزت على ذكر أهداف الحضانة، إلا أنها تصلح لتكون تعريفا اصطلاحيا للحضانة، حيث نصت على ما يلي: «هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...».

- أما شرعا، فقد عرفها المالكية بأنها: «حفظ الولد في مبيته ومؤنه (طعامه) ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه...» أما الحنفية فقد عرفوها بأنها: «تربية الولد». بينما عرفها الشافعية بأنها: «حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون، وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك». في حين عرفها الحنابلة بأنها: «حفظ صغير ومجنون ومعتوه...بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم». يراجع فيما تقدم، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي (الخطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج.4، ك. الطلاق، ب. في النفقات، ف. في الحضانة، مرجع سابق، ص.619. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.252. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، ف. في حقيقة الحضانة وصفات الحاضن والمحضون، مرجع سابق، ص.592. ومنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.495-496.

3 - أحمد محمد مصطفى نصير: حقوق المرأة واجباتها، مرجع سابق، ص.477، 485.

4 - بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.253.

5 - صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص.100.

حملت الصغير وهنا ووضعت هنا وأرضعت؛ هي من تتوفر على استعداد روحي يجعلها الأولى والأجدر للقيام بمهمة الحضانة النبيلة، وذلك لما جُبلت عليه من حنان وصبر¹، فهي التي أبدع في وصفها أبو بكر رضي الله عنه، حين قال: «هي أعطف وألطف وأرق وأحنى وأرحم»². لذا، فأولوية الوالدة في الحضانة قاعدة شرعية تتطلبها مصلحة المحضون، متى توفرت فيها الشروط اللازمة، ولم يحصل لها مانع، يجعلها تنتقل إلى غيرها ممن له الحق في الحضانة³.

وقد استمدت الوالدة تلك الأولوية من السنة النبوية، فيما روي عن عبد الله بن عمرو: «أن امرأة قالت: 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 تتكحي﴾»⁴، كما روي أيضا «عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ﴿من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة﴾»⁵.

كما روي كذلك «عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له أبو بكر: يا عمر، مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار»⁶.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد «أجمعوا أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تُنكح»، كما جاء به ابن المنذر⁷.

ولعل في أحقية وأولوية الأم في حضانة صغيرها، حكمة ورأفة بالصغير من جهة، وبها من جهة أخرى، حيث قال الإمام علي كرم الله وجهه: «من رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذي، جعل القوة في أمه، ورقتها عليه بتربيته وحضانتها»⁸.

- 1 - أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص.92.
- 2 - أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبه العبسي: المصنف لابن أبي شيبه، مج.6، ك. الطلاق، رقم 19442، مرجع سابق، ص.552.
- 3 - ربيعة إلغات: (الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، حويلات جامعة الجزائر¹، جامعة الجزائر، 2015/07/15، مج.27، ع.2، ص.39. انظر أيضا، منصور المبروك: (شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية -دراسة تحليلية مقارنة-)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك بئامنغت، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 2015/06/01، مج.4، ع.2، ص.99.
- 4 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.3، ك. الطلاق، ب. من أحق بالولد، ح. رقم 2276، مرجع سابق، ص.588.
- 5 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.3، أبواب السير، ب. في كراهية التفريق بين السَّيِّ، ح. رقم 1566، مرجع سابق، ص.225.
- 6 - أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبه العبسي: المصنف لابن أبي شيبه، مج.6، ك. الطلاق، رقم 19442، مرجع سابق، ص.554-555.
- 7 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.111.
- 8 - نقلا عن، العربي بختي: حضانة الأطفال في الفقه والقانون، د.ر. ط. كنوز الحكمة، الجزائر، السداسي الثاني-2018، ص.117.

وبشأن جدارة الوالدة في حضانة صغيرها، قال القرافي¹: «ولما كانت الحضانة تقتدر إلى وفور الصبر على الأطفال في كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان ومزيد الشفقة والرقّة الباعثة على الرفق بالضعفاء والترفق بهم، وكانت النسوة أتم من الرجال في ذلك كله قدمن عليهم؛ لأن أنفآت الرجال، وإبائة نفوسهم، وعلو همهم تمنعهم من الانسلاك في أطوار الصبيان وما يليق بهم من اللطف والمعاملات، وملامسة القاذورات وتحمل الدناءات، فهذا هو الفرق بين قاعدة الحضانات وغيرها من قواعد الولايات».

واستنادا إلى ما سبق، حافظ المشرع الجزائري على موقفه مسائرا لما جاءت به السنة الشريفة، وما أجمع عليه الفقهاء الأجلاء، في جعل الوالدة تتصدر مراتب الحاضنين، سواء قبل التعديل أو بعده، حيث نص في م64 من ق.أ على ما يلي: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وقد أحسن المشرع بذلك فعلا، حين جعل الوالدة تحتل المرتبة الأولى في حضانة صغيرها، دون أن يعتبر نفسه مسديا لمعروف، ولا مقدما لجميل لها، لكون المرأة التي حملت تسعة (09) أشهر وأكثر في بعض الحالات، وتحملت آلام المخاض، ووضعت وأرضعت؛ هي من تستحق أن تلو عرش الحاضنين دون منازع، على الأقل في المرحلة الأولى من حياة الولد، والمخصصة للرضاعة، والمقدرة بسنتين.

كما ولا يعتبر ذلك التفضيل تمييزا في حق الوالد؛ حيث تتحكم في تقديمها عليه أمومتها -الولادة الطبيعية- قبل أن تتحكم فيه أنوثتها، كما تتحكم فيه أيضا مصلحة المحضون التي تقتضي ذلك. ليكون هو الأمر الذي نصت عليه م04 من اتفاقية سيداو: «...لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة...إجراء تمييزيا».

لذا، ولما كان تحقيق مصلحة الطفل الفضلى، هو بيت القصيد الذي سعى الفقه إلى التحري عنه، مما جعلهم يُجمعون على الإبقاء على الولد في أحضان والدته؛ فإن ذات الهدف قد عمل القانون على تحقيقه أيضا. ذلك أن وجود الولد بجانب والدته، خاصة في بدايات عمره، له أهميته وانعكاساته على نفسيته وصحته، كي ينشأ سوي الشخصية، سليم الجسد، متشبعا بالحنان والعطف والرعاية اللازمين لنموه بصفة طبيعية، بعيدا عن عُقد الحرمان التي قد تترسخ في ذاته وذهنه، وتعيق مساره مرة أخرى، ذلك أن فصله عن كانت حياته قائمة في أحشائها لهو عين الإضرار به. لذا، كان على المشرع أن يجعل حضانة الوالدة جبرية خلال السنتين الأولتين من حياة الولد، فلا يشملها لا تنازل ولا إسقاط، إلا في حالة الضرورة القصوى التي

1 - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، مج.3، الفرق 178 بين قاعدة الحضانة يقدم فيها النساء على الرجال...، مرجع سابق، ص.1006.

يقدرها القاضي، لكون الولد في هاته المرحلة يكون أشد احتياجا لوالدته وأكثر تعلقا بها، كما أن الوالد خلالها يصعب عليه بما كان القيام به.

تلك المصلحة، لم يعط لها المشرع تعريفا محددا، ولم يضع لها معايير مضبوطة، نظرا لصعوبة الإحاطة بها، كونها تتسم بالشخصية والذاتية، النسبية والتطور، المرونة والمطاطية¹، إلا ما جاء في اجتهادات بعض العلماء، وعلى رأسهم البوطي² الذي عرفها بأنها: «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين، فيما بينها».

وإذا كانت خاصيتي عدم التعريف والضبط هاتين، من شأنهما أن يجعلها (مصلحة المحضون) مرنة وقابلة للتكيف مع كل حالة على حدة؛ فإنهما من شأنهما أيضا أن يفتحا الباب واسعا لتعسف بعض القضاة في تحديدها، نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي يتمتعون بها بموجبها. حيث وبدلا من تفسيرها (مصلحة المحضون) بما يتلاءم مع كل حالة ومع كل طفل على حدة؛ فإنها باتت في بعض الأحيان تفسر بما يتلاءم مع كل قاضٍ على حدة. فكلُّ يراها من وجهة نظره هو، لا من الزاوية التي تليق بالولد. لذا، كان لا بد من ربطها ببعض الضوابط والمعايير، التي توجه القاضي وتضبط سلطته في هذا الخصوص. إضافة إلى ذلك، لا يفوتني وأنا في هذا المقام، أن أنوّه إلى ضرورة اعتماد تقارير المساعد (ة) الاجتماعي (ة) بصفة إجبارية، وضرورة تكليفه (ا) بالقيام بزيارات دورية منتظمة وأخرى فجائية، نظرا لسكوت المشرع عن هذا الأمر، وجعله اختياريًا من طرف المحكمة العليا³، وذلك للوقوف على مدى قيام الحاضن بدوره في تحقيق مصحة المحضون من جهة، ومساعدة القاضي في تحري تلك المصلحة من جهة أخرى.

كما أن ربط كل مسائل الحضانة، بعبارة تحقيق "مصلحة المحضون"، التي جاءت مصاحبة لعدد المواد المتمثلة في م 64، 65، 66، 67 و 69 من ق.أ؛ وإن كان له جانب إيجابي كبير، في إمكانية التكيف مع كل الوضعيات التي يكون عليها حال الطفل؛ فإنه من جهة أخرى، من شأنه أن يجعل منها تضرب الأحكام الواردة في تلك النصوص القانونية عرض الحائط، لتجعل منها في بعض الأحيان من دون أي معنى أو جدوى.

1 - محمد بجاق: (مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، 2014/1/01، مج. 11، ع. 1، ص. 190.

2 - محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 23.

3 - حيث جاء في قرار لها ما نصه: «القاضي غير ملزم باللجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية، لتقدير مصلحة المحضون». انظر، المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/10/13، ملف رقم 650014، م.م.ع، 2012، ع. 1، ص. 313.

وجعل الوالدة أولى بحضانة الولد؛ هو ما اتفق حوله المشرع الجزائري والمغربي، الذي منح هو الآخر أولوية الحضانة للوالدة ثم للوالد ليلهم باقي الحاضنين بموجب م¹171 من المدونة، في حين لم يأخذ المشرع التونسي بقاعدة أولوية الوالدة، جاعلا إياها على قدم المساواة مع الوالد في هذا الشأن، فتكون للحي منهما إذا انفك الزواج بوفاء، وللأصلح منهما إذا انفك بطلاق، فلا ميز بينها وبينه، وذلك بموجب الفصل 67² المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد أبقى على مركز الوالدة قويا فيما تعلق بالحضانة، حيث اعترف لها بالأولوية في حضانة صغيها، ومنحها تصدر وترأس قائمة المؤهلين للحضانة وبالخصوص في مواجهة الوالد، محافظا بذلك على ما جاءت به السنة الشريفة وما أجمع عليه الفقهاء، تحقيقا لمصلحة المحضون الذي يجد ضالته بقرها حتما.

وإذا كان تقديم الوالدة، فيه تحقيق لمصلحة المحضون دون أدنى شك، فهل الارتقاء برتبة الوالد إلى ما بعدها مباشرة، عامل جديد فرضته أولويات الحياة، أم إرساء لمبدأ المساواة؟ هذا ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا: تقدم رتبة الوالد في الحضانة بعد الوالدة بين الأولوية والمساواة

رغم عدم إنكار أحقية الوالدة وجدارتها في استحقاق حضانة صغيها، حيث منحها الشرع والقانون هاته الأولوية دون منازع، نظرا لما تمتاز به من صفات متميزة، أهلتها لتقلد هاته المهمة النبيلة والحساسة؛ فإن الوالد هو الآخر «لا يخلو من حنان وشفقة وعطف على ولده، ولا يقل عن الأم، وزاد عليها مسؤوليته الشرعية والقانونية في الحفاظ على الصغير والإنفاق عليه ورعايته وتعليمه، وأنه فرع من الأصل، ومن حق الفرع أن يرتبط بأصله، ومن حق الأصل أن لا ينقطع عنه فرعه...»³.

لذا، فقد حثنا رسولنا الكريم، على أهمية دور الوالد في تربية ولده فضلا عن الوالدة، حيث روي «عن جابر بن سمرة، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿لأن يؤدب الرجل ولده خير له من أن يتصدق بصاع﴾»⁴، كما

1 - نصت م¹171 من م.أ. على ما يلي: «تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب أكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة.».

2 - ينص الفصل 67 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «إذا انفصم الزواج بموت عهدة الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين. وإذا انفصم الزواج وكان الزوجان بقيد الحياة، عهدة الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما. وعلى القاضي عند البت في ذلك أن يراعي مصلحة المحضون.».

3 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2010، ص.189.

4 - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مج.3، أبواب البر والصلة، ب. ما جاء في أدب الولد، ح. رقم 1951، مرجع سابق، ص ص.502-503.

روي عن عثمان الحاطبي أنه سمع ابن عمر يقول لرجل: «أدب ابنك، فإنك مسؤول عن ولدك، ماذا أدبته وماذا علمته...»¹، إضافة إلى ذلك فقد قال علي عليه السلام: «علموهم وأدبوهم»².

ليتضح مما سبق، بأنه لا تنافي في الحضانة بين حقي الوالد والوالدة³، ما دامت مصلحة المحضون هي الضابط الأساسي، حيث يشارك الوالد والوالدة في حقها في الحضانة بالتبعية، كل في إطار ما يستطيع تقديمه للمحضون⁴، وهو ما يبرره قول الإمام الباقي⁵: «وإذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف إلى أبيه يعلمه ويأوي إلى الأم رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك أن الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف وتلك معان إنما تستفاد من الأب فكان الأب أولى بالابن في الأوقات التي يحتاج فيها إلى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة... فكان كل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي والقيام بأمره».

ومن ثمة، فإن المشرع الجزائري، قد عدل عن حكمه السابق، الذي كان يضع الوالد في الترتيب الرابع، بعد الوالدة ووالدتها والخالة، بموجب م64 قبل التعديل. حيث كان متفقاً مع ما ذهب إليه الفقهاء، الذين أجمعوا على تقديم الوالدة على الوالد في ترتيب مستحقي الحضانة متى كانت أهلاً لذلك، الأمر الذي يستلزم تقديم جهة النساء على جهة الرجال⁶، كما يستلزم أيضاً - عند البعض - تقديم قرابة الوالدة على قرابة الوالد⁷. وإذا لم توجد الوالدة أو وجدت ولم تكن أهلاً لذلك، انتقل الحق فيها إلى غيرها من الحضانات النساء، وفقاً للترتيب الذي اعتمده كل مذهب على حدة، آخذين فيه بعين الاعتبار "قوة القرابة" و"كثرة الشفقة"، كضابطين أساسيين لتحقيق مصلحة المحضون. وإذا لم يوجد من يحضن الصغير من النساء، انتقل الحق فيها إلى الرجال العصابات تبعاً لترتيبهم في الإرث، ليتقدم الوالد فيهم على الجميع⁸.

- 1 - أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي: الجامع لشعب الإيمان، ج.11، الستون من شعب الإيمان، وهو باب في حقوق الأولاد والأهلين، ح. رقم 8295، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2003، ص.135.
- 2 - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: تحفة المودود بأحكام المولود، ب.15، في وجوب تأديب الأولاد، وتعليمهم، والعدل بينهم، د.ر.ط، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، د.س.ن، ص.328.
- 3 - اختلف الفقهاء، حول ما إذا كانت الحضانة حقاً للحاضن، وبالتالي جواز تركه لها، وتنازله عنها. أم حقاً للمحضون، وبالتالي عدم جواز ذلك إلا لعذر. ليكون القول المختار، ما قال به ابن محرز: «والصواب من ذلك عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون».
- انظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي: الإتيقان والأحكام شرح تحفة الحكام، ج.1، د.ر.ط، دار الحديث، القاهرة، 2011، ص.508-509.
- 4 - أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص.313.
- 5 - القاضي أبو الوليد الباقي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج.6، مرجع سابق، ص.186.
- 6 - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.406.
- 7 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.52.
- 8 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص.545-546.

لكن، وبموجب تعديل 2005 اعتنق المشرع حكماً جديداً، مقتضاه الارتقاء برتبة الوالد إلى الترتيب الثاني بعد الوالدة مباشرة¹، وذلك بموجب م 64 من ق.أ التي صار نصها كالتالي: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة». وهو الحكم الذي أكدّه الاجتهاد القضائي كذلك، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: «يكون الأب (الزوج)، بوفاء الأم (الزوجة)، الأحق بحضانة ولده...»².

وبهذا الحكم الجديد، يكون المشرع قد ابتعد نوعاً ما عن اجتهاد الفقه الإسلامي، وعن الترتيب الذي اعتنقه جمهور الفقهاء³، الذين جعلوا الوالد في صدر الحُضَّان من العصبات، عند انعدام الحَوَاضِن من النساء، أو عدم أهليتهن لذلك -لعدم توفرهن على شروط الحضانة⁴-. أخذاً بعين الاعتبار الحقائق الاجتماعية الجديدة المعاشة، خاصة وأن تحديد أصحاب الحق في الحضانة فيما عدا الوالدة، هي عبارة

1 - عيسى حداد: (الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي تبسة، 2011/06/30، مج.3، ع.1، ص.180.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/01/15، ملف رقم 0990050، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.256.

3 - لا يسعنا في هذا المقام، ذكر جميع مراتب الحاضنين، كون الفقه قد توسع في ذلك وأسهب. لذا، وللاطلاع والتوسع أكثر في هذا الخصوص راجع، عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص.520-522. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي (الخطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج.4، ك. الطلاق، ب. في النفقات، ف. في الحضانة، مرجع سابق، ص.619-622. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. الحضانة، مرجع سابق، ص.205-212. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.165-168. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المُغْنِي على مختصر الخرق، ج.9، ك. القسمة، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.96-101.

4 - لم يُفَصِّل المشرع الجزائري فيما تعلق بشروط الحاضن، واكتفى في م 62 بقوله: «...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك...». وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أنهم قد توسعوا فيها، حيث اتفقوا على العقل والبلوغ، بينما أخذ كل مذهب بجملة من الشروط الأخرى التي يراها تخدم مصلحة المحضون من وجهة نظره. حيث اشترط المالكية، في الحاضن ذكراً كان أم أنثى، القدرة على القيام بشؤون المحضون، أن يكون للحاضن مكان يحفظ فيه البنت التي بلغت حد الشهوة من الفساد، الأمانة في الدين، ألا يكون مصاباً بمرض معد، الخلو من زوج أجنبي عن المحضون، أن يكون لدى الحاضن الذكر من يحضن من الإناث، ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً إلا إذا خيف على الولد، وليس لغير المحرم أن يحضن بنتاً مطيقة ولو كان مأموناً. بينما اشترط الحنفية، في الحاضنة ألا ترتد، ألا تكون فاسقة، ألا تتزوج بغير قريب محرم، ألا تترك المحضون دون مراقبة، ألا تمتنع عن الحضانة مجاناً والأب معسراً، ألا تكون أمة، ولا يشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة، إلا إذا كان المحضون في غير مأمن (بينما يعتمد هذا الشرط في حضانة العصبة). أما الشافعية، فقد اشترطوا الحرية، الإسلام (لا حضانة للكافر على المسلم، أما الكافر لنظيره، أو المسلم للكافر فهي ثابتة)، العفة، الأمانة، الإقامة في بلد المحضون إذا كان مميزاً، الخلو من زوج أجنبي للمحضون، وليس لغير المحرم أن يحضن الأنثى المشتبهة. في حين اشترط الحنابلة، ألا يكون الحاضن رقيقاً، ولا عازراً (كأعمى) ولا أبرصاً أو أجنماً، الخلو من زوج أجنبي عن المحضون، ليس لغير المحرم أن يحضن الصبية المتجاوزة سبع سنوات، واتحاد الدين. انظر، عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص.522-523. انظر أيضاً، محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.81-111.

اجتهاد فقهي، ضابطه الأساسي تحقيق مصلحة المحضون، حيث لم يرد بشأنهم نص لا في الكتاب ولا في السنة¹.

حيث ذكرنا سابقا، بأن الإجماع الفقهي²، كان حاصلا حول تقديم الوالدة على الوالد وغيره من الحاضنين متى كانت أهلا لذلك. أما الذي يلي الوالدة عند انعدامها أو عند وجودها مع انعدام شروط الحضانة فيها؛ فإن فقهاء المذاهب الأربعة³، قد اتفقوا على أن والدتها (والدة الوالدة) هي التي تليها وليس الوالد. ثم اختلفوا فيما عدا الوالدة ووالدتها، حيث اعتمد كل منهم ترتيبا رأى فيه بأنه يحقق مصلحة المحضون، ولكل منهم حججه ومبرراته. أما عن تقديم الوالد بعد الوالدة مباشرة، فلم يقل به أحد من فقهاء المذاهب الأربعة، ماعدا ما ذهب إليه الحنابلة في الرواية المرجوحة، وكذا الإمامية.

وفيما يبدو عليه الحال، فإن المشرع الجزائري في تعديله، قد استند إلى فقه الحنابلة في الرواية الضعيفة⁴، حيث جاء في المغني⁵: «ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها، ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه». وفي موضع آخر، وعن أحمد: «أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم. فعلى هذه الرواية، يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته. والأولى هي المشهورة عند أصحابنا»⁶. كما جاء في موضع آخر كذلك: «وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان؛ أحدهما، تنتقل إلى الأب؛ لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها. والثاني، تنتقل إلى أمهاتها وهو أصح، لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه»⁷.

1 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005، ص ص. 328-329.

2 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص. 111.

3 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي (الحطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مج. 4، ك. الطلاق، ب. في النفقات، ف. في الحضانة، مرجع سابق، ص. 620. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 5، ك. الحضانة، مرجع سابق، ص. 206. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج. 3، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص ص. 165-166. وأبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج. 9، ك. القسمة، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص. 96.

4 - محفوظ بن صغير: (مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018/06/26، مج. 3، ع. 2، ص. 117.

5 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج. 11، ك. النفقات، ب. من أحق بكفالة الطفل، مرجع سابق، ص. 414.

6 - المرجع نفسه، ص. 426.

7 - المرجع نفسه، ص. 427.

كما يبدو أيضا، بأنه اتفق مع ما ذهب إليه الإمامية¹ إلى حد ما، الذين جعلوا الحضانة للوالدة أولا ثم للوالد. وعند فقدان أحدهما والثاني موجود، يكون هذا الأخير أولى من كل الأقرباء مطلقا. غير أن المشرع جعل ذلك رهين تحقيق مصلحة المحضون، بينما الإمامية ربطوه ببعض التفاصيل الأخرى.

ولعل انتهاج المشرع الجزائري لهذا النهج، كان نتاجا لما فرضته أولويات الحياة الاجتماعية الحالية، نظرا لتغير واقع المجتمع الجزائري اليوم، الذي أصبحت الأسرة فيه يعيش أغلب أفرادها حياة مستقلة عن الأصول، خلافا لما كان عليه الحال سابقا، حيث باتت تركز على الوالدين فقط في غالب الأحيان²، مما جعل الحضانة قاصرة عليهما أولا ثم باقي الحاضنين. ذلك أن الوالدين هما المهنيان خلقيا ونفسيا لرعاية ولدهما المشترك وتنمية جسمه، نفسه وعقله، ولن يدانيهما أحد في الأمر³. كما أن الوالد أولى من باقي الحاضنين عدا الوالدة، وأكثرهم حرصا على رعاية أولاده⁴. ضف إلى ذلك، فإن إشراك الحاضنين الرجال مع النساء وعلى رأسهم الوالد له تأثير إيجابي على نفسية الصغير⁵ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن المشرع قد آثر تحقيق المساواة في توزيع الحضانة بين الوالد والوالدة⁶ - وإن لم تكن مطلقة - للوفاء بالتزامات الجرائر الدولية في القضاء على الأدوار النمطية للرجل والمرأة والعمل على إحداث المساواة بينهما سيما الوالدين⁷. حيث جاء في م16 ف (ج) من اتفاقية سيداو ما يلي: «... نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه»، وكذا ف (د) منها: «نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة»، وأيضا ف (و) منها: «نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة». ورغم ذلك، أوصت اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة الجزائر، بمراجعة الأحكام التمييزية الواردة في ق.أ، وأن تقوم بوجه خاص

1 - يرى الإمامية، بأن الأم أحق بالولد مدة الرضاع (وهي حولان) ذكرا كان أم أنثى، إذا كانت حرة مسلمة. فإذا فصل عن الرضاع فالأب أحق بالذكر، وهي أحق بالأنثى، حتى تبلغ سبع (07) سنين على الأظهر، ثم يكون الأب أحق بها. انظر، أبو القاسم نجم الدين = جعفر بن الحسن: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، القسم 1 و 2، ك. النكاح، في أحكام الحضانة، ط. 11، دار القارئ، بيروت - لبنان، 2004، ص. 584.

2 - حيدرة محمد: (مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مخبر القانون الخاص المقارن، بمساعدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/12/12، مج. 4، ع. 2، ص. 13.

3 - العربي بختي: حضانة الأطفال في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 173.

4 - صالح بوغرة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، مرجع سابق، ص. 117.

5 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص. 354.

6 - هلتالي أحمد: (استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/09/01، مج. 3، ع. 3، ص. 382.

7 - لشهب أنيسة: (الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2018/05/24، مج. 7، ع. 1، ص. 285.

«بضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة وفي جميع مناحي الحياة، وفقا لمعيار مصلحة المحضون العليا...»¹.

سيما وأن م64 قبل التعديل، كان يرى فيها البعض بأن إسناد الحضانة للإناث على حساب الذكور إنما يَنِمُّ على نصرة المرأة على حساب الرجل، خاصة وأن تبعات الحضانة من نفقة وغيرها تقع على عاتق الوالد، في ظل وجود ولده لدى الغير. حيث لا يستساغ أن يكون الوالد هو المنفق، وغيره أولى بحضانة ولده². كما أنه وفقا لذلك الترتيب، فللوالدة أن تتزوج مع احتفاظها بحضانة الولد بطريقة غير مباشرة، مادام أن حضانتها تنتقل إلى والدتها أو أختها. حيث رأى فيه البعض، بأنه إجحاف في حق الرجل، كون إسقاطها³ عنها بزواجها بغير قريب محرم إنما هو مجرد إسقاط شكلي مُقَنَّن⁴.

وإذا كان البعض منا، قد يرى في إسناد الحضانة إلى الوالد بعد الوالدة، إضرارا بالمحضون الذي سيجد نفسه لا محالة بين يدي زوجة أبيه -كونها الحالة الغالبة- لتكون حاضنة للصغير بدلا عن جدته لأمه أو خالته، وما لا يخفى علينا من أن تلك الأخيرة في معظم الحالات بل في مجملها، لا تستطيع أن تكون بمنزلة الوالدة ولا أقاربها؛ فإن المشرع قد تظن إلى مثل هاته الحالات، بأن جعل الأمر مقيد بتحقيق مصلحة المحضون⁵.

كما قد يرى البعض الآخر منا، بأن في إسناد الحضانة إلى الوالد بعد الوالدة كذلك، إهمالا للمحضون، لكون الوالد يقضي معظم وقته خارج المنزل للعمل من أجل الإنفاق عليه، باعتبارها الطبيعة التي تفرض نفسها على الرجل. لذا، كانت الوالدة وأقاربها وجهة النساء بصفة عامة أحق بالمحضون، لكونهن أشد ملازمة للبيت ومنه الاعتناء بالمحضون والقيام على شؤونهن؛ فإن الذي نقوله في هذا المقام، خاصة وأن المرأة اليوم هي الأخرى قد باتت تقضي جل وقتها في الخارج بحكم عملها واقتحامها جميع الميادين -الذي كرسه المشرع في الدستور⁶، وفي قانون الأسرة¹-، ليجد المحضون نفسه إما في دور الحضانة وفي سن مبكرة، أو

1 - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع، مرجع سابق، ص.17. انظر، [CEDAW/C/DZA/CO/3-4](#).

2 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.309.

3 - نص المشرع الجزائري على الحالات التي تسقط معها حضانة الأم - فضلا عن الحالات التي تنتهي فيها-، والتي تتمثل فيما يلي: الزواج بغير قريب محرم (م66)، التنازل مالم يضر بمصلحة المحضون (م66)، اختلال أحد الشروط الواردة في م62 (م67)، الاستيطان في بلد أجنبي إذا أضر بالمحضون (م69). إضافة إلى حالات أخرى تنطبق على باقي الحاضنين، كالحالة التي تمضي فيها سنة دون طلب من له الحق في الحضانة حقه فيها بعد سقوطه عن كان بحوزته (م68)، سكن الجدة أو الخالة بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم (م70). وفي جميعها تراعى مصلحة المحضون.

4 - هلتالي أحمد: (استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح)، مرجع سابق، ص.382.

5 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.309.

6 - حيث تنص م67 من الدستور على ما يلي: «يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة...»، وكذا م68 منه: «تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل...»

بين أحضان امرأة أجنبية عنه، تحضنه بدافع تقاضي مبلغ مالي، لا بدافع القرب والشفقة والحنان، مما يجعلها (الوالدة) من هذا المنظور، تفقد نوعاً ما امتيازها وخصوصيتها المتمثلة في ملازمتها البيت، والتي كانت تميزها عن الوالد وتجعلها بمقتضاها أولى منه، ليتعادل الوالدين من هاته الزاوية في الحق في حضانة الصغير، ودائماً مع مراعاة ما يحقق مصلحته.

وإذا كانت مصلحة المحضون هي الضابط، فقد يتساءل البعض عن مدى جدوى الترتيب الذي اعتمده المشرع الجزائري؟ فعلاً فإن الترتيب الجديد الذي أتى به المشرع، ليس إلزامياً للقاضي، ولا من النظام العام، حيث يمكنه تجاهله متى فرضت عليه مصلحة المحضون ذلك². إلا أنه يعتبر ضرورياً كموجه له في مساعدته على الكشف عن القادرين على الحضانة والمؤهلين لها، بتبيان من هم أصحاب الحق فيها، أما ترتيبهم فيكون على أساس ما تتطلبه مصلحة المحضون³.

هذا، ونظراً لأهمية حق الحضانة لكلا الوالدين فضلاً عن المحضون؛ فقد حماه المشرع الجنائي الجزائري، وذلك من خلال مساواته بين الوالدين في الاعتراف لهما بتلك الحماية، حيث جرم إخلال أي منهما بهذا الحق والاعتداء عليه، ورتب على ذلك عقوبات جزائية⁴ حملها نص م⁵328 من ق.ع. وبذلك، يكون قد حمى الولد حتى في مواجهة والديه وأقاربه عندما يتعلق الأمر برعايته⁶.

وقد اتفق المشرع الجزائري، في تقديمه للوالد بعد الوالدة مباشرة، مع نظيره المغربي، الذي رتب هو الآخر الوالد بعد الوالدة مباشرة بموجب م⁷171 من المدونة. في حين كرس المشرع التونسي، مبدأ المساواة بين الوالدين في هذا الخصوص، جاعلاً إياهما على قدم المساواة، فلا فرق ولا أولوية بين الوالد والوالدة، والفارق

1 - حيث تنص م⁸67 من ق.أ على ما يلي: «...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون.».

2 - حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: «مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.» انظر، المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 13/05/2009، ملف رقم 497457، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.297. وكذا جاء في قرار آخر لها: «تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.» انظر، المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 10/03/2011، ملف رقم 613469، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.285.

3 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، مرجع سابق، ص.378.

4 - فاطمة حداد: (التعسف في استعمال حق الحضانة فقهاً وقانوناً)، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، 21/06/2018، مج.4، ع.1، ص.174.

5 - تنص م⁹328 من ق.ع.أ على ما يلي: «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعد عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.».

6 - حسينة شرون: (جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، 01/12/2010، مج.5، ع.7، ص.20.

الوحيد بينهما إنما تحدّثه مصلحة المحضون، وذلك بموجب ف2 من الفصل 67 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش. مضافا إلى حضانة الذكر -والمتمثل غالبا في الوالد- أن يكون لديه من يحضن من النساء، وأن يكون محرما بالنسبة للأنثى -إذا كان الحاضن غير الوالد- مؤسسا ذلك على ما قال به المالكية¹ في فقههم. ومضيفا إلى حضانة الأنثى -والمتمثلة غالبا في الوالدة- بأن تخلو من زوج دخل بها مع مراعاة شروط معينة جاء بها الفصل 58 المنقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد ارتقى برتبة الوالد إلى ما بعد الوالدة مباشرة، لكون ذلك صار أولوية تفرضها عليه مستجدات الحياة الاجتماعية، التي تخلت عن الأسرة الممتدة، لتتحول إلى الأسرة النووية، التي تركز فقط على الزوجين (الوالدين) والأبناء. وكذا بات التزاما تفرضه عليه الاتفاقيات الدولية، التي تنادي بتحقيق المساواة بين الجنسين.

ولعل في ذلك الارتقاء، محاولة من المشرع لتمديد التشاركية والمساواة في الحقوق والواجبات، التي كرسها حال قيام العلاقة الزوجية في هاته الجزئية تحديدا، وعلى رأسها ما تعلق بتربية الأولاد ورعايتهم التي نصت عليها م36 ف3 ق.أ إلى ما بعد الافتراق أيضا. ذلك أنه وإن لم يجعلها مساواة مطلقة بين الوالدين لصعوبة بل واستحالة تحقيق ذلك؛ فإنما يدل على نيته في محاولة التقريب والموازنة بين المركز القانوني لهما، ليعكس نوعا من المساواة بينهما. إلا أن الحضانة، لا تتوقف عند تحري الأجداد من الوالدين لحضانة المحضون وحسب؛ بل تلحق بها جملة من الالتزامات المادية التي تسهل على الحاضن ممارسة تلك المهمة الحساسة، على رأسها توفير سكن لممارسة الحضانة، فإن تعذر ذلك دفع بدل إيجاره، والتي سنرى في الفرع الثاني، مدى استمرار المشرع في موازنته بين المركز القانوني للوالدين في الالتزام بها، أم عاد إلى إلقاء كل ما هو مادي على عاتق الرجل مهما كانت صفته -زوجا كان أم أبا، متزوجا كان أم مطلقا-.

الفرع الثاني

إلزام الوالد وحده بين توفير المسكن لممارسة الحضانة وبدل الإيجار

إذا كان القانون قد جعل من الوالد منفقا رئيسيا على أولاده، ومن الوالدة منفقا احتياطيا بتوافر شروط معينة، حال قيام العلاقة الزوجية؛ فإن مشاركة الوالدة الثانوية هاته، لم تمتد إلى ما بعد فك الرابطة الزوجية، حيث يجد الأب وحده الملزم الوحيد بالنفقة على أولاده. تلك النفقة، التي من بين مشمولاتها السكن أو أجرته، كما جاء في م78² من ق.أ، باعتباره العنصر الأساسي والرئيس، الذي يضمن العيش الكريم والمصون

1 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، الحضانة، مرجع سابق، ص.759.

2 - حيث تنص م78 من ق.أ على ما يلي: «تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

للمحضون. لذا، فقد ارتأينا التركيز على عنصر السكن، الذي ألقى المشرع عبء توفيره على كاهل الوالد (أولاً) وذلك كالالتزام أصلي وأولي، قبل أن ينتقل إلى تنفيذ الالتزام البديل المتمثل في دفع بدل الإيجار إذا ما تعذر عليه تنفيذ الالتزام الأصلي (ثانياً).

أولاً: إلزام الوالد بتوفير مسكن ممارسة الحضانة

إذا كان الأصل أن يسكن الصغير مع والديه حين قيام العلاقة الزوجية؛ فإن هذا الأخير مضطراً إلى الإقامة مع أحدهما فقط عند انفصامها، والذي غالباً ما ينتهي به المطاف إلى المكوث مع والدته. ولأن إقامة المحضون رفقة حاضنته يستلزم مسكناً¹ يأويان إليه، كونه من أحد أهم وأبرز عناصر النفقة وأثقلها عبئاً على الإطلاق حسب م78 من ق.أ؛ فإن ذاك ما أقره المشرع وكرسه، حماية للمحضون وتحقيقاً لمصلحته، التي تقتضي توفير سكن ملائم ينمو فيه ويتزعرع، والذي ألقاه على عاتق الوالد² بموجب م72 من ق.أ التي جاء نصها كالتالي: «وفي حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن...».

وبتكليف المشرع للوالد بمسؤولية توفير السكني، يكون قد تماشى مع ما أخذ به المالكية³، على المشهور وهو مذهب المدونة والذي به الفتوى. وإليه مال الشافعية في قولهم الثاني⁴ الضمني، الذي يستشف من إطلاق لفظ "المؤونة أو النفقة"، إذ قد يفهم منها بأن السكن يدخل ضمنها، حيث قال بالمؤونة العديد من فقهاء الشافعية، الذين جعلوا مؤونة الحضانة على من عليه نفقة الولد، ومن بينهم الشيخ إبراهيم البيجوري. كما أن الحنابلة⁵، ورغم عدم تطرقهم إلى مسألة السكن أو أجرته، فإن ابن قدامة قد تعرض إلى نفقة الأولاد،

1 - المسكن لغة: من سَكَنَ «وسَكَن الشيء من باب دخل و(السَّكِينَة) الوداع والوقار. و(سَكَن) داره يسكنها بالضم (سُكْنَى) وأسكنها غيره (إسكاناً)...و(المسكن) بكسر الكاف المنزل والبيت...». انظر، محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ب. السين، (س ك ن)، مرجع سابق، ص.202.

- المسكن اصطلاحاً: «كل مكان يستخدم للسكنى بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان لسكانه أو مستأجراً له أو يقيم فيه مجاناً». انظر، أحمد غاي: الحماية القانونية لحرمة المسكن (سلسلة الشرطة القضائية 2)، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2008، ص.15. نقلاً عن، فاطمة حداد: حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2017، ص.100.

2 - طاهري حسين: الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.155.

3 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.533.

4 - الشيخ إبراهيم: حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري، ج.2، ك. أحكام النكاح وما يتعلق به، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1999، ص.365.

5 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المُعْنَى على مختصر الخرقى، ج.7، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.389.

جاعلا من الوالد مجبرا عليها، إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفقه عليهم. أما الحنفية¹، فرغم إلزامهم للوالد بذلك، إلا أنهم اشترطوا على المختار ألا يكون للحاضنة مسكن.

وقد كان نص م72 السالفة الذكر، ثمرة تعديل ق.أ لسنة 2005، بعد ما شهدته النصوص القانونية التي كانت آنذاك -نصي المادتين 72 و52 من ق.أ- من تناقض فيما بينها من جهة، وفيما بينها وبين الاجتهادات القضائية من جهة أخرى، ناهيك عن تضارب تلك الاجتهادات هي الأخرى مع بعضها البعض، محاولا بموجبه المشرع دمج النصين والمزج بينهما وصولا إلى تحقيق مصلحة المحضون قدر الإمكان.

حيث كانت النصوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن حينها، تميل إلى تغليب مراعاة حال الوالد، على حال المحضون وحاضنته، خاصة فيما تعلق بشروط إسكان الحاضن، التي خصها المشرع بالمادة 52 ف2، 3 و4² من ق.أ، والتي تعددت بين انعدام ولي يقبل إيواءها، اشتراط امتلاك المطلق لسكن آخر غير مسكن الزوجية سابقا، تجاوز عدد المحضونين الواحد، مع عدم تزوج الحاضنة ثانية ولا ثبوت انحرافها. واعتداد المشرع بتلك الشروط، إنما كان ينم على اعتباره للسكن حقا للحاضنة لا للمحضون. هذا، وقد عرف شرط تعدد المحضونين تناقضا حملته طيات المادتين 52 و72³ من ق.أ، حيث استعملت م52 عبارة "محضونيتها"، بينما استعملت م72 عبارة "المحضون". بالإضافة إلى أن م72 كانت خالية من الإلزام الصريح والواضح، وذلك باستعمالها للصياغة التالية: «...والأفعلى والده أن يهيئ له سكنا...»، مما جعل القضاة يتجنبون في كثير من الأحيان إلزام الوالد بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة⁴.

هذا الغموض وعدم الانسجام بين النصين، هو ما جعل قضاء المحكمة العليا يقع هو الآخر في ذات التضارب، حيث سجل هذا الأخير موقفين متباينين كان الأول⁵، يشترط تواجد أكثر من محضون، في حين منح الثاني⁶، للحاضنة الحق في الإسكان ولو مع وجود محضون واحد. ولعل عدول القضاء عن موقفه وتبنيه لهذا الأخير، هو ما دفع بالمشرع إلى تعديل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الخصوص بصورة أكثر

1 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.261-262.

2 - كانت تنص م52 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «...وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.».

3 - كانت تنص م72 من ق.أ قبل التعديل على ما يلي: «نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.».

4 - باديس ذيابي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.87.

5 - المحكمة العليا: غ.ق.خ، 18/04/1984، ملف رقم 34630. وأيضا، قرار آخر بتاريخ 07/10/1985، ملف رقم 38095، (غير منشورين). نقلا عن، حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.131. مقتبس بدوره عن، Gh. Benmelha : Droit algérien de la famille, Office des publication universitaires, Alget, 1993, P. 232.

6 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 29/11/1994، ملف رقم 112705، م.ق، 1995، ع.1، ص.140. وأيضا، قرار آخر بتاريخ: 13/03/2002، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.

وضوحا وانسجاما¹. حيث عدل م52 بإلغائه لفقراتها 2، 3 و4، لجعلها خاصة بتعويض الزوجة في الطلاق التعسفي فحسب، وبالتالي إلغائه لشروط إسكان الحاضن. كما عدل م72 وفقا لصياغتها الحالية، لجعلها الوحيدة المتعلقة بسكن الحضانة، مع إضفاء طابع الإلزامية عليها باستعماله لعبارة "يجب" المنصرفة إلى إلقاء مسؤولية توفير المسكن وجوبا على الوالد وحده دون سواه².

هذا، ولم يشر المشرع البتة إلى إمكانية تحميل الوالدة لعبء المسكن أو جزء منه، خاصة في حالة ما إذا كانت موسرة والوالد معسرا، أو حال امتلاكها لسكن خاص بها، كامتداد للتشاركية التي تبناها المشرع عند قيام العلاقة الزوجية، أو حال طلبها هي للطلاق خاصة في الخلع. مما يدل على التوجه الذي انتهجه المشرع في تقوية المركز القانوني للمرأة، وذلك بضمان المسكن للمحضون، ومن ثمة ضمانه لها بالتبعية، انطلاقا من اعتبار المشرع للسكن بموجب التعديل حقا للمحضون لا الحاضن.

لكن، ورغم ذلك فإن نص م72 من ق.أ قد تخللته بعض الملاحظات لعل أهمها؛ أن المشرع جعل السكن من مشمولات النفقة بموجب م78 ق.أ، وجعل النفقة بمجملها بما فيها السكن تقع على عاتق الوالد ابتداء وأصاله (م75)، وعلى عاتق الوالدة استثناء (م76)، ثم يأتي بموجب م72 لجعل السكن وبدله من الالتزامات الواقعة على عاتق الوالد وحده مهما كان حاله من يسر أو عسر. مما يتبين لنا بأن المشرع جعل التشاركية بين الوالدين حال قيام العلاقة الزوجية تنقطع بعد انفكاكها، ليعود الوالد مجددا لتحمل كل آثار ذلك الانفصال المادية. ومنه، فلا هو (المشرع) بقي على هدى الشريعة الإسلامية التي تجعل نفقة الولد على عاتق والده مهما كان الحال سواء أثناء الزواج أو عند انحلاله، ولا هو مشى على خطى الاتفاقيات الدولية التي تجعل نفقة الولد واجبا مشتركا بين الوالدين سواء أثناء الزواج أو عند انحلاله، حيث اتخذ وفقا لذلك موقفا وسطيا، يخدم المطلقة الحاضنة أكثر، التي باتت تحتفي أحيانا تحت ظل الحضانة.

ترك المشرع الجزائري مصطلح الملاءمة على عموميه، مما يجعله من جهة مرنا صالحا لكل زمان ومكان، متماشيا مع كل حالة على حدة، ومن جهة أخرى فإنه يفتح الباب لسلطة القاضي في تقدير هاته الملاءمة على حسبه، مما يجعلها تختلف من قاضٍ إلى آخر، لا من حالة إلى أخرى وهو الأصح، كما قد يفتح المجال لتحاييل الوالد في توفيره على حسب نواياه، التي غالبا ما تتجه إلى الإضرار بالحاضنة.

لم ينص المشرع الجزائري على مواصفات مسكن ممارسة الحضانة التي يجب أن يتسم بها، والتي تمكنا من الحكم عليه من حيث الملاءمة من عدمها. وإعمالا لنص م222 ق.أ، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص؛ فإننا وجدنا المواصفات العامة التي تلزم لمسكن الزوجية، وحاولنا

1 - باديس ذيايي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.88.

2 - المرجع نفسه: ص.87.

إسقاطها على مسكن ممارسة الحضانة، حيث اشترك فقهاء المذاهب الأربعة¹، في اشتراط أن يكون داراً أو حجرة، مركزين اهتمامهم على أن يكون هذا السكن منفرداً، مستقلاً، له غلق، مستتراً، يتوفر على المرافق الضرورية واللازمة للعيش، أن يكون بين جيران صالحين وأن يكون في مكان غير منقطع وغير موحش ولا مخيف².

ومع ذلك، فإن الملاءمة وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي، قد انحصرت في الشروط السالفة الذكر، دون أن تنصب على مستجدات الحياة الاجتماعية، حتى يتسنى للحاضنة القيام بمهمة الحضانة في ظروف ملائمة تتحقق معها مصلحة المحضون. وعلى رأسها عدم تحديد المكان الذي يجب على الوالد أن يوفر فيه مسكن ممارسة الحضانة، خاصة في الحالة التي لا يكون فيها الطليقان من ذات الولاية، مما قد يجعل الأخير يتحايّل عند توفيره، وذلك بتهيئته لها في مكان بعيد عن أهلها أو عن مكان عملها أو مكان دراسة المحضون، ويدعي بأنه ملائم. حيث تمتنع هاته الأخيرة عن استغلاله لكونه بعيد عن أقاربها، وذلك نظراً للعادات والتقاليد التي لا تسمح بإقامة الحاضنة بمكان بعيد عن محارمها، وفي نفس الوقت ضياع حقها في الاستفادة من بدل الإيجار، لأن الوالد في نظر الفقه والقانون قد وفر مسكناً ملائماً. ليكون الأمر ذاته بالنسبة لاجتهادات المحكمة العليا، حيث جاءت هي الأخرى خالية من أي تحديد، مثلما هو الشأن في القرار القاضي بـ: «يتحدد مكان سكن ممارسة الحضانة، إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو بمكان تواجد أهل الحاضنة»³، حيث نقضت المحكمة العليا القرار المستجيب لطلب الطاعنة الرامي إلى توفير السكن بالمدينة التي يقيم فيها أهلها، على أساس أن م72 من ق.أ لم تحدد المكان الذي يجب توفير المسكن فيه من جهة، ومن جهة أخرى فإنه طالما وفر الوالد مسكناً بمكان إقامته فلا يمكن إلزامه بتوفير مسكن في مكان آخر تختاره الحاضنة خاصة وأن المكان الأول يحقق مصلحة المحضون من باب رعاية الوالد له وتفقد أحواله⁴.

وما أثار الكثير من الجدل هو ف2 من م72 من ق.أ، التي نصت على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الوالد للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وهو الأمر الذي أكدته الاجتهادات القضائية، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: «تبقى المطلقة، الحاضنة، في بيت "الزوجية"، إلى غاية تنفيذ الحكم، الناطق

1 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.342. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. النفقة، مرجع سابق، ص.319-320. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القبلي، شهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة): حاشيتان، ج.4، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.74. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ج.7، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.380. وبدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص.248-249.

2 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص.248-249.

3 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2010/11/11، ملف رقم 581700، م.م.ع، 2011، ع.1، ص.252.

4 - القرار نفسه، ص.253-254.

بحقها في السكن»¹، وكذا: «تبقى الحاضنة في بيت الزوجية، حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي، المتعلق بالسكن وليس حتى سقوط الحضانة»²، لتناقض بذلك نص م 61 من ق.أ التي نصت على ما يلي: «لا تخرج الزوجة المطلقة...من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها...»، أي أنها بعد انتهاء العدة مباشرة تغادر مسكن الزوجية حتى ولو كانت حاضنة³، وهو ما كان على المشرع تداركه، تحقيقا للانسجام بين النصوص القانونية.

وبما أن الطلاق في ق.أ هو طلاق بائن، فكيف منح المشرع للمطلقة حق البقاء في بيت شخص صار أجنبيا عنها؟ خاصة مع عدم نصه على مغادرة هذا الأخير لذلك المسكن في الفترة المؤقتة التي تقضيها الحاضنة فيه، ريثما ينفذ الحكم القاضي بتوفير المسكن⁴، حيث ناقض بذلك اجتهاد المحكمة العليا القاضي بأن: «الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها...مع أنه أصبح أجنبيا عنها...يعد خطأ في تطبيق القانون»⁵. لذا، فإن هاته الفقرة غير موفقه لا شرعا ولا واقعا، فلم نر عمليا ولا حالة بقيت فيها المطلقة في البيت الذي كان مقرا للزوجية بعد صدور الحكم بالطلاق⁶. لتكون تلك الفقرة دون جدوى من إدراجها، لأنها ولو كانت نظريا تخدم الحاضنة والمحضون، فإنها عمليا لا تجد مجالا لها للتطبيق، خاصة مع ما يقضي به الدين الإسلامي، بتحريم إقامة المرأة مع شخص أجنبي عنها وبدون محرم، إضافة إلى ما تقتضيه الأعراف والتقاليد السائدة في مجتمعنا، التي تحول دون ذلك. لذا، كان على المشرع على الأقل أن ينص على مغادرة المطلق للمسكن الذي كان محلا للزوجية قبل الطلاق، في حالة بقاء الحاضنة فيه إلى غاية تنفيذه للحكم القاضي بتوفير المسكن. وهذا خلافا لما ذهب إليه البعض⁷، الذي رأى بأن المشرع قصد من وراء ذلك دفع الزوج إلى تنفيذ الالتزام بتوفير مسكن ممارسة الحضانة، بينما رأى البعض الآخر⁸، بأن ذلك كان لمراعاة مصلحة المحضون حتى لا ينتشرد.

واستنادا على ما سبق، لنا أن نطرح التساؤل التالي: هل العبرة بتوفير مسكن ممارسة الحضانة، مرهون بمصلحة المحضون، وبالتالي يثبت ولا يسقط بأي حال من الأحوال؟ أم مرهون بصفة الحاضن ومكان ممارسته للحضانة وحالته الاجتماعية والمادية، وبالتالي يسقط إذا توافرت ظروف معينة؟

1 - المحكمة العليا: غ.ع، 2011/04/14، ملف رقم 684955، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.176.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2013/03/14، ملف رقم 0742023، م.م.ع، 2014، ع.1، ص.319.

3 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.139.

4 - باديس ذيابي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.89.

5 - المحكمة العليا: غ.ش.م، 2005/12/14، ملف رقم 348644، دون ذكر باقي معلومات م.م.ع. نقلا عن، باديس ذيابي: آثار

فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.233.

6 - أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، مرجع سابق، ص.330.

7 - بن الشويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.260.

8 - فضيل العيش: قانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، مرجع سابق، ص.69.

نص المشرع الجزائري في م78 من ق.أ، على أن السكن من مشمولات النفقة، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا: «يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة...»¹، وأنه من حق المحضون على والده، كما جاء في قرار لها أيضا: «السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة»²، وكذا: «يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون...»³، وحتى مع إقامة الحاضنة بمسكن والديها، كما جاء في القرار: «إقامة الحاضنة عند أهلها لا يسقط الحق في مطالبة الوالد بالسكن أو بأجرته»⁴، وحتى عند امتلاكها لمسكن كما جاء في القرار: «لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن»⁵. إلى هنا، يبدو لنا بأن سكن المحضون يقع على عاتق والده في جميع الأحوال والظروف، كونه حق من حقوقه.

ثم يأتي في م72 من ق.أ، ويقصر الاستفادة من مسكن ممارسة الحضانة فقط على الوالدة المطلقة الحاضنة، كما يفهم من صياغتها خاصة ما دلت عليه ف2 منها، وبالتالي يلغي هذا الحق إذا أسندت الحضانة إلى باقي الحاضنين، وكأن هذا الحق متوقف على صفتهم وليس حق من حقوق المحضون كنفقه عليه من والده. كما ذهبت اجتهادات المحكمة العليا أيضا إلى تقييد هذا الحق على شروط معينة، حيث قصرته على ممارسة الحضانة بالجزائر كما جاء في قرارها: «...لا يكون الأب ملزما بتوفير السكن أو بدل الإيجار، متى كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني»⁶، وإن كان هذا القرار منصفا في حق الوالد، الذي سيكون توفير مسكن الحضانة في الخارج ضربا من ضروب الاستحالة بالنسبة له.

وعليه؛ فإذا كان السكن من حق المحضون ومن مشمولات النفقة عليه من والده، فإنه يثبت له في أي حال من الأحوال ودون أي استثناء، سواء كانت الحاضنة هي الوالدة أم غيرها، وسواء وجد ولي يقبل إيواها أم لا، وسواء امتلكت مسكنا خاصا أم لا، وسواء كانت ممارستها بالجزائر أم خارجها. أما إذا كان متوقفا على اعتبارات أخرى، فكان يجب على المشرع الجزائري أن يُبقي على أسباب سقوط حق الحاضن في الاستفادة من المسكن السابقة على التعديل "كإعادة زواجها، أو ثبوت انحرافها، أو وجود ولي يقبل إيواها"، لأنه لا معنى من حصولها على مسكن أو بدل إيجاره طالما لديها أين تقيم رفقة محضونها، كما يجب على

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2010/04/15، ملف رقم 554808، م.م.ع، 2010، ع.1، ص.241.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.

3 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم 254635، ن.ق، 2006، ع.57، ص.209.

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم 282052، م.ق، 2004، ع.1، ص.279.

5 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/07/31، ملف رقم 288072، م.ق، 2004، ع.1، ص.285.

6 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/05/12، ملف رقم 622754، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.304.

المشرع أن يسقط حقها فيه في حالة امتلاكها لسكن خاص، كما جاء في الفقه الإسلامي وبالتحديد الحنفية¹.

وبرأينا، كان على المشرع أن يجعل توفير مسكن ممارسة الحضانة على الموسر من الزوجين، كونه يتعلق بولدهما المشترك والذي يتقاسمان مسؤوليته سواء حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد انفصامها، خاصة في الحالة التي يكون فيها الوالد عاجزا عن توفيره، أو لا يد له في الطلاق، في حين تكون هي ميسورة الحال، أو مالكة لسكن خاص، أو المسؤولة عن فصم عرى الزوجية. أو على الأقل أن يقيد الاستفادة منه بشروط معينة أهمها، ألا يكون للمحضون مال، وهو الشرط الذي كانت تشير إليه م72 قبل التعديل، والذي تخلى عنه المشرع بموجب التنقيح، حيث لا نعلم إن كان قد سقط منه سهوا، أو لتفادي التكرار كون م75 تشير إليه، أو عمدا حتى يجعل التزام الوالد بتوفيره مطلقا دون قيد، لحماية حق المطلقة في السكن تبعا للمحضون. وكذلك، ألا يكون للحاضنة سكنا خاصا بها وملائما لممارسة الحضانة، إضافة إلى جعله حسب وسع الزوج وظروف الزمان والمكان وعدد المحضونين.

خاصة وأن هناك آراء فقهية يمكن الاستدلال بها تصب في هذا النحو، حيث رأى الحنفية على المختار²: «لزوم السكنى على الأب على المختار، إنما يظهر ذلك لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها احتضان وإسكان الولد تبعا لها فيه فلا لعدم احتياجه إليه، ليكون هذا القول هو الأرفق للجانبين والذي عليه العمل». هو الرأي الذي مال إليه عديد الفقهاء المعاصرين³، أمثال الشيخ أبو زهرة⁴، بدران أبو العينين بدران⁵، مصطفى شلبي⁶، عبد الوهاب خلاف⁷، الصابوني⁸، فراج حسين⁹ وآخرون.

كما أن هناك أقوالا للمالكية -على غير المشهور- جمعها الدسوقي في حاشيته¹⁰، في أغلبها ما يخدم هذا الموقف. حيث رأى ابن وهب، بأن أجرة المسكن على الحاضنة. في حين قال سحنون، بأن مسكن

1 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.261-262.

2 - المرجع نفسه: ص.261-262.

3 - محفوظ بن الصغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، مرجع سابق، ص.314.

4 - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.410.

5 - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.558.

6 - محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1983، ص.769.

7 - عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.198.

8 - عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج.2، الطلاق وآثاره، د.ر.ط، د.د.ن، دمشق-سوريا، د.س.ن، ص.242.

9 - فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، مرجع سابق، ص.293.

10 - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.533-534.

الطفل على والده وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد فيهما، حيث أفاد بأن السكنى تكون بحسب الاجتهاد، بمعنى أنها على الموسر من الوالد والحاضنة. كما جاء في النوادر والزيادات للقيرواني¹، قول ابن القاسم، فيما إن كان له ولد فالسكنى عليه وعليها. وإن كانوا اثنين فليس عليه لهما إلا النفقة وليس عليه أن يكتري لهما. في حين رأى الشافعية في القول الأول²، وهو الصريح بأنها غير واجبة، وهو قول ابن حجر الهيتمي.

هذا، وإذا جئنا إلى تطبيق التشاركية في الحقوق والواجبات التي تبناها المشرع الجزائري حال قيام العلاقة الزوجية، والتي وإن لم تكن تشاركية حقة، كونها ألزمت الوالدة بالنفقة فقط في حالة عجز الوالد وقدرتها على ذلك؛ فإن الأمر يقتضي منا أن نجعل عبء توفير المسكن أيضا يقع على عاتقها في حالة عجزه وقدرتها على ذلك على الأقل في حالة امتلاكها لسكن خاص.

ثم، كيف يكلف المشرع المطلق بوجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة في جميع الأحوال والظروف، ونحن نعلم بأن أغلب حالات الطلاق تتم بسبب رغبة الزوجات في الانفراق بسكن خاص -كونه حق من حقوقهن، كما أثبتته الاجتهاد القضائي³-، مع عدم قدرة الأزواج على ذلك، وكذا مع أزمة السكن التي تجتاح ربوع الوطن. لذا، كان على المشرع والقضاة مراعاة كل الظروف المحيطة بهذا الشأن بالذات.

ومنه، فقد اتفق المشرع الجزائري مع المغربي في م168 ف42 من م.أ، التي أوجبت هي الأخرى على الأب تهيئة مسكن لأولاده، أو تسديد بدل إيجاره الذي تحدده المحكمة. في حين اتخذ المشرع التونسي موقفا مغايرا وتمييزا كعادته، حيث أقر بموجب الفصل 56⁵ من م.أ.ش، حق المحضون في السكن لكن بتوافر شرطين أولهما، إذا لم يكن له مال. وثانيهما، إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلي. حيث ويتوفر ذاك الشرطان، يمنح للحاضنة ثلاثة (03) صيغ لإسكانها، خاضعة لاختيار القاضي وتقديره⁶، بموجب التتقيح الذي جاء به

1 - أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، مج.5، ك. العدة، مرجع سابق، ص.58-59.

2 - ابن حجر المكي الهيتمي: الفتاوى الكبرى الفقهية، ج.4، ك. الفرائض، ب. الحضانة، د.ر.ط، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي، مصر، د.س.ن، ص.216.

3 - هناك الكثير من اجتهادات المحكمة العليا، التي تمنح هذا الحق للزوجة، ارتأينا أن نوجز أحدها الذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج...». المحكمة العليا: غ.أ.ش، 16/02/1999، ملف رقم 218754، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص.222. نقلا عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.3، مرجع سابق، ص.1109.

4 - تنص م168 ف2 من م.أ على ما يلي: «يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكنهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائهم، مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده».

5 - ينص الفصل 56 من م.أ.ش على ما يلي: «مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلي الأب إسكانها مع المحضون».

6 - بوكايس سمية: المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019، ص.207، 211.

القانون عدد 20 لسنة 2008¹، المتعلق بتنقيح بعض أحكام م.أ.ش، تمثلت إما في البقاء في مسكن الزوجية سابقا إذا كان ملكا للوالد إلى أن يزول الداعي إلى ذلك (ف2² من الفصل 56)، وإما البقاء فيه مع استمرار الوالد في دفع أقساط كرائه إذا كان مستأجرا منه إلى أن يزول الموجب لذلك (ف3³ من الفصل 56)، وإما قبض بدل الإيجار (ف4 من الفصل 56) -التي سنتطرق لها في النقطة الموالية-. وما ذلك إلا تجسيدا وامتدادا فعليا للمساواة في النفقة التي أقرها المشرع بين الزوجين عند قيام العلاقة الزوجية. وذلك بموجب كل من الفصل 23 ف4⁴ من القانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش (التي تلزم الزوجة بالمساهمة في النفقة إذا كان لها مال)، وكذا الفصل 47⁵ من المجلة (التي توجب عليها قبل الجد الإنفاق على ولدها عند عسر الأب).

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد ألقى بعبء توفير مسكن ممارسة الحضانة على عاتق الوالد وحده مطلقا دون قيد ولا شرط، بغض النظر عن حاله من حيث العسر أو اليسر أو القدرة أو العجز، وكذا بغض النظر عن المسؤول عن طلب الطلاق. وبهذا يكون قد عدل عن فكرة التشاركية في النفقة -ولو كانت غير مطلقة- التي تبناها عند قيام العلاقة الزوجية، ليحيد عنها بعد انحلالها. إلا أنه وفي جميع الأحوال، فإن المشرع الجزائري قد منح للوالد عند تعذر توفيره للمسكن كما سبق بيانه، إمكانية دفعه لبدل إيجاره كما سيأتي تفصيله في النقطة الثانية.

ثانيا: إلزام الوالد بدفع بدل الإيجار عند تعذر توفير مسكن ممارسة الحضانة

انطلاقا من قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁶؛ لم يُضَيِّق المشرع الخناق على الوالد، بتكليفه بتوفير مسكن ممارسة الحضانة كالالتزام واحد ووحيد، بل منح له عند تعذر ذلك اللجوء إلى دفع بدل الإيجار إلى الحاضنة. حيث وبالرجوع إلى ف1 من م72 من ق.أ. نجد أنها تنص على ما يلي: «في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.».

1 - القانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 04 مارس 2008، المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 مارس 2008، ع.21.

2 - تنص ف2 من الفصل 56 من القانون عدد 20 لسنة 2008 على ما يلي: «ويترتب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجب.».

3 - تنص ف3 من الفصل 56 من القانون عدد 20 لسنة 2008 على ما يلي: «وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب.».

4 - ينص الفصل 23 ف4 من القانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «...وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال.».

5 - ينص الفصل 47 من م.أ.ش على ما يلي: «الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها.».

6 - سورة البقرة: آية 286.

والمتمعن في نص الفقرة، يتضح له بأن الوالد ملزماً أولاً، بتنفيذ الالتزام الأصلي أو الممتاز، وهو توفير المسكن الملائم، ثم إن تعذر عليه ذلك ينتقل إلى تنفيذ الالتزام الثاني، وهو دفع بدل إيجار ذلك المسكن. وهو الشيء نفسه الذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: «القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكناً مستقلاً لممارسة الحضانة، إساءة للتطبيق السليم للقانون.»، وجاء في حيثيات القرار أنه: «كان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحاضنة لممارسة الحضانة بدلاً أن يخيره بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار.»¹، وكذا: «توفير سكن ملائم للأُم، لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها ببذل الإيجار.»². وعليه، ومن خلال ما سبق، يتضح لنا بأن بدل الإيجار، هو التزام بدلي³ وليس تخييري⁴⁻⁵، حيث يلجأ له الوالد في حالة عدم استطاعة تنفيذه للالتزام الأصلي، والمتمثل في توفير المسكن، أو تطلبه الحاضنة في حالة ما إذا كان المسكن الموفر لها غير ملائم، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المفيد بأنه: «للحاضنة الحق في بدل الإيجار، إذا كان السكن الموفر من طرف الأب غير ملائم لممارسة الحضانة.»⁶.

إلا أن الواقع العملي غير ذلك، حيث أن المطلق يقوم بالاختيار دون أن يثبت تعذر إمكانية توفيره للمسكن كالتزام أصيل وأولي، بالإضافة إلى غموض كيفية إثبات التعذر وأمام من يتم ذلك الإثبات، هل هو متروك للتقدير الشخصي للوالد لحالته الاجتماعية والمادية؟ أم هو خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ويتم أمامه؟ أم أنه يتم أمام المحضر القضائي وهو بصدد تنفيذه للحكم؟

ما هو معمول به عملياً، هو أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة؛ يحكم كذلك بإسناد الولاية للحاضن، وكذا تحديد نفقة المحضون، وحق الزيارة، بالإضافة إلى إلزام الوالد بتوفير مسكن ملائم للحاضنة، وعند تعذر ذلك دفع بدل إيجاره الذي يحدده القاضي في الحكم مسبقاً. وبعدها نكون أمام حالتين، تتمثل الأولى، في أن يقدم الوالد عقد ملكية أو إيجار المسكن للمحضر القضائي، فإذا تبين بأنه ملائم للحاضنة،

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 14/01/2009، ملف رقم 474255، م.م.ع، 2009، ع.2، ص.269.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 16/09/2010، ملف رقم 566381، م.م.ع، 2010، ع.2، ص.268.

3 - الالتزام البدلي: نصت عليه م216 من ق.م: «يكون الالتزام اختياريًا إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر. والشيء الذي يشمل محل الالتزام هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه.».

4 - الالتزام التخييري، نصت عليه م213 من ق.م: «يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك.».

5 - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحاماة مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص.203.

6 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 14/03/2013، ملف رقم 0729230، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.276.

وذلك بعد معايينته¹ من قبلها رفقة المحضر، فهنا يكون الوالد قد نفذ الالتزام الأصل. بينما تتمثل الثانية، في أن يدفع بدل إيجار² المسكن الذي حددت قيمته في الحكم مسبقا، ويقدم للمحضر وصل التسديد المسلم من مكتب البريد، وهنا يكون قد انتقل إلى تنفيذ الالتزام البدلي، دون أن يقوم بإثبات تعذر تنفيذه للالتزام الأول.

وعليه؛ فما نلاحظه هنا، هو أن الوالد يقوم بالاختيار بين تنفيذ أحد الالتزامين أثناء مرحلة التنفيذ (أمام المحضر القضائي)، وفقا لما تمليه عليه إرادته، فقد يكون تنفيذه لأحدهما بحسن نية ووفقا لحدود استطاعته، كما قد يكون تنفيذه لأحدهما عن سوء نية وعن سبق تخطيط وتدبير قصد الإضرار بالحاضنة، وذلك على الرغم من أن نص المادة صريح، وكذا الاجتهادات القضائية في هذا الخصوص واضحة، بأن دفع بدل الإيجار ليس التزاما تخييريا.

لذا، كان على القاضي أن يتحرى مدى تعذر توفيره للمسكن من عدمه، ثم يحكم عليه بأحدهما دون الآخر حتى يزول التخيير، ذلك أن الحكم عليه بكلا الالتزامين في ذات الحكم، دليل على ترك حرية الاختيار له كيفما شاء.

وللوقوف حول مدى مساواة بدل الإيجار لقيمة الأجرة الحقيقية للمسكن، وبالرجوع إلى م72 من ق.أ، يتضح بأن المقصود بعبارة "بدل الإيجار" تدل على أجرة المسكن فقط، دون أن تتضمن تبعاته الأخرى وأعباءه، كمصاريف استهلاك الكهرباء، الماء، الغاز، وغيرها من المستحقات، وكذا التجهيزات³. إلا أنه وبالاستناد إلى قرارات المحكمة العليا، نجدها قد أدرجتهم ضمن عناصر النفقة كذلك، وذلك بموجب قرار حديث لها جاء فيه: «يعد من مشتملات النفقة، مستحقات الماء والغاز والكهرباء ويشكل عدم تسديدها قيام جنحة عدم تسديد النفقة»⁴ متخذين من المادتين 331 من ق.ع، و78 من ق.أ مرجعا لهذا القرار.

وتقدير بدل الإيجار يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي، كونه من مسائل الواقع، معتمدا في ذلك على عدة معايير⁵، تتمثل في المعيار المادي، الذي يستند على الحالة المادية للوالد، بحيث يراعى في تقديره يسر وعسر هذا الأخير، طبقا لما جاءت به م79 من ق.أ: «يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش...». المعيار الزماني، الذي يستند على وقت استحقاق الأجرة، حيث تختلف من سنة إلى أخرى. المعيار المكاني، الذي يستند على موقع تواجد السكن، إذ يختلف من مكان إلى آخر. ومعيار تعدد

1 - إذا تبين للحاضنة بأن المسكن غير ملائم، تصرح بذلك أمام المحضر القضائي الذي يحرر ذلك في محضر، ثم ترفع دعوى للمطالبة ببذل الإيجار، وذلك بعد تبريرها لعدم ملائمة المسكن لها ولممارسة الحضانة، الذي قد يحكم لها به كما قد لا يحكم لها به.

2 - بدل إيجار سكن المحضون، يسري من تاريخ صدور الحكم الفاصل في الحضانة، وعدم ذكر بداية استحقاقه في القرار المطعون فيه لا يؤثر في سلامة هذا الأخير. للتفصيل أكثر انظر، قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 15/06/2005، ملف رقم 331833، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.315.

3 - حداد فاطمة: حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.92.

4 - المحكمة العليا: غ.ج.م، 17/11/2016، ملف رقم 0998466، م.م.ع، 2016، ع.2، ص.415.

5 - حداد فاطمة: حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.93-94.

المحضونين، ذلك أن أجرة المسكن الذي يكفي لإيواء محضون أو محضونتين ليست نفسها التي تكفي لإيواء أربعة أو خمسة محضونين.

وأهم الملاحظات التي نوجزها حول تلك المعايير، هي أن تقدير الحالة المادية للوالد غالبا ما تستند إلى تقديم بعض الوثائق (كشهادة عمل أو بطالة، أو التحقيق حول ما إذا كان يمتلك محلات مؤجرة باسمه، أو تقديمه لسجل تجاري أو بطاقة حرفي...)، والتي أحيانا لا تعبر عن الحالة المادية الحقيقية للمعني، فقد يكون عاملا لكنه غير مكتفي، كما قد يكون بدون مهنة إلا أن له ممتلكات على غير اسمه، أو محلات مؤجرة بأسماء أفراد عائلته. وبالتالي، فقد يفوق طاقة الوالد الفعلية، كما قد يكون عبارة عن مبلغ رمزي لا يتناسب مع الأجرة الحقيقية للمسكن.

كما أنه عمليا، غالبا ما يتم في الحكم تحديد أجرة رمزية كبديل للإيجار¹، تصل في أغلب الأحيان إلى 5000 دج وحتى في المدن أي دون أن يقتصر ذلك على الأرياف، فهل يعبر هذا المبلغ عن قيمة الإيجار الفعلية للمسكن؟ لذا، نلاحظ في الكثير من الحالات، بأنه لا وجه للتساوي بين أجرة المسكن الفعلية، وبين بدل إيجار ذلك المسكن، الذي من المفروض أن يكون كافيا بغية استئجار مسكن ملائم²، وذلك تحسبا لخروج الحاضنة رفقة محضونها من بيت والدها واستئجارها لبيت في أي وقت لظروف معينة. وذات الشأن في أحيان أخرى، أين يحكم على الوالد بمبالغ معتبرة، لا تتناسب مع قدرته الحقيقية التي لا تبديها الوثائق للقاضي.

هذا، وإلزام المشرع الوالد وحده بدفع بدل الإيجار إلى الحاضنة، إذا ما تعذر عليه توفير مسكن ممارسة الحضانة؛ ما هو سوى استمرار منه في عزل الوالدة تماما بعد انفصال العلاقة الزوجية من تحمل أي التزام مادي مهما كان حالها وحال طليقها، قاطعا مساهمتها الاحتياطية والمشرودة التي كلفها بها عند قيام تلك العلاقة. رغم كون المحضون ليس فقط ولدا لأحد الطرفين دون الآخر، بغض النظر عن قيام الرابطة الزوجية أو انفصالها.

وإذا رجعنا إلى اتفاقية سيداو، المطالبة بإرساء المساواة بين الجنسين، فإن م16 ف (ج) منها قد حرصت على أن تكون المساواة بين الزوجين شاملة للحقوق والمسؤوليات، بغض النظر عما إذا كان الزواج قائما أو منقسما، حيث جاء فيها ما يلي: «نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه». إلا أن المشرع الجزائري قد اعترف بنفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج فقط، دون أن يعترف بذاتها عند انفصالهما. حيث عمد إلى حماية وتكريس حقوق المطلقة الحاضنة على حساب المطلق تحت غطاء الحضانة³، وذلك بإلقائه لجميع الالتزامات المادية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية على الوالد وحده، حتى في

1 - حداد فاطمة: حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 99.

2 - لحسين بن شيخ اث ملويا: قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص. 80.

3 - بوكايس سمية: المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، مرجع سابق، ص. 206.

الحالات التي لا يكون فيها هو المذنب أو المتسبب في هدم ذلك الوثاق، مستبعدا الوالدة عن دائرة تلك الالتزامات مطلقا، ولعل ذلك هو ما ساهم في تقاوم نسب الطلاق مؤخرا، لكون الطلاق بات في كثير من الأحيان مغنما بالنسبة للمطلقة لا مغرما لها، خاصة لمن لا تكثرث لمعاني الميثاق الغليظ السامية، فالزوجة صارت تطلب الطلاق بلا سبب، ثم تتال عنه نفقة وسكنا أو بدله -إذا كانت حاضنة-، دون تحمل لنتيجة قرارها، ولا تبعات ما أقدمت عليه، مما يجعلها تقدم عليه دون أدنى حرج ولا تفكير.

وما أقره المشرع الجزائري في هذا الشأن، هو ذاته ما أخذ به المشرع المغربي بموجب م168 ف12 من م.أ، إلا أنه لم يجعله مخرجا ثانويا، بل جعله على سبيل الاختيار، وذلك باستعماله لحرف العطف "أو" الذي مفاده التخيير، فالوالد مخيرا بين تهئية المسكن أو دفع بدل إيجاره. أما المشرع التونسي، فقد منح للقاضي سلطة الخيار في تحميل الوالد إحدى صيغ إسكان المطلقة الحاضنة، التي تطرقنا لها سابقا²، والتي من بينها بدل الإيجار، أو ما أسموه "بمنحة السكن"، مراعيًا في ذلك حال الوالد، متطلبات المحضون وظروف الوقت والأسعار، وذلك بموجب ف34 من الفصل 56 من القانون عدد 20 لسنة 2008، المتعلق بتتقيح بعض أحكام م.أ.ش.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد منح للوالد سبيلا آخر للوفاء بالتزامه المتمثل في توفير السكنى للحاضنة رفقة محضونها؛ يتمثل في دفع بدل الإيجار إذا كان تنفيذه له مرهقا. حيث لم يدع له أي خيار للتخلص والتوصل من ذلك الالتزام، إذ هو المكلف والملزم الوحيد به في جميع الحالات والظروف، خاصة مع إلغائه لشروط إسكان الحاضن التي كان النص عليها سابقا، وكذا مع إعفائه للحاضنة من أي إمكانية لمساهمتها فيه، باعتبارها مساهما استثنائيا فيه حين قيام العلاقة الزوجية.

وإذا كان انفصال الزوجين عن بعضهما يقتضي بالضرورة إقامة المحضون مع أحدهما دون الآخر عموماً -ذلك أنه قد يقيم المحضون رفقة أحد الحاضنين الآخرين غير والديه-؛ فإن من حق الطرف الذي لم يُحكم له بالحضانة الحق في زيارة ولده لتفقد حاله، وتكملة الجانب المعنوي المنقوص لدى كل من المحكوم له بحق الزيارة والمحضون. وحق الزيارة ذلك، قد يحدث وأن يتأثر باستعمال صاحب الحق في الحضانة لصلاحياته بموجبها كسفره بالمحضون، خاصة إذا ما تعسف في استعماله بقصد الإضرار بصاحب الحق في الزيارة، وهو ما سنراه في المطلب الثاني.

1 - تنص م168 ف2 من م.أ على ما يلي: «يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكنائهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة...».

2 - راجع، ص. 316 من هاته الدراسة.

3 - تنص ف4 من الفصل 56 من القانون عدد 20 لسنة 2008 على ما يلي: «وعند إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحضونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار.».

المطلب الثاني

مدى تساوي مركز الوالدين من خلال الحق في زيارة المحضون

لما كانت الحضانة معهودة في الغالب الأعم إلى الوالدة، لما جُبِلت عليه من الحنان، العطف والصبر على الصغير؛ فإن تلك المهمة المعنوية النبيلة، لا تستقيم دون متابعة لها ورقابة عليها، ولن يتأتى ذلك من دون زيارة من قبل الطرف الذي لم يحكم له بالحضانة، والذي غالبا ما يكون الوالد.

والحق في الزيارة، عادة ما يكون تنظيمه بواسطة القضاء، في حين أن الاتفاق الرضائي بين الوالدين الطليقين حوله -متى ما كان متاحا-، يكون الأفضل لاستقرار الصغير النفسي أولا، ثم ملائمة ميعاده لظروف والديه ثانيا (الفرع الأول). وبما أن الحضانة تكون في يد أحد الوالدين لا محالة؛ فإن هذا الامتياز يخول لصاحبه صلاحيات منها إمكانية السفر بالمحضون، والذي قد يستعمل بطريقة تعسفية كأن يقصد به تهريبه بلا رجعة، وما من شأنه أن يؤثر على صاحب الحق في الزيارة، وهو ما سنراه بين الفقه والقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

زيارة المحضون بين التنظيم الاتفاقي والقضائي

إن ما قد يحققه الاتفاق والتراضي، يعجز عن تحقيقه القضاء في أغلب الأحيان. ومنه، فإن ترك تنظيم الزيارة إلى اتفاق وتراضي الوالدين الطليقين تحت رقابة القضاء، يعتبر تكريسا لإرادتهما، وتحقيقا للتوازن بينهما، وهو الأمر الذي لم يعتمده المشرع في تقنيته، إلا ما حملته بعض الأحكام والقرارات القضائية الحديثة، التي تعبر عن الاجتهاد الفردي، والقناعة الشخصية لكل قاضي، دون أن يكون غيره ملزما بها (أولا). حيث أبقى على تنظيم الزيارة خاضعا للقضاء، الذي وإن كان يضمن تسهيل واحترام تنفيذها؛ فإنه قد يخدم طرفا دون الآخر، خاصة الوالد الذي لن يتمكن من ممارسة حقه في الرقابة الحقة مع تلك السويقات والأيام القليلة (ثانيا).

أولا: التنظيم الاتفاقي للحق في الزيارة كتكريس لإرادة الوالدين ومدى أخذ المشرع به

قد تُحتم الظروف على الزوجين أن يسلكا سبيل الفراق، كآخر حل لعلاقتهم الزوجية، الأمر الذي يجعل بقاء الصغير رفقتهم معا من الاستحالة بما كان، حيث يؤول به المآل في حزن أحدهما، والذي يكون في الغالب الأعم والدته، نظرا لكونها الرؤوم العطوف عليه بالفطرة كما تطرقنا له آنفا.

لكن، ورغم حضانة الوالدة للصغير، فإن ذلك لا يسد هوة فقد والده ويُعده عنه، مما استوجب إيجاد آلية الزيارة¹ له، والتي تعتبر حقا مقابلا لحق الحضانة. حيث يتلائم حق الزيارة مع حق الحضانة وجودا وعدما، مما يبين التلاحم والارتباط الوثيقين بينهما². وذلك حتى يُخلق هناك جو من التوازن للمحضون، لتخفيف حدة تمزق استقراره الأسري جراء الفراق. ضف إلى ذلك، أنها تضمن حق من لم تسند إليه الحضانة في رؤية ولده، كون «الأم تمثل المصلحة البيولوجية والنفسية بصفة عامة، والأب يمثل القانون والنظام»³. لذا، فَخَيَّرُ صغير ما كان بين والديه حتى بعد الفراق.

وفي الزيارة، تمتين لأواصر القرابة، ومد لجسور المحبة بين الأفراد، وذلك من باب صلة الأرحام⁴، التي حرصت عليها الشريعة الإسلامية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾⁵، وقوله: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾⁶. كما روي عن عائشة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: ﴿الرحم معلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله. ومن قطعني قطعته الله﴾⁷، وعن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: ﴿لا يدخل الجنة قاطع﴾⁸، وعن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: ﴿من أحب أن يبسط له في رزقه، وأن ينسأ له في أثره، فليصل رحمه﴾⁹ وغيرها. وأيضا هي ما حرصت عليه ف7 من م36 من ق.أ بنصها: «زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.».

1 - الزيارة لغة: من زار، «زَارَ يَزُورُ، زِيَارَةً وَزُورًا، فهو زائر، والمفعول مَزُور. زار فلانا: أتاه بقصد الالتقاء به، قصده لأنس أو حاجة. زار صديقه في بيته-زُرَ غِبًا تَزَدَّدَ حُبًّا: زُرَ حينًا بعد حين...». انظر، أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مج.2، ب. الزاي، (زَوَّرَ)، مرجع سابق، ص.1008.

- الزيارة اصطلاحا: بما أن الزيارة قد أطلق عليها البعض مسمى الرؤية أو المشاهدة، فخير تعريف فيما اطلعت عليه في هذا الخصوص، هو ما أورده الدكتور محمد عليوي ناصر وهي: «النظر في أمور المحضون وتربيته وتعليمه، ومراعاة أحواله وتوجيهه ومعاينته...لشد أواصر التعاطف والتآلف الأسري وصلة الرحم، وتخليص المحضون بواسطة هذه المتابعة مما يعلق بنفسيته من شوائب...». انظر، محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.191.

2 - عيسى طعيبة: (حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي)، م.ح.ع.إ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018/01/01، مج.11، ع.1، ص.270.

3 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2011، ص.86.

4 - المرجع نفسه: ص.44.

5 - سورة النساء: الآية الأولى.

6 - سورة الأنفال: آية 75.

7 - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج.2، ك. البر والصلة والآداب، ب. صلة الرحم وتحريم قطيعتها، ح. رقم 2555، مرجع سابق، ص.1190.

8 - المرجع نفسه، ح. رقم 2556، ص.1190.

9 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ك. الأدب، ب. من بسط له في الرزق بصلة الرحم، ح. رقم 5986، مرجع سابق، ص.1503.

وزارة المحضون، قد عبّر عنها العديد من الفقهاء والقانونيين بمفردات وإن اختلفت ظاهرياً، فقد تشابهت وتقاربت في حقيقتها ومعانيها، لتجتمع كلها حول مصلحة المحضون ومنها، "مطالعة الولد، والنظر إليه وفي شؤونه"¹. "تبصره ورؤيته"². "تعهد، تأديبه وتعليمه"³، "تفقدته"⁴، "مشاهدته، لقاءه، رعايته، تربيته، توجيهه ومعاينته"⁵. "الإشراف عليه"⁶ وغيرها. لتكشف لنا تلك المفردات، عن مدى أهمية الزيارة وجمعها بين الطابع الروحي، المتمثل في المحافظة على صلة الرحم، وذلك بتمتين علاقته بوالده من جهة، ومعرفة أقرابه له من جهة أخرى⁷، فضلاً عن إشباع حاجته المعنوية من والده لتعويده عليه، كونه سيُضمُّ إليه مرة أخرى⁸. وبين الطابع المادي، المتمثل في مراقبة المحضون ومتابعته -تربوياً وتعليمياً- لتنمية شخصيته وتقويتها، فضلاً عن رعايته والقيام على شؤونه.

وإذا كان لإرادة الزوجين كلمة الفصل في إبرام عقد زواجهما، وكذا في إنهائه بالتراضي؛ فإن الأولى بتلك الإرادة أن تجد لها مكاناً وتبرز في مجال الزيارة، حتى يكون للتطبيق أن يتفقا حول تنظيم هذا الحق الواجب في الآن ذاته، من حيث الزمان، المكان والمدة، وذلك لتلافي النزاعات الكيدية التي قد تنشأ بينهما بسبب محاولة استئثار كل منهما بالمحضون. حيث يساهم ذلك الاتفاق في الوصول إلى حل مشترك، يكون تراضيهما فيه هو الأساس المعتبر، مما يسهل عليهما تنفيذه، كما يوفر جو من الاستقرار والطمأنينة لدى المحضون، ليجعله في منأى عن خصامهما، ويبعده عن المشاحنات التي يروح ضحيتها هذا الأخير، والوقوع فيما نهانا الله عنه من مضارة كل من الوالدين للآخر باستعماله للولد سلاحاً لذلك⁹، حيث قال تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾¹⁰. وبما أن الحضانة في الغالب تكون من حليف الوالدة؛ فإن الوالدة السوية هي من لا تحتكر المحضون عن والده، وتحرضه على مقتله والامتناع عن رؤيته، بل تجعل من العقل والحكمة السبيلين لها، ليكون لوالده في رؤيته نصيب.

- 1 - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ج.4، ك. الطلاق، ب. الولد ومن أحق به، مرجع سابق، ص.339.
- 2 - محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.274-275.
- 3 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. في النفقات وما يتعلق بها، ف. في الحضانة، مرجع سابق، ص.648.
- 4 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، مرجع سابق، ص.737.
- 5 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.190-191.
- 6 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.29.
- 7 - أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص.192.
- 8 - عبد العزيز دخان: (حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانة وبعدها)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مخبر الشريعة، 2015/12/19، مج.7، ع.2، ص.106.
- 9 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.171-172.
- 10 - سورة البقرة: آية 233.

لكن، ورغم ما للاتفاق حول تنظيم الزيارة من أهمية في إرساء جو الهدوء والتيسير لدى جميع الأطراف، ومنح إرادة الوالدين الحرية في تنظيم زيارة ولدهما بما يتفق مع ظروفهما، طبعاً في حدود ما تمليه عليهما مصلحته؛ فإن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية اتفاقهما حول ذلك لا نصاً ولا اجتهاداً. ربما لكونه يجعل من احتمال حصول اتفاق بين طليقين قلوبهما مشحونين بروح العداء والبغضاء والكراهية من الاستحالة بما كان.

إلا أن ما يمكن قوله هنا، هو إمكانية حصول ذلك الاتفاق فقط في الطلاق بالتراضي الذي نصت عليه م48 من ق.أ - كأحدى صور فك الرابطة الزوجية - كونه ينطوي على أحكام خاصة، يجب على القاضي مراعاتها¹، حيث وبما أن دور القاضي هنا هو الإشهاد على رغبة الزوجين في الطلاق بالتراضي²؛ فإن ذلك الإشهاد قد يمتد أيضاً إلى اتفاقهما حول تنظيم الزيارة. إلا أنه ورغم ذلك، فإن دور المحكمة هنا لا ينبغي أن يقتصر على الإشهاد والتوثيق فحسب، بل لابد من إلغاء أو تعديل شروط الاتفاق التي تتعارض مع مصلحة الأولاد أو مع النظام العام³، خاصة وأن القضاء لم يمنح للطرفين إمكانية العدول عن تلك الشروط التي اتفقا عليها⁴، والتي قد تكون من بينها الزيارة، وهذا ما قد يجعلهما يقعان في الحرج والضيق إذا ما حدثت مستجدات في هذا الخصوص.

إضافة إلى ذلك، فإننا وبعد اطلاعنا على عدد من الأحكام القضائية، لم نجد فيها ما يشير إلى إمكانية اتفاق الطرفين على تنظيم حق الزيارة وُدّيّاً سوى في القليل منها، والتي نذكر منها على سبيل المثال، ما قضت به محكمة عين وسارة: «تمكين المدعي من ممارسة حق الزيارة بطريقة ودية في حال تراضي الطرفين على ذلك وإذا وقع خلاف بينهما يمارس المدعي حقه في الزيارة على النحو الآتي بيانه...»⁵. لكن ورغم ذلك، فإنه يبقى مجرد حكم صادر عن اجتهاد القاضي تبعاً لما منحه القانون من حرية وسلطة تقدير في هذا الخصوص، قد يحكم به قاضي دون الآخر، ولا يرقى إلى مصاف النص القانوني الذي يلزم جميع القضاة بتطبيقه.

وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد خالف نظيره المغربي، الذي عالج موضوع الزيارة بنوع من الدقة والتفصيل، حيث خصه بباب كامل⁶، محتوياً على سبعة (07) مواد⁷، مركزاً على إعطاء إرادة الطليقين الحرية

1 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/12/08، ملف رقم 676898، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.321.

2 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2002/06/03، ملف رقم 259475، ن.ق، 2006، ع.58، ص.191.

3 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/02/12، ملف رقم 0905248، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.247.

4 - المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 1996/07/09، ملف رقم 138949، م.ق، 1996، ع.2، ص.77.

5 - مجلس قضاء الجلفة: محكمة عين وسارة، قسم شؤون الأسرة، 2018/06/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/00444، مفهيرة تحت رقم 18/00851، ص.05.

6 - خص المشرع المغربي موضوع الزيارة، بالباب الرابع (زيارة المحضون)، من القسم الثاني (الحضانة)، من الكتاب الثالث (الولادة ونتائجها) من المدونة.

7 - م186-180 من المدونة.

التامة في الاتفاق حول تنظيم الزيارة صراحة، جاعلا من ذلك التنظيم الاتفاقي هو الأصل (م181¹ م.أ)، ليأتي التنظيم القضائي كاستثناء في حالة عدم توصلهما لأي اتفاق (م182 م.أ) -التي سنتطرق لها في النقطة الموالية-، مانحا إياهما إمكانية طلب تعديل ذلك الاتفاق سواء الرضائي أو القضائي، إذا ما بات ضارا بهما أو بمحزونهما (م183² م.أ). إضافة إلى ذلك، فقد حرص المشرع المغربي على وضع الآليات القانونية، التي من شأنها أن تضمن تنفيذ حق الزيارة، وتحميه من التلاعب والتحايل، وذلك إما بتعديل³ نظام الزيارة، أو بإسقاط الحضانة (م184⁴ م.أ)، ليؤكد المشرع المغربي في نهاية باب الزيارة على أن مصلحة المحضون هي الضابط الأساسي الذي يتحكم في جميع ما سبق النص عليه (م186⁵ م.أ).

ومن ثمة، يكون المشرع المغربي، قد منح نصيبا معتبرا لإرادة الوالدين في تنظيم زيارة ولدهما بصريح النص القانوني، بعيدا عن كل ما من شأنه أن يشوش على الصغير. وما ذلك إلا رغبة منه في حماية مصلحة المحضون من جهة، وإحداثا للتوازن والتساوي بين مركز الطليقين القانوني من جهة أخرى. وهو ما لم ينتبه له المشرع الجزائري، الذي أبقى على موضوع تنظيم الزيارة حكرا على سلطة القاضي، وهو ما قد لا يلبي حاجة المحضون ولا صاحب الحق في الزيارة فعلا كما سنراه.

أما المشرع التونسي، فهو الآخر لم يعترف للطليقين بالحق في الاتفاق حول تنظيم زيارة محزونهما، تاركا الأمر لاجتهاد القاضي واختصاصه، كما سنراه في حينه أيضا.

وبرأينا، على المشرع الجزائري، أن يجعل التنظيم الاتفاقي للزيارة، مكرسا ضمن نصوصه القانونية صراحة، وأن يكون هو الأصل، خاصة وأن الزيارة المتفق عليها والمستمرة والمنظمة في جو من التفاهم والهدوء؛ من شأنها أن تجعل عودة المحضون إلى والده بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها وضمة إليه أمرا سلسا، كون المحضون يكون قد تعود على والده من خلال زيارته له إذ لا فرق بينه وبين والدته⁶. وهو ما يجنبه عناء النفور منه كما نراه في مجمل الحالات التي تنتهي أو تسقط فيها الحضانة، أين يعاني المحضون

1 - تنص م181 من م.أ على ما يلي: «يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة.».

2 - تنص م183 من م.أ على ما يلي: «إذا استجدت ظروف أصبح معها تنظيم الزيارة المقررة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضارا بأحد الطرفين أو بالمحزون، أمكن طلب مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف.».

3 - جاء في قرار محكمة النقض المغربية ما نصه: «يمكن مراجعة المقرر القضائي المحدد لمواقيت وكيفية زيارة المحضون إذا أصبح تنفيذ المقرر مضرا بمصالح أحد الأطراف أو بمصلحة المحضون.» محكمة النقض: قرار عدد 609، بتاريخ 2006/11/01، ملف شرعي عدد 2006/1/2/268. نقلا عن، عمر أوزكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2014، ص.340.

4 - تنص م184 من م.أ على ما يلي: «تتخذ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة.».

5 - تنص م186 من م.أ على ما يلي: «تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق هذا الباب.».

6 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.194.

رفقة والده من صعوبة التأقلم مع بعضهما البعض، نظرا لما تفرضه الزيارة المنظمة قضائيا من شوائب، لئذُكر في هذا المقام بأنه: «ما وجد الرضا في شيء إلا زانه وما وجد الغضب والخلاف في شيء إلا شأنه»¹.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد ضرب على إرادة الوالدين الطليقين في إمكانية اتفاقهما حول تنظيم حق الزيارة قانونا وصراحة، بأن جعلها من اختصاص القاضي، إلا ما لمسناه في بعض الأحكام القليلة التي تبقى تعبر عن اجتهاد وتقدير صاحبها، دون أن يكون غيره ملزما بها. كون المشرع قد عهد بتنظيم الزيارة صراحة إلى القاضي، وهو ما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا: التنظيم القضائي للحق في الزيارة ومدى كفايته وضمانه لحق الطرف المحكوم له بالزيارة

عالج المشرع الجزائري موضوع الزيارة معالجة محتشمة، حيث خصه بشرط أصم، من مادة يتيمة، هي م64 من ق.أ، التي جاء في ذنبها: «...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة». مبقيا عليها على حالها الذي كانت عليه قبل التعديل. وملقيا على عاتق القاضي -من باب الوجوب- ضرورة الحكم بحق الزيارة عندما يحكم بإسناد الحضانة، حتى ولو لم يطلبها أحد²، ودون أن يُعتبر متجاوزا لحدود النزاع، لكونها من الضروريات في الموضوع³، وإلا تعرض حكمه لالتماس إعادة النظر⁴.

حيث شمل ذلك الشطر، ثبوت حق الزيارة لمن لم يُحكم له بالحضانة دون تمييز، سواء كان الوالد أو الوالدة أو غيرهما ممن له الحق فيها. وبذلك يكون قد تماشى مع ما قال به الفقهاء، الذين لم يختلفوا في تكريس حق كلا الوالدين في رؤية ولدهما، مع عدم أحقية أي منهما في منع الآخر من تَعَهُدِه⁵. سواء كان الوالد، لكونها تعتبر جزء من سلطته الوالدية. أو الوالدة، لكونها تعتبر جزء من أمومتها بحكم فطرتها وغريزتها. ذلك أن الحضانة حتى تُحقق المغزى الذي شرعت لأجله على أكمل وجه؛ لا بد من أن تُراقب عن طريق حق الزيارة⁶، كما أكدته المحكمة العليا في حيثيات أحد قراراتها⁷. ولما كانت الأسرة النووية هي البديل

1 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.170.

2 - باديس ذيايي: آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.90.

3 - المجس الأعلى: غ.ق.خ، 1970/10/21، د.ر.م، ن.ق، جانفي/مارس 1972، ع.1، ص.58.

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1997/04/08، ملف رقم 158842، ن.ق، 1998، ع.53، ص.61.

5 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج.1، ب. في النفقات وما يتعلق بها، ف. في الحضانة، مرجع سابق، ص.648. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.275. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القيلوبي، شهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة): حاشيتان، ج.4، ك. النفقات، مرجع سابق، ص.91-92. ومنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.502.

6 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص.190.

7 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2001/01/23، ملف رقم 258479، م.ق، 2001، ع.2، ص.301.

عن الأسرة الممتدة في الوقت الحالي؛ فإن الوالدين هما الأولى بولدهما حضانةً وزيارةً، ولما كانت الحضانة في الغالب الأعم تسند إلى الوالدة، فإن الزيارة وفقاً لذلك تسند إلى الوالد.

ولعل عدم تنظيم المشرع لحق الزيارة بدقة وإسهاب وتركه إلى القضاء؛ يرجع إلى اختلاف الفقهاء فيما بينهم في تفاصيلها¹، كما يرجع أيضاً إلى كونها مسألة اجتهادية لم يحددها هؤلاء الفقهاء بدقة، وأيضاً لكونها تقديرية يُتوقع منها تحقيق المصلحة². فمُجمل ما أخذ به الفقه في بعض مسائل رؤية المحضون؛ هي قياس الأمور بأشباهها³، وإتباع أعراف الناس وعاداتهم، لكون العرف يكتسي أهمية بالغة في التنظيم⁴، ذلك أن «المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً»⁵، حيث نظموا وفق اجتهاداتهم، بما يتحسونه في الكتاب والسنة، وكلٌّ منهم يتوخى بلوغ الأصلح والأنسب لجميع الأطراف تركيزاً على المحضون⁶.

إلا أنه ومن جهة أخرى، ورغم الصلاحيات الواسعة التي منحها المشرع للقاضي في هذا الشأن؛ فإنه لم يقدم له أي تفصيل آخر، من شأنه أن يوجهه وينير طريقه، وهو بصدد تنظيمه للزيارة، حتى يتسنى له

1 - المالكية: للوالدة أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة، والوالد -عندما تكون الحضانة عند غيره- مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التربية والتعليم، أما بعده فله مطالعة ولده من آن إلى آخر، لأن مهمة تأديبه وإرساله لتعلم القراءة والكتابة والقرآن الموكلة له لا تكون إلا بتعهده من حين لآخر. انظر، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، مرجع سابق، ص.737. انظر أيضاً، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني: تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ج.3، ك. النكاح، ب. في الحضانة، مرجع سابق، ص.253.

- الحنفية: أطلقوا القول فيها بعبارة "كل يوم"، ليكون لكلا الوالدين حق تبصر ولدهما كل يوم. حيث جاء في قولهم إذا كان الولد في حضانة والده: «له إخراجها إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها». وقولهم إذا كان الولد في حضانة والدته: «لها» = إخراجها إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده كل يوم». وأيضاً: «يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع في نهاره». انظر، محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.272، 274-275.

- الشافعية: «الزيارة مرة في أيام»، أي في يومين فأكثر، لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريباً فلا بأس أن تكون كل يوم، وكذلك الأمر بالنسبة للوالد. انظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، ف. في حقيقة الحضانة وصفات الحاضن والمحضون، مرجع سابق، ص.599-600.

- الحنابلة: يخير المميز (البالغ سبع (07) سنوات عاقلاً) بين والديه فإن اختار والده، كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يُمنع من زيارة والدته. وإن اختار والدته، كان عندها ليلاً وعند والده نهاراً ليؤديه ويعلمه. وتكون بنت سبعٍ عند والدها إلى أن تُزف وجوباً، ولا تُمنع الوالدة من زيارتها. والزيارة، «على العادة كيوم في الأسبوع». انظر، مرعي بن يوسف بن الكرمي الحنبلي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، ج.3، ك. النفقات، ب. الحضانة، ف. في الأحق بالحضانة، مرجع سابق، ص.251. انظر أيضاً، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهي لشرح المنتهى، ج.5، ك. النفقات، ب. الحضانة، ف. إذا بلغ صبي سبع سنين عاقلاً؛ خير بين أبويه، مرجع سابق، ص.698، 700-701.

2- محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.213.

3 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.170.

4 - أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص.196.

5 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، مرجع سابق، ص.345.

6 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.190.

تحقيق مصلحة المحضون دون عناء كبير، جاعلا من سلطته التقديرية الحكم والفصل بشأنها، لتصبح الزيارة من اختصاص القاضي بامتياز استنادا على قناعاته الشخصية حسب كل حالة¹.

لكن ورغم ذلك، فالاجتهادات القضائية كانت حاضرة، لمحاولة فك الإبهام على الشطر الأخير من م64، والذي جعل القاضي يهيم رقة تقديره واجتهاده بما يخدم مصلحة المحضون دون أدنى توضيح، حيث لعبت دورا هاما في ضبط وحصر بعض المسائل إلى حد ما.

فإذا جئنا إلى تحديد مكان الزيارة، فإنه يشترط ألا يكون فيه مضرة للولد، أو انعكاس سيء على نفسيته، دون أن يكون فيه مشقة على أحد الطرفين أو كليهما، وألا يكون فيه خلوة بأجنبية². وهو ما اتجه إليه اجتهاد المحكمة العليا فيما نصّه: «من المستقر عليه فقها وقضاء³ أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.⁴»، كما جاء في قرار آخر: «من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة.⁵».

أما إذا جئنا إلى تحديد زمان الزيارة ومدتها، فيجب أن يراعى فيه سن المحضون بالدرجة الأولى، وحالته الصحية، فزمان ومدة زيارة المحضون حال رضاعته ليست ذاتها بعد فطامه، وزمان ومدة زيارته وهو سليما ليست ذاتها وهو عليل، فلكل مقام مقال. وقد جاء اجتهاد المحكمة العليا مكرسا لصفة المرونة عند تنظيمها، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: «متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على القاضي

1 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص. 193-194.

2 - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الموسومة بأثر متغيرات العصر في الحضانة، المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع جامعة أم القرى، مكة، 1436هـ، ص. 27.

3 - الصواب أن تكتب (قضاء).

4 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق، 1992، ع. 1، ص. 55.

5 - المحكمة العليا: غ.ش.أ، 1998/12/15، ملف رقم 214290، إ.ق، 2001، ع. خاص، ص. 194. نقلا عن، جمال سايس:

الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج. 3، مرجع سابق، ص. 1094.

حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹ خاصة وأن زيارة الوالد لولده من حيث كونه حقاً، فهو مكرس له ولا يرتبط بسن معينة².

والمطلع على شطر م 64 الأخير، يتبادر إلى ذهنه بأن الوالد -كونه صاحب الحق في الزيارة غالباً- من حقه فقط أن يزور ولده، دون أن يتمكن من استزارته له واستضافته عنده. وهو ما كان عليه الحال في جل الأحكام التي اطلعنا عليها في بادئ الأمر، وما في ذلك من انتقاص لحق المحضون وكذا والده في رؤية بعضهما بالقدر الكافي، الذي يجعل الصغير يعتاد على والده، كما يجعل الوالد يتفحص حال ولده بنوع من الدقة والكفاية، ذلك أن الزيارة لا تحمل في معناها مجرد «الرؤية البصرية والالتقاء الجسماني»³ لسويغات فقط، بل هي أعمق من ذلك. حيث كانت قاصرة على عطلة نهاية الأسبوع لساعات محددة دون مبيت، والمناسبات الدينية والوطنية والعطل الرسمية، وفي هذا قضت محكمة عين وسارة بما يلي: «منح حق الزيارة للمدعى عليه كل يومي جمعة وسبت من الساعة التاسعة صباحاً إلى الخامسة (مساءً)⁴ وفي أيام الأعياد والمناسبات الدينية والوطنية والعطل مناصفة بينهما»⁵. وفي حكم مماثل قضت به محكمة المسيلة جاء فيه: «...وفي المقابل تقرير حق الأب في الزيارة كل يومي الجمعة والسبت وفي الأعياد الدينية والوطنية والمناسبات من الساعة التاسعة صباحاً إلى الساعة الخامسة مساءً»⁶. كما جاء في حكم آخر عن ذات المحكمة: «...مع منح المدعي حق الزيارة كل يوم جمعة من الساعة العاشرة صباحاً إلى الساعة الرابعة مساءً وخلال الأعياد الوطنية والدينية والعطل المدرسية مناصفة بينهما مع الأخذ بالرد والمبيت بدءاً بالحاضنة»⁷. وللعلم فإن هذا الحكم قد بين في طياته بأن الأب له ثلاث (03) أبناء مشتركين، فكيف له متابعتهم في ظرف يوم واحد في الأسبوع، أي بواقع سبت (06) ساعات فقط أسبوعياً؟

1 - المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق، 1991، ع.4، ص.126.

2 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/01/04، ملف رقم 350942، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.455.

3 - رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.180.

4 - الصواب أن تكتب (مساءً) في هذا القرار، وفي أغلب القرارات اللاحقة له.

5 - مجلس قضاء الجلفة: محكمة عين وسارة، قسم شؤون الأسرة، 2017/01/26، قضية مجدولة تحت رقم 16/01623، مفسرة تحت رقم 17/00184، ص.04.

6 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2017/10/08، قضية مجدولة تحت رقم 17/02794، مفسرة تحت رقم 17/02855، ص.04.

7 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2018/07/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/01238، مفسرة تحت رقم 18/02526، ص.05.

لكن، ومع مرور الوقت وكثرة النزاعات¹ التي تثور بسبب ذلك، بات القضاء يُفصلون أكثر في أحكامهم، ويسمحون بمبيت المحضون مع والده -حسب الحالة-، حيث قضت محكمة المسيلة في حكم لها بما يلي: «...ومنح الأب المدعى عليه حق الزيارة كل يوم سبت من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الثانية زوالا مع الأخذ والرد وببلوغه سن ثلاث سنوات كل يوم جمعة وسبت من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الخامسة مساءً وخلال الأعياد الوطنية والدينية والعطل المدرسية مناصفة بينهما مع الأخذ والرد والمبيت (بدء)² بالحاضنة». ³ ونحوه قضت محكمة عين وسارة: «...وإذا وقع خلاف بينهما يمارس المدعي حقه في الزيارة على النحو الآتي بيانه: كل يوم جمعة وسبت وأيام الأعياد الدينية والوطنية من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساءً مع الأخذ والرد، وإمكانية المبيت خلال عطلة نهاية الأسبوع، بالنسبة للعطل المدرسية تكون مناصفة بين الطرفين على أن يكون النصف الأول منها للأب». ⁴ وكذا في حكم آخر حديث صادر عن محكمة المسيلة جاء فيه: «...وتقرير حق الزيارة للأب أخذا وردا على أن يكون ذلك كل يوم سبت وجمعة من الساعة التاسعة صباحا إلى الساعة الخامسة مساءً وفي الأعياد الدينية والوطنية والعطل المدرسية مناصفة بينهما أخذا وردا على عاتق الأب مع حق المبيت (بدء)⁵ بالأم...». ⁶

1 - إذا كانت الزيارة تثير العديد من الإشكالات والنزاعات في زواج الوطنيين المنفك، فإن تلك الإشكالات تزداد أكثر، وتشتد حدتها، كلما تعلق الأمر بالزواج المختلط الذي ينتهي به المآل إلى الانفصال. لهذا، أبرمت الجزائر وفرنسا بالتحديد اتفاقية ثنائية، نظرا لكثرة الزيجات التي تحدث بين مواطني البلدين، بحكم الأسباب التاريخية، السياسية والاقتصادية، التي أدت إلى كثرة جالتينا هناك، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-144، الصادر بتاريخ 26 جويلية 1988، حرصا من الدولتين على توفير حماية أكثر للأطفال الشرعيين الناتجين عن زواج مختلط تم انفصاله، وضمانا منهما حرية تنقلهم بين البلدين وتقديم التسهيلات لمن له حق الزيارة، حتى يحافظوا على علاقات هادئة ومنتظمة ومستمرة بينهم وبين والدهم، وتمكين هذين الأخيرين من ممارسة حق الزيارة مع مراعاة مصلحة المحضون. إلا أنه ومع ذلك، فإن الاتفاقية السالفة الذكر، ورغم حلها لبعض الإشكالات، فإنها تبقى تعاني من قصور على المستوى العملي والتطبيقي فضلا عن عدم معالجتها لإشكالات أخرى تبقى دون حل. للاطلاع أكثر راجع، المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، ج.ر.ج. بتاريخ 27 جويلية 1988، ع.30. وغالي كحلة: (الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط)، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، 2018/08/03، مج.6، ع.9، ص.146-175.

2 - الصواب أن تكتب (بدءًا).

3 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2017/06/21، قضية مجدولة تحت رقم 17/00894، مفهسة تحت رقم 17/02283، ص.04.

4 - مجلس قضاء الجلفة: محكمة عين وسارة، قسم شؤون الأسرة، 2018/06/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/00444، مفهسة تحت رقم 18/00851، ص.05.

5 - الصواب أن تكتب (بدءًا).

6 - مجلس قضاء المسيلة: محكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، 2019/07/02، قضية مجدولة تحت رقم 19/01154، مفهسة تحت رقم 19/02233، ص.05-04.

ليصبح بذلك حق الوالد في رؤية محضونه يقترب نوعا ما من الاكتفاء مقارنة بما كان عليه الحال في بداية الأمر.

هذا، وقد يحدث أن تتعسف الوالدة -كونها صاحبة الحق في الحضانة غالبا- في تعطيل أو عدم تمكين الوالد من زيارة ولده، وبالتالي الاعتداء على حقه في ذلك والإضرار به، إضافة إلى الاعتداء على القانون، بعرقلة تنفيذ الحكم القضائي المتضمن حق الزيارة، فهل جرم المشرع هذا الفعل وعاقب عليه أم لا؟

إذا أخذنا بمبدأ الشرعية الذي يحتم علينا في التجريم التقيد بحرفية النص؛ فإنه وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في ق.ع وبالتحديد إلى م328 منه؛ فإننا نجد أنها قد نصت على الحضانة فقط وليس الزيارة، غير أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد ساوى بين الحضانة والزيارة، حيث جاء في قرار لها بأن عدم تمكين الوالدة من زيارة ولدها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية¹. وفي قرار آخر: «إن اعتماد القضاة على إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة كان بناء على (أعراف)² المتهم والمحضر المحرر من طرف المحضر القضائي مما يعد تطبيق سليم للقانون»³. كما أن المتخصصين في ق.ع يرون بأن عبارة الحضانة، تأخذ مدلولاً عاماً وواسعاً، يدخل في نطاقه حق الزيارة فلا فرق بين الحقين، طالما أن حماية ورعاية المحضون هي الهدف في الحالتين، ومعاينة من يعتدي على الحق وعلى الحكم القضائي هو مناط التجريم فيهما⁴. وهذا ما يتماشى مع المنطق السليم الذي يقضي بأنه من غير العدل أن يتمتع أحد الوالدين بحضن ولده طوال أيام السنة، فيما يحرم الآخر منه حتى في الأيام القليلة المقررة له بموجب الحكم. ورغم ذلك، فعلى المشرع أن يرفع اللبس عن م328 من ق.ع، ويضيف لها فقرة تتحدث عن تجريم اعتداء الحاضن على صاحب الحق في الزيارة⁵.

هذا، وإذا قلنا بتجريم المشرع لفعل الاعتداء أو التحايل على تنفيذ الحكم القاضي بالزيارة؛ فإنه لم يقض تبعا لذلك بإسقاط الحضانة⁶، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الآتي نصه: «لا يسقط الحق في الحضانة إلا لأسباب معينة شرعا ليست من (تبنها)⁷ عدم تسليم الحاضن الولد المحضون على وجه الزيارة (المقررات)⁸ إلى أبيه أو غيره ممن يهمهم الأمر»⁹. وبالتالي، لم يُعمل المشرع الضمانات الكفيلة باحترام تنفيذ حكم الزيارة، لكون عقوبة إسقاط الحضانة أشد وطأة على نفسية الحاضنة من غيرها من

1 - المجلس الأعلى: غ.ج.02، ق.01، 1989/02/14، ملف رقم 54930، م.ق.، 1995، ع.2، ص.181.

2 - الصواب أن تكتب (اعتراف).

3 - المحكمة العليا: غ.ج.م، 2001/03/27، ملف رقم 239135، م.ق.، 2001، ع.2، ص.377.

4 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص.197.

5 - حسينة شرون: (جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه)، مرجع سابق، ص.26-27.

6 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص.203.

7 - الصواب أن تكتب (بينها).

8 - الصواب أن تكتب (المقررة).

9 - المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 1969/05/14، د.ر.م، ن.ق، أكتوبر/ديسمبر 1970، د.ع، ص.48.

العقوبات الجزائية، مما يجعلها تبتعد عن محاولة تعسفها في ذلك. وهو الأمر الذي تفتن له المشرع المغربي، الذي سمح للقضاء بإسقاط الحضانة إذا ما تمت عرقلة تنفيذ اتفاق أو مقرر الزيارة (م184 م.أ). كما أكد على ذات المبدأ القضاء المغربي، حيث قضت محكمة النقض بالمغرب في قرار لها بما يلي: «يترتب عن ثبوت إخلال الحاضنة بتنفيذ مقتضيات الحكم المحدد لنظام زيارة الأب للمحضون سقوط حقها في الحضانة».¹

حيث يستوجب عرقلة الزيارة عقوبات تأديبية، كإندازار الحاضنة، ثم سحب الحضانة منها مؤقتا، ثم إسقاطها عليها كلياً، لأنها صارت مضارة بالمحضون وبالأطراف الزائر²، والضرر شرعا ممنوع لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾³، وقوله ﷺ فيما روي عن سعيد الخدري: ﴿لا ضرر ولا ضرار...﴾⁴، وإذا وقع كان مرفوعاً طبقاً للقاعدة الفقهية «الضرر يزال»⁵.

فالوالدة، وإن كانت أولى بالحضانة؛ فإنها لن تستطيع وحدها القيام بواجب الرعاية والإشراف الذي تترجمه عملياً زيارة الوالد لولده. حيث تتقاسم هذا الواجب مع والد المحضون، سواء حين قيام العلاقة الزوجية أو بعد انتهائها، إذ هي المرحلة التي تبرز فيها حاجة المحضون إليه أكثر. لذا، لا ينبغي لها التعسف في استعمال حقها في الحضانة، للإضرار بالوالد والمحضون. ذلك أن الزيارة وإن كانت حقاً مكفولاً لكلا الوالدين، فهي واجب قانوني، أخلاقي وتربوي يقع على عاتق كل منهما خدمة لمصلحة المحضون، وينبغي تقديم التسهيلات لتنفيذه⁶.

ومن ثمة، كان على المشرع النص صراحة على إدراج حالة منع أو تماطل الحاضنة في تمكين الوالد من رؤية محضونه، ضمن الأسباب التي يمكن فيها طلب إسقاط الحضانة، وكذا وضع نص قانوني يجيز لمصالح الضبطية القضائية التدخل في حالة الامتناع، باستثناء الحالات التي يتعذر عليها ذلك بسبب ظرف أو قوة قاهرة، خاصة وأن أغلب أوقات الزيارة محددة في الأحكام القضائية بنهاية الأسبوع، وهي الفترة التي لا يمكن فيها لصاحب الحق في الزيارة الاتصال بالمحضر القضائي، لإثبات واقعة عدم التمكين، أو رفع دعوى استعجالية بذلك⁷.

1 - محكمة النقض: قرار عدد 306، بتاريخ 2008/6/4، ملف شرعي عدد 2008/1/2/22. نقلا عن، عمر أوزكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.369.

2 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.221.

3 - سورة البقرة: آية 233.

4 - سبق تخريجه في ص.52 من هاته الرسالة.

5 - وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج.1، مرجع سابق، ص.210.

6 - فاطمة حداد: (التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا)، مرجع سابق، ص.174-175.

7 - عيسى طعيبة: (حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي)، مرجع سابق، ص.277-278.

كما أنه، وحتى بعد اعتماد بعض القضاة على التفصيل الدقيق لتنظيم الزيارة كما لاحظناه في بعض الأحكام الحديثة، ضمانا لحق الطرف المحكوم له بالزيارة في استعمال حقه دون تلقي أي عقبات، وضمانا للطرف المحكوم له بالحضانة في معرفة الوقت الذي ستتم فيه الزيارة، حتى يتسنى له تحضير المحضون، فضلا عن ضمان حق المحضون -وهو الأولى- في البقاء على صلة مستمرة ومنتظمة مع كلا والديه دون مشاكل؛ فإنها تظل مجرد أحكام تلزم طرفي النزاع دون غيرهما، قد يحكم بها قاض دون الآخر، كل حسب قناعته.

لذا، كان على المشرع أن يُبقى على التنظيم القضائي للزيارة كحل بديل، إذا لم يفلح الطرفان في التوصل إلى اتفاق ودي. ذلك الاتفاق الودي، الذي كان عليه أن يتبناه صراحة في نصوصه كأصل، تكريسا لإرادة الطرفين في تنظيم حق الزيارة، وموازنة لمركزهما القانوني في الأسرة، والذي يُبْلَغُه الوالدان إلى المحكمة لتسجيله في حكم الطلاق المتضمن في طياته تنظيم الزيارة، ثم إن أخفا في التوصل إلى اتفاق بينهما، يحال الأمر إلى القضاء، الذي ينظمها بما يراه مناسبا، في ظل مراعاة مصلحة المحضون أولا، ثم ظروف الطرفين. وكذا، عليه أن يفتح لهما باب تعديل ومراجعة، الاتفاق أو الشرط المتضمن تنظيم الزيارة في الحكم القضائي، إذا ما أصبح تنفيذه ضارا إما بالمحضون أو بهما أو بأحدهما، وبالأخص بعد مضي سنوات عدة على ذلك، وتقدم المحضون في السن وتغير الظروف.

خاصة وأن م5 ف (ب) من اتفاقية سيداو تنص على ضرورة النشارك في مسؤولية تربية الأولاد بين الوالدين كما يلي: «كفالة أن تتضمن التربية الأسرية تفهما سليما للأومومة بوصفها وظيفة اجتماعية والاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال والنساء في تنشئة أطفالهم وتطورهم، على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات.».

حيث إذا أخفق الزوجان في المحافظة على علاقتهما الزوجية، وكان الطلاق سيد الموقف بينهما؛ فلا ينبغي أن يؤثر ذلك على أولادهما، الذين هم بحاجة إلى حضانة والدتهم، ورقابة ومتابعة والدهم، حتى يترعرعون في جو من الهدوء والاستقرار، "فما لا يدرك كله لا يترك كله". وهو الأمر الذي لن يتأتى إلا بالزيارة المتفق عليها وبالحجم الساعي الكافي، التي تجعل كأن الزواج قائم والأسرة مستقرة¹، إذ لا ينبغي «إرجاء الدور التربوي المنوط بالأب إلى الأم، وتقليص الرؤية في سويغات متباعدة، لا يقوم فيها الأب بدوره المطلوب»²، خاصة بعد تحديد سن الحضانة للذكر بعشر (10) سنوات قابلة للتديد إلى ستة عشر (16) سنة فقط لأمه التي لم تتزوج بعد³، وللأنثى ببلوغها سن الزواج وهو تسعة عشر (19) سنة وفقا للمادة

1 - رشدى شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.104.

2 - أسماء فتحي عبد العزيز شحاتة: (زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون)، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، 2013، مج.15، ع.2، ص.1320.

3 - وهو ما نصت عليه م65 من ق.أ.

65¹ من ق.أ، وما يحتاج إليه المحضون من تربية ورقابة مكثفة. كما لا ينبغي أيضا، أن يضار الوالدان بعضهما البعض بواسطة المحضون. وكل ذلك، حتى ينشأ الأخير سويا بين والديه ولو كانا منفصلين، وحتى لا يُنتقص حق الوالد في تربية ولده والسهر على استقامته.

وإذا كان المشرع الجزائري يجعل من حق الزيارة تُنظم قضائيا كأصل؛ فإن المشرع المغربي قد جعل تنظيمها يخضع للقضاء، فقط عندما لا يفلح الطليقان في الوصول إلى اتفاق بينهما حول تنظيمها وديا (م182² من م.أ). في حين منح المشرع التونسي، للقاضي صلاحيات واسعة لإعمال سلطته واجتهاده وتقديره في تنظيم الزيارة، مع نوع من التفصيل فيما تعلق بمبيت المحضون، وتكلفة نقله، وذلك بموجب الفصلين رقمي 60³ المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش، و66⁴ من المجلة.

وعليه، نستخلص خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد جنح إلى ترك تنظيم الزيارة إلى القاضي، حيث منح له كامل الصلاحيات لتنظيمها مكانا، زمانا ومدة. وإذا كان التنظيم القضائي لها من شأنه كما يرى بعض الفقه⁵ تسهيل ممارستها، احترام تنفيذها، وضمان تطبيقها؛ فإنه وإن كان قد يتماشى مع المحضون في بدايات عمره الأولى، فهو ما لا يفي بالغرض حين بلوغ هذا الأخير سنا معينة خاصة المراهقة، حيث يصبح الحجم الساعي القليل المنوه عنه في الحكم المنظم للزيارة، لا يلبي الغرض منها والتمثل بالدرجة الأولى في الرقابة والمتابعة، كما يعتبر إجحافا في حق الوالد الذي لن يتمكن من القيام بدوره الأبوي بجدية وفقا له. إذ لا يعقل أن يبقى حكم الزيارة نافذا في حق الوالد بسويعاته القليلة وأيامه المحدودة وبُرهاته المحدودة، حتى بعد بلوغ المحضون سنا يصعب معها على هذا الأخير أن يتابعه ويسيطر عليه فيها. لذا، كان على المشرع أن يراعي هاته الحال، وذلك بالنص صراحة على إمكانية طلب تعديل حكم الزيارة بما يتماشى مع سن المحضون وظروف الوالدين.

1 - تنص م65 من ق.أ على ما يلي: «تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.»

2 - تنص م182 من م.أ على ما يلي: «في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة، فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ. تراعي المحكمة في كل ذلك، ظروف الأطراف والملابس الخاصة بكل قضية، ويكون قرارها قابلا للطعن.»

3 - ينص الفصل 60 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «للأب وغيره من الأولياء وللمأم النظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى أماكن التعليم لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه، كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون.»

4 - ينص الفصل 66 من م.أ.ش على ما يلي: «الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلية الزيارة عليه.»

5 - حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، مرجع سابق، ص.196.

وإذا كانت الوالدة هي صاحبة الحظ الأوفر في الاحتفاظ بالمحضون كما أسلفنا، فهل يمنحها هذا الحق السفر والابتعاد به دون قيد ولا شرط؟ خاصة وأن قرب المسافة يتلزم مع ضمان زيارة الوالد لولده. هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مدى حرية الحاضن في السفر بالمحضون وأثره على الحق في الزيارة بين الفقه والقانون

مادام المحضون يبقى طيلة فترة حضانتهم ملازما لوالدته (كونها صاحبة الأولوية في الحضانة غالبا)، ولا يكون لوالده سوى الحق في زيارته، ذلك الحق المرهون كما أسلفنا بما يقرره الحكم القضائي المتضمن إسناد الحضانة؛ فإن من شأن هاته الأخيرة أن تصطحبه معها في سفرها، سواء خارج الوطن أو داخله، وسواء للإقامة والاستيطان، أو لحاجة ثم العودة. تلك التصرفات، التي حد منها الفقه بتقييد صاحبها بضوابط معينة (أولا)، في حين لم يعطها القانون حقها في المعالجة كما ينبغي، مما فتح المجال لإطلاق العنان للحاضن في السفر بالمحضون في بعض الأحيان دون قيد ولا شرط (ثانيا). وما من شأنه أن يؤثر سلبا على صاحب الحق في الزيارة، كون الزيارة والحضانة حقان متقابلان ومتلازمان، إعمال أحدهما يستلزم وجود الآخر بالضرورة والعكس صحيح.

أولا: تقييد الفقه لسفر الحاضن بالمحضون

إذا ما انقطعت العلاقة الزوجية، بخروج المطلقة من عدتها؛ فإنه قد يحدث وأن تسافر هاته الأخيرة بالمحضون إلى غير المكان الذي يقيم فيه والده، سواء كان ذلك السفر بعيدا أو قريبا، وسواء كان للاستيطان (الدائم)، أو لحاجة (المؤقت).

ولما كان ذلك السفر، من شأنه أن ينطوي على مساس بحقوق أشخاص آخرين، وعلى رأسهم صاحب الحق في الزيارة، الذي لا بد له حتى يتمكن من رؤية محضونه، أن يكون هذا الأخير قريبا منه وتحت أنظاره، حتى يتسنى له متابعته ورقابته بشكل مباشر ومستمر وجدي؛ فإن الفقه الإسلامي¹ قد أولى عناية كبيرة لهاته المسألة، ووضع لها شروطا وضوابط معينة، إن على الحاضن أو على المحضون له، من شأنها أن تشكل قيودا على حرية هذين الأخيرين في السفر بالولد، مراعاة لمصلحته بالدرجة الأولى من جهة، وحفظا لنسبه من جهة ثانية، ثم ضمانا لحق المحضون له في إبقاء ولده تحت رقابته من جهة ثالثة.

حيث قيد المالكية²، سفر الحاضنة بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها والده أو وليه بشرطين: أولهما، أن تكون المسافة أقل من ستة برد على المشهور. وثانيهما، ألا يكون السفر للإقامة والاستيطان، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة فلها أن تسافر به، ولا يسقط حقها في الحضانة، وللولي أن يحلفها بأنها ما

1 - عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ك. الطلاق، مرجع سابق، ص ص 525-526.

2 - أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.4، الحضانة، مرجع سابق، ص ص.

أرادت بالسفر الانتقال والاستيطان، بل التجارة أو لقضاء حاجة. ويصح أن تسافر به مسافة قريبة بشرط أن تكون الطريق مأمونة، والمكان المراد السفر إليه أيضا مأمونا.

كما قيدوا سفر الولي بالمحضون بشرطين: أولهما، أن تكون المسافة أكثر من ستة برد على المشهور، أما إذا كانت دون ذلك فليس له أخذه من حاضنته، لأنه يمكنه أن يشرف عليه في هاته الحالة. وثانيهما، أن يكون السفر للإقامة والاستيطان، أما إذا كان للتجارة أو لقضاء حاجة، فليس له أخذه، ولها أن تحلفه على أنه أراد سفر الانتقال لا التجارة. فضلا عن قبول المحضون لثدي مرضعة أخرى غير حاضنته. وعموما يسقط حق الحاضنة في الحضانة هنا، إلا إذا رضيت أن تسافر معه.

وصفو الكلام عند المالكية، هو أن شرط سفر الحاضنة المسقط لحضانتها، أو سفر الولي الموجب لأخذ الولد من حاضنته؛ هو أن يكون السفر سفر ثقله وانقطاع. فإن كان تجارة ونزهة فلا تسقط حضانة الحاضن بل تأخذه إن قرب الموضع، ولا يأخذه الولي من حاضنته. وتحلف هي أنها أرادت التجارة، ويحلف الولي أنه أراد النقلة. لكي يحق لهما أخذ المحضون.

أما الحنفية¹، فقد ميزوا بين الوالدة الحاضنة وغيرها. حيث قيدوا انتقال الوالدة الحاضنة بولدها إلى بلدة أخرى، بشرطين: أولهما، أن تكون مطلقة طلاقا بائنا أو رجعيا وانتهت عدتها. وثانيهما، أن تكون البلدة التي تريد الانتقال إليها قريبة، بحيث يمكن لوالده أن يزوره ويرجع في يومه. كما قيدوا انتقالها إلى بلدة بعيدة بشرطين: أولهما، أن يكون قد عقد عليها في هذا البلد. وثانيهما، أن تكون وطنها لها. أما الحاضنة غير الوالدة، فليس لها الانتقال إلى غير بلدة والده دون إذنه مطلقا.

إضافة إلى ذلك، ليس للمرأة أن تنتقل ولدها إلى دار الحرب (الأرض التي لا سلطان للمسلمين عليها)، حتى ولو تزوجها هناك وكانت حربية وزوجها مسلما أو ذميا، إلا إذا كان كلاهما حربيين، خوفا على المحضون من أن يتخلق بأخلاق الكفرة. وليس لها الانتقال به إلى قرية مطلقا، خوفا من أن يتخلق بأخلاق أهل السواد (القرى)، المجبولة على الجفاء فيتضرر. وحاصله (الأظهر والأخصر)، أن لها الانتقال به من قرية إلى مصر (مدينة) قريبة لا عكسه، ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها وقد نكحها فيها.

أما الوالد، فقد قيدوا إخراجهم للولد من البلد الذي تقيم فيه والدته مطلقا مادامت حضانتها قائمة، سواء كان هذا البلد قريبا أو بعيدا، إلا إذا سقط حقها في الحضانة لسبب من الأسباب، ولم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق الحضانة. فإن زال المانع وعاد لها حقها في استحقاق الحضانة رجع الوالد بالولد، وبعضهم يقول ليس له الخروج به إلا إذا انتهت مدة حضانتها، أما بعد انتهائها (الحضانة) فلا يمنع من السفر به، وهو الأصح والفتوى عليه اليوم.

1 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، ك. الحضانة، ف. في مكان الحضانة، مرجع سابق، ص.217-221. انظر أيضا، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ج.5، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.273-274.

بينما رأى الشافعية¹، بأنه إذا أراد الحاضن أو الولي سفرا لحاجة أو لتجارة، بقي الولد بيد المقيم -مميزا كان أم لا- حتى يرجع من سفره، وإن أراد كل منهما سفرا لحاجة واختلفا مقصدا أو طريقا فالوالدة أولى على المختار. أما إذا أرادا سفر نقلة واستيطان، فإن الولد يتبع العاصب من والد أو غيره، سواء كان مسافرا أو مقيما، حفظا للنسب ورعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة للإنفاق عليه، ولو رافقته الوالدة في سفره دام حقها، ولو رجع من سفر النقلة رجع حقها.

ويشترط للسفر بالصغير، أن تكون الطريق مأمونة وكذا المكان المراد السفر إليه، وقيل ومسافة قُصر، وإلا فالوالدة أحق به. وليس له أن يخرج به إلى دار الحرب. وإن اختلفا فقال أريد الانتقال، وقالت بل أردت التجارة، صدّق بيمينه، فإن نكل حلفت وأمسكت الولد.

في حين ذهب الحنابلة²، إلى تقييد أحقية الوالدة في مسك الولد، بأن يكون سفرها قريبا، لأن السفر القريب كلاً سفر بالنسبة إليهم. وأنه إذا أراد أحد الوالدين السفر إلى بلدة أخرى، فإن الولد يبقى مع الوالد، سواء كان هو المسافر أو المقيم، مقيدين حقه في ذلك بشروط: أولها، أن تكون المسافة بين البلدين مسافة قصر فأكثر. ثانيها، أن تكون الطريق مأمونة، وكذا البلدة المراد الانتقال إليها. ثالثها، أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان، فإن كان للتجارة، أو لحج، أو كان بعيدا للسكنى، لكنه مخوف هو أو الطريق كذلك، كان الولد من حق المقيم. ورابعها، ألا يريد بالسفر مضارة الطرف الآخر، وانتزاع الولد من يده، فإن أراد ذلك فلا يجاب إلى طلبه.

وإذا انتقلا جميعا إلى بلدة واحدة فالوالدة باقية على حضانتها، وإذا أخذه الوالد لافتراق البلدتين، ثم عادت الوالدة إلى ذات بلدة الوالد والولد رجعت لها حضانتها. وإن اختلفا فقال الوالد سفري للإقامة، وقالت الوالدة بل سفرك لحاجة وتعود، فقله مع يمينه لأنه أدري بنيته.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن الفقه الإسلامي قد وضع جهدا كبيرا في معالجته لهاته المسألة، نظرا لما لها من تأثير على حقوق جميع أطراف العلاقة، وبالتحديد صاحب الحق في الزيارة. حيث أعطى كل من المالكية، الشافعية والحنابلة الحق للوالد أو الولي في الظفر بالمحضون، إذا ما أراد السفر به سفرا بعيدا -حدده المالكية بستة برد، والشافعية والحنابلة بمسافة قصر فأكثر-، وكذا إذا كان سفره للإقامة والاستيطان. بينما لم يعطهم الحنفية تلك الأولوية، حيث قيد سفرهم بالمحضون ومنعه مطلقا مادامت حضانة الحاضنة قائمة.

1 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النفقات، ف. في حقيقة الحضانة وصفات الحاضن والمحضون، مرجع سابق، ص.600-601. عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الخلوتي الأزهرى الشافعي (الشرقاوي): حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، ج.2، ك. الطلاق، ب. الحضانة، ط.3، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.395. وأبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.3، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.169.

2 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النفقات، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.500.

أما إذا كان السفر قريبا -أقل من ستة برد عند المالكية، وأقل من مسافة القصر عند الشافعية والحنابلة، وأن يستطيع الوالد أن يُبصر ولده في يومه ويرجع عند الحنفية-؛ فقد أعطى فقهاء المذاهب الأربعة الأولوية للوالدة عند سفرها بالمحضون. أما إذا كان السفر لتجارة أو حاجة، فقد ذهب المالكية إلى إعطاء الأولوية للوالدة، بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى إعطائها للمقيم منهما سواء الوالد أو الوالدة.

ودقة الفقهاء تلك في ضبط مسألة سفر الحاضن بالمحضون؛ إنما تدل على حرصهم على ضمان ممارسة كل ذي حق حقه، دونما تعطيل لحق الطرف الآخر المقابل له. كما تبرهن على تمكنهم في هذا الشأن. ذلك التمكن، الذي جعلهم يعالجون تلك المسألة بنوع من الجدية والصرامة والكفاية أيضا، نظرا لما تكتسبه من أهمية وحساسية، تتمثل في تشابكها بحقوق أطراف آخرين، من شأن تعسف أحدهم أن يعطل حق الآخر، ومن شأن تجاوز أحد لصلاحياته الممنوحة له أن يمس بحقوق الآخرين، وعلى رأسهم الحق المتبادل بين المحضون والمحضون له، في رؤية بعضهما البعض، إشباعا للهوة العاطفية التي خلفها الفراق، وتمكينا للمحضون له من متابعه المحضون، ومنحه آلية رقابة الحاضن في مدى قيامه بمهمته على أكمل وجه.

وإذا كان الفقه الإسلامي واضحا في معالجته لسفر الحاضن بالمحضون، ورسم معالم ذلك بجدية ووضوح، مقيدا إياه حسب صفة المسافر -إن كان الحاضن أو المحضون له-، وحسب المسافة -إن كانت بعيدة أو قريبة-، وحسب القصد من السفر -إن كان للإقامة والاستيطان أو لحاجة-؛ فلنا أن نتساءل عن كيفية معالجة القانون لهذا الأمر، وعن مدى كفايته ضمانا لحق صاحب الزيارة في ممارسة حقه المكفول له. هذا ما سنتطرق له في النقطة الثانية.

ثانيا: معالجة القانون لسفر الحاضن بالمحضون بين التقييد والإطلاق

إذا كان الفقه قد وضع ضوابط وشروط معينة، يمكن معها للحاضن أو الولي السفر بالمحضون، دون أن يضر بأحد، فضلا عن تمييزه بين السفر البعيد والقريب، وكذا بين السفر للإقامة والاستيطان (الدائم)، والسفر لحاجة (المؤقت) كما مر بنا. حيث تعتبر تلك الضوابط بمثابة قيود على حريتهما في السفر بالمحضون، حماية لهذا الأخير من جهة، وضمانا لحق الزائر في الرقابة والمتابعة من جهة أخرى؛ فإن ذلك ما لم يحظ باهتمام كبير في ظل التنظيم القانوني الأسري الجزائري، نظرا لشُح نصوصه في هذا الشأن، والتي لا تكفي لسد جميع الإشكالات التي تثور بخصوصه.

وإذا كان الدستور الجزائري يعترف بحرية التنقل، والدخول والخروج إلى ومن التراب الوطني، ويكفلها لجميع من يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية بموجب م¹⁴⁹ منه؛ فإن تلك الحرية ليست مطلقة فيما تعلق

1 - تنص م⁴⁹ من الدستور الجزائري على ما يلي: «يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن يتنقل بحرية عبر التراب الوطني. لكل مواطن الحق في الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه. لا يمكن تقييد هذه الحقوق إلا لمدة محددة، وبموجب قرار معلل من السلطة القضائية.»

بالحضانة، فهي «تتخفف أمام حقوق أخرى تحظى بحماية أوفر»¹، وعلى رأسها الحق المزدوج، الذي يمزج بين حماية مصلحة المحضون، وصاحب الحق في الزيارة معا.

ورغم ما يكتسبه موضوع سفر الحاضن بالمحضون من أهمية، تنعكس أساسا على حق من حكم له بالزيارة في مراقبة ولده؛ فإن المشرع الجزائري قد خصه بمادة وحيدة فقط، وهي م 69 من ق.أ، التي جاء نصها كالتالي: «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.».

تلك المادة، يتبين من خلالها بأن المشرع قد عالج مسألة واحدة، وهي السفر خارج التراب الوطني² وبقصد الإقامة والاستيطان. حيث قيده بترخيص القاضي، الذي يرجع له أمر السماح بذلك أو منعه، تبعا لما تمليه عليه مصلحة المحضون من جهة، وضمانا للمساواة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة، في ممارسة واجبه تجاه ولدهم المشترك، والمتمثل في المتابعة والإشراف عليه ماديا ومعنويا من جهة أخرى³. وبالتالي، فقد ساوى المشرع الجزائري بين جميع الحاضنين وعلى رأسهم الوالدين في الخضوع إلى نص م 69 من ق.أ، طالما أن الحضانة كما قد تسند للوالدة في الغالب الأعم، قد تسند للوالد أيضا في بعض الأحيان ولو مع ندرتها، وجعل الأمر خاضعا لموافقة القاضي لا لموافقة صاحب الحق في الزيارة.

وإذا كان المشرع قد قيد إرادة الحاضن -سواء الوالد أو الوالدة أو غيرهما- في السفر بالمحضون خارج الوطن للاستيطان (الدائم) بأمر القاضي (م 69 ق.أ) وبطلب من الحاضن⁴؛ فقد سكت نصا واجتهادا عن معالجة قضية شائكة باتت تهدد اليوم العديد من أصحاب الحق في الزيارة؛ ألا وهي سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن لحاجة (المؤقت)، الذي أحيانا ما يكون كيديا، ينطوي عن سوء نية الحاضن، الذي يقصد من ورائه الانفراد بالمحضون هناك، وحرمان صاحب الحق في الزيارة منه، وما ينجر عنه من ضياع

1 - فاطمة حداد: (التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا)، مرجع سابق، ص. 168.

2 - تسأل بعض الفقه حول ما إذا كان المراد بعبارة "الدولة الأجنبية" أي دولة خارج حدود الجمهورية الجزائرية مسلمة كانت أم غير مسلمة، أم يقصد بها الدولة التي لا تدين بدين الإسلام؟ واستنادا إلى اجتهادات المحكمة العليا، فإننا نجد أغلبها تعني بها الدولة غير المسلمة، وكذا بالرجوع إلى م 62 من ق.أ التي تؤكد على وجوب تربية الطفل على دين والده. لكن، برأينا فإن الهدف من إسقاط الحضانة بالاستيطان في دولة أجنبية، ليس فقط الخوف على المحضون من التخلق بأخلاق الكافرين، بل أيضا فيه مساس بحق الوالد في زيارة ولده. لذا، فالدولة الأجنبية التي تسقط الحضانة بالاستيطان فيها، هي أي دولة خارج الحدود الجزائرية مع مراعاة مصلحة المحضون. انظر، حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص. 562-566. المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 52207، م.ق، 1990، ع.4، ص.74. وأيضا، المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/02/19، ملف رقم 59013، م.ق، 1991، ع.4، ص.117.

3 - عيسى طعيبة: (حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي)، مرجع سابق، ص. 276.

4 - جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا: «...كما أن إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشخص الموكلة له إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي يستدعي طلب ذلك من الحاضن ومراعاة مصلحة المحضون ذاته». انظر، المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1993/06/23، ملف رقم 91671، م.ق، 1994، ع.1، ص.77.

وحرمان لحقي المحضون والمحضون له معا، خاصة في الحالة التي تطول فيها غيبة المحضون، أو تعيش فيها الحاضنة رفقته في إطار الهجرة غير الشرعية في الخارج، وهو ما يمكن أن يندرج في خانة النقل غير المشروع للأطفال¹.

إذ هو الأمر الذي لم يخضعه المشرع لا إلى إذن القاضي، ولا إلى موافقة صاحب الحق في الزيارة، تاركا للحاضن كامل الحرية في ذلك، مغلبا إرادة هذا الأخير في السفر بالمحضون على حساب حَقِّي الصغير وصاحب الحق في الزيارة. فبمجرد استظهار الحاضن لحكم الطلاق، المتضمن حق الولاية على المحضون -كما سنتطرق له في حينه-؛ فإنه يخرجهم دون قيد ولا شرط. حيث ونادرا ما يتم منعه على مستوى شرطة الحدود، لكن تبقى تلك مجرد اجتهادات شخصية، لا سند لها من القانون، طالما حق الولاية في صالح الحاضن المتمثل غالبا في الوالدة. وتزداد هاته الإشكالية تعقيدا إذا ما كان المسافر بالمحضون شخصا آخر غير الوالدين قريبا كان أم غريبا، فإِذْنُ من يلتزم الوالدة أم الوالد؟ لتبقى هاته التساؤلات وغيرها مطروحة ومفتوحة على جميع الاحتمالات، لافتقار أغلب النصوص القانونية للدقة والضبط اللازمين خاصة في هكذا مسائل حساسة.

هذا عن سفر الحاضن بالمحضون خارج الوطن الدائم والمؤقت، أما عن انتقاله به داخل الوطن للاستيطان، فقد سكت المشرع عن معالجته بالنص القانوني، تاركا الأمر لاجتهاد المحكمة العليا، التي تضاربت في قراراتها.

فمنها ما لم يعتد ببعد المسافة بين الحاضن وصاحب الحق في الزيارة، وبالتالي عدم تقييد انتقال الحاضن بالمحضون، والذي جاء فيه ما يلي: «من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة لا يعد مبررا موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع من استعمال حق الزيارة»². وأكدت على ذلك في قرار آخر جاء فيه: «بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة والرقابة بمسافة البرود الستة المقررة عند الفقهاء الأقدمين لا يمنع استعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل»³. لتضرب المحكمة العليا بموجب هذين القرارين حالة صاحب الحق في الزيارة المادية والصحية عرض الحائط، ذلك أنه حتى ولو تطورت وسائل النقل، فإن بعد المسافة سيظل حرجا ومشقة لمن يعاني الأمرين، العوز المادي، والعجز الصحي.

ومن هنا ما قيد انتقال الحاضن بالمحضون باحترام المسافة التي جاء تقديرها في كتب فقهاء المالكية بستة برد، وذلك بموجب قرار مناقض لسابقه جاء فيه: «لا يقبل الرد الذي يثير نقص الأساس القانوني

1 - للاطلاع أكثر حول الموضوع راجع، إدريس الفاخوري: (النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة)، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، (قضايا الأحوال الشخصية والميراث)، دار نشر المعرفة، الرباط-المغرب، 2016. ج.1، ع.32، ص.01-17.

2 - المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 1968/10/09، د.ر.م، ن.ق، 1969، ع.2، ص.38. نقلا عن حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.557.

3 - المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 1970/11/18، د.ر.م، ن.ق، جانفي/مارس 1972، ع.1، ص.67.

والقصور في التسبب على القرار الذي طبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي على أن المقرر في المذهب أن لا تتجاوز المسافة ستة برد وفي تفسير الشيخ خليل "وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي فله نزع المحضون منها ومسافة السفر ستة برد على الأقل".¹ وأكدت ذلك في قرار آخر: «من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد عن ألف كيلومتر فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه».²

وإذا كان المشرع قد ترك مسألة انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن للاستيطان لاجتهاد المحكمة العليا، الذي فتح له المجال تارة وقيده تارة أخرى؛ فقد سكت نصا واجتهادا عن معالجة انتقاله داخل الوطن لحاجة، لأن الأمر لا يطرح إشكالات بالقدر الذي تطرحه المسائل التي سبق التطرق إليها، فلا مجال لتقييد حرية الحاضن في التنقل داخل الوطن بالمحضون، إذا كان ذلك التنقل مؤقتا ولا يضر به.³

وخالص الكلام، فقد قيد المشرع سفر الحاضن بالمحضون للاستيطان خارج الوطن بإذن القاضي (م 69 ق.أ)، أما داخله فترك الأمر لاجتهاد المحكمة العليا، الذي أطلق حريته في ذلك مرة، وقيده بمسافة الست برد مرة أخرى. بينما لم يتطرق قط لا نصا ولا اجتهادا لسفر الحاضن بالمحضون لحاجة لا خارج الوطن ولا داخله، مما يقي على حرية الحاضن في ذلك قائمة، وهو ما يؤثر سلبا على حق الزيارة خاصة في الحالة الأولى (خارج الوطن).

لذا، كان على المشرع الجزائري، أن يقيد سفر وانتقال الحاضن بالمحضون -أما كانت أم أبا- للاستيطان -خارج الوطن أم داخله- بإذن القاضي، مع وجوب تقييد هذا الأخير ذاته بضرورة الأخذ بعين الاعتبار إضافة إلى مصلحة المحضون؛ ظروف الأب المادية والصحية، فضلا عن النظر في بعد المسافة، التي وإن كانت لا تشكل عسرا بالنسبة للبعض نظرا لتطور وسائل النقل الحديثة وحالتهم المادية والصحية الجيدة؛ فإنها تشكل عقبة في وجه من خانت ظروفه المادية المزرية أو حالته الصحية المتدهورة، التي تحول دون سفره وانتقاله لزيارة محضونه دوريا، مما قد يكون سببا لتخلي هذا الأخير -مرغما- عن مسؤوليته في رقابة ولده، وحقه في رؤيته والدنوّ إليه والحنوّ عليه، ذلك أن وجود من يستطيع تحمل نفقات السفر أسبوعيا

1 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1982/01/25، ملف رقم 26693، ن.ق، 1982، ع. خاص، ص. 251.

2 - المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1986/09/22، ملف رقم 43594، م.ق، 1992، ع. 4، ص. 41.

3 - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، مرجع سابق، ص. 142.

استثناء وليس قاعدة عامة، «والأحكام الشرعية تجري على الغالب لا على النادر وحمل العموم المتعسر ماديا على الخصوص المتيسر إضرارا بالناس»¹.

إضافة إلى ذلك، كان على المشرع أيضا، أن يقيد سفر الحاضن بالمحضون —أما كانت أم أبا— حاجة —خارج الوطن—، بموافقة صريحة ورسمية ممن له حق الزيارة، وإذا تعسف هذا الأخير في منح تلك الموافقة رغم توافر حالة الضرورة أو الاستعجال التي تدفع بالحاضن إلى السفر؛ أن يضع في يد الحاضن آلية رفع الأمر إلى القضاء، الذي يبت فيه محققا في مدى توافر الحالة العرضية، وأخذا منها جميع الضمانات التي تجعل من عودة المحضون إلى أرض الوطن مؤكدة، وكل ذلك احتياطا لتفادي السفر الكيدي الذي يُبَيِّت من ورائه صاحبه النية السيئة، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي كما سنراه.

أما عن انتقال الحاضن بالمحضون لحاجة داخل الوطن، فلا بأس إن تُرك حرية الحاضن، مع مراعاة مصلحة المحضون، خاصة مع تغير الظروف المعيشية الآن، التي باتت تفرض التنقلات المستمرة والدورية على بعض فئات المجتمع. وكذا، حتى لا نعيق ونعرقل الحاضن بضرورة الحصول على موافقة والد المحضون كلما استدعى الأمر منها الانتقال، خاصة إذا كان لها ما يدفعها إلى ذلك بين فترة وأخرى.

وإذا كان المشرع الجزائري، قد تهاون في موضوع سفر وانتقال الحاضن بالمحضون، ولم يعره ذلك الاهتمام الذي يليق بحجم الأضرار والنتائج الوخيمة التي قد تتجر عن إهماله له؛ فإن المشرع المغربي قد كفاه ووفاه حقه². حيث عالج أولا، مسألة انتقال الحاضن بالمحضون للإقامة في أي مكان داخل المغرب، وساوى بين الوالدين في إطلاق حريتهما في ذلك، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب سقوط الحضانة بموجب ذلك الانتقال، والذي تراعي فيه، مصلحة المحضون، ظروف الوالد أو النائب الشرعي، وبعد المسافة، كما جاء في م178³ من م.أ.

ثم عالج ثانيا، مسألة سفر الحاضنة بالمحضون خارج المغرب، الذي قيده بوجوب موافقة النائب الشرعي للمحضون، بناء على طلب مقدم من هذا الأخير، أو من النيابة العامة إلى المحكمة، التي تُدرج (المحكمة) في مقرر الحضانة أو في مقرر لاحق، طلب منع النائب الشرعي للحاضنة من السفر بالمحضون دون موافقة ذلك الأخير.

1 - محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص.179.

2 - للتفصيل أكثر حول معالجة المشرع المغربي لسفر الحاضن بالمحضون راجع، إدريس الفاخوري: (السفر بالمحضون أية حماية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12، ص.176-211.

3 - تنص م178 من م.أ على ما يلي: «لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه.».

ولم يتوقف المشرع المغربي عند هذا الحد من الحرص فحسب، بل ولضمان تفعيل طلب المنع ذلك؛ كلف النيابة العامة بتبليغه إلى الجهات المختصة، حتى يقفون على تنفيذه.

أما إذا توفرت الصفة العرضية الاستعجالية، التي تدفع إلى السفر بالمحضون إلى الخارج رغم وجود المنع، وتوفر ضمانات عودة المحضون إلى الوطن؛ فقد منح المشرع المغربي لقاضي الاستعجال صلاحية الإذن بذلك، وهي التدابير التي حملتها م¹179 من م.أ، واللجوء إلى قاضي الاستعجال هو ما أكد عليه الفصل 149² من قانون المسطرة المدنية³ كذلك.

إلا أن ما وقع فيه المشرع المغربي من تمييز بين المركز القانوني للوالدين الطليقين في هذا الخصوص؛ هو عدم مساواته بين مركزهما في طلب المنع من السفر، حيث أجاز ذلك للنائب الشرعي دون أن يجزه للحاضنة، التي لا تستطيع رفع مقرر منع السفر، إذا كان المحضون في حضانة وليه أو نائبه الشرعي، إلا عن طريق النيابة العامة⁴.

في حين أكد قضاء محكمة النقض بالمغرب، على سقوط الحضانة عن الحاضن مطلقا بسفره بالمحضون إلى الخارج واستقراره للإقامة هناك⁵.

1 - تنص م¹179 من م.أ على ما يلي: «يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون، أن تُضَمَّن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي. تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك. لا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب.».

2 - ينص الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: «يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضي للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية، أو أي إجراء آخر تحفظي، سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق، والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات. إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة. إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول. تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس.».

3 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 صادر في 28 سبتمبر 1974، بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1974، ع. 3230 مكرر، ص. 2741.

4 - أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص. 354.

5 - محكمة النقض: قرار عددا، بتاريخ 2006/01/04، ملف شرعي عدد 2004/1/2/311. قرار عدد 210، بتاريخ 2006/04/05، ملف شرعي عدد 2004/1/2/304. قرار عدد 249، بتاريخ 2006/04/26، ملف شرعي عدد 2004/1/2/333. قرار عدد 268، بتاريخ 2006/05/03، ملف شرعي عدد 2005/1/2/8. قرار عدد 183، بتاريخ 2007/03/28، ملف شرعي عدد 2006/1/2/487. قرار عدد 377، بتاريخ 2007/07/04، ملف شرعي عدد 2007/1/2/147. قرار عدد 30، بتاريخ 2008/01/23، ملف شرعي عدد 2007/1/2/434. قرار عدد 472، بتاريخ 2008/10/15، ملف شرعي عدد 2007/1/2/31، وغيرهم. نقلا عن، عمر أوزكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 480، 485، 488، 492، 417، 429، 351، 383.

أما المشرع التونسي، فقد قيد سفر الحاضنة التي تريد النقلة، بآلا تكون المسافة مما يعسر معها على الولي زيارة محضونه، وذلك بموجب الفصل 61¹ من م.أ.ش، كما قيد أيضا إخراج الوالد للمحضون من بلد والدته بوجوب رضاها، طيلة مدة حضانتها وذلك بموجب الفصل 62² من المجلة.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد قيد إرادة الحاضن -سواء كان الوالد أو الوالدة على حد سواء- في السفر بالمحضون خارج الوطن للإقامة، بإذن القاضي لا بموافقة صاحب الحق في الزيارة.

بينما سكت عن تنظيم ذات الأمر بالنسبة لسفره به خارج الوطن لحاجة، مما يدل على إطلاق حرية الحاضن في ذلك، وهو ما يطرح العديد من الإشكالات العملية في الوقت الراهن، يروح جراءها المحضون وصاحب الحق في الزيارة، تتطلب وضع حلول قانونية للحد من هاته الظاهرة، التي ظاهرها السفر الذي ترجى عودته، وباطن أغلبها السفر دون رجعة، وما من شأنه أن يؤثر سلبا على حق الزيارة. ليكون المشرع في هاته النقطة بالذات، قد غلب المركز القانوني للحاضن الذي يتمثل غالبا في الوالدة، على حساب المركز القانوني للزائر المتمثل في غالبا في الوالد.

أما عن انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن للإقامة، فكذا سكت عن تنظيمه نصا، تاركا الأمر لاجتهاد المحكمة العليا، الذي منحه الحرية في ذلك تارة، وقيده بوجوب الالتزام بمسافة الست برود تارة أخرى.

بينما سكت عن تنظيم ذات الأمر بالنسبة لانتقاله به داخل الوطن لحاجة نصا واجتهادا، لعدم طرحه لذات الإشكالات المطروحة سابقا.

والسبب الرئيسي الذي يعطي للحاضنة حق الامتياز على القيام بشؤون المحضون، حتى في الأمور التي هي من اختصاص الوالد أصالة، ومثلها السفر به دون قيد، سوى في حالة الاستيطان خارج الوطن كما مر معنا؛ هو ما منحه لها حق الولاية عليه، الذي حازت عليه بموجب الحكم القضائي القاضي لها بالطلاق وبإسناد الحضانة لها، وهو ما سنتطرق له بالدراسة في المبحث الثاني، مبرزين من خلاله المركز القانوني للوالدين، ومدى تبادل الأدوار فيه بينهما، فيما يليق وفيما لا يليق.

1 - ينص الفصل 61 من م.أ.ش: «إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها.»

2 - ينص الفصل 62 من م.أ.ش على ما يلي: «يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة وما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.»

المبحث الثاني

المركز القانوني للوالدين من خلال السلطة الوالدية

تمثل السلطة الوالدية¹ أو ما يسمى بالولاية، أقوى مظهر من مظاهر حماية العاجزين عن التصرف، في شؤونهم الشخصية أو المالية، لفقدانهم أهليتهم أو نقصانها.

ورغم امتداد الولاية على الصغار ومن في حكمهم، من بداية العلاقة الزوجية إلى ما بعد انفصامها، أين تبقى آثارها سارية المفعول. وبما أن الولاية على الصغار والعاجزين أثناء قيام العلاقة الزوجية لا تثير الكثير من المشاكل بالقدر الذي تثيره بعد انتهائها؛ فقد ارتأينا تناولها حال الانفصام، للوقوف على التحول الذي شهده المركز القانوني للوالدين الطليقين في هذا الخصوص.

ولأهميتها في حياة المحضون، وتميُّزها بالخطورة، كونها تمسه في نفسه وماله؛ شهد تسليمها إلى من يستحقها تباينا بين الفقه والقانون كلٌّ حسب ما يراه مناسبا في نظره (المطلب الأول). ومنح الولاية إلى أحد الوالدين؛ يقابله بالضرورة تحميل هذا الأخير المسؤولية المدنية على أفعال المحضون الضارة بالغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مستحقو الولاية على المحضون بين الفقه والقانون

سنركز بالدراسة على الولاية المتعدية الخاصة والأصلية، وبالتحديد ولاية الوالد المستمدة من الشارع، وكذا الوالدة التي باتت تستمدها من القانون، باعتبارهما محوري دراستنا هاته، من خلال إبراز المركز القانوني لهما. دون التطرق إلى الولاية النيابية أو المكتسبة، سواء كانت عامة "ولاية القاضي"، أو خاصة "كولاية الوصي² أو المقدم (القيم)¹، أو الكافل"²، والتي لا يمكن أن تكون إلا عند انعدام الولاية الأصلية، لأي سبب من الأسباب.

1 - السلطة الوالدية لغة: هي مركبة من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة، حيث تعرف السلطة بأنها: من «سَلَطَ يَسْلُطُ سُلْطَةً وَسَلْوَطَةً، فهو سَلِيط. سَلَطَ الشَّخْصَ طَالَ لِسَانُهُ بالكلام...تَسَلَّطَ على الرجل: تَحَكَّم فيه وسيطر عليه...سَلَطَ الرَّجُلُ: أَطْلَقَ له السُّلْطَانُ والقدرة. سَلَّطَهُ عليه: مَكَّنَهُ منه وَحَكَّمَهُ فيه...سُلْطَةٌ (مفرد): جَمْعُ سُلْطَاتٍ وَسُلْطَاتٍ: تَسَلَّطَ وسيطرَة وَتَحَكَّم، سيادة وَحَكْمٌ...». انظر، أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مج.2، ب. السين، (س ل ط)، مرجع سابق، ص.1093. أما الوالدية فهي: من الوالد، وهو اسم فاعل من ولد. «والوالد: الأب. والوالدة: الأم، وهما الوالدان...». انظر، ابن منظور: لسان العرب، مج.6، ب. الواو، (ولد)، مرجع سابق، ص.4914.

- السلطة الوالدية اصطلاحاً: نعرفها على ضوء ما جاء به الغوثي بن ملحَة بأنها: مجموعة الحقوق والواجبات القائمة على أساس علاقة القرابة، يمارسها الأب وقد تمارسها الأم في بعض الأحيان، على نفس وأموال ابنهم القاصر. انظر، الغوثي بن ملحَة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقانون، ط.3، د.م.ج، الجزائر، 2015، ص.159.

2 - الوصي حسب م92 من ق.أ هو الشخص الذي يعينه الولي الشرعي (الأب أو الجد)، في حالة انعدام أم تتولى أمور القاصر، أو ثبوت عدم أهليتها لذلك قانوناً، ويسمى "الوصي المختار". وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح مع مراعاة م86 من ق.أ ويسمى =

ومنه، وقبل التطرق إلى مستحقو الولاية على المحضون قانوناً (الفرع الثاني)، كان لزاماً علينا أن نعود إلى تبيان مستحقيها فقهاً، حتى نعرف المرجعية الفقهية التي استند عليها المشرع الجزائري في نصوصه المتعلقة بالولاية، وعن مدى اتفائه أو اختلافه مع ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين أولوا لتلك المسألة اهتماماً بالغاً، لما تلعبه من دور فعال في حياة الولد (الفرع الأول).

الفرع الأول

مستحقو الولاية على المحضون فقهاً

أسند جمهور الفقهاء من المالكية، الشافعية والحنابلة، الولاية سواء على النفس أو على المال، إلى العصبية من الذكور دون الإناث، وجعلوها من اختصاصهم الأصل (أولاً). إلا أن الحنفية، في الولاية على النفس. وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، في الولاية على المال؛ قد منحوا الحق في فيها إلى الوالدة وغيرها من ذوي الأرحام، لكن عند انعدام العصبية من الذكور (ثانياً).

أولاً: الاتجاه الفقهي الذي يسند الولاية إلى العصبية من الذكور فقط

عرفنا سابقاً³ بأن الولاية شرعت في الإسلام لحماية العاجزين عن التصرف في شؤونهم سواء الشخصية أو المالية، بسبب فقدانهم لأهليتهم أو نقصانها. حيث تمثل رفقة النفقة، الحضانة والزيارة «قلاع حماية، وحصون وقاية للأبناء من الضياع والتشرد»⁴.

وعرفنا كذلك، بأن للولاية عدة أقسام⁵، تختلف حسب المعيار الذي صنفته على أساسه، والتي من بينها الولاية على النفس والولاية على المال، وفقاً للمعيار الموضوعي.

ويقصد بالولاية على النفس فقهاً، تلك السلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه، كالتزويج والتعليم والتطبيب وغيرها¹. ولما كانت ولاية التزويج²، أهم ما تتضمن عليه الولاية على النفس؛ فقد أسند

= "بالوصي المعين". إلا أن الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري، يكمن في كونه لم يعترف للجد بالولاية على أموال القاصر، ثم منحه حق تعيين وصي. في حين اعترف بصريح النص القانوني للأب بالولاية على مال ذلك الأخير، دون أن يمنحها حق تعيين وصي. انظر، أحمد عيسى: (الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البلدة، كلية الحقوق، 2011/01/01، مج.1، ع.1، ص.97.

1 - المقدم حسب م.99 من ق.أ. هو: «من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءً على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة».

2 - الكفيل نظمت أحكامه م.116-125 من ق.أ. وهو من يلتزم على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر -سواء كان مجهول النسب أو معلومه- من نفقة ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي (م.116، 119 ق.أ.). وقد خولت الكفالة الكفيل الولاية القانونية التي يتمتع بها الأبوان الأصليون (م.121 ق.أ.).

3 - راجع، ص.42 من هاته الدراسة.

4 - ثريا بن سعد: أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس أنموذجاً"، د.ر.ط، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009، ص.117.

5 - للاطلاع أكثر حول أقسام الولاية راجع، هامش ص.42 من هاته الدراسة.

جمهور الفقهاء من المالكية، الشافعية والحنابلة مهمة القيام بها إلى العصبية³ من الذكور فقط سواء كانت ولاية إجبار أم اختيار⁴، نظرا لخطورتها سواء على الولي أو على المولى عليه.

حيث لا ينعقد وفقهم النكاح بعارة المرأة، لا أصالة عن نفسها، ولا نيابة عن غيرها، وأن استئذان هاته الأخيرة في ابنتها، لا يعدو أن يكون تطيبا لنفسها ليس إلا، لما روي عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿امروا النساء في بناتهن﴾، حيث قال الخطابي في هذا: «مؤامرة النساء في بضع البنات ليس من أجل أنهن يملكن من عقدة النكاح شيئا، ولكن من جهة استطابة أنفسهن وحسن العشرة معهن، لأن ذلك أدعى إلى الألفة بين البنات وأزواجهن، إذا كان مبدأ العقد برضا من الأمهات ورغبة منهن...والبنات إلى الأمهات أميل، ولقولهن أقبل...»⁵.

ويتمثل الولي على النفس عند المالكية⁶، في ولي مجبر، وهو الذي يملك تزويج المولى عليه جبرا، دون أن يكون له دخل في الرأي والاختيار. ويتمثل في المالك، الأب، ووصيه. وولي غير مجبر، وهو الذي له تزويج المولى عليه برضاه واختياره، حيث لا ينفرد بالعقد وحده، وإنما لابد من رضا واختيار المولى عليه.

1 - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج.2، ب.8، نظرية الأهلية والولاية، ف.66، الولاية أو النيابة الشرعية، ط.2، دار القلم، دمشق-سوريا، 2004، ص.845.

2 - أسباب ولاية النكاح هي: ولاية الملك (وهي ملك السيد عبده أو أمته)، ولاية القرابة (وهي انتساب شخص إلى شخص لأجل النسب، وهي تختص بالعصوبة عند الجمهور، أما أبو حنيفة فإنه يثبتها لجميع الأقارب عصبية كانوا أم ذوي أرحام)، ولاية الولاء (وهي نوعان: "عتاق"، وتثبت للسيد المعتق على مملوكه المعتق ذكرا أم أنثى. و"موالاة"، وهي عهد يحصل بين شخص وآخر، وتحصل به ولاية النكاح عند أبي حنيفة فقط)، ولاية الإمامة (وتثبت للإمام، السلطان والقاضي أو نوابهم)، والولاية بالوصاية (حيث يرى المالكية والحنابلة في رواية، ثبوت الولاية في النكاح لوصي الأب، واختلفوا في ثبوتها لوصي غير الأب). للتفصيل أكثر انظر، حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار بلنسية، الرياض، 1420هـ، ص ص.647-649.

3 - العصبية: هم من يرثون بغير تقدير، أي بغير نصيب مقدر، وهم ثلاثة (03) أنواع:
- العصبية بالنفس: هم أقرباء الميت الذكور مهما علوا أو نزلوا ولا تتوسط بينهم أنثى، وليسوا من أصحاب الفروض، ولكن يرثون بعد أصحاب الفروض، يُقدم منهم الأقرب فالأقرب، بحسب الأولوية في درجة العصبية.

- العصبية بالغير: هي كل أنثى، يوجد معها عاصب بالنفس من الذكور، من درجتها وقوة قرابتها، كالبنات والأبناء إذا توفي والدهم. ومثال ذلك: إذا توفي شخص وترك زوجة وابنا وبناتا، فإن الزوجة تأخذ الثمن فرضا، والابن والبنات يأخذان الباقي تعصيبا، طبقا لقاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين"، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾. سورة النساء: آية 11.

- العصبية مع الغير: هي كل أنثى تصير عصبية مع أنثى غيرها، فكل أخت شقيقة أو أخت لأب، تصبح عصبية مع البنت أو بنت الابن. ومثال ذلك: إذا توفي شخص وترك زوجة وبناتا وأختا، فإن الزوجة تأخذ الثمن فرضا، والبنات تأخذ النصف فرضا، والأخت الشقيقة تأخذ الباقي تعصيبا.

يراجع فيما تقدم، عبد القادر جعفر: مذكرة في الميراث، ط.1، د.د.ن، الجزائر، 2005، ص ص.12-13.

4 - راجع، ص ص.42-43 من هاته الدراسة.

5 - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ج.3، ك. النكاح، ب. في الاستثمار، ح. رقم 2095، مرجع سابق، هامش ص ص.435-436.

6 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، مرجع سابق، ص ص.351-369.

ويتمثل في العصبية، (وتُقدم فيهم البنوة، ثم الأبوة المباشرة، ثم الأخوة، ثم الجدودة، ثم العمومة)، ثم المولى (وهو المعتق ثم عصبته)، ثم الكافل غير العاصب (بشروط أن تكون دنيئة، وأن يكفلها زمن تحصل فيه الشفقة والحنان دون تحديد زمن لذلك)، ثم الحاكم (القاضي اليوم)، ثم كل مسلم بالولاية العامة (يصح الزواج بالولاية العامة في الدنيئة، مع وجود ولي خاص، كأب وابن وعم لم يجبر، لكونها بالغاً ثيباً أو بكراً لا أب ولا وصي لها، ويصح كذلك في الشريفة، مع وجود ولي خاص غير مجبر، إن دخل بها الزوج وطال زمن الدخول بأن ولدت أولاد كثلث سنوات. ذلك أنه بعد السيد والأب ووصيه، في البكر والصغيرة والمجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء على أنثى صغيرة أو كبيرة)، وقلنا الولاية العامة، لكون ما تقدم ولاية خاصة، ذلك أن الولاية عند المالكية خاصة وعامة.

بينما يتمثل الولي على النفس عند الشافعية¹، في ولي مجبر وهو، الأب (شرط ألا تكون بينه وبين ابنته عداوة ظاهرة، وهناك من قال بانتفاء العداوة يكفي، ولا حاجة لأن تكون ظاهرة، وأن يزوجه بكف²، وأن يكون الزوج موسراً بحال الصداق، إذ هي الشروط المعتبرة في صحة تزويج الأب لابنته بدون إنزها، دون غيرها من الشروط الأخرى التي تعتبر شروطاً لجواز الإقدام فقط)، الجد عند عدم الأب، والسيد. وولي غير مجبر وهو، الأب، الجد، وباقي العصبات بالترتيب التالي: الأبوة وإن علت، الأخوة ويقدم فيها الأخ لأبوين على الأخ لأب، العمومة، ثم سائر العصبية كالإرث، المعتق ثم عصبته، والسلطان. ولا يزوج ابن بنوة، حيث لا تثبت الولاية عندهم للأبناء.

في حين يتمثل الولي على النفس عند الحنابلة³، في ولي مجبر وهو، الأب، وصيه، والحاكم. وولي غير مجبر وهو، باقي العصبات الأقرب فالأقرب كالإرث بالترتيب التالي: الأبوة وإن علت، ثم البنوة وإن سفلت، ثم الأخوة (الأخ الشقيق والأخ لأب مثله وهو المشهور رغم اختلافهم في مسألة كونهم سواء في الولاية) وأولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة وأولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب، ثم المعتق ثم أقرب عصبته، ثم السلطان.

1 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، ك. النكاح، ف. لا تزوج المرأة نفسها، مرجع سابق، ص ص.200-205.

2 - توسع الحنفية، في اعتبار الخصال التي تدخل في الكفاءة، حيث تشمل عندهم: النسب، الإسلام، الحرية، الديانة (التقوى والصلاح)، المال والصناعة (الحرفة). بينما تعتبر عند الشافعية، في النسب، الدين، الحرية والحرفة ولا تعتبر في المال. وعند الحنابلة، تعتبر في الديانة، الصناعة، اليسار بالمال، الحرية والنسب. وعند المالكية، تعتبر في أمرين فقط وهما: التدين (بأن يكون مسلماً غير فاسق)، وفي السلامة من العيوب التي توجب الخيار للمرأة. انظر، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدى، مج.2، ج.3، ك. النكاح، ب. في الأولياء والأكفاء، مرجع سابق، ص ص.50-55، وعبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ك. النكاح، مرجع سابق، ص ص.56-59.

3 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.5، ك. النكاح وخصائص النبي ﷺ، ب. أركان النكاح وشروطه، مرجع سابق، ص ص.45-46. انظر أيضاً، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي: المغنى، ج.9، ك. النكاح، مرجع سابق، ص ص.355-361.

أما الولاية على المال فتعني عند الفقهاء، سلطة على شؤون القاصر المالية، من عقود وتصرفات وإنفاق وغيرها¹. ولما كانت تلك التصرفات تحتاج للقيام بها إلى من هو أقدر وأجدر؛ فقد أسندها جمهور الفقهاء من المالكية، الحنفية، الشافعية (في المذهب)، والحنابلة (على الأرجح) إلى الذكور كذلك. وقد اتفقوا على ثبوتها للأب أولاً، مع بعض الاختلاف فيمن يليه²، دون أن يثبتوها للأم حال وجوده مطلقاً، إلا عن طريق الإيصاء³ (الشافعية على غير المذهب، والحنابلة في رواية).

ذلك أن ولاية المال بالنسبة لهم، لا تحتاج إلى الشفقة فحسب، بل تتطلب أيضاً «كمال النظر والقوة والخبرة في شؤون المال، والأم ليست كذلك لأنها امرأة»، كما عبر عنه محمد عبد العزيز النمي⁴. خاصة وأن شؤون تصريف المال، وتدبير المعاش، الرجال أقرب وأجدر منها من النساء، نظراً لطبيعة وظيفتهم في هاته الحياة، التي تتسجم مع تكوينهم العضوي والنفسي، الذي خصهم به الخالق، كون المال يحتاج إلى جدية وقوة وعدم التهاون⁵، ورفق وحنان وحساسية الأم لا يخدم جزئية المال. كما أنهم قاسوها على ولاية النكاح، فكما لم تثبت لها تلك الولاية، فلا تثبت لها هاته بالضرورة⁶.

ويتمثل الولي على المال عند المالكية⁷، في الأب، وصي الأب، وصي وصيه، ثم الحاكم (القاضي اليوم). دون الجد والأم وسائر القرابات.

بينما يتمثل الولي على المال عند الحنفية⁸، في الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي، وهو وصي القاضي.

أما ما هو عليه المذهب عند الشافعية¹، فإن الولي على المال عندهم هو، الأب، ثم الجد، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه وصي من تأخر موته منهما (من الأب أو الجد)، فإن لم يكن وصي نظر فيه السلطان.

1 - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج.2، ب.8، نظرية الأهلية والولاية، ف.66، الولاية أو النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص.845.

2 - أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص.217.

3 - بلقاسم شتوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مرجع سابق، ص.261.

4 - محمد عبد العزيز النمي: الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012، ص.67.

5 - عبد الفتاح ظافر كباره: ولاية الرجل الأسرية والعامة في الإسلام، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2008، ص.47. (كتاب إلكتروني).

6 - وارتى غنية: (ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري)، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2017/06/30، مج.11، ع.1، ص.32. انظر أيضاً، حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.661.

7 - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج.8، ك. الحجر، مرجع سابق، ص.240.

8 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.6، ك. البيوع، ف. في ترتيب الولاية، مرجع سابق، ص.589.

في حين الأرجح عند الحنابلة²، يُثبت الولاية على المال للأب، ثم لوصيه بعده. ولا يكون غير هؤلاء وليا ولا وصيا في المال، فالجد والأم وسائر العصبات لا ولاية لهم، وهو المذهب الذي عليه أكثر الأصحاب، لكن يجوز أن يوصي الأب لمن شاء منهم أو من غيرهم. فإن لم يوجد لا أب ولا وصي؛ فللقاضي الذي له أن يُنصّب أمينا من قِبله.

وهكذا، تبدو لنا دقة فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم، في تحديد الأولياء، سواء على النفس أو على المال، حيث لم يتركوا جزءًا إلا ولا مسوه بأحكامهم. ليكون دليلا على تمكنهم من ذلك، ومن إحاطتهم بجوانب الموضوع بعناية فائقة، نظرا لحساسيته وأهميته بالنسبة للصغير.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن جمهور الفقهاء سواء في الولاية على النفس أو على المال؛ قد اختصوا بها العصبية من الرجال دون الإناث، مانحين للأب أحقية تصدر أولئك الذكور في أغلب الحالات كما تطرقنا له سابقا. إلا أن الحنفية في الولاية على النفس، وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة في الولاية على المال؛ قد منحوا الحق فيها للأم وغيرها من ذوي الأرحام، لكن عند انعدام العصبات من الذكور، وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا: الاتجاه الفقهي الذي يسند الولاية إلى الإناث عند انعدام العصبية من الذكور

رغم اتفاق جل فقهاء الشريعة الإسلامية، على تكليف العصبية من الذكور، بمهمة الولاية على القصر، سواء كانت ولاية على النفس أو على المال، مع اختلاف في التقديم والتأخير فيما تعلق بمراتب الأولياء كما مر معنا؛ فإن هناك جانبا منهم من سمح للوالدة بذلك على سبيل الاستثناء، وقد تمثل ذلك الاستثناء في انعدام العصبية من الذكور.

وبدل تقييد الفقه للوالدة في إمكانية توليها على صغارها بضرورة انعدام العصبية من الذكور حيث لا ولاية لها في حضرته ووجودهم؛ على أن ولايتهما تلك ليست مطلقة بل ولاية احتياطية، استثنائية، وفي حدود ضيقة جدا.

ففي الولاية على النفس، انفرد الحنفية³، بمنح الأم وذوي الأرحام الولاية في التزويج، حين انعدام العصبات. حيث لا ولي عندهم إلا المجر، وتثبت ولاية الإيجاب عندهم، للأقارب العصبات الذكور الذين لا ينتسبون لقريبهم بامرأة.

1 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج.2، ك. الرهن، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.126. انظر أيضا، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، مرجع سابق، ص.427.

2 - محمد سليمان عبد الله الأشقر: المجلى في الفقه الحنبلي، ج.2، القسم 3، المعاملات، ك.19، النقل والجر، ب.3، الولاية والوصاية على مال المحجور عليهم لحظ أنفسهم، ط.1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1998، ص.200.

3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، ف. في شرط التقدم، مرجع سابق، ص.376-378. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.200. ومحمد توفيق=

والعصوبة عندهم، مقدمة على ذوي الأرحام، ورغم ثبوتها للأب والجد وجميع الأقرباء، إلا أنها مرتبة حسب استحقاقهم للإرث، للأقرب فالأقرب كما يلي: البنوة وإن سفلت، الأبوة وإن علت، الأخوة، العمومة، المعتق ثم عصبته، الحاكم (وهو القاضي اليوم).

ويضيف الحنفية، أنه إذا انعدمت العصبية مطلقاً، انتقلت الولاية إلى الأم، ثم لأم الأب، ثم أم الأم، فإن لم يكن أحد من الأصول انتقلت الولاية إلى الفروع، مع تقديم البنت على بنت الابن لقربها، وبنت الابن على بنت البنت لقوة قرابتها، ثم الجد الرحيمي (غير الصحيح)، ثم الأخوات، ثم الأعمام من جهة الأم، ثم العمات مطلقاً، ثم الأخوال، ثم الخالات وأولادهن، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام، انتقلت الولاية للحاكم (القاضي اليوم).

وهناك من قال في المذهب الحنفي، بأنه عند انعدام العصبية، تؤول الولاية للحاكم قبل ذوي الأرحام. إلا أن الراجح، يفيد بأنها تؤول لذوي الأرحام قبله، فهم أولى من الحاكم، لأنه لا معنى لأن يتولى هذا الأخير نكاح امرأة مع وجود قريب لها، كما أنهم ليسوا بأقل شفقة منه، بالإضافة إلى أن الولاية مرتبة على استحقاق الميراث، فكل من استحق الإرث استحق الولاية.

ولعل منح الحنفية للأم -رغم كونها أنثى- الحق في ولاية تزويج غيرها حين انعدام العصبية، راجع إلى أنهم منحوها أصلاً الحق في ولاية تزويج نفسها برضاها، إذا بلغت حرة عاقلة، وزوجت نفسها بكفاء، وبمهر المثل¹، ولو أنهم استحبوا أن يتولى وليها العقد حتى لا تنسب إلى الوقاحة، وذلك بمخالطتها ومجالستها مجامع الرجال².

حيث يعتبرون بأن تزويجها لنفسها، هو تصرف في خالص حقها، طالما هي من أهلها، ولم تلحق الضرر بغيرها، فيصح تصرفها في نفسها كما يصح في مالها³، كما أن زوال الولاية على مالها وثبوتها لها ببلوغها وحررتها، يثبت لها الولاية على نفسها أيضاً⁴، فهي تتصرف في مالها والأولى أن تتصرف في بضعها⁵.

=قديري: النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص.116.

1 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ك. النكاح بغير ولي، مرجع سابق، ص.13-14. انظر أيضاً، علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج.2، ك. النكاح، ب. الولي، مرجع سابق، ص.152.

2 - الكمال ابن الهمام الحنفي: فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية، ج.2، ب. الأولياء والأكفاء، مرجع سابق، ص.393.

3 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج.5، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.12.

4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.373.

5 - أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، ج.2، ب. النكاح بغير ولي، د.ر.ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1992، ص.103.

لذا، فما دامت المرأة تملك تزويج نفسها بكفاء وبمهر المثل أصالة عن نفسها، فلها ذلك أيضا نيابة عن غيرها. وقد استدلووا على ذلك بما بدر من سيدتنا عائشة رضي الله عنها حين أنكحت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمان، من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائباً¹. حيث أورد الإمام ابن الأثير تلك القصة حين قال: «أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم - زوجت حفصة بنت عبد الرحمان المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان قال: ومتلي يُصنّع به هذا؟ ومتلي يُفْتَأُ² عليه؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ما كنت لأرُدَّ أمراً قَضَيْتِهِ، فقررت حفصة عند المنذر، ولم يكن ذلك طلاقاً»³.

أما في الولاية على المال، فجل الآراء الفقهية لا يُقرُّون بولاية الوالدة على أموال أولادها القصر، وليس لها التصرف فيها، إلا إذا عُيِّنَتْ وصيا عنهم من طرف الولي، بحسب ترتيب الأولياء في كل مذهب كما سبق التفصيل فيه. وذلك لكون الولاية على المال، من اختصاص "الأب، الجد، وصيهما والحاكم"، وأما الوالدة فليست لها هاته الولاية. كما قاسوا الأمر على ولاية النكاح، فكما لم يثبت لها الشرع الولاية في النكاح، فكذلك لا تثبت لها الولاية في المال تبعا لذلك⁴.

إلا أنه ورغم ذلك، فإن هناك آراء في الفقه الإسلامي، أثبتت الولاية للوالدة على أموال أولادها القصر، لكن في حالة عدم وجود الوالد والجد. وذلك لكونها أحد الوالدين، فتلي شأنها شأنه. كما أنها أشفق على ولدها من غيرها بل وحتى من والده. إضافة إلى أن ولاية المال ثابتة لها في مالها، فتثبت لها على مال ولدها القاصر، ولا وجه لأن تقاس ولاية المال على ولاية النكاح التي لم تثبت لها⁵.

وتمثلت تلك الآراء الفقهية، المدعّمة لجواز تولي الوالدة على أموال أولادها القصر، في قول عند فقهاء المذهب الشافعي⁶، وهو قول أبو سعيد الإصطخري: الذي مفاده أنه: «إذا لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فتثبت لها الولاية على المال كالأب، والمذهب أنه لا ولاية لها».

- 1 - الكمال ابن الهمام الحنفي: فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية، ج.2، ب. الأولياء والأكفاء، مرجع سابق، ص.393.
- 2 - يُفْتَأُ عليه، الافتئات: الاجتزاء على الإنسان والإقدام عليه، وترك المبالاة به. انظر، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري: جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج.7، د.ر.ط، مكتبة الحلواني/مطبعة الملاح/مكتبة دار البيان، د.ب.ن، 1971، ص.595.
- 3 - المرجع نفسه، ص.595.
- 4 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.2، ك. الرهن، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.126. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، ج.3، ك. البيع، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.447. وحافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.661.
- 5 - حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.661-662.
- 6 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.2، ك. الرهن، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.126. انظر أيضا، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج.5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، مرجع سابق، ص.427.

كما تمثلت تلك الآراء الفقهية أيضا، في رواية عن الإمام أحمد بن حنبل، مفادها أن للأُم ولاية على مال أولادها القصر، وهو ما ذكره القاضي في قوله: «أن للأُم ولاية»¹، وقد قال المرداوي في ذلك: «الذي يظهر أنه حيث قلنا: للأُم والعصبة ولاية: أنهم كالجد في التقديم على الحاكم وعلى الوصي، على الصحيح»².

وما يؤكد منح الحنابلة في هاته الرواية للوالدة الحق في الولاية على أموال أولادها القصر؛ هو ما أجاب به الإمام أحمد بن حنبل، حين سأله الأثرم عن رجل مات وله ورثة صغار كيف يصنع؟ فقال: «إن لم يكن لهم وصي ولهم أم مشفقة تدفع إليها»³.

كما اختار شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الرأي، الذي يمنح للوالدة ولاية على مال القاصر، حيث قال بأن الولاية تكون لجميع الأقارب بعد الأب في قوله: «والولاية على الصبي والمجنون والسفيه تكون لسائر الأقارب...»⁴، دون أن يحدد الجنس، حيث رأى بأن «تخصيص الولاية بالأب والجد والحاكم فضعيف جدا. والحاكم العاجز كالعدم»⁵.

ويتبين من خلال آراء الفقهاء السالفة الذكر، التي ورغم كونها آراء جانبية وتعتبر عن الروايات المرجوحة لدى أصحابها؛ فإنها صدرت من فقهاء لهم من العلم ما يُثَمِّن مواقفهم تلك. خاصة وأنهم جعلوا للوالدة نصيب في تولي مال ولدها القاصر دون إطلاق، بل حين انعدام عصبته الذكور.

إلا أننا بدورنا، ورغم كوننا نشاطرهم الرأي في جعل الأم ثُلَى مال ولدها القاصر استثناءً؛ فإننا لا نتفق معهم في جعل توليها ذاك لا يأتي إلا بعد انعدام العصبة من الذكور مطلقا، حيث يكفي انعدام الوالد فحسب، أو عدم أهليته لذلك، أو على الأكثر حال انعدام الوالد والجد، وأن تكون ولايتها تلك خاضعة لرقابة القاضي. فهي إذا كانت لا تحل محل الوالد بحال؛ فإنه من جهة أخرى لا يحل محلها أحد، لكونها أحد والدي القاصر، والأكثر حرصا على مصلحته، والأولى بالولاية عليه، إلا إذا ثبتت عدم أمانتها، أو إهدارها للمال، فهنا لكل ذي مصلحة أن يرفع أمرها إلى القضاء لإسقاط ولايتها، فلا إفراط ولا تفريط.

وعليه نستخلص من خلال ما سبق، بأن جانب من الفقه، قد أسند الولاية على القصر إلى الوالدة، لكن شريطة انعدام العصابات من الذكور. وتمثل هذا الجانب من الفقه، في الحنفية في الولاية على النفس،

1 - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.5، ك. الحجر، مرجع سابق، ص.324.

2 - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج.5، ك. الحجر، مرجع سابق، ص.324.

3 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، ج.3، ك. البيع، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.447.

4 - علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ك. البيع، ب. الحجر، مرجع سابق، ص.137.

5 - المرجع نفسه، ص.137.

وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة في الولاية على المال. حيث منحوا الحق في الولاية للأُم وغيرها من ذوي الأرحام، وقيّدوا ذلك بانعدام العصبات من الذكور.

وإذا كان هذا هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مستحقي الولاية على المحضون، على النفس كانت أم على المال، والذي تميز بالوضوح، الدقة، التحديد والكفاية، نظرا لدرجة الأهمية التي تكتسبها هاته المسألة، بالنسبة للمولى والمولى عليهم. فماذا عن موقف المشرع الجزائري؟ وما الجديد الذي جاء به هذا الأخير في هذا الشأن؟ ومدى موافقته للموقف الفقهي في ذلك؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مستحقو الولاية على المحضون قانونا

إذا كان الفقه واضحا وصارما فيما تعلق بتنظيمه لمستحقي الولاية على المحضون؛ فإن المشرع الجزائري قد شهد موقفه من هذا الشأن مرحلتين متباينتين. تميزت الأولى، باعتباره للوالد بأحقية في الولاية الكاملة على ولده -سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انفصامها-، والتي لا تُسلب منه إلا بوفاته، وذلك قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984 (أولا). في حين غير من وجهته تلك، وذلك بسحبه للولاية منه وإسنادها إلى الوالدة -كون الحضانة في الأغلب الأعم تكون من حليفها- بعد انفصام العلاقة الزوجية، وذلك بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 (ثانيا).

أولا: تولي الوالد الولاية على المحضون قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984

لم يفرق المشرع الجزائري بموجب ق.أ لسنة 1984، بين الولاية على الأولاد القصر أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انفصامها. كما لم يفرق أيضا بصفة واضحة وصريحة بين الولاية على النفس والولاية على المال.

حيث تحدث في الولاية على النفس، عن ولاية تزويج المرأة عامة، دون أن يميز بين البالغة والقاصرة، وأسند الولاية في ذلك إلى الوالد فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، وذلك بموجب م11 من ق.أ. كما منح للوالد أيضا، بموجب الشطر الثاني من م12 من ق.أ، أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، في حين لم يجز للولي -والدا كان أم غيره من الأولياء- أن يجبر موليته على الزواج أو أن يزوجه دون موافقتها، وذلك بموجب م13 من ق.أ. وما نلاحظه هنا، هو حصر المشرع لولاية التزويج في الوالد، الذي تكرر تكليفه بها في جميع النصوص القانونية التي تناولتها، فضلا عن باقي الأقارب والقاضي، الذين ليسوا محل دراستنا لهذا الباب، الذي ينصب على الوالدين دون غيرهما.

في حين جاء في الولاية على المال، بالمادة 87 من ق.أ التي حملت نصا عاما، يندرج ضمن النصوص القانونية التي تتحدث عن الولاية على المال، أين أسند فيه الولاية كأصل عام إلى الوالد على أولاده

القصر، ثم بعد وفاته تؤول إلى الوالدة احتياطيا وبقوة القانون، حيث جاء فيها ما يلي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.».

وقد ذكر المشرع هنا عبارة "القُصْر"، التي يمكن تقسيمها إلى فئتين¹، "فئة القصر سنا"، وهم من لم يبلغوا سن الرشد، والذين يمرون على مرحلتين: مرحلة القاصر غير المميز، التي تبدأ من لحظة ميلاده إلى قُبَيْل بلوغه سن التمييز، الذي حددته م 42 ف2² من ق.م بثلاث عشرة (13) سنة. ومرحلة القاصر المميز، التي تبدأ من بلوغه سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد، والذي حددته م 40 ف2³ من ق.م بتسع عشرة (19) سنة.

و"فئة القصر عقلا"، وهم البالغون سن الرشد، الذين اعتراهم عارض من عوارض الأهلية. وتشمل من يأخذ حكم الصبي غير المميز وهما المجنون والمعتوه، اللذان نصت عليهما م 42 ف1⁴ من ق.م. ومن يأخذ حكم الصبي المميز وهما السفیه وذو الغفلة⁵، اللذان نصت عليهما م 43 ف6⁶ من ق.م.

وتأسيسا على ما سبق، فإن الولاية قبل تعديل ق.أ لسنة 1984 كانت عامة وكاملة، مسندة كأصل عام إلى الوالد، سواء حين قيام العلاقة الزوجية أو بعد انتهائها، لعدم تمييز المشرع بين الحالتين. كما كانت لا تؤول إلى الوالدة إلا بصفة احتياطية وعرضية بعد وفاة هذا الأخير، إذ هو السبيل الوحيد الذي تحتل بتحقيقه الوالدة منصب الولاية على أولادها، حيث لا ولاية لها حال حياته.

ولعل ذلك، كان راجعا إلى عدة اعتبارات كان عليها المجتمع الجزائري قبل تعديل ق.أ لسنة 1984، لعل من أبرزها قوامة الرجل على المرأة، ورئاسته لأسرته ككل بما في ذلك أولاده، التي كان عليها الحال بموجب م 39 من ق.أ حينها. مما جعل المشرع يجعل زِمَام الولاية الكاملة على الأولاد القصر في يد الأب وحده، ولا تُتَرَع منه إلا بعد وفاته.

وإذا كانت ولاية الوالد واضحة لا غبار عليها، حيث تجمع بين الولايتين -على النفس وعلى المال- فإن ذلك ما شهد غموضا وعدم وضوح من المشرع الجزائري، في تبيان نوع الولاية المسندة للوالدة بعد وفاته، فهي ولاية كاملة -على النفس والمال- أم جزئية على المال فقط.

1 - وارتى غنية: (ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص 31-32.

2 - تنص م 42 ف2 من ق.م على يلي: «...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة.».

3 - تنص م 40 ف2 من ق.م على ما يلي: «...وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.».

4 - تنص م 42 ف1 من ق.م على ما يلي: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون...».

5 - لم ينص المشرع الجزائري في ق.أ على ذي الغفلة، ضمن المواد (81، 85، و 101) التي تناولت الأشخاص الذين يعتبرون فاقدوا ناقصي الأهلية، نظرا لما يعتريهم من عوارضها.

6 - تنص م 43 من ق.م على ما يلي: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفیها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.».

لما كان الاجتهاد القضائي كما مرّ بنا سابقا، يلعب دور المفسر تارة، والمكمل تارة أخرى، للنصوص القانونية المبهمة أو الناقصة؛ فإنه هنا قد واصل هو الآخر في غموض م87 من ق.أ قبل التعديل، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: «من المقرر قانونا أنه "في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة". ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون»¹.

حيث ورغم إسناد القرار السالف الذكر للولاية للوالدة بعد وفاة الوالد، وحصرها فيهما فقط دون باقي الأقارب، إلا إذا ثبت تعارض بين مصالح الوالدة كولية ومصالح القاصر؛ فإنه هنا لم يفصل ولم يميز بين توليها الولاية على النفس أو على المال أو عليهما الاثنين. وبالتالي، فقد أبقى على ما جاءت به م87 من ق.أ، ولم يأت بأي إضافة أو جديد عليها يساهمان في توضيحها، وتحديد نوع الولاية التي تختص بها الوالدة بعد وفاة الوالد.

وإذا كان المشرع لا يمنح الوالدة الولاية على أولادها القصر إلا بتحقيق وفاة والدهم، دون أن يوضح لنا أي الولايتين خولها لتلك الأخيرة؛ فإنه كذلك لم تكن الولاية حسبها حينها تتبع إسناد الحضانة²، وهذا ما أكدته اجتهاد قضائي صادر عن الغرفة المدنية، جاء مستندا على نص م87 من ق.أ قبل التعديل جاء فيه: «الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر...»³. مما يدل على أن الولاية كانت للوالد سواء أثناء انعقاد الزواج أو حتى بعد انفصامه.

وتأسيسا على ما سبق، فإن المشرع الجزائري لم يكن يعترف للوالدة بالولاية مع وجود الوالد حيا، متمتعا بكامل قواه العقلية والبدنية مطلقا مهما كان الحال، حيث كانت الأولوية له عند وجوده وحضوره. وهنا، يكون قد اتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية، والمذهب من الشافعية، والراجح عند الحنابلة، وحتى الحنفية، الذين لم يكونوا يقرّون بولاية المرأة بأي شكل من الأشكال، حال وجود العصبية من الذكور مطلقا، والتي يعتبر الوالد على رأسهم.

وباعترافه للوالدة بالولاية عَرَضِيًّا عند وفاة الوالد فقط، يكون قد مال بعض الشيء إلى ما قال به المذهب الحنفي، في ولاية التزويج. وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، في الولاية على المال، الذين رأوا إمكانية تولي المرأة ذلك. إلا أنه اختلف عنهم عندما اعترف لها بالولاية عند انعدام الوالد وحده، دون أن

1 - المحكمة العليا: غ.ش.أ، 1997/12/23، 187692، م.ق، 1997، ع.1، ص.53. نقلا عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، مرجع سابق، ص.874.

2 - نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص.240.

3 - المحكمة العليا: غ.م، 2008/12/24، ملف رقم 446467، م.م.ع، 2009، ع.2، ص.133.

يعبر اهتماما لباقي العصبية من الذكور، في حين أقر هؤلاء الفقهاء بولايتها على أولادها القصر، عند انعدام العصبية من الذكور مطلقا، في الولاية على النفس، وعند انعدام الأب والجد ووصيهما في الولاية على المال كما سبق التطرق إليه.

والى هذا النهج سار المشرع المغربي في المادتين 231 ف1 و2¹، و238 ف2² من المدونة، وكذا التونسي في الفصل 154³ من القانون عدد 7 لسنة 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش، وكذا الفصل 155⁴ من ذات القانون. للذان منحا الأولوية للوالد أصالة وابتداءً على أولاده القصر، ثم تليه الوالدة مباشرة عند وفاته -في القانون الجزائري- وعند وفاته أو غيرها من الحالات التي تأخذ حكم الوفاة، كفقْدان الأهلية مثلا في القانونين المغربي والتونسي.

أما المشرع الفرنسي فقد ساوى بين الوالدين في حلول الحيّ منهما محل المتوفي، وفقا للمادة 373 ف1 ق.م.ف التي جاء فيها: «إذا كان أي من الأب أو الأم قد توفي أو حرم من ممارسة السلطة الوالدية، فالآخر يمارس وحده هذه السلطة»⁵، انطلاقا من كون السلطة الوالدية لديهم مشتركة بينهما. مضافا إلى حالة الوفاة حالات أخرى تماثلها، كما جاء في م373 ق.م.ف التي أفادت بأنه: «يحرم الأب أو الأم من ممارسة السلطة الوالدية في حالة عدم القدرة على التعبير عن الإرادة بسبب عدم الأهلية أو الغيبة أو لسبب آخر»⁶. كما لم يفرق المشرع الفرنسي بين حالتين انعقاد أو انحلال الرابطة الزوجية، كمؤثر على الشراكة بين الوالدين في الولاية على أولادهما القصر، وذلك بموجب ما تضمنته م373 ف2 من ق.م.ف، كما سنتطرق إليه في حينه.

وبعد عرض موقف كل من المشرع المغربي، التونسي والفرنسي ولو بإيجاز شديد؛ يتضح لنا انفراد المشرع الجزائري، بجعل وفاة الوالد هي الحالة الوحيدة التي تسقط بموجبها ولايته على أولاده القصر، وتُسند بتحقيقها الولاية عليهم إلى والدتهم. حيث اتسمت قوانينهم بتوسيع تلك الحالات، لتشمل فقدان الأهلية والغيبة

1 - تنص م231 ف1 و2 من م.أ على ما يلي: «صاحب النيابة الشرعية: 1-الأب الراشد؛ 2-الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛...».

2 - تنص م238 ف2 من م.أ على ما يلي: «يشترط لولاية الأم على أولادها: 2...-عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان الأهلية، أو بغير ذلك...».

3 - ينص الفصل 154 من القانون عدد 7 لسنة 1981 على ما يلي: «القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج...».

4 - ينص الفصل 155 من القانون عدد 7 لسنة 1981 على ما يلي: «للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية».

5 - Art. 373-1 du C.C.F (L. n° 2002-305 du 04 mars 2002) dispose: «Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 624.

6 - Art. 373 du C.C.F (L. n° 2002-305 du 04 mars 2002) dispose: «Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause». Voir, Ibid, P. 624.

وغيرهما، كونها حالات واردة جدا وتأخذ حكم الوفاة في كثير من الأحيان، وهي ما تغاضى عنها المشرع الجزائري في تقنينه آنذاك.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قبل تعديل ق.أ لسنة 1984، كان يعترف بالولاية الكاملة للوالد كأصل، ويحصرها فيه وحده حال حياته، دون أن يتطرق إلى حالة فقدان أهليته أو غيابه أو غيرها من الحالات، التي تمنعه من ممارسة ولايته على أولاده القصر، كما لم يكن يميز بين حالة قيام العلاقة الزوجية وحالة انفصامها، حيث لم يكن الوالد يفقد ولايته إلا بعد فقدانه لحياته، أين يؤول الدور هنالك للوالدة.

إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، خاصة بعدما رأى البعض بأن حصر الولاية في الوالد وعدم إحالتها إلى الوالدة إلا بعد وفاته، قد خلق نوعا من العقبات سواء في وجه الزوجة، عند غياب زوجها، أو حصول مانع له، خاصة فيما استعجل من أمور تتعلق بالأولاد القصر. أو في وجه الأم المطلقة الحاضنة، عند تعسف طليقها في القيام بمقتضيات الولاية، أو إهماله لها، أو تعذر قيامه بها، مما يترتب على ذلك تعطيل مصالح المحضون.

وهو الأمر الذي كان عليه الحال بعد تعديل ق.أ لسنة 2005 كما سنراه في النقطة الموالية، حيث سنرى هل منح المشرع الولاية للوالدة إضافة إلى حالة وفاة الوالد، في حالات استثنائية أخرى يتعذر معها على ذلك الأخير ممارسة حقه فيها، حماية وتيسيرا لمصالح الأولاد القصر؟ أم أنه آل بها إليها حال حياة الوالد وتمتعه بكامل قواه العقلية والجسدية وتواجهه كذلك ودون أي مبرر يمنحها الحلول محله في تولي الأولاد القصر المحضونين؟ وسنرى أيضا، إن كان المشرع قد وضح الغموض الذي كان عليه النص قبل التعديل، بأن خولها الولاية على النفس والمال معا، أم على المال فقط، خاصة وأن الولاية على النفس تميزها ولاية التزويج، وما تتطوي عليه هاته الأخيرة من خطورة على المولى عليه بالدرجة الأولى.

ثانيا: استئثار الوالدة بالولاية على المحضون بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005

بعد أن كان المشرع الجزائري لا يفرق بين الولاية على الأولاد القصر حال قيام العلاقة الزوجية وحال انفصامها، حيث كان يمنحها كأصل عام للوالد، ولا تؤول إلى الوالدة إلا بعد وفاة هذا الأخير (م 87 ق.أ قبل التعديل)، سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية (م 113 ق.أ)¹؛ فإنه وبعد تعديل ق.أ لسنة 2005 احتفظ بذات النص ليجعل منه الفقرة الأولى للمادة 87، التي منح للوالدة بموجبها بعد وفاة الوالد ولاية دائمة، مادامت على قيد الحياة ولم تثبت عدم أهليتها لذلك، دون أن يوضح طبيعة تلك الولاية إن كانت كاملة أم جزئية. مضيفا لها فقرتين جديدتين، تعززان مركز الوالدة القانوني فيما تعلق بالولاية على أولادها القصر، إحداها تعرضت إلى الولاية حال قيام العلاقة الزوجية، والأخرى بعد انفصامها.

1 - تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، الجزائر، 2007، ع.1، ص.46.

حيث نصت ف2 من م87 من ق.أ على ما يلي: «وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد». التي منح للوالدة بموجبها حال حياة الأب وغيابه أو حصول مانع له، سلطة الحلول محله لتتوبه بولاية مؤقتة، مع تحديده لطبيعة تلك الولاية بأنها جزئية قاصرة على الأمور المستعجلة التي لا تقبل التأجيل، بسبب غيبة والد القاصر أو حصول مانع له، والتي غالبا ما تتمثل في شؤونه المدرسية واستخراج وثائقه الثبوتية¹، وهو ما عبرت عنه الحكومة الجزائرية «بالإجراءات الإدارية، وتعليم الأطفال»²، رغبة منه في حماية مصالح القاصر، حيث يبقى الوالد هنا محتفظا بولايته الأصلية الكاملة على أولاده القصر. وللعلم، فإن المانع المذكور هنا لا ينصرف إلى موانع الأهلية، التي تسقط الولاية عن اعترته طبقا للمادة 91³ من ق.أ، لكونها تجعل ممن توفرت فيه قاصرا لا ولاية له على نفسه، ومن باب أولى ألا تكون له ولاية على غيره⁴.

ويربط المشرع لإحالة الولاية للوالدة، بوفاة الوالد (ف1 م87)، أو بغيابه أو حصول مانع له (ف2 م87)؛ يتبين لنا بأنه لا يمكن أن تحل محله حال حياته، حضوره، وتمتعه بقواه العقلية والجسدية⁵. إلا أن تلك المعادلة، قد داس عليها المشرع بموجب ف3 من م87، التي تشكل محور دراستنا لهاته الجزئية، والتي جاء نصها كالتالي: «وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد». حيث نقل للوالدة بل ولأي حاضن آخر بموجبها -حال حياة الوالد مع حضرته وسلامته ورشده- الولاية على المحضون، دون أن يوضح طبيعة تلك الولاية إن كانت كاملة أم جزئية. حيث أصبحت الوالدة -كونها الحاضن غالبا- ولية على أولادها القصر⁶، ليس لسبب يتعلق بالوالد سوى لوقوع الطلاق الذي قد يكون من جانبها أو بسببها.

وهذا الحكم الجديد الذي جاءت به الفقرة السالفة الذكر؛ هو ما أكدته المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها: «إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون»⁷، مؤكدا على ذلك في قرار لاحق جاء فيه: «...الولاية مقرونة بالحضانة»⁸.

1 - بلجراف سامية: (الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019/06/14، مج.11، ع.2، ص.451.

2 - التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، مرجع سابق، ص.20. انظر، [CEDAW/C/DZA/3-4](#).

3 - تنص م91 من ق.أ على ما يلي: «تنتهي وظيفة الولي: 1-بعجزه، 2-بموته، 3-بالحجر عليه، 4-بإسقاط الولاية عنه».

4 - تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مرجع سابق، ص.48.

5 - المرجع نفسه، ص.49.

6 - AKROUNE yakout : (Droit de la famille et droit de l'homme en Algérie: Une coexistence toujours conflictuelle), *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques*, Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, Faculté de droit et de sciences politiques, 15/06/2008, Vol. 45, N°. 2, P.86.

7 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.265.

8 - المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2015/01/15، ملف رقم 0990050، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.256.

أدت تلك الفقرة، بما حملته من غرابة وغموض وعدم تحديد وتوضيح، إلى جعلها تقبل عدة احتمالات وتأويلات، انقسم جرائها الباحثون القانونيون إلى ثلاث فئات، كلٌ ألقى بدلوه من الجانب الذي رآه مناسباً لأفكاره، على حسب الزاوية التي نظر منها إلى تلك الفقرة.

حيث رأت فئة¹، بأنها مادامت جاءت على عمومها، فهي تعني من خلال صياغتها وظاهر نصها، الولائتين معا -على النفس والمال-، وتمنح للوالدة الحاضنة الولاية الكاملة بما في ذلك ولاية التزويج. كما أنه طالما هناك نص قانوني صريح يربط بين الحاضن والولاية (م 87 ف 3 ق.أ)، فلا داعي للإسناد إلى نص م 222 ق.أ. وتبريرهم لذلك يتمثل في أن المشرع مادام أجاز للمرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، بحضور وليها الذي أصبح مجرد شرط شكلي قد يتمثل في شخص آخر (ف 1 من م 11) -كما تطرقنا إليه سابقاً-؛ فإنه بمقابل ذلك يجيز لها عقد زواج أولادها القصر. كما أن ف 2 من م 11 ذكرت بأن القصر يتولى زواجهم أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، فهنا إذا اتبعنا ظاهر تلك الصياغة فإن عبارة "الأقارب" يمكن أن تنصرف إلى جميع الأقارب دون تحديد جنسهم ذكورا كانوا أم إناثا. فضلا على أن عبارة "القاضي" قد تشمل الذكر والأنثى خاصة مع اكتساح النساء لهذا الميدان. لذا، فإذا كانت القاضية قد تتولى زواج القاصر، فما المانع من تولي والدته لذلك.

وفئة ثانية²، ترى بأنها تنصرف إلى الولاية على المال فقط، كونها جاءت ضمن المواد التي تنظم هاته الأخيرة، كما أن ولاية التزويج وغيرها من مشمولات الولاية على النفس كالحضانة، قد تم تنظيمها والفصل فيها بموجب نصوص أخرى كما في ف 2 من م 11، وم 64 من ق.أ. إضافة إلى تشديد المشرع على عنصر الذكورة في تزويج القصر في ف 2 من م 11، بذكره للوالد صراحة كمتصدر لباقي الأولياء الذين منحهم حق تزويج القصر، دون إشارته للوالدة، رغم عدم نصه على شروط الولي، والتي من بينها الذكورة.

وفئة ثالثة³، ترى بأن عدم تحديد المشرع لنوع الولاية، يعتبر سكوتا من قبله، ينبغي معه بموجب م 222 من ق.أ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي لا تُقر للمرأة بأي حال من الأحوال، الولاية على أولادها القصر، لا على المال ولا على النفس، مادام الوالد على قيد الحياة، متمتعا بقواه العقلية والجسدية، كما فصلنا فيه آنفا.

1 - من بين من ذهب إلى هذا التحليل، سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص. 84. بوكايس سمية: المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص. 197، 201. وعيسى أحمد: (الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر)، مرجع سابق، ص. 85.

2 - من بين من ذهب إلى هذا التحليل، الغوثي بن ملح: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 205. ووارتي غنية: (ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري)، مرجع سابق، ص. 35.

3 - من بين من ذهب إلى هذا التحليل، تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مرجع سابق، ص. 53-54.

كما أنه، وإذا قلنا باعتبار أن ف3 من م87 من ق.أ. تنطوي على الولايتين معا نظرا لعمومها؛ فإن ذلك القول فيه خرق كبير لما جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث قد تؤول الحضانة لوالدة غير مسلمة (كتابية)، وما في ذلك من مناقضة لما جاء به الفقه الإسلامي الذي أجمع على شرط الإسلام في الولي¹، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾²، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِّنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾³، وقوله أيضا: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾⁴.

فضلا عن مناقضته أيضا لجمهور الفقهاء من المالكية⁵، الشافعية⁶ والحنابلة⁷، الذين يشترطون الذكورة⁸ في الولي، ما عدا الحنفية على النحو الذي سبق التطرق إليه⁹. ناهيك عن كون الوالدة ستصير ولية على أبنائها القصر، رغم وجود الوالد حيا وبدون مانع، وهذا ما يتعارض مع الفقه الإسلامي الذي لا يقر ولاية الوالدة على الأولاد القصر حال حياة الوالد أو غيره من العصبه بأي حال من الأحوال¹⁰.

وإضافة إلى تعارضها مع الشريعة الإسلامية؛ فإنها تصبح تتعارض كذلك مع نصوص قانونية أخرى، أهمها م11 ف2 التي لم تمنح للوالدة ولاية تزويج أولادها القصر. اللهم إلا إذا اعتبرنا بأن م11 ف2 تتجه نحو الولاية في حالة قيام العلاقة الزوجية، وم87 ف3 تتجه إلى الولاية حال انفصامها¹¹. لتصبح الولاية للوالد عند الزواج وللوالدة بعد الطلاق.

1 - أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.103.

2 - سورة النساء: آية 141.

3 - سورة المائدة: آية 51.

4 - سورة الأنفال: آية 73.

5 - القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، ج.1، ك. النكاح وأبوابه والطلاق وما يتعلق به، ب. اشتراط الولي في عقد النكاح، د.ر. ط، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.س.ن، ص.727.

6 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج.2، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.241.

7 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ج.9، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.345.

8 - هناك شروط يجب توافرها في الولي بإجماع الفقهاء، وهي أن يكون بالغاً عاقلاً (كمال الأهلية)، مسلماً، حراً وليس عبداً (هذا الشرط أصبح غير وارد حالياً). وشروط مختلف فيها، وهي أن يكون عادلاً، ذكراً، رشيداً لا سفيهاً (حسن التصرف وصالحاً)، عدم الإحرام بحج أو عمره، ألا يكون مكرهاً على العقد (مختاراً). للتفصيل أكثر راجع، سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.54-98.

9 - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، ج.3، ك. النكاح، مرجع سابق، ص.90.

10 - غربي صورية: (حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل)، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المخبر المتوسطي، 2017/03/09، ع.3، ص.50.

11 - لحسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، د.ر. ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.299.

وإذا رجعنا إلى ما كان مقررا في المشروع التمهيدي لتعديل ق.أ، الذي كان ينص في م18 المعدلة للمادة 87 على أنه: «يمارس الأب والأم بصفة مشتركة الولاية على أولادهما القصر.»، وكتبرير لذلك أشارت المذكرة الإيضاحية على أن هذا التعديل جاء خصيصا بهدف استحداث المسؤولية العائلية المشتركة¹؛ فإننا نجد بأن المشرع الجزائري قد حاول تقليد المشرع الفرنسي بموجب تلك الفقرة، الذي جعل من السلطة الوالدية مشتركة بين الوالدين، كما جاء في م372 ق.م.ف: «يمارس الأب والأم معا السلطة الوالدية...»²، دون أن يكون لقيام العلاقة الزوجية أو انفصامها تأثير على تلك الشراكة، كما جاء في م373 ف2 ق.م.ف: «لا تأثير لانفصال الوالدين على قواعد إسناد السلطة الوالدية. يجب على كل من الأب والأم أن يحافظ على علاقات شخصية مع الولد وأن يحترم علاقات هذا الأخير مع الوالد الآخر...»³.

وكل ذلك تنفيذا لما جاءت به اتفاقية سيداو، وبالضبط ما جاء في م16 ف1 (د): «نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.» وكذا (و): «نفس الحقوق والمسؤوليات فيما تعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.».

خاصة بعد أن أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بضرورة مراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في ق.أ، وعلى وجه الخصوص التوصية (د) التي جاء فيها: «ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية⁴ على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة...»⁵، وذلك نتيجة لما قالت به السيدة "عويج" حين النظر في تقرير الجزائر الأولي، التي رأت بأن زوجات الغائبين يعانين من التشريع الذي يحظر عليهن تولي مسؤولية الوصاية على أولادهن⁶.

1 - نقلا عن، تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مرجع سابق، ص.46.

2 - Art. 372 du C.C.F (L. n° 2002-305 du 04 mars 2002) dispose: «Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale...». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 623.

3 - Art. 373-2 du C.C.F (L. n° 2002-305 du 04 mars 2002) dispose: «La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent...». Voir, Ibid, P. 624.

4 - لاحظت من خلال اطلاعي على جل ما ورد في وثائق لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بأنهم لا يميزون بين الولاية والوصاية ويستعملون مصطلح الوصاية كمصطلح يضم جميع صور النيابة الشرعية بما فيها الولاية.

5- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، مرجع سابق، ص.16-17. انظر،

[CEDAW/C/DZA/CO/3-4](#).

6 - محضر موجز للجلسة رقم 407، مرجع سابق، ص.09. انظر، [CEDAW/C/SR.407](#).

إلا أن المشرع الجزائري وبموجب ف3 من م87 يكون قد اتخذ لنفسه مسلكا فريدا من نوعه¹، حيث خرج عما كان مقررا في المشروع التمهيدي، وجائِب ما دعت إليه الاتفاقيات الدولية، وناقض ما جاءت به حتى القوانين الغربية كالقانون الفرنسي، الذين يجعلون الولاية مشتركة بين الوالدين، مع حصرها فيهما دون غيرهما، في حين منحها هو لجميع الحاضنين بعد الطلاق وعلى رأسهم الوالدة، مع إقصائه لحق الوالد فيها مطلقا ومن دون سبب -إلا إذا آلت الحضانة إليه-. فضلا عن خروجه بموجب تلك الفقرة عما قرره الفقه الإسلامي، الذي لا يعترف بالولاية للنساء حال وجود العصبية من الرجال وعلى رأسهم الوالد.

لذا، كان على المشرع الجزائري إما أن يبقى على التوازن بين الحضانة والولاية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، والذي لخصه السمرقندي في تحفته² حين قال: «الولاية إلى العصابات في الجملة، والحضانة إلى ذوات الرحم المحرم لأن الحضانة تبتنى على الشفقة والرفق بالصغار، وذلك في جانب النساء أوفر، وهن بالتربية أعلم». أو أن يتبنى التساوي الذي جاءت به الاتفاقيات الدولية، والتي تجعل الولاية مشتركة بين الوالدين سواء كان الزواج قائما أو منقسما. ولألا يحيل الولاية من جانب النساء سوى إلى الوالدة إذا كانت أهلا لها، وليس عبثا واعتباطا بل إذا ما توافرت دواعي ذلك، ك وفاة الوالد أو فقدان أهليته أو غيابه أو حدوث مانع له، هذا حين قيام العلاقة الزوجية، أما عند انفصامها وعدم توفر أي عذر من الأعذار السالفة الذكر، فلا تمنح لها الولاية إلا إذا ثبت تعسف الوالد أو إهماله لدوره في القيام بمقتضيات الولاية، مثلما ذهب إليه المشرع التونسي.

وأمام هذا الغموض وعدم الوضوح والتعارض مع الفقه والقانون، نأمل أن يتدخل المشرع ويخرج ولاية التزويج بالنص الصريح من صلاحيات الوالدة الحاضنة بعد الطلاق³، ويعيدها إلى أصلها المتمثل في الوالد صراحة كذلك، طالما لا يزال على قيد الحياة، متمتعا بصحته الجسدية والعقلية، ولم يحدث له ما يمنعه من ذلك، كما لم يثبت قانونا تعسفه أو تهاونه في ممارستها. ولا بأس بتولية الوالدة بعد وفاته، أو فقدان أهليته، أو حصول مانع له، أو غيابه، أو ثبوت تعسفه أو تهاونه، وأن يكون ذلك تحت رقابة القضاء عليها، وذلك لكون الوالدة حاليا وبعد أن أصبحت الأسرة محصورة في غالب الأحيان في الوالدين فقط والأولاد؛ فإن تلك الأخيرة أشفق عليهم من غيرها، وأدرى بشؤونهم بعد والدهم، خاصة بعد تغير معطيات الحياة الاجتماعية الحالية، وما وصلت إليه المرأة من مركز قوي داخل أسرتها وخارجها.

1 - أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.176.

2 - علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء: ج.2، ك. الطلاق، ب. الحضانة، مرجع سابق، ص.229.

3 - تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مرجع سابق، ص.52.

وموقف المشرع الجزائري الفريد ذاك، خالفه فيه المشرع المغربي، الذي رغم اعترافه للوالدة بصفة الولي بموجب م230 ف1¹ من م.أ، إلا أنه لم يمنح لها الولاية إلا في الأمور المستعجلة، وعند حصول مانع للوالد بموجب م236² من المدونة.

وكذا المشرع التونسي، الذي أسند للوالدة -دون غيرها من الحاضنات- بعض صلاحيات الولاية كسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية بموجب ف4³ من الفصل 67 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش، حيث تنقلص ولاية الوالد دون أن تتعدم، ليبقى هو الولي الأصلي⁴ طبقا للفصل 508⁵ من المجلة، والفصل 154 من القانون عدد 7 لسنة 1981، المتعلق بتتقيح بعض الفصول من م.أ.ش، وكذا الفصل 155 من ذات القانون السالفي الذكر. مما يجعل على هذا النحو مشمولات الولاية مقسمة بين الوالدين⁶، حيث لم يمنح للوالدة الولاية الكاملة -مثملا ذهب إليه المشرع الجزائري- إلا بتوافر ظروف معينة تتعلق بالوالد، تتمثل في تعذر ممارسته لها، أو تعسفه في ذلك، أو تهاونه، أو تغيبه، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون، وذلك بموجب ف5⁷ من الفصل 67 من القانون عدد 74 لسنة 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من م.أ.ش.

لنخلص هنا، إلى أن المشرع التونسي لم يجعل لأحد من الوالدين الولاية الكاملة على القصر بعد انفصام العلاقة الزوجية دونما سبب، بل جعلها موزعة ومشاركة بينهما. حيث لا ينفرد بها الوالد كاملة، إلا إذا أسندت الحضانة إليه، ولا تنفرد بها الوالدة كاملة، إلا إذا أسندت لها الحضانة واعتبرت الوالد إحدى الحالات المنصوص عليها بموجب ف5 من الفصل 67 من المجلة⁸.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد غلب المركز القانوني للوالدة على الوالد فيما تعلق بالولاية على الأولاد القصر بعد انفصام العلاقة الزوجية. أين جعلها إذا أسندت إليها الحضانة تتولى شؤون أولادها القصر، دون أن يكون هناك ما يمنع الوالد من ممارسة ولايته عليهم صراحة،

- 1 - تنص م230 ف1 من م.أ على ما يلي: «يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1-الولي وهو الأب والأم والقاضي؛...».
- 2 - تنص م236 من م.أ على ما يلي: «الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي، ولألم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لولدها في حالة حصول مانع للأب.».
- 3 - تنص ف4 من الفصل 67 المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما تعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية.».
- 4 - بوكايس سمية: المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص.197.
- 5 - ينص الفصل 08 من م.أ.ش على ما يلي: «الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينوبه. والحاكم ولي من لا ولي له.».
- 6 - ثريا بن سعد: آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس أنموذجا"، مرجع سابق، ص.115.
- 7 - تنص ف5 من الفصل 67 من القانون عدد 74 لسنة 1993 على ما يلي: «ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون.».
- 8 - ثريا بن سعد: آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس أنموذجا"، مرجع سابق، ص.115-116.

ودون توضيح فيما تعلق بنوعية الولاية. جاعلا من الوالد معاقبا بحرمانه من ولاية أولاده فقط لمجرد الطلاق. والأدهى والأمر، أنه حرمه من ذلك حتى في حالة ما إذا آلت الحضانة لغير الوالدة، أو كانت الأخيرة هي من خالعه. فأبي والد هذا الذي يكلفه القانون بالإنفاق على أولاده (م75 ق.أ)، وبإسكانهم (م72 ق.أ)، ثم يحرمه من تولي أمورهم، حتى وإن كانوا تحت يد حاضنة أخرى غير والدتهم؟ وأبي والد هذا الذي أصبح غريبا بالنسبة لفلذة كبده في حضرة الغريب، في حالة ما إذا صارت الحضانة والولاية بالتبعية لغير الوالدة-؟ وبهذا يكون القانون قد أتم ما بدأه عندما كلفه بالإنفاق على زوجته (م74 ق.أ)، مع حرمانه من حقه في الرئاسة عليها.

وبما أن الصغير يتميز بحركيته الزائدة، وعدم إدراكه لحقيقة أفعاله، الضارة منها بالآخرين والنافعة؛ فإنه يحدث وأن يلحق ضررا بالغير. ولما صارت الوالدة الحاضنة بعد انفصام العلاقة الزوجية ولية على أولادها القصر بقوة القانون؛ فسئري في المطلب الموالي على من ألقى المشرع عبء المسؤولية المدنية الناتجة عن أفعال المحضون الضارة بالغير، نتيجة انعدام أو نقص الإدراك والتمييز لديه، هل وضعها على عاتق الوالد أم وضعها على عاتق الوالدة؟

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية على أفعال المحضون الضارة بالغير

إذا كانت المسؤولية المدنية¹ تنقسم إلى مسؤولية عقدية، تقوم على الإخلال بما التزم به المتعاقد؛ فإن ما يهمنا هو القسم الآخر لها، والمتمثل في المسؤولية التقصيرية، التي تقوم على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه.

وإذا كان الأصل في المسؤولية التقصيرية، ألا يتحمل الإنسان إلا وزر فعله الشخصي، ولا يتحمل تبعة فعل غيره، وهو ما يعرف بالمسؤولية عن العمل الشخصي؛ فإن تطبيق هذا المبدأ العام قد لا يكون في صالح الضحية، الذي لا يمكنه إثبات الخطأ في جانب فئة معينة من الأشخاص، وبالتالي عدم مساءلتهم، فضياع حقه في التعويض عن أفعالهم الضارة به. مما دفع بالمشرع إلى إيجاد نوع آخر من المسؤولية الاحتياطية والاستثنائية، التي تُنَاطُ بفئة أخرى راشدة وعاقلة تكون مسؤولة عن الأفعال الضارة الصادرة عن تلك الفئة، التي لا يمكن مساءلتها لخصوصية حالتهم، وهو ما يعرف بالمسؤولية عن فعل الغير، التي تتمثل

1 - المسؤولية المدنية لغة: هي مركبة من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة، حيث تعرف المسؤولية لغة بوجه عام بأنها: «حال أو صفة من يُسأل عن أمر تقع عليه تبعته...وتطلق (قانونا) على: الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقا للقانون...». انظر، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ب. السين، (مسؤولية)، مرجع سابق، ص.411. أما المدنية لغة فتعني: «الجانب المادي من الحضارة كالعمران...، يقابلها الجانب الفكري والروحي والخلقي من الحضارة...دعوى مدنية: دعوى ترفع لحمل الخصم على دفع مبلغ من النقود...». انظر، أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مج.3، ب. الميم، (مَدَن)، مرجع سابق، ص.2080.

- المسؤولية المدنية اصطلاحا: هي إلزام الشخص بتعويض الضرر الذي ترتب في جانبه على إخلاله بالتزام وقع عليه. انظر، حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط.2، دار المعارف، القاهرة-مصر، 1979، ص.05، 11.

في مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته، كما في حالة القاصر¹ - وهو موضوع دراستنا هاته - فضلا عن مسؤولية المتبوع عن عمل التابع².

وللوقوف على المركز القانوني للوالدين من خلال تولي رقابة أولادهما القصر المحضونين (الفرع الثاني)، لابد لنا أولا من تسليط الضوء على النظام القانوني لمتولي الرقابة، حتى نحيط بجميع جوانبه تمكينا لنا من إسقاطه على المركز القانوني للوالدين حيال أولادهما القصر المحضونين (الفرع الأول).

الفرع الأول

النظام القانوني لمسؤولية متولي الرقابة

للإحاطة بجزئية متولي الرقابة على أفعال القاصر، سيما المحضون باعتباره موضوع دراستنا لهذا الفرع، لابد لنا من الإلمام بكل جوانبها، سواء من حيث الشروط التي تقوم معها مسؤولية متولي الرقابة (أولا)، أو من حيث الأحكام التي تنظمها (ثانيا).

أولا: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

يلزم لقيام مسؤولية المكلف بحراسة شخص معين، توافر شرطين أساسيين يكمنان في تولي شخص الرقابة على آخر إن قانونا أو اتفاقا، وصدور فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة يشترط فيه أن يسبب ضررا للغير، إذ هما الشرطان الواجب توافرهما كي تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة³.

ومنه، يتمثل الشرط الأول لقيام مسؤولية متولي الرقابة⁴ على أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته، في أن يكون هناك التزام بالرقابة، سواء كان مصدر ذلك الالتزام "القانون" كرقابة الوالد أو الوالدة على أولادهم

1 - علي فيلالي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، د.ر.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص ص 40-41، وهامش ص 86.

2 - تقوم مسؤولية المتبوع على عمل تابعه بتوافر شرطين: أولهما، وجود علاقة تبعية (التي تقوم في كثير من الأحيان وليس جميعها على عقد الخدمة أو العمل، وتستند على عنصرين هما، عنصر السلطة الفعلية لشخص على آخر، وعنصر الرقابة والتوجيه). وثانيهما، صدور خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها. حيث تعتبر أوضح صورة للمسؤولية عن عمل الغير، كون المتبوع يستفيد من نشاط تابعه هنا، حيث يستخدم الشخص شخصا آخر أو آخرين للقيام ببعض شؤونه الخاصة، تحت إدارته وإشرافه، كصاحب المصنع يستخدم عمالا للقيام بالعمل فيه وغيره. وقد تناولها المشرع الجزائري في م 136 بفقرتيها، وم 137 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني. للاطلاع أكثر راجع، خليل أحمد حسن قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ط 2، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص ص 272-274. انظر أيضا، بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص ص 309-310.

3 - عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، ك 2، المسؤولية المدنية، ط 3، مكتبة دار الأمان، الرباط-المملكة المغربية، 2011، ص 179. انظر أيضا، عمرو إبراهيم علي محمد: المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة، ط 1، د.د.ن، د.ب.ن، 2010، ص 15.

4 - متولي الرقابة لغة: هي مركبة من مصطلحين، نعرف كل واحد على حدة، فالمُتَوَلَّى لغة، اسم مفعول من تَوَلَّى وتعني: «تَوَلَّى/تَوَلَّى عن يتَوَلَّى، تَوَلَّى، تولَّى، فهو مُتَوَلَّى، والمفعول متولي (اللمتعيدي)...تَوَلَّى الحُكْمَ: تَقَلَّدَهُ وقام به...تَوَلَّى فلاناً: نصره وأيده». انظر، أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مج 3، ب. الواو، (و ل ي)، مرجع سابق، ص 2496. أما الرقابة لغة، فهي من «رَقَبَ=

القصر، أو "الاتفاق" كرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية على نزلائه المرضى، أو رقابة مدير دار حضانة أو روضة على الأطفال الصغار مثلاً¹.

ولم يحدد المشرع الأشخاص الملزمين بالرقابة خلافا لما كان عليه النص قبل التعديل². حيث جاءت م134 ف1 من ق.م بعد التعديل بحكم عام يشمل عامة الأشخاص الذين يُلقَى عليهم القانون أو الاتفاق واجب رقابة فئة معينة من القصر، وتحملهم مسؤولية أخطائهم تجاه الغير، حيث نصت على ما يلي: «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار».

وتجدر الإشارة، إلى أنه لا يمكن مساءلة الشخص، الذي يمارس على آخر تسبب في ضرر للغير، مجرد رقابة فعلية، دون أن يكون ملزما بتلك الرقابة لا قانونا ولا اتفاقا، كالشخص الذي يساعد زميله الكفيف في عمله، أو الذي يقود مُقعدا في الذهاب والإياب إلى و/أو من عمله، دون أن يكون هناك ما يجبره، سوى الرغبة في تحصيل الثواب والأجر، وذلك بإسداء المعروف وطَّرَق أبواب الإحسان والخير³، حيث لا يُسأل هنا الرقيب الفعلي إلا إذا ثبت في جانبه خطأ شخصي⁴.

ومن خلال الفقرة السالفة الذكر، يتضح لنا بأن الحكمة من ذلك الالتزام الواقع على عاتق متولي الرقابة هي حكمة مزوجة. فهي حماية لفئة القصر، الذين هم بحاجة إلى رقابة، رعاية وإشراف من هم أحرس عليهم، وتحمل المسؤولية عوضا عنهم.

سواء كان ذلك بسبب مرحلتهم العمرية⁵، التي تتسم بانعدام أو نقص الإدراك والتمييز، والمتمثلة فيمن لم يبلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشر (19) سنة حسب م40 من ق.م، وم86 من ق.أ. إذ هي المرحلة التي تجعل الصغير في حاجة ماسة إلى رقبته ممن هو أرشد منه، وتحمل المسؤولية بدلا عنه.

=رَقِبْتُ، رَقَابَةً وَرَقَبًا وَرُقُوبًا، فهو راقب وراقب، والمفعول مَرْقُوب... راقبَ الشخصَ أو الشيءَ: رقبه، حرّصه ولاحظه ورصدّه...حقُّ الرّقابة: حق القيام بالمراقبة والإشراف». انظر، المرجع نفسه، مج.2، ب. الرأى، (ر ق ب)، مرجع سابق، ص.923.

- متولي الرقابة اصطلاحا: هو من له «سلطة الإشراف والتوجيه، واتخاذ الاحتياطات المعقولة لمنع من هو تحت رقبته من الإضرار بالغير». انظر، عبد العزيز اللصاصمة: نظرية الالتزام في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، د.ر.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص.222.

1 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.289. انظر أيضا، خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.91.

2 - وضع المشرع الجزائري قبل تعديل ق.م لسنة 2005 مبدأ عاما، ينص على ضرورة تحمل متولي الرقابة للمسؤولية المدنية على أفعال القصر الموضوعين تحت رقبته إما قانونا أو اتفاقا، وذلك بموجب م134 من ق.م، ثم خص بالتحديد طائفة معينة من بينهم الوالد وبعد وفاته الوالدة، وذلك بموجب م135 من ق.م.

3 - خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.91.

4 - علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط.2، د.م.ج، الجزائر، 1989، ص.22-23.

5 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.298.

أو كان ذلك بسبب حالتهم العقلية¹، ذلك أن الرقابة ترتفع على من بلغ سن الرشد، إلا إذا وجد ما يدعو إلى الاستمرار في فرضها عليه بسبب حالته العقلية² "كالمجنون، المعتوه، السفیه وذا الغفلة"، وهي الحالة التي تستدعي هي الأخرى تولي الرقابة عنهم.

إضافة إلى الحالتين سالفتي الذكر؛ فإن هناك الحالة الجسمية³ "كالكفيف أو المشلول"، والتي تقتضي كذلك الرقابة على ذلك الضرير عما يلحقه من ضرر بالغير. إذ هي الحالات الثلاث التي حددتها م134 من ق.م، وجعلتها مدعاة لقيام الرقابة على من توفرت فيهم.

وفضلا عن كون الحكمة من الالتزام الواقع على عاتق متولي الرقابة تكمن في حماية فئة القصر؛ فإنها تكمن أيضا في حماية الضحية، الذي تحول حالة القصر -سواء الحالة العمرية أو العقلية أو الجسمية- بينه وبين إثبات الخطأ في جانب تلك الفئة، وبالتالي ضياع حقه في التعويض عن أفعالهم الضارة التي تبدر منهم.

مما دفع بالمشرع إلى إيجاد فئة متولي الرقابة، ليتحملوا مسؤولية الضرر الذي ألحقه الخاضع لرقابتهم في مواجهة الغير. حيث أعفى القانون ضحايا تلك الأفعال من إثبات بعض أركان المسؤولية، والمتمثلة في الخطأ والعلاقة السببية، لكون ذلك الركنين إضافة إلى ركن الضرر، تكون واجبة الإثبات من قبل المضرور عند قيام مسؤولية الفرد عن عمله الشخصي، أما في مسؤولية متولي الرقابة، فقد جعل المشرع عبء الإثبات واقعا على عاتق من أنكر مسؤوليته، وليس على من ادعى ضرره، وكل ذلك في صالح الضحية⁴.

وإضافة إلى اشتراط وجود التزام بالرقابة -قانونا أو اتفاقا- لقيام مسؤولية متولي الرقابة؛ فإنه يشترط لذلك أيضا، صدور فعل غير مشروع من الشخص الموضوع تحت الرقابة، وهو ما يعرف قانونا بالفعل الضار⁵. والمقصود بالفعل الضار: «كل فعل مخالف للقانون بوجه عام ويسبب ضررا للغير، أي هو كل إخلال بواجب قانوني»⁶.

وبالرجوع إلى فئة القصر بسبب مرحلتهم العمرية، ولما كان المشرع لم يفرق بموجب م134 ف1 من ق.م المعدلة أعلاه، بين القاصر المميز وغير المميز، حيث أخضع القاصر عموما إلى رقابة متولي حراسته، ليمتد حكم م134 ف1 من ق.م فيشمل كل شخص لم يبلغ سن الرشد المحددة بتسعة عشر (19) سنة

1 - خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.270.

2 - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.996.

3 - خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.271.

4 - علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص.114-115.

5 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.301.

6 - علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص.102.

كاملة¹؛ فإن الفعل الضار الصادر عن القاصر الخاضع للرقابة، يُكْتَفَى فيه بركن التعدي دون الإدراك، أي العنصر المادي دون المعنوي، فالعبرة بالتعدي الذي يلحق ضررا بالغير، بغض النظر عما إذا كان السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكا عاديا أم غير عادي².

إلا أن مجرد صدور الفعل غير المشروع من الخاضع للرقابة، دون أن ينجم عنه ضررا بالغير، لا يترتب قيام مسؤولية متولي الرقابة. إذ لا تتوقف مسؤولية الناظر إلى منظوره على مجرد ارتكاب المنظور للخطأ، بل يجب أيضا أن يتبع ارتكابه لذلك الفعل غير المشروع ضررا يصيب الغير³، وهو ما حملته الشطر الأخير من م134 ف1 من ق.م، الذي جاء فيه: «...الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار».

وإذا كان شرط الالتزام بواجب الإشراف والرقابة، المفروض على المكلف بها، إما بموجب القانون أو الاتفاق، إضافة إلى شرط صدور فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة، مسببا بمقتضاه هذا الأخير ضررا للغير، هما شرطا قيام مسؤولية متولي الرقابة، فماذا عن الأحكام التي تحكمها؟ هذا ما سنراه في النقطة الثانية.

ثانيا: أحكام مسؤولية متولي بالرقابة

إذا ما توافر الشرطين السالفَي الذكر، والتمثلين في وجود التزام بواجب الرقابة -قائم إن بموجب القانون أو الاتفاق- في حق متولي الرقابة. إضافة إلى صدور فعل غير مشروع من القاصر الخاضع لرقابة المكلف بها، مع اشتراط تضرر الغير من ذلك التصرف غير المشروع، فإن مسؤولية متولي الرقابة تتعد مرتبة آثارها القانونية المتمثلة في تعويض الضحية⁴.

وإذا كانت المسؤولية عن العمل الشخصي، تقتضي قيام أركانها الثلاث المتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بينهما، ذلك الخطأ الذي يمثل الفعل غير المشروع ركنه المادي، والذي يوجب على الضحية إثباته في جانب مرتكبه؛ فإنه وحماية للضحية الذي لا يكون بإمكانه إثبات ذلك الخطأ في جانب مرتكبه إذا ما كان قاصرا؛ فقد راعى القانون مصلحة هذا الأخير، وحمى حقه في التعويض من الضياع، وذلك بافتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة لا في جانب القاصر، دون حاجة إلى إثباته⁵.

1 - خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.270.

2 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.301. انظر أيضا، علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص.102.

3 - دراح سعاد: (نظرات حول مسؤولية متولي الرقابة وفقا لتعديلات 2005 -الشروط والأحكام-)، مجلة معارف، جامعة البويرة، 2013/12/01، مج.8، ع.15، ص.123.

4 - المرجع نفسه، ص.124.

5 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.57.

وبمعنى آخر، فإذا كان الخطأ واجب الإثبات في مسؤولية الشخص عن أفعاله الشخصية، فإن الخطأ في مسؤولية الشخص عن أفعال غيره ممن هم تحت رقابته، يكون مفترضا ولا داعي لإثباته.

ومن ثمة، فإن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس خطأ مفترض في جانبه، يقوم على قرينة الإخلال أو التقصير في واجب رقابة القاصر الموضوع تحت رقابته، الذي يُحمّله إياه القانون أو الاتفاق، والذي سبب ضررا للغير. حيث يفترض دائما أن متولي الرقابة لم يقم بما ينبغي من العناية اللازمة للرقابة، وبالتالي تقوم مسؤوليته عما ارتكبه الشخص الذي تحت رقابته، من فعل ضار بالغير¹.

والى جانب الخطأ المفترض فيما تعلق بواجب الرقابة، فهناك من يقول أيضا بافتراض الخطأ فيما تعلق بواجب التربية أيضا². ورغم تنافي افتراض التقصير في التربية، مع حُرْفِيَّة النص التي لم تشر إليه، إضافة إلى صعوبة إثبات عدم التقصير في ذلك، كونها «تحميل للنصوص بما لا تحتل، وتزْيُد لا لزوم منه، فوق أنه عسير الإثبات»³؛ فإن المحكمة العليا في قرار لها أكدت ذلك وقد جاء فيه: «...إن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبة وتربية ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه... ارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب تربية ابنه»⁴. لذا، يتبين لنا بأن عبارة الرقابة عامة تحمل في أعماقها إشراف، تربية وكذا منع من إلحاق الضرر بالغير.

وافترض الخطأ في جانب متولي الرقابة، يقتضي تبعا لذلك افتراض علاقة سببية بين خطئه المفترض، والضرر الذي لحق الغير جراء الفعل غير المشروع، الذي قام به القاصر الخاضع لرقابته.

لكن، ورغم ذلك، فإن الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة، هو عبارة عن قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، إذ بإمكان هذا الأخير دفع المسؤولية عنه بوسيلتين نصت عليهما ف2 من م134 من ق.م بنصها: «ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

حيث باستطاعته أن ينفي الخطأ الذي افترض في جانبه، إما بإثبات أنه قام بواجب الرقابة على أكمل وجه، واتخذ جميع الاحتياطات المعقولة واللازمة لمنع القاصر من الإضرار بالغير، قياسا على ضابط

1 - خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.271.

2 - ممن قال بهذا الرأي، عبد الرزاق السنهوري. انظر، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.1005-1006.

3 - علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.27-28.

4 - المجلس الأعلى: غ.م، 1983/03/02، ملف رقم 30064، إ.ق، 1987، د.ع، ص.27.

عناية الرجل العادي، ذلك أن واجب الرقابة الملقى على عاتق المكلف بها قانوناً أو اتفاقاً، هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية¹.

وإلا، فبإمكانه أن ينفي علاقة السببية المفترضة هي الأخرى، بين خطئه المفترض، والضرر الذي أصاب الغير. وذلك بإثباته أن الخطأ المفترض في جانبه لم يكن هو السبب في حدوث الضرر، وأن هذا الضرر قد وقع نتيجة لسبب أجنبي عنه، بأن كان الحادث الذي سبب الضرر للغير وقع مفاجئاً لم يكن من الممكن توقعه، أو بسبب قوة قاهرة لم يكن من المستطاع تلافيها، أو أنه وقع بسبب خطأ المضرور أو خطأ الغير، بأن كان ذلك الضرر لا بد أن يقع ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وحتى ولو اتخذ كل الاحتياطات المعقولة لمنع وقوعه. وهنا، يستطيع المكلف بالرقابة أن يثبت قطع الصلة المفترضة، بين التقصير المفترض في جانبه، وبين الضرر الذي لحق بالغير، والذي نجم عن عمل القاصر الخاضع لرقابته².

وإذا كان بإمكان متولي الرقابة دفع المسؤولية عنه، وذلك من خلال نفيه للخطأ المفترض في جانبه، أو نفيه للعلاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر الذي ألم بالغير؛ فإنه قد يخفق أو يتعذر عليه التوصل من تلك المسؤولية، التي تصبح قائمة في حقه، وذلك بتوفر شرطيهما المتمثلين في وجود الالتزام بالرقابة، وارتكاب القاصر للفعل غير المشروع الملحق لضرر بالغير، وبقيامها يلتزم تبعاً لذلك بدفع التعويض للغير المتضرر من الفعل الضار الصادر من قبل القاصر الخاضع لرقابته.

وإذا دفع المكلف بالرقابة التعويض، عن الضرر الذي لحق بالغير جراء الفعل غير المشروع، الذي أتى به القاصر الخاضع لرقابته؛ فإنه تثار هنا مسألة رجوع المكلف بالرقابة على الخاضع لها، بما دفعه عنه من تعويض.

كانت م³137 من ق.م قبل تعديلها، تشير إلى إمكانية رجوع المسؤول عن أعمال الغير بصفة عامة، سواء كان متولي الرقابة على الخاضع لرقابته، أو المتبوع على أعمال تابعه، في الحدود التي تقوم فيها مسؤولية هؤلاء. وذلك عندما يكون الخاضع للرقابة قاصراً مميزاً، وكذا عندما تقوم وتتحقق مسؤوليته، طبقاً لما تمليه م⁴125 من ق.م قبل التعديل. ذلك أن القاصر غير المميز لا خلاف في استبعاد قيام مسؤوليته،

1 - علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص. 116.

2 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص. 306-307. انظر أيضاً، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص. 1007-1008.

3 - كانت تنص م³137 من ق.م قبل التعديل على ما يلي: «للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر.»

4 - كانت تنص م⁴125 من ق.م قبل التعديل على ما يلي: «يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.»

ورجوع المتولي عليه، لعدم إمكانية نسبة خطأ متعمد إليه، نظرا لتعذر قدرته على إدراك حقيقة الأفعال الضارة من غيرها، وصعوبة تمييزه بينها تمييزا واضحا¹.

أما بعد تعديلها (م 137 ق.م)²، فقد ألغت حق متولي الرقابة في الرجوع على القاصر، حتى ولو قامت مسؤولية هذا الأخير في حالة ما إذا كان مميزا، حيث أخرجت هذا الأخير من نصها مبقية فقط على حق المتبوع في الرجوع على أعمال تابعه في حالة ارتكابه لخطأ جسيم. وما ذلك إلا تأكيدا من المشرع الجزائري على استقلالية، أصالة وذاتية مسؤولية متولي الرقابة على أعمال القاصر الخاضع له عامة، مميزا كان أم غير مميز³.

كما أنه، وأمام عمومية نص م 134 بعد التعديل، فإن مسؤولية متولي الرقابة باتت تقوم على أفعال القاصر الخاضع لرقابته سواء كان مميزا أم غير مميز، رغم إمكانية لجوء المضرور إلى مسؤولية القاصر المميز الشخصية بموجب م 125 من ق.م بعد التعديل، التي تنص على ما يلي: «لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا».

ذلك أنه عند اجتماع مسؤولية متولي الرقابة، الثابتة في حقه بموجب م 134 من ق.م، ومسؤولية القاصر المميز الشخصية، الثابتة في حقه كذلك بموجب م 125 من ق.م؛ يصبح للمضرور الخيار في رجوعه على أي منهما، ذلك الخيار الذي قد يبينه هذا الأخير، على الحالة المالية لأي منهما⁴، دون أن يكون له حق الحصول على تعويضين اثنين في الآن ذاته من كليهما⁵.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس خطأ مفترض في جانبه، يقوم على قرينة الإخلال أو التقصير في واجب رقابة القاصر الموضوع تحت نظره. وافترض الخطأ في جانب هذا الأخير، يقتضي بالضرورة افتراض علاقة سببية بين خطئه المفترض، والضرر الذي لحق الغير جراء الفعل غير المشروع، الصادر من القاصر الخاضع لرقابته. إلا أن الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة ذاك، هو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، حيث له دفع المسؤولية عنه، إما بنفي الخطأ الذي افتُرض في جانبه، أو بنفي العلاقة السببية المفترضة هي الأخرى، بين خطئه المفترض، والضرر الذي أصاب الغير. لكن إذا لم يتمكن من دفع تلك المسؤولية على عاتقه؛ فإنها تصبح قائمة في حقه، وبقيامها يلتزم بدفع التعويض للغير المتضرر من الفعل غير الضار، الصادر من قبل القاصر الخاضع لحراسته.

1 - علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 119-120. انظر أيضا، علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 29-30.

2 - أصبحت تنص م 137 من ق.م بعد التعديل على ما يلي: «للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم».

3 - دراج سعاد: (نظرات حول مسؤولية متولي الرقابة وفقا لتعديلات 2005 -الشروط والأحكام-)، مرجع سابق، ص 132.

4 - المرجع نفسه، ص 127.

5 - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص 308.

إلى هنا، وبعد أن صارت لدينا فكرة حول نظام متولي الرقابة، من حيث شروط قيام مسؤوليته، وكذا الأحكام التي تنظم تلك المسؤولية؛ فإنه بات بإمكاننا أن نسقط ما درسناه عن المركز القانوني للوالدين تجاه أولادهما القاصرين المحضون من خلاله، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

وذلك، من خلال التحري عن أيّ الوالدين حمّله المشرع المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة التي تبدر من المحضون في مواجهة الغير. هل الوالد، بحكم سلطته الأبوية، التي يستقيها من رئاسته لأسرته، التي منحتة إياها الشريعة الإسلامية، رغم ما آلت إليه تلك الرئاسة قانوناً من إقصاء؟ أم الوالدة، بحكم وصايتها القانونية كوليّة على أولادها القصر المحضون، التي تستقيها من مركزها القانوني الجديد، الذي منحه إياها القانون بعد تعديل ق.أ لسنة 2005.

الفرع الثاني

مركز الوالدين من خلال تولي الرقابة على المحضون في القانونين المدني والأسري

باعتبار أن نظام متولي الرقابة، يتقاطع أحكامه كلاً من القانونين المدني والأسري. لكون ق.م، يتناوله بصفة مباشرة، واضعاً قاعدته العامة، وما تعلق بها من أحكام. أما ق.أ، فمن باب التخصص لكل قانون، قد حدد الأشخاص الذين تؤول إليهم مهمة الولاية على الصغير عامة وعلى المحضون خاصة، بحكم أنه محور دراستنا لهذا الفصل.

لذا، فإن الوالدين كمتوليّي رقابة على أولادهما القصر المحضون، قد شهد مركزهما القانوني مرحلتين مختلفتين. كانت أولاهما، قبل تعديل القانونين المدني والأسري، حين خص المشرع الوالد بمهمة تولي رقابة أولاده القصر عموماً، دون تفريق بين قيام العلاقة الزوجية أو انفصامها بالطلاق، حيث لم تكن تلك المهمة تعهد إلى الوالدة إلا بعد انحلال تلك العلاقة بوفاة الوالد (أولاً).

أما الثانية، فقد كانت بعد تعديل القانونين المدني والأسري، حين خص المشرع الحاضن عموماً، سواء كان الوالد أو الوالدة أو غيرهما ممن أسندت له الحضانة والولاية تبعاً لها، بتولي رقابة المحضون، -كما مر بنا- علماً بأنه في أغلب الأحيان تكون الوالدة هي الحاضن والولي على محضونها، وبالتالي توسيع دائرة تكليفها برقابة أولادها القصر المحضون من قبيلها (ثانياً).

أولاً: أولوية الوالد في تولي الرقابة على المحضون قبل تعديل القانون المدني لسنة 1975

والأسري لسنة 1984

لا اختلاف في كون الوالد هو من يتولى رقابة أولاده القصر، ويتحمل المسؤولية المدنية عن أفعالهم الضارة بالغير، عند قيام العلاقة الزوجية، انطلاقاً من سلطته الأبوية، كونه ولياً شرعياً وقانونياً عليهم ومتولياً لرقابتهم. إضافة إلى مساكنتهم له، مما يجعلهم تحت نظره بصفة مستمرة ومنظمة، الأمر الذي يسمح له بل

ويمكنه حق تمكين من متابعة سلوكياتهم وتصرفاتهم، ومن ثمة تحمل مسؤولياتهم إذا ما أخطأوا في حق الغير وألحقوا بهم ضررا.

إلا أن الاختلاف يثور حين انفصام تلك العلاقة، إذ لم يكن المشرع قبل تعديل القانونين المدني والأسري يفرق عند إقراره لمسؤولية متولي الرقابة، بين حالتها قيام العلاقة الزوجية وانفصامها خاصة بالطلاق. حيث كان يحصر هاته المهمة في الوالد أصالة، استنادا إلى سلطته الأبوية، النابعة من روح ولايته عليهم، المعترف له بها شرعا وقانونا، والتي لم تكن تؤول إلى الوالدة إلا بعد وفاته، مشترطا ضرورة مساكنة الأولاد القصر لهما، حتى يضطلع كل منهما بمسؤولية رقابتهم على أكمل وجه، لما يحققه شرط المساكنة من تقرب بين المراقب والمراقب¹.

ولا بأس قبل أن نتطرق إلى تفصيل ذلك، أن نُذكر بأن القانونين المدني والأسري اللذين كانا ساريي المفعول قبل سنة 2005 -سنة تعديلهما- هما الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن ق.م، والقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن ق.أ.

فبالنسبة إلى القانون المدني، فقد كانت م134 منه، تتضمن المبدأ العام الذي يسري على متولي الرقابة بصفة عامة دون تحديد، لا في الجنس (ذكرا أم أنثى)، ولا في الصفة (والدا أم والدة أو غيرهما)، ولا في الحالة التي يكون عليها عقد الزواج (منعقدا أم منفصما)، ولا الحالة التي يكون عليها متولي الرقابة (حيا أو متوفيا أو فاقدا لأهليته أو غيرها)، فالعبرة فقط بوجود واجب رقابة مفروض على المكلف بها قانونا أو اتفاقا، حيث كان نصها كما يلي: «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.».

في حين خُصّصَت م135 منه، للحديث عن أشخاص محددين لتولي تلك المسؤولية أهمهم الوالد. هذا الأخير، الذي لا يتخلص من تلك المسؤولية إلا بعد وفاته، لتحل محله حينها الوالدة. حيث اعتبرت المادة الوفاة هي الضابط الوحيد الذي بتحقيقه تؤول مهمة تولي الرقابة إلى هاته الأخيرة، دون تحديد الحالات الأخرى التي قد تأخذ حكم الوفاة كفقدان الأهلية أو الغياب مثلا، والتي كان نصها كما يلي: «يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين، والمؤدبين، وأرباب الحرف، مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم. غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.».

1 - يعقوبي عبد الرزاق: قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.159.

أما بالنسبة إلى قانون الأسرة، فقد كانت م 87 منه أيضا تتضمن حكما عاما تعلق بالولاية على القصر ومنه رقابتهم، -كما سبق التطرق إليه-، حيث كانت تمنح الأولوية في ذلك إلى الوالد. هذا الأخير، الذي يبقى وليا على أولاده القصر إلى أن توافيه المنية، لتحل محله حينها الوالدة، دون تمييز أيضا بين قيام الزواج أو انتهاؤه، ولا أية إشارة إلى الحالات الأخرى، التي قد تصيب الوالد فتجعل من توليه على أولاده القصر أمرا صعبا أو متعذرا، حيث جاء فيها ما يلي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا».

إلا أنه، ورغم الانسجام الذي كان حاصلًا بين القانونين المدني والأسري، بتماشي م 87 من ق.أ، مع نظيرتها 135 من ق.م، وذلك من خلال منح م 87 من ق.أ الولاية التي من بين آثارها المباشرة سلطة الرقابة على القصر، التي يترتب عليها تحمل المسؤولية المدنية عن أفعالهم الضارة بالغير؛ إلى الوالد ابتداءً وأصالاً انطلاقاً من سلطته الأبوية، والتي ولا تؤوّل إلى الوالدة إلا بعد وفاته.

فإن ذلك الطرح النظري، قد شابه عمليا عدة عقبات، وصاحبه تطبيقات متضاربة، وآراء متنافرة، خاصة في حالة غياب الوالد أو فقدان أهليته أو في حالة الطلاق. حيث يظل الوالد الغائب عن منزله لسبب من الأسباب (كالمعمل في الخارج، أو مكوثه في المستشفى للعلاج، أو تواجده كنزيل في السجن أو غيرهم)، وكذا المطلق الذي لا يساكنه أولاده القصر بسبب احتضانهم من طرف والدتهم؛ مسؤولا عن تصرفات أولئك القصر مادام على قيد الحياة¹.

حيث أن ضابط وفاة الوالد، الذي اعتدّ به المشرع كسبب وحيد يُمكنُ الوالدة من تولي رقابة أولادها القصر، قد يتحقق حكما لا واقعا. وذلك بعدم تحقق الوفاة الحقيقية للوالد مع توافر إحدى الأسباب المذكورة آنفا، التي تجعل منه غير قادر على ممارسة رقابته على أولاده القصر رغم وجوده حيا، كما لا تستطيع الوالدة ممارسة تلك الرقابة في حضرة ذلك الأخير لعدم تحقق شرط وفاته². الأمر الذي كان يؤثر على مصالح المحضون بالدرجة الأولى، ثم على الغير بالدرجة الثانية، وهو ما نتج عنه فئتان من الباحثين القانونيين.

فئة³، ترى بأن الوالد طالما بقي على قيد الحياة، متمتعاً بقواه العقلية والجسدية، فهو مسؤول عن تصرفات أولاده القصر المحضونين، طبقا لما تمليه عليه سلطته الوالدية، وأن تقرير حق الزيارة له كاف لقيامه بواجب الرقابة، وبالتالي عدم إسقاط مسؤوليته المدنية على أفعالهم الضارة بالغير.

1 - مهدي جهيدة: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري وعلى ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة-، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2006، ص ص. 01-02.

2 - علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص. 24.

3 - Louisa Hanifi : (La responsabilité civile des père et mère du fait de leurs enfants mineurs dans le cas particulier du divorce), *Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, Université d'Alger, Faculté de Droit et des Sciences Administratives, 1994, N° 3, P. 603 et suiv.

وفئة أخرى¹، ترى بأن الرقابة الفعلية التي اشترطها القانون غير متوافرة في حالة الطلاق، حيث اشترط المشرع مساكنة الأولاد القصر لوالدهم، وهو ما لا يحدث في الطلاق، كون الحضانة تؤول في غالبية الأحيان إلى الوالدة، مما يجعل الرقابة تنتقل إليها لتوفر شرط مساكنة الأولاد في جبتها. ذلك أن تحميل الوالد لمسؤولية أفعال أولاده القصر الضارة بالغير، وهم بعيدون عن نظره وتحت نظر الوالدة، يناقض العقل والمنطق السليمين، إذ لا يعقل أن يظل القاصر المحضون عند والدته وتحت مسؤوليتها، في حين يحاسب والده البعيد عما يلحقه من ضرر بالغير.

وموقف المشرع الجزائري الذي كان عليه، من جعل الرقابة على أفعال المحضون الضارة بالغير، وتحمل مسؤولية ذلك، تقع على عاتق الوالد وحده، ولا تستلم الوالدة زمامها إلا بعد وفاة زوجها؛ هو ذات الموقف الذي جنح له المشرع المغربي كذلك، في قانون الالتزامات والعقود ظهير شريف 12 أوت 1913 المعدل والمتمم². حيث جاء بالقاعدة العامة التي تلزم الشخص بالمسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير، سواء كان بفعله هو، أو بفعل من هم في عهده، وذلك بموجب الفصل 85 ف1³ (ظهير 19 جويلية 1937). ثم خص الوالدين بالذكر، حيث كلف الوالد بتلك المسؤولية مادام حيا، والتي لا يكون للوالدة فيها نصيب إلا بعد وفاته، وذلك بموجب ذات الفصل في فقرته الثانية⁴. تاركا الفقرة الخامسة⁵، لوسائل دفع تلك المسؤولية.

أما المشرع التونسي، فقد جاء بحكم يقرر المساواة بين الزوجين في تحمل المسؤولية عن الفعل الضار الصادر من القاصر تضامنيا عند قيام العلاقة الزوجية، أما بعد انفصامها فإن تلك المسؤولية يختص بها الحاضن منهما، كما سنراه في النقطة الموالية بنوع من التفصيل.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو الأسري، قد جعل مهمة رقابة الأولاد القصر، وتحمل مسؤولية أفعالهم الضارة بالغير، على عاتق الوالد وحده حال حياته، مهما كانت حالته المدنية تجاه أسرته، سواء كان متزوجا أو مطلقا، ومهما كانت وضعيته الفعلية تجاه

1 - Ali FILALI : (La responsabilité de la mère divorcée du fait de ses enfants mineurs), *Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, Université d'Alger, Faculté de Droit et des Sciences Administratives, 1996, N°. 4, P. 541 et suiv.

2 - ظهير شريف صادر في 12 أوت 1913، يعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل والمتمم عدة مرات كان آخرها سنة 2019. انظر، المملكة المغربية، وزارة العدل، البوابة القانونية والقضائية، نصوص قانونية، المادة المدنية، <http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>، تاريخ الولوج: 2019/09/26، سا. 22:00.

3 - ينص الفصل 85 ف1 (ظهير 19 جويلية 1937) على ما يلي: «لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده.».

4 - ينص الفصل 85 ف2 (ظهير 19 جويلية 1937) على ما يلي: «الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما.».

5 - ينص الفصل 85 ف5 (ظهير 19 جويلية 1937) على ما يلي: «وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم أو أرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها...».

عائلته، سواء كان غائبا أو سجيناً أو غيرهما، فلا ظرف يشفع له في إمكانية إعفائه من تلك المسؤولية سوى مفارقتة الحياة، لكون العبرة في ذلك كله تكمن في حياته فقط.

ورغم اشتراط المشرع لضرورة مساكنة القصر له، إلا أنه في الحقيقة لم يأخذ بذلك الشرط، طالما أنه كان يُبقي على مسؤوليته قائمة حتى في الحالات التي يكون فيها القاصر برفقة وحضانة والدته المطلقة، مما يجعلنا نلاحظ بأن المشرع كان يقصد حينها مسؤوليته حال قيام العلاقة الزوجية، لا حال انفصامها ومكوث القصر رفة والدتهم، إذ هي الحالة التي أهملها المشرع بالنص القانوني آنذاك، حيث لم نلمسها لا في نصوص ق.م ولا في نصوص ق.أ لا صراحة ولا ضمنا.

وأمام صعوبة تطبيق المادتين 134 من ق.م، و 87 من ق.أ في حالة انفصام العلاقة الزوجية، خاصة أمام ارتفاع نسبة الطلاق في الجزائر، التي بلغت 20,94% خلال سنة 2019¹، وكذا ظاهرة تنحي الوالد في كثير من الأحيان، عن مسؤولياته الأسرية لسبب أو لآخر، وأيضا لتعذر تحديد المسؤول المدني بدقة من طرف الضحية والقضاء في أغلب الحالات².

لم يكن بوسع المشرع الجزائري إيجاد مخرج قانوني لهذا الإشكال الذي يطرح بشدة، سوى بلجونه إلى تعديل النصوص القانونية التي كانت تعالج هذا الأمر، في كلا القانونين المدني والأسري، وذلك بمنح الوالدة صلاحيات واسعة على أولادها القصر خاصة بعد الطلاق، وهو ما كان عليه الحال، وما سنتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: توسيع دائرة تولي الوالدة للرقابة على المحضون بعد تعديل القانونين المدني والأسري لسنة 2005

خلف تفاقم حالات الطلاق بجميع صوره في الجزائر، التي بلغت 65967 حالة طلاق خلال سنة 2019³، والتي اجتاحت المجتمع الجزائري مؤخرا؛ الكثير من الأطفال القصر المحضونين، الذين تؤول حضانتهم في غالب الأحيان إن لم نقل جميعها -كما مر بنا سابقا- إلى الوالدة.

وحضانة الوالدة لأولادها القصر، تستدعي بالضرورة إقامتهم معها، ومساكنتهم لها، وبالتالي بقاؤهم تحت أنظارها هي. الأمر الذي يجعلهم يبتعدون عن والدهم. هذا الأخير، الذي رأينا سابقا بأن حق الزيارة

1 - حسب ما أفادنا به الديوان الوطني للإحصائيات، عبر البريد الإلكتروني، بتاريخ 2021/01/10. للعلم، وحسب ذات المصدر، فإن إحصائيات الطلاق لسنة 2020، لا يمكن أن تكون متاحة إلا بعد جوان 2021، وكانت تلك آخر ما تمت إفادتنا به. انظر، Office national des statistiques: Démographie Algérienne 2019, Document n°.890/Bis, P.08. (Version PDF envoyée par email, Le 10 janvier 2021, à 16 :18h).

2 - مهدي جهيدة: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري وعلى ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة-، مرجع سابق، ص.02.

3 - Office national des statistiques: Démographie Algérienne 2019, Op. cit, P.08.

الممنوح له قضاءً، والمحدد له في حكم الطلاق، لا يكفيه لمتابعتهم ورقابتهم كما ينبغي، خاصة إذا ما بلغوا سن المراهقة.

إضافة إلى كل ما سبق، فقد تغيرت معطيات الحياة الاجتماعية اليوم عما كانت عليه سابقا، خاصة فيما تعلق بالأدوار الأسرية التي كانت منوطة خصيصا بكل طرف في الأسرة، الأمر الذي جعل بعض الوظائف الأسرية بإمكان كل طرف القيام بها على وجه التبادل.

فضلا عن ذلك، فإن تحميل الوالد للمسؤولية المدنية عن أفعال القاصر المحضون الذي لا يقيم معه، والذي قد لا تسمح له الظروف أحيانا حتى بالحق في زيارته لسبب أو لآخر؛ فيه نوع من التعسف في جانب هذا الأخير. الذي وإن كان يعتبر شرعا وقانونا وليه الأصلي والمسؤول المباشر عنه؛ فإن عدم إقامة المحضون برفقته يجعل من تحميله وزر التقصير في رقابته وتربيته نوع من الجور في حقه.

كل ذلك، دفع بالمشرع الجزائري إلى إعادة النظر في الحالات التي تشكل استثناءً على القاعدة العامة، والمتمثلة في تولي الوالد رقابة أولاده، حين قيام العلاقة الزوجية، مع حضوره، حريته وتمتعته بكامل قواه العقلية والجسدية.

حيث فكر المشرع في الحالات العكسية، المقابلة لتلك الحالات العادية، والتي يتعذر فيها على الوالد تولي رقابة أولاده القصر، وأراد أن يجد لها حلا. إذ لا يعقل أن تُسأل الوالدة حين وفاة زوجها فقط، لكون هناك حالات أخرى تجعل ذلك الأخير يأخذ صفة الميت حكما، إن بغيابه أو بجنونه أو بغيرها من الموانع التي تحول دون إمكانية توليه متابعة وحراسة أولاده القصر، والإشراف عليهم كما ينبغي، ومنه تحمل مسؤوليتهم.

وهو ما كان عليه الحال إثر تعديل القانونين المدني، بحكم كونه يضع القاعدة العامة لمتولي الرقابة. والأسري، بحكم انفراده ضمن مجاله، ومن باب الاختصاص لكل قانون، باعتباره ينظم حالة الشخص وأهليته، حيث حدد مستحقي الولاية ومراتبهم¹. ليتم إقحام الوالدة في تحمل المسؤولية المدنية عن أولادها القصر، سواء عند قيام العلاقة الزوجية مع غياب الأب أو حصول مانع له، أو بعد انفصامها بوفاة أو بطلاق مع استحقاقها للحضانة.

فبالنسبة إلى القانون المدني، فقد ألغى المشرع م135 منه، والتي كانت تحدد فئة متولي الرقابة، الذين من بينهم الوالد والوالدة. والتي كانت لا تسند مهمة تولي الرقابة على القصر إلى الوالدة إلا إذا توفر شرط وفاة الوالد. وأبقى على م134 منه، التي حملت حكما عاما مفاده إسناد تولي الرقابة لأي شخص حمّله إياها القانون أو الاتفاق، دون شرط آخر ولا قيد متعلق بالوفاة أو الحياة، ودون تخصيص لفئة معينة، فقد يكون الوالد أو الوالدة أو أي شخص آخر. فمثلا، إذا حازت الوالدة على حكم طلاق، يقرر أولويتها للحضانة،

1 - مهدي جهيدة: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري وعلى ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة-، مرجع سابق، ص.63.

ومن ثمة توليها الولاية، فتعتبر عندئذ متولية رقابة، دون ميز بين كونها طليقة حي أو أرملة. كون العبرة بالحكم الذي حملها ذلك قانونا، وليس بحالة الزوج ووضعيته.

أما بالنسبة إلى قانون الأسرة، فقد استدركت م87 منه النقص والفراغ اللذين كان عليهما نصها السابق، والذي كان لا يسند الولاية إلى الوالدة هو الآخر إلا بتحقيق شرط وفاة الوالد، دون معالجته لحالات أخرى كمانع الغياب، وعارض الجنون، وحالة الطلاق مثلا. فصار نصها بعد التعديل يمنح لها الولاية، سواء عند قيام العلاقة الزوجية، مع غياب الأب أو حصول مانع له، أو بعد انفصامها، سواء بوفاة أو بطلاق مع استحقاقها للحضانة.

خاصة وأن التزامات الحاضن تتعقد بالنظر إلى المهمة التي يقوم بها من رعاية، تعليم، تربية، حماية وحفظ كما جاءت به م62 من ق.أ. تلك المهام التي عُهدت إلى الوالدة أولا من باب الأولوية، ثم إلى الوالد فباقي الحاضنين كما جاءت به م64 من ق.أ. لذا، فمادامت الوالدة حاضنة بالأولوية في أغلب الحالات، وحضانتها تلك تمنحها بقوة القانون الولاية على أولادها القصر المحضونين؛ فإنها تُكلف بالضرورة بمهمة تولي رقابتهم وتحمل المسؤولية المدنية عن أفعالهم الضارة، وتكون بمثابة الشخص الذي حمل القانون تلك الرقابة بموجب م134 من ق.م.

حيث تراءى للمشرع بأن رقابة القاصر، هي من مخلفات نظام إسناد الولاية للحاضن، نظرا لإقامته معه، مما دفع به إلى ضرورة تحميل الوالدة لمسؤولية الفعل الضار الذي يرتكبه ذلك المحضون القاطن معها في مواجهة الغير. ذلك أنه رغم إلغاء المشرع لشرط مساكنة القصر لوالديهم حتى تقوم مسؤوليتهم عليهم الذي كانت تحمله م135 من ق.م الملغاة؛ إلا أنه يبقى في نظرنا هذا الشرط له من الأهمية بما كان، كونه يسمح للمكلف بالرقابة والدا كان أم والدة أم غيرهما بمتابعة أفعال وتصرفات القاصر، ومحاولة السيطرة عليها قدر الإمكان، لمنعه من الإضرار بالغير.

كما أنه ورغم كون الولاية منوطة بمن هو ولي على النفس، والذي يتمثل في الشريعة الإسلامية في العصبية من الذكور -كما مر بنا-؛ فإنه قانونا قد تم تخطي ذلك حيث صارت للإناث فيها نصيب، مما لا يمنع كذلك من تحميلهن مسؤولية التقصير في رقابة المحضون الذي آلت حضانتها وولايته لهن، طبقا لقاعدة «الغرم بالغنم»¹.

وما قيل عن الوالدة الحاضنة بتحميلها المسؤولية المدنية عما يُلحِقُه المحضون من ضرر بالغير، قد يقال أيضا على الوالد حينما يرتكب القاصر ذات الضرر أثناء زيارته. فطالما مناط المسؤولية هو الرعاية فيجب أن تقع على من يقوم بها². وتأسيسا على ذلك، ذهب مجلس قضاء معسكر إلى أنه إذا كان

1 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 86، مرجع سابق، ص 437-439.

2 - بن داود حنان: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الأسرة-، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، ص 213.

المحزون عند المحكوم له بحق الزيارة، فإنه يكون تحت سلطة هذا الأخير ورعايته ورقابته المباشرة¹. غير أنه وفي انعدام نص صريح يجعل صاحب الحق في الزيارة مسؤولاً عما يسببه المحزون من ضرر للغير؛ فإنه على المشرع أن يوضح ذلك بالنص القانوني الصريح.

وبناءً على ما سبق، فقد تم إقحام الوالدة في تحمل المسؤولية المدنية على أولادها القصر الذين هم في حضانتها عن الأضرار التي يلحقها هؤلاء بالغير. وذلك بعد أن كان اهتمام المشرع منصب فقط على حالتي قيام الرابطة الزوجية -أين يسندها للوالد-، وانحلالها بالوفاة -أين يسندها للوالدة- دون أن يعطي لانحلالها بالطلاق أو إلى الحالات الأخرى، التي يتعذر معها على الوالد ممارسة ولايته ومن ثمة رقابته على أولاده القصر، نصيباً من المعالجة القانونية. حيث كانت الحاضنة معفية تماماً مما يلحقه المحزون من ضرر بالغير، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي استند على م 87 من ق.أ قبل التعديل والذي جاء فيه: «...لا تعد الحاضنة مسؤولة مدنياً عن تحمل عبء التعويض المدني عن فعل ضار اقترفه المحزون»².

وإذا كان هذا الحكم ينطوي على جانب من الصواب والإنصاف لفائدة الوالد، الذي قد يكون بعيداً عن ولده القاصر المحزون لظروف ما تمنعه من رؤيته وزيارته إلا من حين إلى آخر قد يتجاوز الشهر، وبالتالي تجاوز المدة القانونية التي درج عليها القضاة في أحكامهم -كما سبق التطرق إليه-، كالعاملين في قطاع الأمن والذين قد يكون أولادهم القصر في حضانة أمهاتهم اللاتي يقطن في ولايات بعيدة عن مكان عملهم، أو كالمساجين أو غيرهم، إذ يعتبر من الجور محاسبة هؤلاء بخطأ مفترض في جانبهم، يتمثل في تقصيرهم في رقابة أولادهم القصر وتربيتهم، حيث تفتقر تلك الرقابة بالنسبة لهم لدعامتها الأساسية، والمتمثلة في إمكانية الإشراف عليهم فعلياً ولو بزيارتهم مرة في الأسبوع.

فإنه ومن جهة أخرى، يعتبر في نظرنا عبئاً ثقيلاً قد ألقي على عاتق الوالدة من قبل المشرع الجزائري، التي وإن كان المحزون فعلاً في حضانتها؛ فإنها قد تعجز عن مراقبته فعلياً خاصة إذا ما تجاوز سن التمييز. سواء كان ذكراً، وما يجتاحه في الخارج من محاولات اجتثاثه من أصله وتربية أسرته من قبل جماعات المنحرفين. أو أنثى، وما يصيبها من فتن خاصة من الناحية الأخلاقية. وتزيد المهمة صعوبة وتعقيداً بالنسبة للوالدة خاصة حين بلوغهم سن المراهقة، أين تتضاءل سيطرتها عليهم، بل وقد تضمحل تماماً، مما يجعلهم يفلتون عن رقابتها، ويجعل من مساءلتها عنهم مدنياً ظلم لها ما بعده من ظلم.

لذا وبرأينا، كان على المشرع الجزائري أن يجعل المسؤولية المدنية عن أفعال المحزون الضارة بالغير مناصفة بين الوالد والوالدة، وأن يتحملاً التعويض تضامنياً مع بعضهما. والابتعاد عن تحميل المسؤولية للوالد أو للوالدة فراداً. حيث يلغي جميع الشروط والقيود ويجعلهما على قدم المساواة في ذلك، شأنه

1 - مجلس قضاء معسكر: 1984/03/19، رقم 84/175 (غير منشور). نقلاً عن، بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون

المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.291.

2 - المحكمة العليا: غ.م، 2008/12/24، 446467، م.م.ع، 2009، ع.2، ص.133.

في ذلك شأن المشرع الفرنسي الذي ساوى بين الوالدين في المسؤولية المدنية عن أفعال أولادهما القصر الضارة، انطلاقاً من تساويهما في ممارسة السلطة الوالدية، وجعلهما متضامنين في هذه المسؤولية، وذلك بموجب م 1242 ف 4¹ ق.م.ف.

وموقف المشرع الجزائري الجديد هذا، الذي ألحق بموجبه بالوالدة الحاضنة عبء تحمل المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة التي يحدثها الأولاد القصر المحضونين مُلْحَقِينَ بواسطتها أضراراً بالغير (م 134 ق.م)، معفياً منها الوالد تمام الإعفاء؛ كان نتيجة حتمية لإقراره ولايتها عليهم بموجب م 87 من ق.أ، التي أسندتها إليها إذا ما حكم لها بالحق في حضانتهم كونها صاحبة الامتياز والأولية فيها بموجب م 64 من ق.أ. هذا الموقف لم يأخذ به المشرع المغربي الذي رأينا سابقاً بأنه لا يحمل الوالدة مسؤولية أفعال أولادها القصر الضارة بالغير إلا بعد وفاة والدهم.

أما المشرع التونسي، فقد جاء بموجب مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906²)، التي تمت المراجعة العامة لها بمقتضى القانون عدد 87 لسنة 2005³، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، بالقاعدة العامة التي تلزم الشخص بضمان الضرر الذي يلحق بالغير، من المجانين ومعتلي العقول الساكنين معهم بموجب الفصل 93⁴ المنقح بالقانون عدد 95 لسنة 1995⁵، المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات والعقود.

1 - Art. 1242-4 du C.C.F (L. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 02, en vigueur le 01^{er} oct. 2016) dispose: «Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.». Voir, Alice Tisserand-Martin...: CODE CIVIL, Op. cit, P. 1611.

2 - الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 15 ديسمبر 1906، ملحق عدد 100، عُدل وثُمّ عدة مرات كان آخرها سنة 2010. انظر، الجمهورية التونسية، رئاسة الحكومة، بوابة التشريع، <http://www.legislation.tn/affich-code/Code-des-obligations-et-des-contrats> 88، تاريخ الولوج: 2019/09/26، سا. 22:00.

3 - القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 26 أوت 2005، السنة 148، ع. 68.

4 - ينص الفصل 93 المنقح بالقانون عدد 95 لسنة 1995 على ما يلي: «على كل شخص ضمان الضرر الناشئ عن المختبلين وغيرهم من عليلي العقل الساكنين معه وإن كانوا بالغين سن الرشد إن لم يثبت إحدى الحالات التالية: أنه راقبهم كل المراقبة اللازمة. أنه كان يجهل الحالة الخطرة للمصاب. أن الحادث وقع بسبب خطأ من المتضرر نفسه...».

5 - القانون عدد 95 لسنة 1995 المؤرخ في 09 نوفمبر 1995، المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات والعقود، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 10 نوفمبر 1995، السنة 138، ع. 90.

ثم خص الوالدين بحكم يرسى المساواة بينهما في تحمل المسؤولية عن الفعل الضار الصادر من القاصر تضامنيا عند قيام العلاقة الزوجية بموجب الفصل 93 مكرر¹ المضاف بنفس القانون، مع اشتراط مساكنة القاصر لهما، لأنه يتعذر دونها مراقبة أعمال هذا الأخير². أما بعد انحلالها، فإن المسؤولية تكون على عاتق الحاضن بموجب ف33³ من الفصل 93 مكرر المضاف بنفس القانون.

ليتفق المشرع الجزائري مع نظيره التونسي في تحميل الوالدة المسؤولية المدنية على أفعال القاصر الضارة بالغير بعد انحلال العلاقة الزوجية. ويختلف عنه في كون تلك المسؤولية تبقى على عاتق الوالد وحده عند قيام العلاقة الزوجية في القانون الجزائري، انطلاقا من ولايته عليهم (م11 ف2، وم87 ف1 و2 ق.أ)، في حين جعلها المشرع التونسي مشتركة تضامنيا بينهما عند قيام العلاقة الزوجية من باب إحلال المساواة بين مركز الزوجين القانوني في الأسرة.

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري كما اعترف للوالدة بالأولوية في حضانة صغارها بعد الطلاق (م64 ق.أ)؛ فقد منح لها تبعا لذلك الحق في الولاية عليهم (م87 ق.أ)، ليلحق بها أيضا عبء تحمل المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة التي يحدثها أولئك القصر مُلْحِقِينَ بواسطتها أضرارا بالغير (م134 ق.م)، معفيا بذلك الوالد منها تمام الإعفاء.

1 - ينص الفصل 93 مكرر المضاف بالقانون عدد 95 لسنة 1995 على ما يلي: «الأب والأم مسؤولان بالتضامن عن الفعل الضار الصادر عن الطفل بشرط أن يكون ساكنا معهما. ويجوز دفع هذه المسؤولية إذا أثبت أحدهما: أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة. أو أن الضرر نتج عن خطأ المتضرر نفسه...».

2 - محمد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط.2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص.125.

3 - تنص ف3 من الفصل 93 مكرر المضاف بالقانون عدد 95 لسنة 1995 على ما يلي: «وفي صورة تجزئة مشمولات الولاية فإن أحكام هذا الفصل تنطبق على الحاضن...».

ملخص الفصل الثاني:

إذا كان الحال فيما تعلق بالمركز القانوني للوالدين أثناء قيام العلاقة الزوجية، قد اتسم بالمساواة التي قلنا بأنها اتسمت بالنقصان، حيث مست شقا وتركزت الآخر في كل مرة، مما يعبر عن تَلَجُّج المشرع في ذلك، رغم محاولته التقريب بينهما في بعض المواطن؛ فإن المركز القانوني لهما بعد انتهاء العلاقة الزوجية، قد عرف محاولة التقريب تلك فقط فيما تعلق بالحضانة، حينما أبقى على الأولوية فيها للوالدة، وارتقى بمركز الوالد إلى المرتبة الثانية بعدها مباشرة، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما. إلا أنه عاد مرة أخرى إلى التمييز في حق الوالد المطلق، حينما ألقى على عاتقه وحده -ومهما كانت حالته المادية والصحية- جملة الالتزامات اللازمة لممارسة الحضانة خاصة المادية، وعلى رأسها وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة، أو دفع بدل إيجاره إذا تعذر ذلك، حيث لم يساو هنا بين الوالدين الطليقين، لا مساواة تامة لا ناقصة. وإذا كانت الحضانة غالبا ما تعهد إلى الوالدة لأولويتها فيها؛ فإن الطرف الآخر الذي لم يحكم له بها والذي يتمثل غالبا في الوالد، من شأنه أن يكون له الحق في زيارة المحضون، ذلك الحق الذي لم يسمح بموجبه المشرع صراحة للوالدين بإمكانية اتفاقهما حوله، بل تركه خاضعا للتنظيم القضائي، الذي لا يعد كافيا للوالد. وتزداد عدم كفايته أكثر إذا ما تعسف صاحب الحق في الحضانة في استعمال صلاحياته بموجبها كسفره بالمحضون، خاصة في ظل عدم تنظيم المشرع لهذا الأمر تنظيما دقيقا، مكتفيا فقط بالإشارة إلى تقييد إرادة الحاضن - والدا كان أم والدة على السواء - في السفر به خارج الوطن "للإقامة"، بإذن القاضي لا بموافقة صاحب الحق في الزيارة، وسكوته عن تنظيم ذات الأمر بالنسبة للسفر به خارج الوطن "لحاجة"، إذ هو الأكثر حدوثا والأخطر على الإطلاق، خاصة إذا ما رافقته سوء نية الحاضن، مما يدل على إطلاق حرية الأخير فيه، وهو ما يطرح العديد من الإشكالات العملية، وما من شأنه أن يؤثر سلبا على حقي المحضون والزائر معا. ليكون المشرع في هاته النقطة بالذات، قد غلب المركز القانوني للحاضن والذي يتمثل غالبا في الوالدة، على حساب المركز القانوني للزائر والمتمثل غالبا في الوالد.

ذلك الميل الإيجابي، الذي ماله المشرع في صالح الوالدة كما ذكرنا؛ قد واصل عليه فيما تعلق بالولاية على الأولاد المحضونين، التي أسندها لها بقوة القانون، إذا ما أسندت لها الحضانة، كَحَرَجَةٍ جديدة له جَانِبَ من خلالها الفقه الإسلامي، خاصة في ظل وجود الوالد حيا، حاضرا، متمتعا بكامل قواه العقلية والجسدية، ولم يثبت تعسفه أو إهماله لممارسة ولايته على أولاده. ملقيا -بموجب تلك الولاية- على عاتقها أيضا تحمل المسؤولية المدنية على أفعال القاصر المحضون الضارة بالغير، هذا الأمر الذي وإن كان نتيجة منطقية تتماشى مع مساكنة المحضون لها وولايتها عليه؛ إلا أنه في نظرنا يشكل ثِقْلا كبيرا ألقى على عاتقها، سوف لن تقدر عليه خاصة مع بلوغ المحضون سنا معينة، لا تستطيع معها مراقبته وتنبُّع تصرفاته ومنه تحمل تبعاتها.

الغائمة

وفي ختام هاته الدراسة الموسومة بالمركز القانوني للزوجين في الأسرة، توصلنا إلى جملة النتائج التالية:

- فيما تعلق بالمركز القانوني للزوجين على مستوى علاقتهما في مواجهة بعضهما البعض؛ فقد جعل المشرع الجزائري بموجب تعديل 2005 للدخول في العلاقة الزوجية، ركنا واحدا تمثل في الرضا، ساوى من خلاله بين المركز القانوني للزوجين (م 09 ق.أ)، وذلك بتكريسه لمبدأ سلطان الإرادة، وحرية كل منهما في اختيار شريكه والرضا به (م 04، 09، 10 و 33 ق.أ)،
- قيّد المشرع صراحة حق المرأة المسلمة في التزوج بغير المسلم مطلقا، مشركا كان أم كتابيا (م 30 ق.أ)، تماشيا مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية، في حين لم يتطرق إلى تنظيم المسألة بالنسبة إلى الرجل، وبتفعيل م 222 من ق.أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص؛ فإننا نجد أنها سمحت له بالتزوج بغير المسلمة، شريطة أن تكون كتابية، في حين لم تسمح للاتنين بالتزوج بغير المسلم (ة) المشترك (ة)،
- لتدعيم الرضا بين الزوجين للدخول في العلاقة الزوجية؛ استحدث المشرع آلية الاشتراط الذي غالبا ما يُبنى عليه ذلك الرضا. وقد منح لكليهما على قدم المساواة، الحق في تضمين عقد زواجهما، أو في عقد رسمي لاحق؛ شروطا إرادية يريانهما ضرورية لضمان استقرار أكثر لعلاقتهما، وتدعيما لاحترام إرادتهما، على ألاّ تتنافى مع أحكام ق.أ (م 19 ق.أ). دون أن يمنح لهما الحق في تعديل أو إلغاء تلك الشروط إذا ما أصبح تنفيذها لاحقا متعذرا أو مرهقا أو مستحيلا،
- إذا حدث وأن خالف الزوج الشروط التي سبق له وأن وافق عليها من قبل الزوج الآخر؛ فإن المشرع قد رتب جزاءين على ذلك، كانا في صالح الزوجة دون الزوج، وذلك بتمكينها من طلب التطبيق (م 53 ف 9)، والحق في التعويض إذا ما تضررت من ذلك التطبيق (م 53 مكرر). وبالتالي، فقد ميز بينهما في هذا الخصوص، رغم منحهما نفس الحق في الاشتراط،
- فضلا عن الرضا كركن وحيد في عقد الزواج؛ فقد حفّه المشرع بجملة من الشروط. منها الموضوعية، التي ارتأينا أن ننتمي منها أهلية الزواج، التي ساوى المشرع بين المركز القانوني للزوجين من خلالها، بتحديد لسن الزواج لكلا الجنسين بتسعة عشر (19) سنة (م 07 ف 1 ق.أ). كما ساوى بينهما أيضا، فيما تعلق بالإذن القضائي للسماح بالزواج دون ذلك السن (م 07 ف 1 ق.أ)، إلا أنه لم يحدد السن التي يُسمح معها للقاضي بالنزول عندها، وكذا لم يحدد الجزاء على عدم احترام م 07 ق.أ. هذا، وقد ساوى بينهما أيضا، في تأهيلهما للنقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات (م 07 ف 2 ق.أ)،
- كما ارتأينا أيضا، أن نختار الولاية في عقد الزواج، كشرط موضوعي آخر، نستظهر من خلاله مركز الزوجين، لكونه من الشروط الأكثر تعرضا لانتقادات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

على الشاكلة التي كان عليها قبل تعديل 2005. حيث ساوى بمقتضاه المشرع بعد تعديل 2005 بين المركز القانوني للزوجين الراشدين إلى حد كبير، وذلك بإسقاطه لولاية الاختيار على الرشيدة، التي بات بإمكانها عقد زواجها بنفسها، شأنها شأن الزوج البالغ العاقل، مع اشتراط الحضور الرمزي لوليها، الذي قد يكون شخص آخر تختاره هي (م11 ف1 ق.أ). كما ساوى أيضا بين المركز القانوني للزوجين القاصرين، وذلك بجعله لعقد زواجهما يتولاه وليهما (م11 ف2 ق.أ) لكن، دون أن يستطيع ممارسة صلاحياته بموجب الولاية، لا بالمنع ولا بالإجبار على الزواج لمصلحة، مسقطا بذلك ولاية الإجبار على القاصرة (م13 ق.أ)، ومبقيا عليها فقط ولاية اختيار رغم قصرها،

- إضافة إلى الشروط الموضوعية لعقد الزواج؛ فقد جعل المشرع له أيضا شروطا شكلية لضبطه أكثر، وكذا لحمايته من الجحود، التي ارتأينا أن ننتقي منها الشهادة الطبية السابقة لعقد الزواج بما لا يزيد عن ثلاثة (03) أشهر، كونها مما استُجد في ق.أ. والتي ساوى المشرع من خلالها بين المركز القانوني للخطيبين، في اشتراط ضرورة تقديمها من كليهما على السواء (م07 مكرر ف1 ق.أ، وم02 ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام م07 مكرر من ق.أ)، رغم ما يكتنفها من غموض وقصور والحاجة إلى الجدية في تفعيلها وتطبيقها واحترامها، على مستوى الخاطبين والطبيب وكذا الموثق أو ضابط ح.م،

- كما ارتأينا أيضا، أن نختار الرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات، كشرط شكلي آخر، نبين من خلاله مركز الزوجين. لكون حق الزوج في التعدد، من بين النقاط أيضا التي تعرضت لهجمة شرسة من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. وباستحداث المشرع لشرط الحصول على الرخصة المؤسسة على عدة شروط أصعبها على الإطلاق موافقة زوجته وخاصة السابقة (م08 ف3 ق.أ)؛ يكون قد قوى من المركز القانوني لها في مواجهة زوجها. حيث تعتبر موافقتها ضرب من ضروب الاستحالة، خاصة إذا ما كانت لديه زوجتان أو ثلاث سابقات، وذلك دون ضرورة ملجئة أو حاجة عامة، ليصل بالتعدد إلى المنع الضمني وغير المباشر، بغية تقريب الزوج من مركز الزوجة المحرم عليها التعدد لحكم شرعية،

- يترتب بعد الدخول في العلاقة الزوجية؛ جملة من الحقوق والواجبات، في صالح وعلى عاتق كلا الزوجين. منها المعنوية، التي ساوى المشرع بين الزوجين فيها مساواة تامة (م36 ق.أ). وذلك بترتيبه لجملة من الواجبات التي تعتبر حقوقا في الآن ذاته، وإلقائها على عاتق الاثنين معا. ولعل أهمها على الإطلاق تكريس مبدأ التعاون، واستحداث مبدأ التشاور بين الزوجين (م36 ف3 و4 ق.أ)، تحقيقا للإشراف المزدوج على الأسرة وإدارتها، وعدم انفراد الزوج في اتخاذ القرار، مقويا بذلك مركز الزوجة عما كانت عليه قبل التعديل، ليرتقي بها من مركز التابع إلى مركز الشريك،

- للوصول إلى تكريس المساواة المجسدة في مبدأي التعاون والتشاور بين الزوجين وعدم الانفراد في اتخاذ القرار حتى لا تهملش الزوجة؛ ضحى المشرع برئاسة الزوج المتمثلة في حقه في القوامة، كما وألغى واجب الزوجة في طاعته، وذلك بإلغائه للمادة (39 ق.أ لسنة 1984)،
- إضافة إلى الحقوق والواجبات المعنوية المترتبة على عقد الزواج؛ فقد تترتب عليه أيضا حقوق وواجبات مالية، ارتأينا أن ننقي منها النفقة الزوجية، التي لم يساو المشرع بين المركز القانوني للزوجين بمقتضاها. حيث أبقى عليها من الالتزامات الأصلية الواقعة على كاهل الزوج (م74 ق.أ)، محافظا بذلك على التوجه الشرعي في هذا الخصوص. ومعفيا الزوجة منها مهما بلغت من غنى، ومهما بلغت حالة زوجها من عوز، وصحته من دمر وعجز، إلا ما شأنت هي أن تمنحه له عن طيب خاطر منها،
- خلف المشرع شرخا كبيرا بين الحقوق والواجبات المعنوية والمادية وفقا لذلك، محدثا بذلك تناقضا واضحا بين ما جاء في م36 ف3 من ق.أ، التي توجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة، وبين أفراد الزوج وحده بواجب الإنفاق الزوجي (م74 ق.أ)،
- إذا وازنا بين إلغاء المشرع لحق الزوج في رئاسة أسرته، وإبقائه على واجبه في الإنفاق الانفرادي؛ سنستنتج مدى تعسفه في حقه. فلا هو أبقى على المرجعية الشرعية، بتكليفه بالنفقة لقاء رئاسته وطاعة زوجته له، ولا هو اعتنق ما دعت إليه اتفاقية سيداو، بجعله للزوجين شريكين في الرئاسة والإنفاق،
- كما ارتأينا أيضا، أن نختار الذمة المالية، كأحدى الحقوق والواجبات المالية أيضا، التي استحدثها المشرع بموجب تعديل 2005، والتي ساوى بين الزوجين بموجبها، بمنحه للاثنتين على السواء الحق في الاحتفاظ بذمته المالية مستقلة عن ذمة الآخر (م37 ف1 ق.أ). إلا أن تلك المساواة، قد خدشها المشرع حينما جعل ذمة الزوجة خالصة لها، دون أن يزاحمها فيها الزوج، إلا ما خرج عن طيب خاطر منها، بل ورتب عقوبات عليه إذا أكرهها على التصرف في مالها. في حين جعل لها هي حقا على ذمة زوجها، يتمثل في النفقة والتكاليف المادية الواقعة على كاهله شرعا وقانونا. ليكون بالنظر من هاته الزاوية قد قوى مركزها القانوني في مواجهته،
- فيما تعلق بالأموال المشتركة بين الزوجين التي يكتسبانها خلال حياتهما الزوجية؛ ساوى المشرع بينهما أيضا في جوازية اتفاقهما حولها وحول تحديد نسب كل منهما، كآلية جديدة جاء بها المشرع في تعديله لسنة 2005، داعمة لمبدأ المساواة وحرية الإرادة (م37 ف2 ق.أ)، رغم ما يكتفها من غموض كونها نظام فتي على المجتمع الجزائري، فضلا عن القصور في المعالجة، الذي يرجع إلى أن فقرة وحيدة غير كفيلة بتنظيم وتسيير نظام ضخم كالنظام المالي للزوجين،

- إذا حدث وأن تصدّعت العلاقة الزوجية؛ فقد جعل المشرع الجزائري للخروج منها، عدة آليات في يد كلا الزوجين، كان المركز القانوني لهما بموجبها متساويا إلى حد ما، مع ميل المشرع بكفته إلى صالح الزوجة. حيث ساوى بينهما في الطلاق بالتراضي (م48 ق.أ)، الذي جعل من إرادتهما فيه محل اعتبار، وكذا الطلاق للنشوز الذي جعله بيد القاضي (م55 ق.أ) -الذين أسقطا من الدراسة-. كما ساوى بينهما أيضا، في منح كل منهما الحق في فك الرابطة الزوجية انفراديا، وذلك من خلال جعله للطلاق بالإرادة المنفردة في يد الزوج (م48 ق.أ)، الذي أبقى فيه على المرجعية الشرعية، مع تقييده بضرورة اللجوء إلى القضاء، عدم تعسفه فيه، وقدرته المالية. وجعله للخلع حقا خالصا وأصيلا للزوجة (م54 ق.أ)، تستعمله متى شاءت دون قيد ولا شرط -سوى بدل الخلع- بموجب تعديل 2005، الأمر الذي أدى إلى تنامي ظاهرة فك الرابطة الزوجية بموجبه، مخلفا تفكك الأسرة بدلا من استقرارها، راضيا بموجب ذلك إلى المطالب الدولية التي تدعو إلى المساواة بين الزوجين. كما دعم المركز القانوني للزوجة في فك الرابطة الزوجية أيضا؛ بتوسيع حالات طلب التطليق بعد تعديل 2005، التي صارت عشرة (10) حالات (م53 ق.أ)، مع قصره لهاته الآلية عليها وحدها، حارما منها الزوج، رغم إمكانية انطباق معظم الحالات عليه، خاصة "العيب، الشقاق المستمر، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"،

- يترتب على الخروج من العلاقة الزوجية عدة وحقوق وواجبات خاصة المالية، والتي اخترنا التعويض كأثر بارز نسلط من خلاله الضوء على المركز القانوني للتطليقين، والذي لم يساو من خلاله المشرع قط بينهما، حيث جعله من حليف المطلقة في عدة مواطن حينما تتضرر، بدءًا من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (م52 ق.أ)، وكذا التطليق (م53 مكرر)، -فضلا عن الطلاق للنشوز الذي لم نتناوله أين ساوى بينها وبين الزوج فيه (م55 ق.أ)-. في حين لم يمنح للزوج أي تعويض، لا في الخلع باعتبار أن بدله الذي أبقى له عليه لا يعتبر تعويضا بالمعنى الحقيقي، ولا في التطليق الذي أعدم أحقيته فيه أصلا،

- فيما تعلق بالمركز القانوني للزوجين على مستوى علاقتهما في مواجهة أولادهما؛ فإنه يترتب لصالح أولئك الأولاد في حق والديهم أثناء قيام العلاقة الزوجية جملة من الحقوق. منها المعنوية، التي ارتأينا أن نختار لدراستها النسب نظرا لأهميته، والذي لم يساو المشرع بمقتضاه بين الوالدين. سواء على مستوى العلاقة الشرعية، أين منح على غرار الشريعة الإسلامية للوالد وسام انتساب ولده الشرعي له وحمله لقبه، الناتج عن السبب الأصل في ذلك وهو الزواج، صحيحا كان أم فاسدا أم وطأً بشبهة، فضلا عن سبيلي البينة والإقرار، ومدعما ذلك بتقنية البصمة الوراثية (المواد من 40 إلى 45 مكرر ق.أ). محافظا على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذي استنبطوا من مقاصد الشرع وقواعده أسباب ثبوت النسب الشرعي للوالد، والمتمثلة في الفراش الشرعي وما يلحقه،

- أو على مستوى العلاقة غير الشرعية، أين أغفل المشرع التعرض إلى النسب الطبيعي للولد، والذي يستشف ضمناً بأنه قطعه من والده الطبيعي، في حين لم ينص صراحة على إلحاقه بوالدته، لانعدام أي أثر يدل على ذلك في النصوص القانونية الجزائرية. وبتفعيل م222 من ق.أ، نجد أن جمهور الفقهاء قد قطعوا نسب ولد الزنا من الزاني وألحقوه بوالدته، وهو ما درجت عليه المحكمة العليا في أغلب اجتهاداتها القضائية. إلا أن رأي الجمهور هذا لم يعرف إجماعاً، نظراً للخلاف الذي حصل من قبل بعض العلماء الأجلاء، الذين أجازوا إلحاق نسب ولد الزنا بوالده الطبيعي، إذا أراد هذا الأخير استلحاقه، ولم تكن والدته فراشاً. إلا أن الميدان العملي سواء على مستوى مستشفيات الولادة، أو ضباط ح.م، أو مديريات النشاط الاجتماعي؛ أثبت جواز منح الوالدة لقبها لولدها غير الشرعي، سواء قررت الاحتفاظ به أو التخلي عنه، غير أن ذلك الأمر نادر الوقوع، كما أنه ليس مطلقاً ولا ملزماً لها، بل معلقاً على إرادتها، مما يجعل مصير الولد واقفاً على رغبتها لا على حقه في ذلك،
- أما فيما تعلق بالجنسية، كأحدى حقوق الأولاد المعنوية على والديهم أيضاً، والتي لا تقل أهمية على النسب؛ فقد ساوى المشرع بين المركز القانوني للوالدين في الأسرة من خلالها، وذلك بإطلاقه لحق الوالدة في نقل جنسيتها لأولادها دون قيد ولا شرط شأنها في ذلك شأن الوالد، بموجب تعديل ق.ج.ج سنة 2005، وبالضبط م06 منه، وفك القيود التي كانت تكبلها بموجب ق.ج.ج لسنة 1970،
- إضافة إلى الحقوق المعنوية المترتبة لصالح الأولاد على عاتق والديهم؛ فقد تترتب عليهم أيضاً حقوقاً مالية، تتمثل أساساً في النفقة الوالدية، التي لم يساو المشرع بموجبها بين المركز القانوني للوالدين - رغم محاولته التقريب بين مركزهما بمقتضاها-، وذلك بتكليفه للوالد بها أصالة وابتداءً (م75 ق.أ)، متفقاً بذلك مع ما جاءت به شريعتنا الإسلامية، وما قال به فقهاؤها الأجلاء، الذين ألزموه متى كان موجوداً، موسراً وقادراً على الكسب، بالإتفاق على ولده المعسر وغير القادر على الكسب، دون أن يشاركه في ذلك أحد. في حين جعل المشرع الوالدة تتفق على أولادها بصفة ثانوية واحتياطية فقط (م76 ق.أ)، حيث لا يصيرُ إليها هذا الالتزام، إلا إذا عجز والدهم، وكانت هي قادرة على ذلك، أخذاً برأي جمهور الفقهاء من الحنفية، الشافعية والحنابلة، الذين ألزموها بها فقط حال انعدام الأب أو عسره، ومستبعداً رأي المالكية، الذين أعفوها منها مطلقاً، مهما كان حال الزوج،
- إذا وازنا بين اعتراف المشرع للمرأة بالذمة المالية المستقلة، وتحقيقه لتشاركتها مع الزوج في قيادة الأسرة، ونصه على وجوب تعاونهما على رعاية مصلحة الأولاد، وحمايته لحقها في العمل الذي كفله لها دستورياً وقانونياً، وبين جعله لها مجرد منفقاً احتياطياً فقط على أولادها؛ نجد بأن النتيجة غير عادلة في حق الزوج، ولا تخدم مبدأ المساواة، الذي لأجله اتخذ جميع التدابير السالفة الذكر،

- أعقب المشرع الجزائري إلزام الوالدين -الوالد كأصل، والوالدة كاستثناء- بالنفقة لصالح أولادهما المنصوص عليها في ق.أ؛ بجزء جنائي منصوص عليه في ق.ع، حتى يتم احترام القيام بها، لما يلحقه الإخلال بها من إضرار بالولد،
- حيث جَرَّم المشرع الجزائري، فعل ترك الأسرة والتخلي عن التزاماتها التي من بينها المادية والمتمثلة في النفقة، لمدة تتجاوز شهرين (02)، بغير سبب جدي، والتي لا تنقطع إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية (م330 ف1 ق.ع). وقد توجه بالخطاب إلى الوالدين معاً، سواء كان الجاني الوالد أم الوالدة. مما يدل على مساواته بين المركز القانوني لهما في الجزاء الموقع عليهما حال ترك أحدهما للأسرة، وما يستدعيه ذلك الترك من تحلل من التزامات، بموجب السلطة الأبوية للوالد، أو الوصاية القانونية للوالدة،
- كما جَرَّم أيضاً، فعل عدم تسديد النفقة العمدي، بعد تجاوز أكثر من شهرين من قبل كلا الوالدين، متى صدر حكم قضائي بإلزام أي منهما بذلك (م331 ق.ع)، حسب الحالة التي يقوم فيها واجب الإنفاق في حق أي منهما. مما يدل على مساواته بين المركز القانوني للوالدين في الجزاء الموقع عليهما حال إحجامهما المقصود عن أداء واجب النفقة تجاه أولادهما،
- إلا أن متابعة الوالد في كلا الجريمتين مُفَعَّل على أرض الواقع، في حين تبقى متابعة الوالدة حبيسة أعراف البيئة الجزائرية التي تأبى ذلك، حيث وحسب اطلاعنا لم نتمكن من العثور على أي حكم أو قرار أو اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بإدانة الوالدة الممتنعة عن النفقة على أولادهما، لندرة ما يقضي بإلزامها بذلك أصلاً، حيث لم نتمكن من العثور سوى على اجتهاد واحد للمحكمة العليا يجعل منها مقدمة على الجد في النفقة على الأولاد في حال كان لها دخل. مما يدل على أن تكليفها الاستثنائي ذلك، ما هو سوى تنظير يفنقر إلى التطبيق الذي يبقى أسير الأعراف المجتمعية السائدة،
- إذا حدث وأن انفصم الزواج المُتَوَجَّ بأولاد؛ فإن المركز القانوني للوالدين في مواجهة أولادهما بعد ذلك الانقسام، يشهد وضعاً جديداً، وذلك بتحول مركزهما القانوني من والدين زوجين، إلى والدين طليقين، وهو ما يزيد من حدة الشقاق بينهما في غالب الأحيان، نظراً لما يفرضه الواقع الجديد لمركزهما من احتدام وتصادم، حيث تبرز لنا مؤسستان أساسيتان يتنافسان حولهما الوالدان،
- تنتصب الأولى على حضانة الصغير، التي أبقى المشرع بموجبها على مركز الوالدة قوياً، حين اعترف لها بالأولوية فيها متى كانت أهلاً لها، مانحاً إياها تصدر وترأس قائمة المؤهلين بها حتى في مواجهة الوالد (م64 ق.أ)، محافظاً على ما جاءت به السنة الشريفة، وما أجمع عليه الفقهاء، ومحققاً بذلك لمصلحة المحضون الذي يجد ضالته بقرنها حتماً،
- ارتقاء المشرع برتبة الوالد إلى ما بعد الوالدة مباشرة فيما تعلق بحضانة ولده بموجب تعديل 2005 (م64 ق.أ)، لصيرورة ذلك أولوية فرضتها مستجدات الحياة الاجتماعية، التي تخلت عن الأسرة

- الممتدة، واعتنقت الأسرة النووية، التي تقتصر على الزوجين والأبناء فقط. وكذا، لوفاء الجزائر بالتزاماتها الدولية، التي تنادي بتحقيق المساواة بين الجنسين،
- حاول المشرع من خلال تقديم رتبة الوالد في الحضانة من الرابعة إلى الثانية، تمديد التشاركية والمساواة في الحقوق والواجبات المعنوية، التي كرسها حال قيام العلاقة الزوجية، وعلى رأسها ما تعلق بتربية الأولاد ورعايتهم (م36 ف3 ق.أ)، إلى ما بعد الافتراق أيضا. ذلك أنه وإن لم يجعلها مساواة مطلقة بين الوالدين لصعوبة تحقيق ذلك؛ فإنما هي تدل على نيته في التقريب بين المركز القانوني للوالدين في الأسرة والموازنة بينهما، لتعكس نوعا من المساواة بينهما في هاته النقطة تحديدا،
- إذا تم إسناد الحضانة إلى الأجدد بها؛ فإن ذلك الإسناد تستتبعه بالضرورة جملة من الالتزامات خاصة المادية والتي يترأسها وجوب توفير مسكن لممارسة الحضانة كالالتزام أصلي، وإن تعذر ذلك فدفع بدل الإيجار كالالتزام بدلي (م72 ق.أ). والتي لم يساو المشرع بمقتضاها بين المركز القانوني للوالدين الطليقين، لا مساواة تامة ولا ناقصة، حيث ألقاها جملة وتفصيلا على عاتق الوالد وحده مهما كانت حالته المادية من يسر أو عسر، وحالته الصحية من عافية أو عجز، ولم يشر إلى إمكانية تحميل الوالدة لعبء المسكن أو جزء منه، حتى ولو كانت موسرة والوالد معسرا، أو ممتلكة لسكن خاص بها، كامتداد للتشاركية التي تبناها عند قيام العلاقة الزوجية، أو حال طلبها هي للطلاق خاصة في الخلع. مما يدل على توجهه نحو تقوية المركز القانوني لها، وذلك بضمان المسكن للمحضون ومن ثمة ضمانه لها بالتبعية،
- تعارض المشرع مع نفسه مجددا، حين جعل السكن من مشمولات النفقة (م78 ق.أ)، وجعل النفقة بمجملها بما فيها السكن تقع على عاتق الوالد أصالة (م75 ق.أ) وعلى عاتق الوالدة استثناء (م76 ق.أ)، ثم يأتي بموجب (م72 ق.أ) لجعل السكن أوبدله من الالتزامات الواقعة على عاتق الوالد وحده مهما كان حاله. مما يبرهن مرة أخرى على أن التشاركية بين الوالدين حال قيام العلاقة الزوجية تنقطع بعد انفكاكها، ليعود الوالد مجددا لتحمل كل آثار ذلك الانفصال المادية. وبهذا، فالمشرع لم يتبع الفقه، الذي يجعل نفقة الأولاد على عاتق الوالد أثناء الزواج أو بعد انحلاله إلا في حالات استثنائية. ولم يتبع الاتفاقيات الدولية، التي تجعل نفقتهم واجبا مشتركا بين الوالدين أثناء الزواج أو بعد انحلاله. حيث اتخذ موقفا وسطيا، يخدم المطلقة الحاضنة أكثر،
- لما كانت الحضانة معهودة في الغالب الأعم إلى الوالدة؛ فإن تلك المهمة لا تستقيم دون متابعة لها ورقابة عليها، ولن يتأتى ذلك دون زيارة من قبل الطرف الذي لم يحكم له بالحضانة، والذي غالبا ما يكون الوالد. ورغم أن التنظيم الاتفاقي والرضائي للزيارة من قبل الوالدين تحت رقابة القضاء، يعتبر تكريسا لإرادتهما، وتحقيقا للتوازن بين مركزهما؛ فإن المشرع لم يعتمده في تقنينه، إلا ما حملته بعض

الأحكام القضائية الحديثة، والتي تبقى تعبر عن الاجتهاد الفردي، والقناعة الشخصية لكل قاض، دون أن يكون غيره ملزما بها. مبقيا على تنظيمها خاضعا للقضاء (م64 ق.أ)، الذي وإن كان يضمن تسهيل ممارستها، احترام تنفيذها، وضمان تطبيقها؛ فإنه لا يفي بالغرض حين بلوغ المحضون سنا معينة خاصة المراهقة، كما يعتبر إجحافا في حق الوالد الذي لن يتمكن من القيام بدوره الأبوي بجدية مع تلك السويغات والأيام القليلة،

– بما أن الزيارة تعتبر حقا مقابلا لحق الحضانة، مما يشكل توازي بين حقي الوالدين فيهما، حيث يتلازمان وجودا وعدما؛ فإن حق الزيارة يتأثر إذا ما تعسف صاحب الحق في الحضانة في استعمال صلاحياته بموجبها كسفره بالمحضون، الذي قد يقصد من ورائه تهريبه بلا رجعة، وحرمان صاحب الحق في الزيارة منه،

– حيث قيد المشرع إرادة الحاضن، والدا كان أم والدة على السواء في السفر بالمحضون خارج الوطن "للإقامة"، بإذن القاضي (م69 ق.أ) لا بموافقة صاحب الحق في الزيارة. بينما سكت عن تنظيم ذات الأمر بالنسبة للسفر به خارج الوطن "لحاجة"، مما يدل على إطلاقه لحرية الحاضن في ذلك، وهو ما يطرح العديد من الإشكالات العملية، حيث قد تسافر الحاضنة بالمحضون سفر حاجة، إلا أنها تنوي الاستيطان به هناك بلا رجعة ولو في إطار الهجرة غير الشرعية، وما من شأنه أن يؤثر سلبا على حقي المحضون والزائر معا. ليكون المشرع في هاته النقطة بالذات، قد غلب المركز القانوني للحاضن والذي يتمثل غالبا في الوالدة، على حساب المركز القانوني للزائر والمتمثل غالبا في الوالد. أما عن انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن للإقامة، فكذا سكت عن تنظيمه نصا، تاركا الأمر لاجتهاد المحكمة العليا، الذي منحه الحرية تارة، وقيده بوجوب الالتزام بمسافة الست برود تارة أخرى. بينما سكت عن تنظيم ذات الأمر بالنسبة لانتقاله به داخل الوطن لحاجة نصا واجتهادا، لعدم طرحه لذات الإشكالات المطروحة سابقا،

– وإذا كانت المؤسسة الأولى التي تنبثق عن انفصام العلاقة الزوجية المدعمة بأولاد تتمثل في الحضانة؛ فإن هناك مؤسسة ثانية لا تقل أهمية عن سابقتها، هي أيضا تشكل محل تجاذب بين الوالدين، تتمثل في السلطة الوالدية،

– حيث غلب المشرع الجزائري المركز القانوني للوالدة على الوالد، فيما تعلق بالولاية على الأولاد القصر بعد انفصام العلاقة الزوجية، بموجب تعديل 2005 (م87 ف3 ق.أ)، أين جعل الوالدة إذا أسندت إليها الحضانة تتولى شؤون أولادها القصر، ودون توضيح فيما تعلق بنوعية الولاية صراحة. جاعلا من الوالد معاقبا بحرمانه من ولاية أولاده فقط لمجرد استعماله لحقه في الطلاق، والذي قد يكون من جانب الزوجة أو بسببها في أحيان أخرى،

- إذا وازنا بين تكليف المشرع للوالد بالإنفاق على أولاده أصالة (م75 ق.أ)، وإسكانهم (م72 ق.أ)، فضلا عن جعلهم تابعين له في النسب (م41 و43 ق.أ) وغيرها، وبين حرمانه من تولي أمورهم بعد انفصام الزواج حتى وإن كانوا تحت يد حاضنة أخرى غير والدتهم؛ سنستنتج مدى تعسف المشرع في حق ذلك الأخير ككل مرة، الذي جرّده من حقه في الولاية على أولاده القصر المكفول له شرعا، متخذاً بذلك موقفاً فريداً، فلا هو أبقى على المرجعية الشرعية، التي خص فيها جمهور الفقهاء الولاية على النفس أو على المال العصبية من الذكور دون الإناث وعلى رأسهم الأب -باستثناء الحنفية في الولاية على النفس، وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة في الولاية على المال، أين منحوا الحق في الولاية للوالدة وغيرها من ذوي الأرحام، لكن عند انعدام العصابات من الذكور-، ولا هو اتبع المرجعية الدولية التي تجعل من الولاية مشتركة بين الوالدين سواء أثناء قيام الزواج أو بعد انفصامه،
- وإذا كانت الولاية على القصر المحضونين، تفرض بالضرورة على من أسندت لهم تحمل المسؤولية المدنية على أفعالهم الضارة بالغير؛ فإن المشرع الجزائري وباعترافه للوالدة بالأولوية في حضانه صغارها بعد الطلاق (م64 ق.أ)، ومنحه إياها تبعا لذلك الحق في الولاية عليهم بقوة القانون (م87 ف3 ق.أ)؛ فقد ألحق بها أيضا عبء تحمل المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة التي يحدثونها بالغير، معفيا بذلك الوالد من تلك المسؤولية تمام الإعفاء، وذلك بموجب م134 من ق.م بعد تعديل سنة 2005 التي جاءت بحكم عام فيما يخص متولي الرقابة، مفاده إسناد تلك المهمة لأي شخص حمّله إياها القانون أو الاتفاق، دون شرط ولا قيد، ودون تمييز بين قيام أو انتهاء الزواج، ودون تخصيص لفئة معينة أو جنس محدد. حيث جعلت من كل من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب مرحلته العمرية أو حالته العقلية أو الجسمية؛ الالتزام بتعويض الغير عما يلحقه أولئك بهم من ضرر. وبالرجوع إلى م87 من ق.أ، نجدها تمثل القانون الذي يوجب على الحاضن ولاية ورقابة المحضون ومن ثمة تحمل مسؤوليته،
- تحميل المشرع الجزائري للوالدة الحاضنة المسؤولية المدنية على أفعال القاصر المحضون الضارة بالغير، ينطوي على الكثير من الجور في حقها، لكونها لن تستطيع بحال أن تحل محل الوالد في رقابته ومتابعته ومن ثمة تحمل أوزار أخطائه خاصة الذّكر إذا ما صار مراهما، وكل ذلك يبرهن على أن تبادل الأدوار الذي ألبسه المشرع الجزائري للزوجين أو للتطبيقين الوالدين في كثير من الأحيان لم يكن موفقا لمخالفته لطبيعتهما واستعدادهما الفطري،
- رغم محاولة المشرع الجزائري وسعيه إلى الرفع من قيمة المرأة، والارتقاء بمركزها القانوني إلى مصاف المساواة بمركز الرجل في أغلب محطات زواجهما، في محاولة منه لإرضاء التّدايعات الداخلية منها والخارجية المطالبة بتلك المساواة؛ فإنه قد أخفق في ذلك حينما انتقل من قانون الأسرة لسنة 1984 الذي وُصف "بقانون الرجل"، إلى قانون الأسرة لسنة 2005 الذي يوصف من خلال ما

سبق عرضه "بقانون المرأة". ومنه، فقد حاد عن هدفه الرئيسي في إرساء تلك المساواة حين مال بكفته إلى صالحها في كثير من الأحيان، خاصة في ظل انتهاجه لسياسة البحث عن المساواة فقط فيما يخدمها، الأمر الذي خدمها مرة، وخذلها وأثقل كاهلها مرات عديدة. وفشله ذاك، كان نتيجة حتمية، لكون قانون الأسرة يعالج الجانب الشخصي والحساس من حياتنا، الذي يجمع بين مختلفي الجنس، اللذين فصل الله في ما يليق بكل منهما منذ الأزل، باتباع فلسفة عادلة مبنية على حسابات دقيقة ومتكاملة، ضمانا للحقوق المتناسبة مع كل فرد ومع كل حالة على حدا، وبعيدا عن التفاضل الجنسي. وبالتالي، فمحاولة مساواته بين متباينين شيء مستبعد،

- أثرت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية سيداو، على موقف المشرع الجزائري بصفة واضحة ومباشرة، مما دفع به إلى مجانية الشريعة الإسلامية في كثير من الأحيان، الأمر الذي أوقعه في مطبات كثيرة. تلك الشريعة، التي سعت إلى تحقيق فلسفة التكامل والتوازن، بينما سعوا هم إلى تحقيق سياسة المساواة، التتطابق والتماثل المطلقين، بين جنسين مختلفين ومتباينين، الأمر الذي يؤدي إلى ظلم أحدهما لا محالة، فضلا عن مساهمته في شحن الجنسين بروح العداء، المترسبة من فكرة محاولة كل منهما اعتلاء عرش الأسرة على حساب الآخر.

ومن خلال النتائج السالفة الذكر، ارتأينا تقديم جملة الاقتراحات التالية:

- ✓ على المشرع الجزائري أن يساوي بين الزوجين في الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط، الذي سبق له وأن ساوى بينهما في أحقيتهما في تضمينه عقد زواجهما (م19 ق.أ)،
- ✓ تمكين الزوجين من تعديل أو إلغاء ما اتفقا عليه من شروط فيما بعد، إذا ما أصبح تنفيذها مرهقا أو متعذرا، حتى لا يقع في دائرة مخالفتها،
- ✓ على المشرع أن يعيد للولي مكانته، بأن يعيد ولاية الاختيار على الراشدة، وأن يلغي عبارتي "الحضور" و"الشخص الآخر" من م11 من ق.أ. وأن يعيد له سلطته في منع موليته القاصرة من الزواج بمن لا يتناسب معها، وأن يخضعها لرقابة القاضي، لتفادي إمكانية تعسفه في ذلك. مع الإبقاء على منعه من إجبار موليته على الزواج بمن لا تريده راشدة كانت أم قاصرة،
- ✓ إلغاء شرط الحصول على الرخصة القضائية لتعدد الزوجات المقررة في م08 من ق.أ، والمستندة على تأكد رئيس المحكمة من توافر عدة شروط، أصعبها على الإطلاق موافقة الزوجة (ات) السابقة (ات)، كون موافقة اللاحقة لا تثير إشكالا في أغلب الأحيان، والاكتفاء فقط بعلم الزوجة (ات) السابقة (ات) بالتعدد، حتى يسد الباب أمام تفشي المفساد، ذلك أن «تعدد الحلائل خير من تعدد

الخلائل، والنكاح المشروع خير من السفاح الممنوع»¹، كما أن التعدد «حل مقبول أسلم وأكرم من نبذ المرأة المريضة، ومن إكراه الرجل على العقم والمشقة»²،

✓ على المشرع أن يعيد للزوج مكانته داخل أسرته كرئيسا لها، مثلما قررتة الشريعة الإسلامية. تلك الرئاسة، التي لا تلغي شخصية الزوجة داخل الأسرة إذا ما استُعملت بالمعروف، لنصل بذلك إلى التوازن والتكامل لا المساواة التي تلغي حق الزوج فيما منحه الله إياه،

✓ إشراك الزوجة العاملة أو الموسرة في واجب الإنفاق الزوجي دون شرط ولا قيد بالنص القانوني، ليس على قدم المساواة مع الزوج، بل بما يحقق مساهمتها، كونها تساهم فعليا في الحياة الواقعية، ولا ضير في تقنين تلك المساعدة قانونا، خاصة وأنها تدخل في إنماء ثروة الأسرة، وبالتالي حفظ حقها فيها مرة أخرى، وكذا ليوازن المشرع بين المركز القانوني للزوجين في ذلك،

✓ جَعَلَ التطلاق حقا مشتركا للزوجين "للعيب، لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد وللشقاق" وغيرها من الحالات التي قد تنطبق على الزوج أيضا، حتى لا يضطر إلى دفع المستحقات المالية الناجمة عن الطلاق بالإرادة المنفردة، رغم كون زوجته قد تكون معيبة، أو مخالفة لشروط العقد، أو هي مصدر الشقاق،

✓ ربط الخلع بقرائن معينة، تضيف عليه طابع الجدية والعَرَضِيَّة، حتى يصبح اللجوء إليه له دواعيه التي شُرِعَ لأجلها، وعدم تقنين بدله في حالة عدم الاتفاق عليه بقيمة صداق المثل، بل لابد من تركه لتقدير القضاة، مع ربط سلطتهم التقديرية تلك بضوابط معينة "كمبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة"، لنصل إلى الموازنة بين مركز الزوجين، بتكريس حق الزوجة في طلب الخلع، مع ضمان حق الزوج في تعويض عادل، يضاهاى حجم الضرر الذي يتعرض له، إثر تخريب أسرته دون سبب منه، كما قد يسهم هذا في تقليل اللجوء إليه بالحُجَّة وبدونها،

✓ على المشرع الجزائري أن يخرج من سكوته فيما تعلق بنسب الطفل الطبيعي، وأن يكرس صراحة حقه في الانتساب إلى والده الطبيعي، على الأقل إذا ما أراد هذا الأخير استلحاقه، ولم تكن أمه زوجة لرجل آخر، اقتداءً بما توصل إليه ثلة من فقهاءنا الأجلاء الذين خالفوا الجمهور، خاصة مع وجود تقنية البصمة الوراثية التي لا تدع مجالا للشك في الوصول إلى الوالد البيولوجي. ذلك أن إلحاق ولد الزنا هو ارتكاب لأخف الضررين، فضرر إلحاق نسبه من الزنا أخف من ضرر قطعه وتضييعه. وجلب منفعة لحوق نسبه أولى من دفع مفسدة الزنا، والشريعة متشوفة للحقوق النسب. وكذا، فمصلحة هذا الطفل البريء تستلزم نسبته لوالده، الذي لا يجوز بحال أن يتحلل من مسؤوليته عملا بقاعدة «الغنم بالغرم»، وأن يثاب عن زناه بتركه حرا طليقا من أي تبعات. وحتى نوازن بين

1 - عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، ك.1، الزواج، مرجع سابق، ص.205.

2 - عباس محمود العقاد: المرأة في القرآن، د.ر.ط، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة-مصر، د.س.ن، ص.72.

المركز القانوني للوالدين في هذا الخصوص لتحقيق العدل والمساواة بينهما، حتى يتحمل كل واحد منهما حظه مما اقترفه، فمن الظلم والإجحاف بحق المرأة، أن تُشَرَّف الرجل بالنسب الشرعي، في حين نحملها وحدها مَعَرَّة النسب غير الشرعي، والاثنتان قد اشتركا في نفس الرذيلة. كما أنه من الظلم أيضا في حق الولد البريء أن نجعل نسبه رهن شرعية الزواج حتى يُنسب لوالده، ورهن إرادة والدته في الاحتفاظ به حتى يُنسب لها في العلاقة غير الشرعية،

✓ بعد أن صارت الزوجة رئيسة لأسرتها رفقة زوجها، متمتع بزمته المالية المستقلة، التي لا حق لهذا الأخير فيها إلا بإرادتها، فضلا عن ارتفاع حظوظها في العمل، وصيرورة حقها فيه مضمون؛ على المشرع أن يجعلها مساهما وشريكا فاعلا في الإنفاق على أولادها رفقة زوجها في حالة يسرها، حتى وإن كان هذا الأخير موسرا. وأن يحملها ذلك الواجب بمفردها إذا كان عاجزا وهي قادرة، لندعم بذلك مبدأ التعاون الذي اعتمده المشرع، وكذا لنجسد المساواة التي عمل لأجل إرساء دعائمها،

✓ جعل التنظيم الاتفاقي بين الوالدين الطليقين لحق الزيارة، مدرجا ضمن نصوص ق.أ صراحة وكالأصل، والذي يُبَلِّغانه إلى المحكمة لتسجيله في حكم الطلاق المتضمن في طياته تنظيم الزيارة، لما يحققه ذلك من تكريس لإرادتهما، وإرساء للتوازي بين مركزهما القانوني، وكذا لما تحققه الزيارة المنفق عليها والمستمرة والمنتظمة في جو من التفاهم والهدوء؛ من سلاسة في عودة المحضون إلى والده بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها وضمُّه إليه. ثم إن لم يفلح في الوصول إلى اتفاق يُحال الأمر إلى القضاء، الذي ينظمها بما يراه مناسبا، في ظل مراعاة مصلحة المحضون أولا، ثم ظروف الطرفين ثانيا. وكذا، عليه أن يفتح لهما باب تعديل ومراجعة إما الاتفاق أو الشرط المتضمن تنظيم الزيارة في الحكم القضائي، إذا ما أصبح تنفيذه ضارا إما بالمحضون أو بالوالدين أو بأحدهما،

✓ تقييد سفر وانتقال الحاضن بالمحضون -والدة كانت أم والدا- للاستيطان خارج الوطن أم داخله، بإذن القاضي، مع وجوب تقييد هذا الأخير ذاته، بضرورة الأخذ بعين الاعتبار، إضافة إلى مصلحة المحضون؛ ظروف الوالد المادية والصحية، فضلا عن النظر في بعد المسافة، التي وإن كانت لا تشكل عسر بالنسبة للبعض، فإنها تشكل عقبة في وجه من خائنته ظروفه المادية المزرية، أو حالته الصحية المتدهورة، التي تحول دون سفره وانتقاله لزيارة محضونه دوريا، مما قد يكون سببا في تخليه عن مسؤوليته في رقابة ولده، وحقه في رؤيته،

✓ تقييد سفر الحاضن بالمحضون -والدة كانت أم والدا- لحاجة خارج الوطن، بموافقة صريحة ورسمية ممن له حق الزيارة. وإذا تعسف هذا الأخير في منح تلك الموافقة رغم توافر حالة الضرورة أو الاستعجال التي تدفع بالحاضن إلى السفر؛ أن يضع في يد الحاضن آلية رفع الأمر إلى القضاء، الذي يبيت فيه محققا في مدى توافر الحالة العرضية، وأخذا منه جميع الضمانات التي تجعل من

عودة المحضون إلى أرض الوطن مؤكدة، مثلما أخذ به المشرع المغربي في م 179 من المدونة، وكل ذلك احتياطا لتفادي السفر الكيدي الذي يُبَيِّت صاحبه من ورائه النية السيئة،

✓ على المشرع الجزائري ألا يجعل الولاية بعد انفصام الزواج تابعة للحضانة ومقتزنة بها، إلا إذا تعذر على الوالد ممارستها (كوفاته أو فقدان أهليته)، أو ثبت تعسفه فيها، أو تهاون في القيام بالواجبات المترتبة عليها، أو تغيب على مقره وجهل محله، أو لأي سبب آخر يضر بمصلحة المحضون، مثلما أخذ به المشرع التونسي في الفصل 67 فقرة أخيرة من المجلة. وأن يتدخل ويخرج ولاية التزويج بالنص الصريح من صلاحيات الوالدة الحاضنة بعد الطلاق، ويعيدها بالنص الصريح كذلك إلى أصلها المتمثل في الوالد، طالما لا يزال على قيد الحياة، متمتعا بصحته الجسدية والعقلية، ولم يحدث له ما يمنعه من ذلك، كما لم يثبت قانونا تعسفه أو تهاونه في ممارستها،

✓ جعل المشرع المسؤولية المدنية على أفعال المحضون الضارة بالغير مناصفة بين الوالدين، وأن يتحملا التعويض تضامنيا مع بعضهما، والابتعاد عن تحميل تلك المسؤولية للوالد أو للوالدة فرادا، نظرا لثقل العبء الذي ألقاه على عاتق الوالدة التي وإن كان المحضون فعلا في حضانتها وهي ولية عليه؛ فإنها قد تعجز حقا عن مراقبته خاصة إذا ما تجاوز سن التمييز ذكرا كان أم أنثى، ويزداد عجزها أكثر حين بلوغه سن المراهقة، أين تتضاءل سيطرتها عليه بل وقد تتعدم تماما، مما يجعله يفلت عن رقابتها، ويجعل من مساءلتها وحدها عنه مدنيا جور في حقها،

✓ تحلى الحكومة الجزائرية في ردودها القادمة على اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بمواقف صارمة لا رجوع فيها، وواضحة لا لبس فيها، في الدفاع عن مبادئ ديننا الحنيف، وهوية مجتمعنا الأصيل، حتى يُقطع الشك باليقين، ولا يُفتح لهم المجال لانتظار تعديلات أخرى تأتي على بعض ما تم الإبقاء عليه في ق.أ من ارتباط بديننا الحق.

نخاطب من خلال هذا العمل المتواضع، أصحاب النُهي، ذوي العقول الصحيحة والسليمة، والألباب المستقيمة من الأزواج؛ بأن الأسرة الهَيَّة تقوم على المعروف، تلك العبارة التي ذكرها الله عز وجل في عدة مواطن. وأن يعتبرا نفسيهما جزأين يحتاج كل منهما لأن يكمله الآخر، وليسا ربيَّين متنافسين يجتهد كل منهما للإطاحة بالآخر. تلك الأفكار التي زرعها الغرب وأعداء الدين، بغية الوصول بالأسرة إلى جو من التشاحن والشقاق وإضمار نية الإضرار، وذلك نتيجة ابتعادنا عما حثنا عليه ديننا الحنيف من قيم التسامح، التعاطف، التآخي والتآزر. فلما جعل الله من الرجل قواما على المرأة ورئيسا للأسرة، لم يقصد من ورائه إذلالها بقدر ما قصد إجلالها، وجعلها ملكة تتربع على عرش أسرتها، وبحاجة إلى من يزود عنها. كيف لا وقد أوصى

الحبيب المصطفى ﷺ بها خيراً¹، ووصفها بالقوارير²، لرفع حسها وضعفها وعدم قدرتها على مجابهة معترك الحياة، في المواطن التي سخر لأجلها الرجل لحكمة الله في ذلك. فما أعزك يا دين، وما أحوجنا إلى الرجوع والتشبت بمبادئك.

هذا، ولأن الخطأ في البحث لا يسلم منه باحث مهما علا شأنه، لكونه من عمل البشر، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾³، حيث جاء في كتاب قناص الشوارد الغالية للحدوشي⁴، قول المزمي تلميذ الشافعي: «قرأت كتاب (الرسالة) على الإمام الشافعي ثمانين مرة فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ، فقال الشافعي: هيه -أي حسبك اكفف- أباي الله أن يكون كتابا صحيحا غير كتابه. وقال معمر: لو عرض الكتاب مائة مرة ما كاد يسلم من أن يكون فيه سقط أو قال: خطأ... وصدق الشاعر حين قال:

كمر من كتاب قد تصفحنه وقلت في نفسي أصلحنه
حتى إذا طالعنه ثاكيا وجدت تصحيفا فصحنه»

فإنني أضع بين أيديكم هذا العمل، علّه يكون المنارة لمن أراد أن يهتدي به وهو في رحلته العلمية في غياهب هذا المجال المتشابك والحساس. كما ولعل الاقتراحات التي تم إدراجها يجد بعضها صداه، إثر تعديل قانون الأسرة إذا ما حانت فرصة تعديله، حتى نسهم ونتعاون في تسوية وتقويم الاعوجاج، وتكملة النقص، اللذين حلّا به. والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ أشرف مولود، وأكرم محمود، وخير ما في الوجود.

انتهى خول الله وتوفيقه

بشير راضية

1 - روي «عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿استوصوا بالنساء؛ فإن المرأة خُلِقَتْ من ضِلَعٍ، وإن أعوج شيء في الضِّلَعِ أعلاه، إن ذهبت تقيمه، كسرته، وإن تركته، لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء﴾». انظر، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، ج. 8، ك. عشرة النساء، الوصية بالنساء، ح. رقم 9095، مرجع سابق، ص. 251.

2 - روي «عن أنس، قال: كان رسول الله ﷺ في بعض أسفاره وغلّام أسود يقال له: أنجشة، يحدو، فقال له رسول الله ﷺ: ﴿يا أنجشة رويدك، سوفا بالقوارير﴾». انظر، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، مج. 2، ك. الفضائل، ب. رحمة النبي ﷺ للنساء، وأمر السواق مطاياهن بالرفق بهن، ح. رقم 2323، مرجع سابق، ص. 1096.

3 - سورة النساء: آية 82.

4 - أبو الفضل عمر بن مسعود بن عمر الحدوشي: قناص الشوارد الغالية وإبراز الفوائد والفرائد الحديثية، د. ر. ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1971، ص. 10. (كتاب إلكتروني).

قائمة

المصادر والمراجع

القران الكريم (برواية حفص عن عاصم)

أولاً: الكتب

أ/الكتب باللغة العربية:

1. إبراهيم بن مهنا بن عبد الله المهنا: سد الذرائع، ط.1، دار الفضيلة، الرياض، 2004.
2. إبراهيم رفعت الجمال: الحقوق غير المادية بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2005.
3. ابن حجر العسقلاني: شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن.
4. ابن حجر المكي الهيتمي: الفتاوى الكبرى الفقهية، د.ر.ط، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي، مصر، د.س.ن.
5. ابن عبد البر: الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، ط.1، دار قتيبة، بيروت-لبنان/دار الوعي، القاهرة-مصر، 1993.
6. ابن منظور: لسان العرب، ط. جديدة محققة ومشكولة شكلاً كاملاً ومذيلة بفهارس مفصلة، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
7. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1995.
8. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: التنبيه في الفقه الشافعي، ط.1، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1983.
9. أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ط.2، دار الفكر العربي، مصر، 1975.
10. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي: المبدع شرح المقنع، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997.
11. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د.ر.ط، دار المعارف، القاهرة-مصر، د.س.ن.
12. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (حافظ الدين النسفي): البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997.
13. أبو الحسن عبد الله بن مفتاح: المنتزع المختار من الغيث المدرار (شرح الأزهار)، د.ر.ط، مطبعة المعاهد، مصر، 1340هـ.
14. أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي: أسباب نزول القرآن، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1991.

15. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدّي: الثَّنْفُ في الفتاوى، ط.2، دار الفرقان، الأردن/مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
16. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1998.
17. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994.
18. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، در.ط، دار الفكر، د.ب.ن، 1979.
19. أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي (القدوري): مختصر القدوري، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، 2005.
20. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2006.
21. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط.1، دار المنهاج، بيروت-لبنان، 2000.
22. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، ط.2، دار طيبة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1999.
23. أبو الفداء الحافظ ابن كثير: البداية والنهاية، در.ط، مكتبة المعارف، بيروت-لبنان، 1991.
24. أبو الفرج عبد الرحمان بن علي بن محمد (ابن الجوزي): أحكام النساء، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة-مصر، 1997.
25. أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد بن الجوزي القرشي البغدادي: زاد الميسر في علم التفسير، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2002.
26. أبو الفضل عمر بن مسعود بن عمر الحدوشي: قناص الشوارد الغالية وإبراز الفوائد والفرائد الحديثية، در.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1971. (كتاب إلكتروني).
27. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997.
28. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط.11، دار القارئ، بيروت-لبنان، 2004.
29. أبو المعطي محمد بن عمر نووي الجاوي: نهاية الزين في أرشاد المبتدئين، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002.
30. أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي: المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المكملات لأمّهات مسائلها المشكلات، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1988.

31. أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي: إعانة الطالبين، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.ن.
32. أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي: الجامع لشعب الإيمان، ط.1، مكتبة الرشد، الريا-المملكة العربية السعودية، 2003.
33. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
34. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، د.ر.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1992.
35. أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العنكي البزار: البحر الزخار، المعروف بمسند البزار، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، د.س.ن.
36. أبو بكر بن حسن الكشناوي: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ط.2، دار الفكر، بيروت-لبنان، د.س.ن.
37. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: المصنف، ط.2، منشورات المجلس العلمي، الهند، بطلب من المكتب الإسلامي، بيروت، 1983.
38. أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبه العبسي: المصنف لابن أبي شيبه، ط.1، دار الفاروق الحديثة، القاهرة-مصر، 2008.
39. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإجماع، ط.2، مكتبة الفرقان/مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، 1990.
40. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: الإشراف على مذاهب العلماء، ط.1، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، 2005.
41. أبو بكر محمد بن عبد الله (ابن العربي): أحكام القرآن، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
42. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك ابن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي: شرح معاني الآثار، ط.1، عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1994.
43. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري جامع البيان عن تفسير آي القرآن، ط.1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة-مصر، 2001.
44. أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبي داود، ط. خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق-الحجاز، فرع بيروت، 2009.
45. أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب للشيرازي، د.ر.ط، مكتبة الإرشاد، جدة-المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

46. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (النسائي): سنن النسائي، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، د.س.ن.
47. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2001.
48. أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم أبادي محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر الصديقي: عون المعبود على شرح سنن أبي داود، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2005.
49. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن علي بن محمد بن أسباسلار البعلي الحنبلي: فقه الدليل شرح التسهيل في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط.2، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، د.س.ن.
50. أبو عبد الله محمد التاودي: شرح تحفة الأحكام للتاودي، د.ر.ط، د.دن، د.ب.ن، د.س.ن، (نسخة PDF)، محملة من مكتبة المصطفى، انظر، <https://www.al-mostafa.com>
51. أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
52. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية: إغاثة اللهفان في مصاديق الشيطان، د.ر.ط، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
53. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: تحفة المودود بأحكام المولود، د.ر.ط، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، د.س.ن.
54. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: الطرق الحُكمية في السياسة الشرعية، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة-المملكة العربية السعودية، 1428هـ.
55. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2006.
56. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي: الإيتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، د.ر.ط، دار الحديث، القاهرة-مصر، 2011.
57. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: أحكام القرآن، د.ر.ط، مكتبة الخانجي، القاهرة-مصر، د.س.ن.
58. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: ديوان الشافعي، ط.2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة-مصر، 1985.
59. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ط.1 جديدة مضبوطة ومصححة ومفهرسة، دار ابن كثير، دمشق/بيروت، 2002.
60. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002.

61. أبو عبد الله محمد بن فرج المالكي القرطبي: أقضية رسول الله ﷺ، ط.1، دار ابن الهيثم، القاهرة- مصر، 2006.
62. أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ: القواعد، د.ر.ط، جامعة أم القرى/معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي/مركز إحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
63. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي (الخطاب): مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ط.1، دار الرضوان، نواكشوط-موريتانيا، 2010.
64. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.
65. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-البطحاء، 1978.
66. أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.
67. أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، د.ر.ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة-مصر، د.س.ن.
68. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997.
69. أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2001.
70. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني ويليهِ الشرح الكبير، د.ر.ط، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، 1983.
71. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994.
72. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، ط.3، دار عالم الكتب، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1997.
73. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط.1، مكتبة السوادى، جدة-المملكة العربية السعودية، 2000.
74. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1999.
75. أبو محمد عبد الواحد ابن عاشر: متن ابن عاشر المسمى المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، د.ر.ط، مكتبة القاهرة، مصر، د.س.ن.

76. أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط.1، دار ابن القيم، الرياض-المملكة العربية السعودية/دار ابن عفان، القاهرة-مصر، 2008.
77. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: مراتب الإجماع، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1998.
78. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
79. أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري: تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي، ط.1، دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، 2003.
80. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط.18، دار هومة، الجزائر، 2015.
81. أحمد الخمليشي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، د.ر.ط، دار نشر المعرفة، الرباط-المغرب، 2012.
82. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق-سوريا، 1989.
83. أحمد بن حنبل: مسند الإمام أحمد بن حنبل، د.ر.ط، جمعية المكنز الإسلامي، القاهرة-مصر/دار المنهاج، جدة-المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
84. أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، ط.1، دار الحديث، القاهرة-مصر، 1995.
85. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1995.
86. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري برواية أبي ذر الهروي، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2001.
87. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997.
88. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، د.ر.ط، مكتبة أيوب، كانو-نيجيريا، 2000.
89. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير، د.ر.ط، مكتبة لبنان، بيروت-لبنان، د.س.ن.
90. أحمد ذيب: قواعد الطلاق وضوابط الفراق، د.ر.ط، دار هومه، الجزائر، 2015.
91. أحمد رضا: معجم متن اللغة، د.ر.ط، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960.
92. أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية ومقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

93. أحمد طالب الإبراهيمي: آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1997.
94. أحمد عبد الرزاق الدويش: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ط.5، دار المؤيد، المملكة العربية السعودية، 2003.
95. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، د.ر.ط، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1998.
96. أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2004.
97. أحمد محمد مصطفى نصير: حقوق المرأة وواجباتها، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2011.
98. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط.1، دار عالم الكتب، القاهرة-مصر، 2008.
99. أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي: شرح منظومة ابن عاشر في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الفضيلة، القاهرة، د.س.ن.
100. أحمد نصر الجندي: النسب في الإسلام والأرحام البديلة، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/مطابع شتات، مصر، 2003.
101. أحمد نصر الجندي: النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، د.ر.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
102. أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
103. إدريس حمادي: البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، د.ر.ط، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء-المغرب، 2005.
104. أسامة السيد عبد السميع: الاسم كحق من حقوق الطفل، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
105. أسامة بن سعيد القحطاني: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الهدى، مصر/دار الفضيلة، الرياض، 2013.
106. أسامة عمر سليمان الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الفحص الطبي، ط.1، دار النفائس، عمان-الأردن، 2000.
107. إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط.2، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1979.

108. أنس حسن محمد ناجي: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2010.
109. باديس ذيابي: صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، د.س.ن.
110. باديس ذيابي: آثار فك الرابطة الزوجية، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2008.
111. باديس ذيابي: حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2010.
112. باديس ذيابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012.
113. باسل محمود الحافي: فقه الطفولة، أحكام النفس -دراسة مقارنة-، ط.1، دار النوادر، دمشق-سوريا/بيروت-لبنان، 2008.
114. باقر شريف القرشي: نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط.1، دار الأضواء، بيروت-لبنان، 1988.
115. بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، د.ر.ط، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن.
116. بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، ط.2 مزيعة ومنقحة، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
117. بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، د.ر.ط، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، 1967.
118. بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، د.ر.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية-مصر، 1987.
119. برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدى، ط.1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ.
120. برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2004.
121. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، د.ر.ط، دم.ج، الجزائر، 1999.
122. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1 (الزواج والطلاق)، ط.1، دم.ج، الجزائر، 2002.

123. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2 الواقعة القانونية، ط.4، د.م.ج، الجزائر، 2007.
124. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج.1، أحكام الزواج، ط.6، د.م.ج، الجزائر، 2010.
125. بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2012.
126. بلحاج العربي: قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط.4، د.م.ج، الجزائر، 2012.
127. بلحاج العربي: أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
128. بلقاسم شتوان: الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار الفجر، قسنطينة-الجزائر، د.س.ن.
129. بلقاسم شتوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط.1، دار النشر مطبعة المنار، سطيف، 2011.
130. بن زيطة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
131. بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
132. بن عياد جليلة، بعوني خالد: الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، ط.2 مزينة ومنقحة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو-الجزائر، 2016.
133. تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي: الأشباه والنظائر، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1991.
134. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحرائي (المشهور بابن تيمية): الفتاوى الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1987.
135. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحرائي (المشهور بابن تيمية): فتاوى الزواج وعشرة النساء، ط.5، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة-مصر، 1989.
136. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحرائي (المشهور بابن تيمية): مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، د.ر.ط، مجمع فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004.

137. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني (المشهور بابن تيمية): اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ط.1، دار كنوز إشبيلية، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2009.
138. تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني الحسيني الدمشقي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ط.9، دار البشائر، دمشق، 2001.
139. تقي الدين النبهاني: الشخصية الإسلامية، ط.3، دار الأمة، بيروت-لبنان، 2005.
140. ثريا بن سعد: آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي "تونس أنموذجاً"، د.ر.ط، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009.
141. جبران مسعود: الرائد، معجم لغوي عصري، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، مارس 1992.
142. جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1983.
143. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي: نَصَب الرأية لأحاديث الهداية، د.ر.ط، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة/مؤسسة الريان، بيروت/المكتبة المكية، مكة، د.س.ن.
144. جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج.2 و3، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
145. جمال عبد الوهاب عبد الغفار: الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2003.
146. جميل فخري محمد جانم: آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط.1، دار الحامد، عمان-الأردن، 2009.
147. جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2009.
148. حافظ محمد أنور: ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار بلنسية، الرياض، 1420هـ.
149. الحبيب خضر: المرأة متحملة لواجب الإنفاق، د.ر.ط، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008.
150. حسن صلاح الصغير عبد الله: الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية-دراسة مقارنة-، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة-الإسكندرية، 2007.
151. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج.2، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، ط.1، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، 2004.
152. الحسين الموس: مدونة الأسرة في ظل تقييد المباح (الأهلية، التعدد، الطلاق)، ط.1، النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2015.

153. حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط.2، دار المعارف، القاهرة-مصر، 1979.
154. خليل أحمد حسن قدارة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج.1، مصادر الالتزام، ط.2، د.م.ج، الجزائر، 2005.
155. خليل بن إسحاق الجندي المالكي: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، د.ر.ط، منشورات نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د.ب.ن، 2008.
156. دراح سعاد: نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، د.ر.ط، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو-الجزائر، د.س.ن.
157. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس: دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط.1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
158. رشدي شحاتة أبو زيد: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط.1، دار الوفاء لدنيا للطباعة والنشر، الإسكندرية-مصر، 2009.
159. رشدي شحاتة أبو زيد: رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2011.
160. رعد مقداد محمود الحمداني: النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، د.ر.ط، الدار العلمية الدولية/دار الثقافة، عمان-الأردن، 2009.
161. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006.
162. زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان ابن شهاب الدين البغدادي الدمشقي (ابن رجب): جامع العلوم والحكم، ط.8، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1999.
163. زينب عبد السلام أبو الفضل: قوامة النساء المشكلة والحل الإسلامي، ط.1، مكتبة الإيمان، المنصورة-القاهرة، 2001.
164. سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002.
165. سعد الدين مسعد هلال: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية -دراسة فقهية مقارنة-، ط.1، مكتبة وهبة، القاهرة-مصر، 2010.
166. سفيان بن عمر بورقعة: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، ط.1، كنوز اشبيليا، الرياض، 2007.

167. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي: البجيرمي على الخطيب، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1996.
168. سمير زراولية: قانون الحالة المدنية دراسة عملية وتطبيقية وفق آخر التعديلات، د.ر.ط، منشورات نوميديا، الجزائر، 2018.
169. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، د.ر.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
170. السيد سابق: فقه السنة، ط.4، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1983.
171. سيد عبد الله علي حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، ط.1، دار السلام، القاهرة-مصر، 2001.
172. السيد عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي: سراج السالك شرح أسهل المسالك، ط.1، دار صادر، بيروت-لبنان، 1994.
173. سيد قطب: في ظلال القرآن، ط.32، دار الشروق، القاهرة-مصر/ بيروت-لبنان، 2003.
174. سيد محمد عاشور: اليهود في عصر المسيح عليه السلام، د.ر.ط، دار القلم، دمشق/الدار الشامية، بيروت، د.س.ن.
175. السيد محمد مرتضي الحسيني الزبيري: تاج العروس من جواهر القاموس، د.ر.ط، التراث العربي، سلسلة تصدرها وزارة الإعلام في الكويت، 1993.
176. شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي: الإقناع لطالب الانتفاع، ط.3، دار الملك عبد العزيز، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2002.
177. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية): زاد المعاد في هدي خير العباد، ط.3 جديدة منقحة ومزودة، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1998.
178. شمس الدين السرخسي: المبسوط، د.ر.ط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1989.
179. شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ر.ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.
180. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
181. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط.1، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1997.
182. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2004.
183. شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت/دار المؤيد، الرياض، 2003.

184. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، ط.1، دار السلام، القاهرة-مصر، 2001.
185. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواء الفروق، ط. خاصة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2010.
186. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1994.
187. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القيلوبي، شهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة): حاشيتان، ط.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956.
188. الشيخ إبراهيم: حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1999.
189. الشيخ محمد الشماخ: المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط.1، دار القلم، دمشق/الدار الشامية، بيروت/دار البشير، جدة، 1995.
190. صابر أحمد طه: نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ر.ط، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، 2000.
191. صالح بوغرارة: حقوق الأولاد في النسب والحضانة، د.ر.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2013.
192. صالح عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، في مذهب الإمام مالك، د.ر.ط، المكتبة الثقافية، بيروت-لبنان، د.س.ن.
193. صفوان محمد عضيات: الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2009.
194. صلاح الدين خليل كيكلي العائلي الشافعي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، د.ر.ط، المكتبة المكية، مكة المكرمة/دار عمار، الأردن، 2004.
195. طارق بن أنور آل سالم: الواضح في أحكام الطلاق، د.ر.ط، دار القمة/دار الإيمان، الإسكندرية-مصر، د.س.ن.
196. طاهري حسين: الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
197. عامر سعيد الزبياري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1997.
198. العبادي الحسن بن أحمد الهشتوكي: فقه النوازل في سوس، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 1999.
199. عباس محمود العقاد: المرأة في القرآن، د.ر.ط، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة-مصر، د.س.ن.

200. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2002.
201. عبد الحق العيفة: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، من 1988 إلى 2009، د.ر.ط، منظمة المؤتمر الإسلامي، د.ب.ن، د.س.ن.
202. عبد الحميد الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي: حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، د.ر.ط، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د.س.ن.
203. عبد الرحمان الجريزي: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
204. عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، د.ر.ط، د.د.ن، دمشق-سوريا، د.س.ن.
205. عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط.2، دار الفكر، د.ب.ن، 1968.
206. عبد الرحمان بن محمد ابن إدريس الرازي ابن أبي حاتم: تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين، ط.1، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، 1997.
207. عبد الرحمان بن محمد العمراني: مقالات في أحكام الأسرة، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2012.
208. عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط.1، المطابع الأهلية للأوفست، الرياض، 1400هـ.
209. عبد الرحمان هرنان: محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، د.ر.ط، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، إنجاز وتصميم منشورات ثالثة، الأبيار-الجزائر، 2012.
210. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، د.ر.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن.
211. عبد الرسول الأسدي: الجنسية والعلاقات الدولية، ط.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت-لبنان، 2010.
212. عبد السلام الرفعي: الولد للفرش في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، د.ر.ط، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء-المغرب، 2006.
213. عبد العال أحمد عطوة: المدخل إلى السياسة الشرعية، ط.1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1993.
214. عبد العزيز اللصاصمة: نظرية الالتزام في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، د.ر.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

215. عبد العزيز بن عبد الله بن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع وترتيب محمد بن سعد الشويعر، د.ر.ط، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
216. عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.4، دار هومة، الجزائر، 2013.
217. عبد العلي حفيظ: تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، ط.1، دار القلم، الرباط-المغرب، 2013.
218. عبد الغني أبو العزم: معجم الغني الإلكتروني، مصدر الكتاب موقع معاجم صخر، مارس 2013، تحميل عن المكتبة الشاملة. انظر، <http://shamela.ws/rep.php/book/2236>
219. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: الباب في شرح الكتاب، د.ر.ط، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن.
220. عبد الفتاح تقيّة: قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط.1، دار الكتاب الحديث، القاهرة-مصر، 2012.
221. عبد الفتاح ظافر كباره: ولاية الرجل الأسرية والعامة في الإسلام، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2008. (كتاب إلكتروني).
222. عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط.1، دار النفائس، الأردن، 1998.
223. عبد القادر العرعاري: مصادر الالتزامات، ك.2، المسؤولية المدنية، ط.3، مكتبة دار الأمان، الرباط-المملكة المغربية، 2011.
224. عبد القادر جعفر: مذكرة في الميراث، ط.1، د.د.ن، الجزائر، 2005.
225. عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار البصائر، الجزائر، د.س.ن.
226. عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، ط.1، دار البصائر، الجزائر، 2007.
227. عبد الكريم الطالب: التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغام ومراغم عشر سنوات من التطبيق، ط.1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش-المغرب، جوان 2014.
228. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
229. عبد اللطيف السيد: حقوق المرأة وحقوق زوجها كما جاء بها النبي ﷺ، د.ر.ط، دار نشر الثقافة، الإسكندرية-مصر، د.س.ن.
230. عبد الله الشيخ محمد بن عبد الوهاب: مختصر الإنصاف والشرح الكبير (مطبوع ضمن مجموعة مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب)، د.ر.ط، مكتبة بن تيمية، د.ب.ن، د.س.ن.

231. عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، ط.1، طبع على نفقة الشؤون الدينية، قطر، د.س.ن.
232. عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ك.2، الطلاق، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
233. عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ج.3، الولادة ونتائجها، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
234. عبد الله بن الطاهر التتاني السوسي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب المقارنة، ك.1، الزواج، ط.2، مزيدة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014.
235. عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الخلوتي الأزهري الشافعي (الشرقاوي): حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب، ط.3، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
236. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: دعوة الولد على والده والتنفيذ عليه، ط.1، دار ابن فرحون، الرياض-المملكة العربية السعودية، 2010.
237. عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي: الاختيار لتعليل المختار، د.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د.س.ن.
238. عبد الله عبد المنعم العسيلي: الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2011.
239. عبد الله ناصر علوان: تعدد الزوجات في الإسلام وحكمة تعدد زوجات النبي ﷺ، ط.1، دار السلام، مصر، د.س.ن.
240. عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ط.2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 2008.
241. عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية، د.ر.ط، مطابع الشركة المصرية للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن.
242. عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط.2، دار القلم، الكويت، 1990.
243. عبلة عبد العزيز عامر: النسب فقها وقضاءً، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 2011.
244. العربي بختي: نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط.1، دار كنوز الحكمة، الأبيار-الجزائر، 2013.

245. العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2014.
246. العربي بختي: أحكام المرأة والأسرة في الديانة اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ر.ط، كنوز الحكمة، الجزائر، 2018.
247. العربي بختي: حضانة الأطفال في الفقه والقانون، د.ر.ط، كنوز الحكمة، الجزائر، السادس الثاني- 2018.
248. عز الدين عبد الدائم: حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، ط.1، دار كردادة، بوسعادة-الجزائر، 2011.
249. علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، د.ر.ط، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة-مصر، 1950.
250. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
251. علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1984.
252. علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956.
253. علي أحمد عبد العال الطهطاوي: تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
254. علي الطنطاوي: سنة التفاضل وما فضل الله به النساء على الرجال، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2000.
255. علي بن عمر الدارقطني: سنن الدارقطني، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2011.
256. علي بودفع: يقين مسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2020.
257. علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.8، د.م.ج، الجزائر، 2008.
258. علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط.2، د.م.ج، الجزائر، 1989.
259. علي فيلالي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، د.ر.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
260. علي محمد علي قاسم: نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2004.

261. علي محي الدين القره داغي: الحقوق المعنوية والتصرف فيها وزكاتها، دراسة فقهية تأصيلية، د.ر.ط، د.د.ن، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، قطر، د.س.ن.
262. عمر أوزكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2014.
263. عمر بن عبد العزيز قريشي: سماحة الإسلام، ط.3، مكتبة الأديب، الرياض-المملكة العربية السعودية/الذهبية للنشر والتوزيع، المنصورة-مصر، 2006.
264. عمر سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط.1، دار النفائس، الأردن، 1997.
265. عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي: الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010.
266. عمرو إبراهيم علي محمد: المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة، ط.1، د.د.ن، د.ب.ن، 2010.
267. عمرو عيسى الفقي: التتبع في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، د.ر.ط، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بورسعيد-مصر، 1998.
268. الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقانون، ط.3، د.م.ج، الجزائر، 2015.
269. فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، ط.1، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
270. فاطمة حداد: حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2017.
271. فايز الحاج شاهين (بمعية نخبة من القانونيين والمترجمين المتخصصين في القانون فرنسيين وعرب): القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط.108، دالوز-جامعة القديس يوسف/كلية الحقوق والعلوم السياسية/مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت-لبنان، 2012.
272. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط.4، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1988.
273. فتحة حابي: النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ر.ط، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.
274. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1313هـ.
275. فضيل العيش: قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، ط.2، د.م.ج، الجزائر، 2007.
276. فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا "ملحق قانون الأسرة باللغتين"، ط. جديدة، مطبعة الطالب، الجزائر، 2007-2008.

277. فؤاد عبد المنعم رياض: أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، 1995.
278. فؤاد عبد المنعم رياض، هشام علي صادق: الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري المقارن، د.ر.ط، د.د.ن، مصر، 2007.
279. القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ط.1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.
280. القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي: التلقين في الفقه المالكي، د.ر.ط، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، د.س.ن.
281. القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، د.ر.ط، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.س.ن.
282. القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: عيون المجالس، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض، 2000.
283. كريمة محروق: عقد الزواج غير الموثق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ط.1، الناشر بي.آ. للطباعة، قسنطينة-الجزائر، التوزيع الخارجي عالم الكتب الحديث، الأردن، 2016.
284. كريمة محروق: دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019.
285. كريمة محروق: أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع -دراسة مقارنة-، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019.
286. كريمة محروق: عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2019.
287. كريمة محروق: قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد -دراسة تحليلية مقارنة-، ط.1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة-الجزائر، 2019.
288. الكمال ابن الهمام الحنفي: فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1315هـ.
289. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
290. لحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الأسرة نصا وشرحا، د.ر.ط، دار الهدى للطباعة، عين مليلة-الجزائر، د.س.ن.
291. لحسين بن شيخ آث ملويا: قانون الجنسية الجزائرية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط.1، دار الخلدونية-الجزائر، 2010.

292. لحسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2014.
293. لحسين بن شيخ آث ملويا: رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2015-2016.
294. لوعيل محمد لمين: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2004.
295. مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994.
296. مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري: جامع الأصول في أحاديث الرسول، د.ر.ط، مكتبة الحلواني/مطبعة الملاح/مكتبة دار البيان، د.ب.ن، 1971.
297. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ط.8، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 2005.
298. مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، د.ر.ط، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير، مصر، 1989.
299. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، 2004.
300. محفوظ بن الصغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، د.ر.ط، دار الوعي، روية-الجزائر، د.س.ن.
301. محفوظ بن الصغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، ط.2، دار الوعي، روية-الجزائر، 2015.
302. محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
303. محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
304. محمد أبو زهرة: تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1976.
305. محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 1997.
306. محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أحكام الطلاق، د.ر.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1999.
307. محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة ونتائجها، ط.7، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2015.
308. محمد الحسين الطباطبائي: الميزان في تفسير القرآن، ط.1، منشورات الأعلمي للمطبوعات، بيروت-لبنان، 1997.
309. محمد الزحيلي: التعويض المالي عن الطلاق، ط.1، دار المكتبي، دمشق-سوريا، 1998.

310. محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني: تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ط.2، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1995.
311. محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، د.ر.ط، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
312. محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الكتاب المصري، القاهرة-مصر/دار الكتاب اللبناني، بيروت-لبنان، 2011.
313. محمد الغزالي: قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، د.ر.ط، دار الشروق، القاهرة-مصر، د.س.ن.
314. محمد الغزالي: حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، ط.4، شركة نهضة مصر، مصر، 2005.
315. محمد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط.2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.
316. محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، ط. خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
317. محمد أمين زين الدين: من أشعة القرآن، ط.2 مزيّدة ومنقحة، دار الزهراء، بيروت لبنان، 1975.
318. محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق محمد بن عبد الرحمان بن قاسم، ط.1، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1399هـ.
319. محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ط.4، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 1990.
320. محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2013.
321. محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي: معونة أولي النهى شرح المنتهى، ط.5، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2008.
322. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.6، دار المعارف، بيروت-لبنان، 1982.
323. محمد بن إدريس الشافعي: الأم، ط.1، دار الوفاء، المنصورة-مصر، 2001.
324. محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط. محققة ومخرجة علمياً، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1995.
325. محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.12/13، ط.1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ/1428هـ.

326. محمد بن علي الشوكاني: الدراري المضيئة، شرح الدرر البهية، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1987.
327. محمد بن علي الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2004.
328. محمد بن محمد بن محمد الغزالي: الوسيط في المذهب، ط.1، دار السلام، القاهرة، 1997.
329. محمد جمال أبو سنيّة، حسين مطاوع الترتوري: الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2005.
330. محمد جمال مطلق الذنبيات: المدخل لدراسة القانون -دراسة مقارنة-، د.ر.ط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012.
331. محمد حسين الذهبي: الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، د.ر.ط، دار الحديث، القاهرة، 2010.
332. محمد حسين هيكل: حياة محمد، ط.14، دار المعارف، القاهرة، 2001.
333. محمد خليفة التونسي: الخطر اليهودي، بروتوكولات حكماء صهيون، تقدير الكتاب وترجمته، عباس محمود العقاد، ط.4، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، د.س.ن.
334. محمد رأفت عثمان: الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، ط.4، دار الضياء، الزيتون-القاهرة، 1991.
335. محمد رشيد رضا: تفسير المنار للشيخ محمد عبده، ط.2، دار المنار، القاهرة-مصر، 1947.
336. محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام وحظهن في الإصلاح المحمدي العام، د.ر.ط، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق، 1984.
337. محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام، د.ر.ط، دار الشهاب، باتنة-الجزائر، بالتعاون مع مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة-مصر، 1987.
338. محمد زيد الأبياني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، معزز باجتهادات المحاكم الشرعية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2006.
339. محمد سعيد رمضان البوطي: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، د.ر.ط، دار الفكر، دمشق-سوريا/دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، د.س.ن.
340. محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1973.
341. محمد سليمان عبد الله الأشقر: المجلى في الفقه الحنبلي، ط.1، دار القلم، دمشق-سوريا، 1998.
342. محمد سمارة: أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط.8، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2008.

343. محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي: موسوعة القواعد الفقهية، د.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1997.
344. محمد ضويفي: شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، د.ر.ط، دار بلقيس، الجزائر، 2019.
345. محمد طيبة: الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2006.
346. محمد عاشق إلهي البرني: التسهيل الضروري لمسائل القدوري، د.ر.ط، مكتبة الشيخ، كراتشي-باكستان، 1412هـ.
347. محمد عبد العزيز الثملي: الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012.
348. محمد علي الصابوني: شبهات وأباطيل حول تعدد زوجات الرسول ﷺ، د.ر.ط، د.د.ن، مكة المكرمة، 1980.
349. محمد علي الصابوني: روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، ط.3، مكتبة الغزالي، دمشق-سوريا/مؤسسة مناهل العرفان، بيروت-لبنان، 1980.
350. محمد علي الصابوني: مختصر تفسير ابن كثير، ط.7، دار القرآن الكريم، بيروت-لبنان، 1981.
351. محمد عlish: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ط.1، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1984.
352. محمد عليوي ناصر: الحضانة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2010.
353. محمد كمال إمام: الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، د.ر.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 1997.
354. محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط.4، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1983.
355. محمود شكري: القرآن الكريم وبهامشه مختصر تفسير القرآن العظيم، ط.1، بيت القرآن، حمص-سوريا، 2015.
356. محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ط.18، دار الشروق، القاهرة-مصر، 2001.
357. محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، مزينة ومنقحة ومعدلة حسب القانون، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان-الأردن، 2010.
358. محمود محمد حسين: النسب وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ط.1، لجنة التأليف والتعريب والنشر لجامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، 1999.
359. مرعي بن يوسف بن الكرمي الحنبلي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، د.ر.ط، مؤسسة دار السلام، د.ب.ن، د.س.ن.
360. المصري مبروك: الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2010.

361. مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط.1/2، دار القلم، دمشق-سوريا، 2004/1998.
362. مصطفى السباعي: المرأة بين الفقه والقانون، ط.7، دار الوراق، بيروت-لبنان، 1999.
363. المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي: التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقد، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2011.
364. المملكة المغربية، وزارة العدل: المقترحات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، ط.1، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، الرباط-المغرب، 2004.
365. منال فنجان علك: مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009.
366. منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه. آثاره، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2008.
367. منصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، د.ر.ط، دار المؤيد، الرياض/مؤسسة الرسالة، بيروت، د.س.ن.
368. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، د.ر.ط، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان، 1983.
369. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، ط.1، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، 2000.
370. منصوري نورة: التطلاق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية، د.ر.ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2012.
371. موسى شاهين لاشين: فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ط.1، دار الشروق، القاهرة-مصر، 2002.
372. ناصر أحمد إبراهيم النشوي: موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد الزواج، د.ر.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
373. نادر بوشاشي: إثبات النسب وإثبات الأبوة بالوسائل العلمية في القانون الجزائري -دراسة مقارنة-، د.ر.ط، منشورات بغداد، الجزائر، 2016.
374. نجيمي جمال: قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، د.ر.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
375. نشوة العلواني: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 2003.

376. نضال محمد أبو سنينة: الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2011.
377. نظام: الفتاوى الهندية، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2000.
378. نهى القاطرجي: المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، ط.1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2006.
379. النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق/عمان، 1991.
380. الهادي أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ط.3، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن.
381. هالة سعيد تبسي: حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2011.
382. هشام خالد: اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربي، د.ر.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2005.
383. هشام ذبيح: المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2018.
384. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، ط.1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1993.
385. وسام حسام الدين الأحمد: حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009.
386. ول وإيريل ديورانت: قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، د.ر.ط، دار الجيل، بيروت-لبنان/المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، د.س.ن.
387. وليام لانجر: موسوعة تاريخ العالم، أشرف على الترجمة محمد مصطفى زيارة، د.ر.ط، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة-مصر/مؤسسة فرانكلين، د.ب.ن، د.س.ن.
388. وليد المهدي: بغية السائل من أوابد المسائل، د.ر.ط، دار الراف، د.ب.ن، د.س.ن. (كتاب إلكتروني).
389. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985.
390. وهبة الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط.1، دار الفكر، دمشق-سوريا، 2006.
391. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط.9، دار الفكر، دمشق-سوريا/دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، 2012.
392. يعقوبي عبد الرزاق: قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2018.

393. يوسف القرضاوي: فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، د.ر.ط، مطابع دار البعث، قسنطينة-الجزائر، 1987.
394. يوسف القرضاوي: في فقه الأولويات، دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة، ط.2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1996.
395. يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، د.ر.ط، دار هومة، الجزائر، 2007.

ب/الكتب باللغة الأجنبية:

1. Aude Bertrand-Mirkovic: Droit Civil personnes, famille, 02^e édition, Panorama du droit, studyrama, Levallois-Perret, France, 2005.
2. Alice Tisserand-Martin, Georges Widerkehr, Pascal Ancel, Xavier Henery, Guy Venandet, Pascale Guimard: CODE CIVIL, 11^e édition, Dalloz, paris-France, 2017.
3. Corinne Renault-Brahinsky :Droit des personnes et de la famille, 16^e édition , Gualino éditeur, France, 2017-2018.
4. Djilali Tchouar: Réflexions sur les Questions Epineuses du Code algérien de la Famille, S.N.E, office des publications universitaires, Algérie, 2004.
5. La bibliothèque juridique: Code de l'action sociale et des familles (France), Non annoté, S.N.E, Par Amazon, Juillet 2019.

ثانيا: الرسائل، المذكرات والإجازات

أ/ رسائل الدكتوراه:

1. أمال ناجي: المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2014-2015.
2. آيت شاولي دليلا سعيد: إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
3. بن داود حنان: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة بين القانون المدني وقانون الأسرة-، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، ص.213.
4. بن عومر محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.
5. بوجاني عبد الحكيم: أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري -دراسة تحليلية ونقدية-، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019.

6. بوكايس سمية: المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019.
7. حميدو زكية: مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2004-2005.
8. ربيعة إلغات: الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011.
9. سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
10. علاق عبد القادر: الفحص الطبي للمقبلين على الزواج -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.
11. عمران عائشة: إثبات النسب بين الشريعة ومستجدات العصر، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015-2016.
12. عيساوي عبد النور: حقوق المرأة المتزوجة في ظل المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.
13. عيسى أمعيزة: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012.
14. فاسي عبد الله: المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
15. لنكار محمود: الحماية الجنائية للأسرة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه علوم، فرع القانون الجنائي، جامعة منتوري-قسنطينة، كلية الحقوق، 2010.
16. محمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، أقسام الدراسات العليا، 1975.
17. محمد توفيق قديري: النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.

18. مسعودة نعيمة إلياس: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.
 19. مسعودي رشيد: النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2005-2006.
 20. منصوري المبروك: الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014.
 21. يوسفات علي هاشم: أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
- ب/مذكرات الماجستير:

1. بوراق فتيحة: الاشتراط في عقد الزواج -دراسة مقارنة- بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.
 2. عمر المزكلندي: حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط-المغرب، 2005-2006.
- ج/ إجازات المدرسة العليا للقضاء:
1. مهدي جهيدة: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري وعلى ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة-، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2006.

ثالثا: المقالات، المداخلات والبحوث العلمية

أ/ المقالات العلمية:

-المقالات العلمية باللغة العربية:

1. أحسن زقور: (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 09/07/2004، مج.5، ع.9.
2. أحمد الرحموني: (هل زواج المسلمة من غير المسلم مسألة نصوص؟)، قضاء نيوز، الموقع الإخباري للمرصد التونسي لاستقلال القضاء، 16 سبتمبر 2017. انظر،

<http://kadhanews.com/index.php/2016-04-11-11-33-53/2016-08-16-11-25-12/item/11550-2017-09-16-07-08-36>

3. أحمد بلغربي: (عقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج بين التوثيق وغياب الإشهار)، جريدة الصباح، الرباط-المغرب، 08 أوت 2014. انظر، <https://assabah.ma/71400.html>
4. أحمد عيسى: (الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 01/01/2011، مج.1، ع.1.
5. إدريس الفاخوري: (السفر بالمحزون أية حماية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
6. إدريس الفاخوري: (النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة)، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، (قضايا الأحوال الشخصية والميراث)، دار نشر المعرفة، الرباط-المغرب، 2016، ج.1، ع.32.
7. أسماء فتحي عبد العزيز شحاته: (زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون)، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، القاهرة، 2013، مج.15، ع.2.
8. إسماعيل صديق عثمان: (المرأة تحت مظلة الإسلام...مكانتها وصون حقوقها)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، مارس 2017، العام الرابع، ع.17.
9. اعراب بلقاسم: (أحكام الجنسية الجزائرية على ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009/04/30، ع.7.
10. إلياس مسعودة نعيمة: (نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، 2014/12/01، ع.2.
11. أمال ناجي: (النفقة الزوجية بين الواجب ومبدأ المساواة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط-المغرب، 2015، ج.2، ع.مزدوج 5/4.
12. آيت قاسي حورية: (تعليق على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015/06/10، مج.10، ع.1.
13. أيمن مصطفى الدباغ: (التعسف في الطلاق حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، جامعة الأقصى، فلسطين، جانفي 2014، مج.18، ع.1.
14. بلجراف سامية: (الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019/06/14، مج.11، ع.2.

15. بلحساني الحسين: (أحكام النسب في مستجدات قانون الأسرة)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
16. بلعور عبد الكريم: (الجنسية الأصلية الجزائرية على ضوء التعديل الجديد لقانون الجنسية)، م.ج.ع.ق.س، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، كلية الحقوق، 15/03/2011، مج.48، ع.1.
17. بن حملة سامي: (تطور المركز القانوني للمرأة أثناء الزواج في مجال إدارة شؤون الأسرة ضمن تشريعات الأحوال الشخصية المغربية)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.2، ع.1.
18. بن داود عبد القادر: (الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 09/07/2004، مج.5، ع.9.
19. بن شويخ رشيد: (الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.3.
20. بن عومر محمد الصالح: (صندوق النفقة كآلية لضمان تسديد النفقة)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحد دراية أدرار، 01/12/2016، مج.4، ع.2.
21. بن عيشوش فاطمة: (حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة الجزائر، مخبر نظام الحالة المدنية، 08/05/2018، مج.5، ع.1.
22. بوترفاس حفيظة: (العنف الأسري ضد المرأة في الشرع الإسلامي)، دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ع.10.
23. بوحوية أمال، خضراوي الهادي: (الحاق نسب الأولاد بين الأب والأم، المساواة في الرذيلة واللامساواة في الفضيلة، قراءة لأحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار تليجي الأغواط، 05/11/2017، مج.1، ع.2.
24. بوخروبة حمزة: (جنسية أبناء الأم الجزائرية)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19/07/2018، مج.5، ع.2.
25. تشوار جيلالي: (سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري)، م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1999، ع.4.
26. تشوار جيلالي: (النقائص التشريعية في قوانين الأحوال الشخصية المغربية في مسألة النسب)، م.ج.ع.ق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 15/12/2002، مج.39، ع.1.
27. تشوار جيلالي: (نسب الطفل في القوانين المغربية للأسرة بين النقص التشريعي والتفتيحات المستحدثة)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.3.

28. تشوار جيلالي: (الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني)، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، الجزائر، 2007، ع.1.
29. تشوار جيلالي: (الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ع.10.
30. تشوار جيلالي: (تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
31. تشوار حميدو زكية: (بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
32. توفيق شندارلي: (مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشخصية العربية-نظام تعدد الزوجات نموذجاً-)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ديسمبر 2014، مج.1، ع.4.
33. جمال الخمار: (البنوة غير الشرعية وآثارها بين النص القانوني وواقع العمل القضائي)، مجلة الفقه والقانون، المملكة المغربية، أبريل 2017، ع.54.
34. جنادي نبيلة: (النقص التشريعي في تنظيم نفقة المتعة وواقع تقديرها في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة الجزائر، مخبر نظام الحالة المدنية، 2017/12/24، مج.4، ع.3.
35. حداد فاطمة: (الذمة المالية للمرأة المتزوجة؛ استقلالية قانونية واتحاد فعلي في التشريع الجزائري)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، أبريل 2017، العام 4، ع.18.
36. حسينة شرون: (جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، 2010/12/01، مج.5، ع.7.
37. حمليل صالح: (قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ماي 2005، ع.6.
38. حمليل صالح: (المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، 2013/06/01، مج.1، ع.1.
39. حيدرة محمد: (مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسنية بن بوعلي الشلف، مخبر القانون الخاص المقارن، بمساعدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/12/12، مج.4، ع.2.

40. خالد التومي: (ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية؟)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط-المغرب، 2015، ج.2، ع. مزدوج 5/4.
41. خالد صفاء هاجر: (إلحاق ولد الاغتصاب دون ولد الزنا وفقا للأحكام الفقهية والتطبيقات العلمية والقضائية)، م.ح.ع.إ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2016/12/15، مج.9، ع.4.
42. خديجة الركاني: (مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان)، سلسلة شرفات، (ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2014، ك.12، د.ع.
43. خرشي عمر معمر: (وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية)، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيذر بسكرة، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، 2018/04/25، مج.4، ع.1.
44. داودي كريم: (رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2016/06/01، مج.17، ع.29.
45. دراح سعاد: (نظرات حول مسؤولية متولي الرقابة وفقا لتعديلات 2005 -الشروط والأحكام-)، مجلة معارف، جامعة البويرة، 2013/12/01، مج.8، ع.15.
46. دليلة براف: (التطبيق للضرر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2 لونيبي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/01/01، مج.1، ع.1.
47. دنوني هجيرة: (النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري)، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 1994، ع.1.
48. رابح بن غريب: (المركز القانوني للمرأة على مستوى تعديل قانون الأسرة الجزائري)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.1، ع.1.
49. راضية بشير، محمود لنكار: (حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع)، م.ع.ق.س، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ديسمبر 2019، مج.10، ع.3.
50. رباحي أحمد: (ضوابط حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي)، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ع.7.
51. ربيعة إلغات: (الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا)، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، 2015/07/15، مج.27، ع.2.

52. رشيد بن شويخ: (وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع المعيشي)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
53. رشيد عمري: (التعسف في استعمال حق الطلاق)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2018/04/27، مج.9، ع.1.
54. رغيوات مصطفى: (جريمة عدم تسديد النفقة في قانون العقوبات الجزائري)، مجلة الميزان، المركز الجامعي أحمد صالح النعامة، مخبر الجرائم العابرة للحدود، 2017/12/31، مج.2، ع.2.
55. الرقيبي محمد توفيق: (رقابة القضاء للطلاق بين المنع والإباحة)، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، المغرب، ديسمبر 2015، ع.29.
56. زغودي عمر: (الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ع.1.
57. سعاد زغيثي: (المرأة بين القوامة والشراسة)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.1، ع.1.
58. سعيد بوبزري: (الإشكالات الفقهية والقانونية التي تثيرها المادتان: 49، 50 من قانون الأسرة الجزائري)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/05/11، مج.1، ع.1.
59. سعيد موقوش: (مدى استحقاق طالبة التوظيف للمتعة -دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي-)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمانة-الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4.
60. سليمان ولد خصال: (قضايا الزواج المقترن بالشروط ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2004/07/09، مج.5، ع.9.
61. سنية العش ملاك: (منح جنسية الأم لطفلها قراءة في تنقيح مجلة الجنسية التونسية المؤرخ في 01 ديسمبر 2010)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ع.12.
62. شريف هنية: (الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2011/01/01، مج.1، ع.1.
63. شعيب يوسف: (تعدد الزوجات في الإسلام بين المستند الشرعي وشبهات المعارضين)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2007/07/10، مج.7، ع.14.

64. صديق سعوداوي: (تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2011/01/01، مج.1، ع.1.
65. عبد الحميد عيدوني: (حق النسب في التشريع الأسري بين مصلحة الطفل وسياج النظام العام)، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/03/09، مج.2، ع.1.
66. عبد الرحمان حموش: (الشروط الاتفاقية بين الزوجين فقها وقانونا)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية-الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4.
67. عبد السلام عبد القادر: (جديد الخلع في الأمر 02-05)، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2006، د.ع.
68. عبد العزيز دخان: (حق الأبوين في رؤية ولدهما أثناء الحضانه وبعدها)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، مخبر الشريعة، 2015/12/19، مج.7، ع.2.
69. عبد الفتاح نقيّة: (الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم 84-11 "تشريع الأسرة الجزائري")، م.ج.ع.ق.إق.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2003، ع.2.
70. عبد الله زهام: (دراسة على ضوء القانون 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، 28 مارس 2018، ع.خاص بالعنف الأسري.
71. عبد المجيد بن يكن: (المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/06/10، مج.4، ع.2.
72. عبد المنعم نعيم: (الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون)، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية العلوم الإسلامية، 2012/12/01، مج.15، ع.1.
73. علي بودفع: (حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة القانون)، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، ماي 2009، ع.4.
74. علي بودفع: (المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق -قانون الأسرة الجزائري أنموذجا-)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة الصديق بن يحي جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2016، ج.2، ع.1.
75. علي محي الدين قرّة داغي: (البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي)، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2003، السنة 14، ع.16.

76. عماري نور الدين: (الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين)، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، 2015/06/01، مج.7، ع.13.
77. عمر المزكدي: (تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين: قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4.
78. عمر بوعلالة: (تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغربية)، م.ع.ق.إ، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 01 جوان 2015، مج.6، ع.11.
79. عمران عائشة: (الشروط الجعلية في عقد الزواج)، م.ح.ع.إ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2017/12/15، مج.10، ع.4.
80. عمراني كمال الدين: (الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي -دراسة في إطار التشريع الجزائري، والمقارن، والشريعة الإسلامية-)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، 2017/06/01، مج.4، ع.1.
81. عمري عبد القادر: (إستلحاق النسب وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس المدينة، 2018/06/09، مج.4، ع.1.
82. العمرية شايب ربي: (قوامة الرجل بين مقاصد الشريعة الإسلامية وواقع الحال في المجتمع الإسلامي اليوم)، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية الشريعة والاقتصاد، جوان 2017، ع.11.
83. عويس بوعلام: (حماية الأسرة من النزاعات المالية بين الزوجين)، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، 2017/12/31، مج.31، ج.4.
84. العياشي عفاف لامية: (جريمة ترك الأسرة في القانون الجزائري -أية حماية قانونية-)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس-لبنان، نوفمبر 2018، العام 5، ع.35.
85. عيسى حداد: (الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي تبسة، 2011/06/30، مج.3، ع.1.
86. عيسى طعيبة: (حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه، على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي)، م.ح.ع.إ، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018/01/01، مج.11، ع.1.
87. غالي كحلة: (الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط)، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، 2018/08/03، مج.6، ع.9.
88. غالي وردة: (لقب الطفل المولود من امرأة عازية)، دفاثر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر حقوق الطفل، 2013/12/31، مج.4، ع.1.

89. غربي صورية: (حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل)، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المخبر المتوسطي، 2017/03/09، ع.3.
90. غوتي بن ملح: (حول تعديل بعض النصوص لقانون الأسرة لسنة 1984 وذلك بمقتضى الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)، الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ديسمبر 2005، ع.8.
91. فاتحة الطلحاي: (تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4.
92. فاسي عبد الله: (حدود سلطات الولي في الزواج)، م.ع.ق.إ.س، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ع.14.
93. فاطمة الزهراء لقشيري: (المساواة بين الزوجين في واجب الإنفاق دراسة في المطلب والمبررات)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2012/12/15، مج.4، ع.9.
94. فاطمة حداد: (التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا)، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، 2018/06/21، مج.4، ع.1.
95. فايزة مخازني: (مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري)، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 01 جوان 2017، مج.9، ع.17.
96. فرحات نادية: (التغيرات البنوية الوظيفية للأسرة الجزائرية)، حوليات كلية الحقوق، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2013، ع.4.
97. فريدة حديد: (بين المتعة والتعويض في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018/09/15، مج.10، ع.3.
98. فلة زردومي: (الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به -دراسة فقهية مقاصدية-)، مجلة الإحياء، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، كلية العلوم الإسلامية، 2016/12/21، مج.19، ع.1.
99. كاملة طواهرية: (أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2015/06/19، مج.20، ع.39.
100. كريمة محروق: (إطلاق الجنسية الأصلية من جهة الأم في ظل المتغيرات الداخلية والدولية)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، 2015/12/31، مج.26، ع.4.
101. لشهب أنيسة: (الإشكالات المثارة بشأن مستحقي الحضانة)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2018/05/24، مج.7، ع.1.
102. مباركة عامرة: (الحماية الجزائرية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، 2017/06/01، مج.14، ع.2.

103. محفوظ بن صغير: (مصلحة المحضون في الاجتهاد الفقهي المعاصر وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 26/06/2018، مج.3، ع.2.
104. محمد بجاق: (مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية)، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، 01/01/2014، مج.11، ع.1.
105. محمد بن سعد بن فهد الدوسري: (أحكام تبعية الولد لوالديه)، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الجمعية الفقهية السعودية، المملكة العربية السعودية، 2015، ع.29.
106. محمد توفيق قديري: (مظاهر التوازي بين مركزي المرأة والرجل في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، جوان 2015، ع.5.
107. محمد توفيق قديري، ميلود بن ححو: (تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري "قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجاً")، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، سبتمبر 2017، ع.15.
108. محمد حيدرة: (الشروط التقيدية المقترنة بعقد الزواج ودورها في إحداث التوازن العقدي)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 01/06/2015، مج.16، ع.27.
109. محمد نعناعي: (حق الطفل في الحضانة والنفقة والسكنى بعد انتهاء العلاقة الزوجية)، سلسلة دراسات وأبحاث، (قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة)، منشورات مجلس القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المملكة المغربية، 2013، ج.1، د.ع.
110. محي الدين جمال: (وقفة قانونية بين قانون الجنسية الجزائري 1970 و2005)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 15/06/2012، مج.4، ع.7.
111. مسعود بن موسى فلوسي: (الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 09/07/2004، مج.5، ع.9.
112. مسعودي رشيد: (الشهادة الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة)، الراشدية مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المركز الجامعي مصطفى اسطبولي معسكر، فيفري 2008، ع.1.
113. مصطفى مناصرية: (ثنائية الأصالة والحدثة في قانون الأسرة الجزائري: دراسة حول التعديلات التي تضمنها الأمر رقم 05-02)، م.ع.ق.س، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جانفي 2018، ع.17.
114. معامير حسبية: (إثبات الطلاق بين القانون والقضاء)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، 30/12/2013، مج.12، ع.27.

115. ملوك محفوظ، بومدين محمد: (الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج وإشكالات تطبيقه)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية أدرار، 30/06/2016، مج.2016، ع.37.
116. موسى مرمون: (الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 28/02/2005 والمتمم له)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة1، جوان 2014، مج. ب، ع.41.
117. نابد بلقاسم، بوطالب خيرة: (تطور التشريعات الوطنية في مجال حقوق المرأة -قراءة في التشريع الجزائري-)، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، لبنان-طرابلس، مارس 2017، العام الرابع، ع.17.
118. ناتوري كريم: (دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائرية بموجب الأمر رقم 05-01)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 03/09/2012، مج.3، ع.1.
119. نذير حمادو: (الأسباب التي تؤدي إلى إساءة استعمال حق الطلاق -دراسة فقهية اجتماعية-)، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 15/02/2007، مج.22، ع.1.
120. نزار كريمة: (نفي النسب بين اللعان واكتشاف التقنية العلمية للبصمة الوراثية)، م.ع.ق.إ، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ع.7.
121. نزار كريمة: (التوجه التشريعي نحو تكريس المساواة بين الزوجين وأثره على الأسرة)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 01/09/2020، مج.5، ع.3.
122. نور الدين بوسهوة: (المادة السادسة من قانون الجنسية والتزامات الجزائر الدولية)، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، 15/12/2011، مج.3، ع.5.
123. هلتالي أحمد: (استحقاق الحضانة في التشريع الجزائري بين ترتيبات النصوص القانونية ومحاذير المنح)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 01/09/2018، مج.3، ع.3.
124. وارتى غنية: (ولاية المرأة على أموال القصر في ضوء قانون الأسرة الجزائري)، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 30/06/2017، مج.11، ع.1.
125. عبد الرحمان حموش: (الشروط الاتفاقية بين الزوجين فقها وقانونا)، مجلة العلوم القانونية، (مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية)، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ج.1، ع. مزدوج 5/4.

126. منصور المبروك: (شروط الحضانة ومسألة إسقاطها في قوانين الأسرة للدول المغاربية -دراسة تحليلية مقارنة-)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك بتامنغت، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 2015/06/01، مج.4، ع.2.

-المقالات العلمية باللغة الأجنبية:

1. AKROUNE yakout: (Droit de la famille et droit de l'homme en Algérie: Une coexistence toujours conflictuelle), Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Politiques et Economiques, Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, Faculté de droit et de sciences politiques, 15/06/2008, Vol. 45, N°2.
2. Ali FILALI: (La responsabilité de la mère divorcée du fait de ses enfants mineurs), Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, Faculté de Droit et des Sciences Administratives, 1996, N°4.
3. Djilali Tchouar: (Droit algérien de la famille, quels principes dégalité ?), Etudes en droit, Université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, Dar Elkenouz, Algérie, 2013.
4. Jean-Jacques LEMOULAND: (Les grandes lignes du droit patrimonial des couples "france"), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°1.
5. L. Milliot: (introduction à l'étude du droit musulman), Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris-France, Octobre-Décembre 1955, Vol.7, N°4.
6. Louisa HANIFI: (La responsabilité civile des père et mère du fait de leurs enfants mineurs dans le cas particulier du divorce), Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, Faculté de Droit et des Sciences Administratives, 1994, N°3.
7. Marie LAMARCHE: (Régimes matrimoniaux. Régime légale. Régimes conventionnels), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°1.
8. Mohamed LOUKILI: (Le régime matrimonial en droit marocain), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°1.
9. Nahas M. MAHIEDDIN: (Le Droit patrimonial de la famille dans la législation algérienne), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°1.
10. Rachedi Khadra: (Les Mères célibataires en Algérie: statut religieux, juridique et sociale), Journal des sciences juridiques et sociales, Université Ziane Achour Djelfa, 01/09/2020, Vol. 5, N°3.
11. Rachida JELASSI: (Droit patrimonial de la famille. Mariage. Régime matrimoniaux. Successions et libéralités "tunisie"), Les cahiers du LADREN, Université d'Oran 2 Mohamed ben Ahmed, Faculté de droit et de sciences politiques, Laboratoire des droits de l'enfant, 15/05/2016, Vol. 7, N°1.

ب/المدخلات العلمية:

1. الحسن مكرز: السعاية بين العمل السوسي والعمل الفاسي، مداخلة مقدمة ضمن الكتاب الخاص بأعمال الندوة التكرمية للمرحوم العلامة الدكتور الحسن العبادي، الموسومة بالعمل السوسي تاريخه

وقضاياه، المنعقدة بجامعة ابن زهر، كلية الشريعة، أكادير-المغرب، 2006، إعداد عبد المالك أعويش، إشراف عبد العزيز بلاوي، د.ر.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2016.

2. شتوح زهير: اتفاق التدبير المالي للزوجين بين هشاشة التأطير القانوني وضغط الذهنيات التقليدية للمجتمع، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، جامعة محمد الصديق بن يحي-جبل، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، بتاريخ 10 و 11 نوفمبر 2015.

3. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الموسومة بأثر متغيرات العصر في الحضانة، المنظمة من طرف المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع جامعة أم القرى، مكة، 1436هـ.

ج/ البحوث العلمية:

1. نور الدين مختار الخادمي: نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، (20)، مكة المكرمة، 25-29 ديسمبر 2010.

رابعاً: الاتفاقيات والإعلانات الدولية

أ/ الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 07/11/1964، تاريخ بدء النفاذ 19/12/1994، بموجب المادة 06. انظر، الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي،

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>

2. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 03 سبتمبر 1981، بموجب م 27 (01). انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي،

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

3. اتفاقية حقوق الطفل، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/25، المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، تاريخ بدء النفاذ 02 سبتمبر 1990 بموجب م 49. انظر، صفحة يونسيف لكل طفل،

<https://www.unicef.org/ar>

ب/ الإعلانات الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف، (د3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 (نسخة PDF). انظر، صفحة الأمم المتحدة،

https://www.un.org/ar/udhrbook/pdf/UNH_AR_TXT.pdf

2. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د22)، المؤرخ في 07 نوفمبر 1967. انظر، صفحة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مركز الوثائق،

خامسا: النصوص القانونية

أ/ النصوص القانونية الوطنية:

-النصوص القانونية الوطنية باللغة العربية:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ع.76. المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 14 أبريل 2002، ع.25. والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 16 نوفمبر 2008، ع.63. والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 07 مارس 2016، ع.14. والمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 30 ديسمبر 2020، ع.82.
2. القانون رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 19 ديسمبر 1976، ع.101. (هذا القانون تم إلغاؤه).
3. القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 16 فيفري 1982، ع.7.
4. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 12 جوان 1984، ع.24. (المعدل والمتمم).
5. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 17 فيفري 1985، ع.8. (المعدل والمتمم).
6. القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المتضمن تعديل وتنظيم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 10 نوفمبر 2004، ع.71.
7. القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 22 جوان 2005، ع.43.
8. القانون رقم 05-08 المؤرخ في 04 ماي 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج. ج. بتاريخ 22 جوان 2005، ع.43.

9. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمّم، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 26 جوان 2005، ع.44.
10. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ع.84.
11. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج بتاريخ 23 أبريل 2008، ع.21.
12. القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج بتاريخ 16 فيفري 2014، ع.7.
13. القانون رقم 15-01 المؤرخ في 04 جانفي 2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 07 جانفي 2015، ع.1.
14. القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج بتاريخ 19 جويلية 2015، ع.39.
15. القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدّل والمتمّم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج بتاريخ 30 ديسمبر 2015، ع.71.
16. القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018، المتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج بتاريخ 29 جويلية 2018، ع.46.
17. القانون رقم 20-05 المؤرخ في 28 أبريل 2020، المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتها، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 27 أبريل 2020، ع.25.
18. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 11 جوان 1966، ع.49. (المعدّل والمتمّم).
19. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج بتاريخ 27 فيفري 1970، ع.21. (المعدّل والمتمّم).
20. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 18 ديسمبر 1970، ع.105. (المعدّل والمتمّم).
21. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ع.78. (المعدّل والمتمّم).
22. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج بتاريخ 19 ديسمبر 1975، ع.101. (المعدّل والمتمّم).

23. الأمر رقم 96-03 المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن الموافقة، مع التحفظ، على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج.ج بتاريخ 14 جانفي 1996، ع.3.
24. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 27 فيفري 2005، ع.15.
25. الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المعدّل والمتّم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 27 فيفري 2005، ع.15.
26. الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن تعديل وتنظيم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 23 جويلية 2015، ع.40.
27. المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992، المتضمن الموافقة، مع تصريحات تفسيرية، على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر.ج.ج بتاريخ 18 نوفمبر 1992، ع.83.
28. المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج.ج بتاريخ 11 جوان 1971، ع.47. المتّم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992، ج.ر.ج.ج بتاريخ 22 جانفي 1992، ع.5. والمعدّل والمتّم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 08 أوت 2020، ج.ر.ج.ج بتاريخ 11 أوت 2020، ع.47.
29. المرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 13 أوت 1983، الصادر عن وزارة الداخلية، المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 16 أوت 1983، ع.34.
30. المرسوم الرئاسي رقم 88-144 المؤرخ في 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، ج.ر.ج.ج بتاريخ 27 جويلية 1988، ع.30.
31. المرسوم الرئاسي المؤرخ في 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر.ج.ج بتاريخ 23 ديسمبر 1992، ع.91.
32. المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ج.ر.ج.ج بتاريخ 24 جانفي 1996، ع.6.

33. المرسوم الرئاسي رقم 08-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 09 ف02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج.ج، بتاريخ 21 جانفي 2009، ع.5.
 34. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج.ج بتاريخ 08 جويلية 1992، ع.52.
 35. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد لشروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج.ج بتاريخ 14 ماي 2006، ع.31.
 36. مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الاثنين 14 مارس 2005 (صباحا)، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، بتاريخ 28 مارس 2005، السنة 03، رقم 146.
 37. مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية الثانية المنعقدة يوم الاثنين 14 مارس 2005 (صباحا)، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، بتاريخ 28 مارس 2005، السنة 03، رقم 146.
 38. التعليمات الوزارية رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018، الصادرة وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط.
- النصوص القانونية الوطنية باللغة الأجنبية:

1. Loi N°. 63-96 du 27 mars 1963, portant code de la nationalité algérienne, J.O.R.A du 02 avril 1963, Année 02, N°. 18.
2. Instruction ministérielle N°. 02, datée le 11/02/1980, du ministér de l'interieur, concernant de l'autorisation administrative préalable pour la célébration de mariage des étrangers en Algérie.

ب/النصوص القانونية الأجنبية:

-النصوص القانونية المغربية:

1. ظهير شريف صادر في 12 أوت 1913، يعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل والمتمم عدة مرات كان آخرها سنة 2019. انظر، المملكة المغربية، وزارة العدل، البوابة القانونية والقضائية، نصوص قانونية، المادة المدنية،
<http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>
2. القانون رقم 06-62 المغير والمتمم للظهير الشريف رقم 1.58.250، الصادر في 06 سبتمبر 1958، المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 الصادر في 23 مارس 2007، الجريدة الرسمية بتاريخ 02 أفريل 2007، ع.5513.

3. ظهير شريف رقم 1.59.413، صادر في 26 نوفمبر 1962، بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 جوان 1963، ع.2640.
 4. ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، صادر في 28 سبتمبر 1974، بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية بتاريخ 30 سبتمبر 1974، ع.3230 مكرر.
 5. ظهير شريف رقم 1.04.22، صادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 فيفري 2004، ع.5184.
 6. ظهير شريف رقم 1.18.19، بتاريخ 22 فيفري 2018، الصادر بتنفيذ القانون رقم 103.13، المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية بتاريخ 12 مارس 2018، ع.6655.
- النصوص القانونية التونسية:**
1. دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ 10 فيفري 2014، ع. خاص، بموجب قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي بالإذن بنشره، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 04 فيفري 2014، السنة 157، ع.10.
 2. القانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 04 جويلية 1958، المتعلق بتنقيح الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 01-04 جويلية 1958، السنة 101، ع.52-53.
 3. القانون عدد 7 لسنة 1963 المؤرخ في 22 أفريل 1963، المتعلق بالمصادقة على المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963، المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 19-23 أفريل 1963، السنة 106، ع.19.
 4. القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1963، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 03 نوفمبر 1964، السنة 108، ع.53.
 5. القانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964، المتعلق بالمصادقة على المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، المتعلق بتنقيح بعض من فصول مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 24-28 أفريل 1964، السنة 107، ع.21.
 6. القانون عدد 29 لسنة 1971 المؤرخ في 14 جوان 1971، المتعلق بإتمام المجلة الجنائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 15 جوان 1971، السنة 114، ع.26.
 7. القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981، المتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 20 فيفري 1981، السنة 124، ع.11.
 8. القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، المتعلق بتعديل بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 20 جويلية 1993، السنة 136، ع.53.

9. القانون عدد 95 لسنة 1995 المؤرخ في 09 نوفمبر 1995، المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات والعقود، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 10 نوفمبر 1995، السنة 138، ع.90.
10. القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 13 نوفمبر 1998، ع.91. (تم تدارك غلط شاب عدد القانون، حيث كان مدرجا تحت رقم "91"، قبل أن يتم تصحيحه تحت رقم "94". انظر، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 27 نوفمبر 1998، ع.95، ص.2376).
11. القانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 07 جويلية 2003، المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهيئين أو مجهولي النسب وإتمامها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 08 جويلية 2003، السنة 146، ع.54.
12. القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 26 أوت 2005، السنة 148، ع.68.
13. القانون عدد 20 لسنة 2008 المؤرخ في 04 مارس 2008، المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 مارس 2008، ع.21.
14. القانون عدد 55 لسنة 2010 المؤرخ في 01 ديسمبر 2010، المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 03 ديسمبر 2010، ع.97.
15. الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 15 ديسمبر 1906، ملحق عدد 100، عدل وثم عدة مرات كان آخرها سنة 2010. انظر، الجمهورية التونسية، رئاسة الحكومة، بوابة التشريع، http://www.legislation.tn/affich-code/Code-des-obligations-et-des-contrats_88
16. الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 17 أوت 1956، السنة 100، ع.66.
17. المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963، المتعلق بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 05 مارس 1963، السنة 106، ع.11.
18. المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964، المتعلق بتنقيح بعض فصول من مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 21 فيفري 1964، السنة 107، ع.9.
19. المنشور عدد 164 المؤرخ في 08 سبتمبر 2017، المتضمن مكتوب رئيس الحكومة المؤرخ في 08 سبتمبر 2017، لإلغاء المنشور عدد 606 المؤرخ في 19 أكتوبر 1973، الصادر عن الوزير الأول، المتضمن تعليمات تقضي بعدم جواز إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم، إلا في

صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج الأجنبي للدين الإسلامي، وكذا إلغاء المنشور عدد 216، المؤرخ في 05 نوفمبر 1973، الصادر عن وزير العدل، المطبق للمنشور عدد 606، المتضمن تحجير زواج التونسية المسلمة بغير المسلم.

سادسا: الاجتهادات والأحكام القضائية أ/ الاجتهادات القضائية:

1. قرار المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 14/05/1969، د.ر.م، ن.ق، أكتوبر/ديسمبر 1970، د.ع، ص.48.
2. قرار المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 21/10/1970، د.ر.م، ن.ق، جانفي/مارس 1972، ع.1، ص.58.
3. قرار المجلس الأعلى: غ.ق.خ، 18/11/1970، د.ر.م، ن.ق، جانفي/مارس 1972، ع.1، ص.67.
4. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 25/01/1982، ملف رقم 26693، ن.ق، 1982، ع.خاص، ص.251.
5. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 08/02/1982، ملف رقم 26709، ن.ق، 1982، ع.خاص، ص.258.
6. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 08/02/1982، ملف رقم 26766، ن.ق، 1982، ع.خاص، ص.266.
7. قرار المجلس الأعلى: غ.م، 02/03/1983، ملف رقم 30064، إ.ق، 1987، د.ع، ص.27.
8. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 11/06/1984، ملف رقم 33652، م.ق، 1989، ع.3، ص.38.
9. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 08/10/1984، ملف رقم 34137، م.ق، 1989، ع.4، ص.79.
10. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34784، م.ق، 1989، ع.3، ص.73.
11. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34791، م.ق، 1989، ع.3، ص.76.
12. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 19/11/1984، ملف رقم 34046، م.ق، 1990، ع.1، ص.67.
13. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 03/12/1984، ملف رقم 35026، م.ق، 1989، ع.4، ص.86.
14. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 35322، م.ق، 1989، ع.4، ص.91.
15. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 35087، م.ق، 1990، ع.1، ص.86.
16. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 34767، م.ق، 1990، ع.1، ص.92.
17. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 31/12/1984، ملف رقم 35346، م.ق، 1990، ع.2، ص.86.
18. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 08/04/1985، ملف رقم 35912، م.ق، 1989، ع.1، ص.89.
19. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 20/05/1985، ملف رقم 36414، م.ق، 1990، ع.2، ص.58.
20. قرار المجلس الأعلى: ، غ.أ.ش 27/01/1986، ملف رقم 39731، م.ق، 1993، ع.4، ص.61.
21. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 24/03/1986، ملف رقم 41255، ن.ق، 1988، ع.44، ص.155.
22. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 07/04/1986، ملف رقم 41560، م.ق، 1989، ع.2، ص.69.
23. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 22/09/1986، ملف رقم 43594، م.ق، 1992، ع.4، ص.41.
24. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 29/12/1986، ملف رقم 43860، م.ق، 1993، ع.2، ص.41.
25. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 26/01/1987، ملف رقم 44457، م.ق، 1991، ع.4، ص.88.

26. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م.ق، 1990، ع.3، ص.65.
27. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م.ق، 1990، ع.3، ص.72.
28. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م.ق، 1990، ع.4، ص.67.
29. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 52207، م.ق، 1990، ع.4، ص.74.
30. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 52278، م.ق، 1991، ع.4، ص.95.
31. قرار المجلس الأعلى: غ.ج.02، 1989/02/14، ملف رقم 54930، م.ق، 1995، ع.2، ص.181.
32. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53017، م.ق، 1991، ع.1، ص.56.
33. قرار المجلس الأعلى: غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م.ق، 1991، ع.3، ص.73.
34. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/02/19، ملف رقم 59013، م.ق، 1991، ع.4، ص.117.
35. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، م.ق، 1991، ع.4، ص.126.
36. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق، 1992، ع.1، ص.55.
37. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73885، م.ق، 1993، ع.2، ص.55.
38. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1991/10/01، ملف رقم 73992، ن.ق، 1995، ع.47، ص.153.
39. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، 1995، ع.2، ص.92.
40. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 92674، ن.ق، 1995، ع.48، ص.171.
41. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1993/06/23، ملف رقم 91671، م.ق، 1994، ع.1، ص.72.
42. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم 115118، ن.ق، 1997، ع.52، ص.106.
43. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1994/11/29، ملف رقم 112705، م.ق، 1995، ع.1، ص.140.
44. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/07/09، ملف رقم 138949، م.ق، 1996، ع.2، ص.77.
45. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/07/09، ملف رقم 138958، م.ق، 1998، ع.1، ص.124.
46. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، 1998، ع.1، ص.121.
47. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، 1997، ع.2، ص.96.
48. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1997/04/08، ملف رقم 158842، ن.ق، 1998، ع.53، ص.61.
49. قرار المحكمة العليا: غ.ج.م، 2000/01/18، ملف رقم 229680، م.ق، 2001، ع.1، ص.364.
50. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، 2001، ع.1، ص.275.
51. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 237148، م.ق، 2001، ع.1، ص.284.
52. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، ع.2، ص.267.
53. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/11/21، ملف رقم 252994، م.ق، 2001، ع.1، ص.293.
54. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2000/11/21، ملف رقم 248978، م.ق، 2001، ع.2، ص.281.
55. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2001/01/23، ملف رقم 258479، م.ق، 2001، ع.2، ص.301.

56. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م.ق، 2002، ع.2، ص.424.
57. قرار المحكمة العليا: غ.ج.م، 2001/03/27، ملف رقم 239135، م.ق، 2001، ع.2، ص.377.
58. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م.ق، 2004، ع.1، ص.274.
59. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم 282052، م.ق، 2004، ع.1، ص.279.
60. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم 254635، ن.ق، 2006، ع.57، ص.209.
61. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/06/03، ملف رقم 259475، ن.ق، 2006، ع.58، ص.191.
62. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، ع.2، ص.271.
63. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/07/31، ملف رقم 288072، م.ق، 2004، ع.1، ص.285.
64. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2002/09/25، ملف رقم 288322، م.ق، 2003، ع.1، ص.375.
65. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/01/19، ملف رقم 334060، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.325.
66. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/02/23، ملف رقم 315403، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.275.
67. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/02/23، ملف رقم 318418، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.283.
68. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/03/23، ملف رقم 330464، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.293.
69. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2005/06/15، ملف رقم 331833، م.م.ع، 2005، ع.1، ص.315.
70. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/01/04، ملف رقم 350942، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.455.
71. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2006، ع.1، ص.469.
72. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/06/14، ملف رقم 258613، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.421.
73. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.483.
74. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2007/02/14، ملف رقم 381880، م.م.ع، 2007، ع.2، ص.483.
75. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2007/05/09، ملف رقم 390381، م.م.ع، 2008، ع.2، ص.295.
76. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، ع.1، ص.275.
77. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/10/15، ملف رقم 448305، م.م.ع، 2010، ع.2، ص.251.
78. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2008/11/12، ملف رقم 466390، م.م.ع، 2008، ع.2، ص.317.
79. قرار المحكمة العليا: غ.م، 2008/12/24، ملف رقم 446467، م.م.ع، 2009، ع.2، ص.133.
80. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.265.
81. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 474255، م.م.ع، 2009، ع.2، ص.267.
82. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2009/05/13، ملف رقم 497457، م.م.ع، 2009، ع.1، ص.297.
83. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2010/04/15، ملف رقم 554808، م.م.ع، 2010، ع.1، ص.241.
84. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2010/09/16، ملف رقم 566381، م.م.ع، 2010، ع.2، ص.268.
85. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2010/11/11، ملف رقم 581700، م.م.ع، 2011، ع.1، ص.252.

86. قرار المحكمة العليا: غ.أ.ش.م، 2011/01/13، ملف رقم 596191، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.270.
87. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/03/10، ملف رقم 613469، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.285.
88. قرار المحكمة العليا: غ.ع، 2011/04/14، ملف رقم 684955، م.م.ع، 2011، ع.2، ص.176.
89. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/04/14، ملف رقم 620084، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.299.
90. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/05/12، ملف رقم 617374، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.294.
91. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/05/12، ملف رقم 622754، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.304.
92. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/07/14، ملف رقم 624622، م.م.ع، 2012، ع.2، ص.227.
93. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/09/15، ملف رقم 656259، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.318.
94. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/10/13، ملف رقم 650014، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.313.
95. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2011/12/08، ملف رقم 676898، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.321.
96. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2012/03/15، ملف رقم 690718، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.268.
97. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2013/03/14، ملف رقم 0729230، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.276.
98. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2013/03/14، ملف رقم 0742023، م.م.ع، 2014، ع.1، ص.319.
99. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2013/04/11، ملف رقم 0740083، م.م.ع، 2013، ع.2، ص.280.
100. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2014/01/16، ملف رقم 0881943، م.م.ع، 2014، ع.1، ص.332.
101. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2014/09/11، ملف رقم 0934996، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.251.
102. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/01/15، ملف رقم 0990050، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.256.
103. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/02/12، ملف رقم 0905248، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.247.
104. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2015/03/12، ملف رقم 0860240، م.م.ع، 2015، ع.1، ص.239.
105. قرار المحكمة العليا: غ.ش.أ.م، 2016/07/13، ملف رقم 0997381، م.م.ع، 2016، ع.2، ص.232.
106. قرار المحكمة العليا: غ.ج.م، 2016/11/17، ملف رقم 0998466، م.م.ع، 2016، ع.2، ص.415.

ب/الأحكام القضائية:

1. حكم محكمة عين وسارة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء الجلفة، 2017/01/26، قضية مجدولة تحت رقم 16/01623، مفهسة تحت رقم 17/00184، ص.04.
2. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2017/06/21، قضية مجدولة تحت رقم 17/00894، مفهسة تحت رقم 17/02283، ص.04.
3. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2017/10/08، قضية مجدولة تحت رقم 17/02794، مفهسة تحت رقم 17/02855، ص.04.
4. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2017/12/10، قضية مجدولة تحت رقم 17/02795، مفهسة تحت رقم 17/03877، ص.04.

5. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2018/05/02، قضية مجدولة تحت رقم 18/00681، مفرسة تحت رقم 18/01539، ص.04.
6. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2018/05/20، قضية مجدولة تحت رقم 18/00726، مفرسة تحت رقم 18/01755، ص.04.
7. حكم محكمة عين وسارة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء الجلفة، 2018/06/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/00444، مفرسة تحت رقم 18/00851، ص.05.
8. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2018/07/11، قضية مجدولة تحت رقم 18/01238، مفرسة تحت رقم 18/02526، ص.05.
9. حكم محكمة المسيلة: قسم شؤون الأسرة، مجلس قضاء المسيلة، 2019/07/02، قضية مجدولة تحت رقم 19/01154، مفرسة تحت رقم 19/02233، ص.04-05.

سابعاً: القرارات، التقارير، المحاضر، الملاحظات والردود، والتوصيات
أ/ القرارات:

1. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 194 (09/20)، بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات)، (د20)، وهران، الجزائر، 13-18 سبتمبر 2012. انظر، صفحة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرارات، <http://www.iifa-aifi.org/2364.html>

ب/ التقارير:

1. التقرير الأولي للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 21 و26 جانفي 1999. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/DZA/1
2. تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن تقرير الجزائر الأولي، (د20)، بتاريخ 19 جانفي-05 فيفري 1999، و(د21)، بتاريخ 07-25 جوان 1999. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، A/54/38/REV.1
3. تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 2003، السنة 14، ع.16.
4. التقرير الدوري الثاني للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 11 جانفي 2005. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/DZA/2
5. التقرير الدوري الجامع للتقاريرين الثالث والرابع للجزائر، الموجه إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بتاريخ 18 ماي 2009. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، CEDAW/C/DZA/3-4

ج/ المحاضر:

1. محضر موجز للجلسة 406، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، (د20)، نيويورك، الخميس 21 جانفي 1999. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.406](#)
 2. محضر موجز للجلسة 407، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، (د20)، نيويورك، الخميس 21 جانفي 1999. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.407](#)
 3. محضر موجز للجلسة 412، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الأولي للجزائر، نيويورك، الجمعة 26 جانفي 2002. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.412](#)
 4. محضر موجز للجلسة 667، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، (د32)، نيويورك، الثلاثاء 11 جانفي 2005. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.667](#)
 5. محضر موجز للجلسة 668، من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، للنظر في التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، (د32)، نيويورك، الثلاثاء 11 جانفي 2005. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/SR.668](#)
- د/الملاحظات والردود:
1. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع، للتقريين الدوريين الثالث والرابع، بشأن تنفيذ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، (د44)، جنيف، 03-21 ماي 2010. انظر، صفحة الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، [E/C.12/DZA/CO/4](#)
 2. الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن النظر في تقرير الجزائر الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع، (د51)، 13 فيفري- 02 مارس 2012. انظر، صفحة الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، [CEDAW/C/DZA/CO/3-4](#)
 3. ردود الجزائر على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع، (د51)، 13 فيفري- 02 مارس 2012. انظر، صفحة الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، [CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1](#)

هـ/ التوصيات:

1. التوصية العامة رقم 21، المساواة في الزواج وفي العلاقات الأسرية، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د13)، 1994. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [HRI/GEN/1/REV.7](https://www.unhcr.org/refugees/1/REV.7)
2. التوصية العامة رقم 24، م12 من الاتفاقية، المرأة والصحة، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د20)، 1999. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [HRI/GEN/1/REV.7](https://www.unhcr.org/refugees/1/REV.7)
3. توصية عامة بشأن م16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الآثار الاقتصادية المترتبة عن الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية، العقود: الاتفاقات المبرمة قبل الزواج وبعده، لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، (د29)، 2013/10/30. انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، [CEDAW/C/GC/29](https://www.unhcr.org/refugees/1/REV.7)
4. توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2018 (د20)، المؤرخ في 01 نوفمبر 1965، المبدأ الأول، ف(ب). انظر، صفحة الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مكتب المفوض السامي، <http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/RecommendationOnConsentToMarriage.aspx>

ثامنا: المقابلات والتصريحات

1. العيفة سعاد: مساعدة اجتماعية على مستوى المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب النساء والتوليد سليمان عميرات، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الإجراءات العملية المتخذة بخصوص نسب الطفل الطبيعي)، 05 فيفري 2020، سا. 10:00، (اتصال هاتفي).
2. نوي بستانة: مساعدة اجتماعية على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الإجراءات العملية المتخذة بخصوص نسب الطفل الطبيعي)، 06 فيفري 2020، سا. 10:00، (مقابلة شخصية).
3. كرنطار هناء: طبيبة عامة، بلدية دائرة وولاية المسيلة، (الفحص الطبي السابق للزواج) 26 جويلية 2020، سا. 11:45، (مقابلة شخصية).

تاسعا: الإحصائيات

أ/ الإحصائيات الوطنية:

1. *Statistiques national: Démographie Algérienne 2019, Office national des statistiques, Document N°.890/Bis, P.08. (Version PDF envoyée par email, Le 10 janvier 2021, à 16 :18h).*

ب/ الإحصائيات المحلية:

1. إحصائيات محلية: عدد حالات الطلاق على مستوى ولاية المسيلة خلال سنة 2020، مجلس قضاء المسيلة، أمانة الضبط، 08 فيفري 2021.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة

المحتوى

شكر وعرفان

إهداء

قائمة أهم المختصرات

02 مقدمة

الباب الأول

المركز القانوني للزوجين في الأسرة على مستوى العلاقة الزوجية

15 الفصل الأول: المركز القانوني للزوجين عند الدخول في العلاقة الزوجية

16 المبحث الأول: المركز القانوني للزوجين لحظة تقرير الدخول في العلاقة الزوجية

16 المطلب الأول: إرادة الدخول في العلاقة الزوجية

16 الفرع الأول: الرضا بالدخول في العلاقة الزوجية

16 أولاً: حرية الزوجين في اختيار بعضهما والرضا بالزواج

24 ثانياً: القيود الواردة على حرية الزوجين في اختيار بعضهما والرضا بالزواج

28 الفرع الثاني: الاشتراط للدخول في العلاقة الزوجية

28 أولاً: حق الزوجين في الاشتراط

32 ثانياً: الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط

35 المطلب الثاني: الشروط الناظمة للدخول في العلاقة الزوجية

35 الفرع الأول: الشروط الموضوعية للدخول في العلاقة الزوجية

36 أولاً: الأهلية في عقد الزواج

42 ثانياً: الولاية في عقد الزواج

50 الفرع الثاني: الشروط الشكلية للدخول في العلاقة الزوجية

51 أولاً: الشهادة الطبية السابقة لعقد الزواج

58 ثانياً: الرخصة القضائية المقيدة لتعدد الزوجات

65 المبحث الثاني: المركز القانوني للزوجين بعد الدخول في العلاقة الزوجية

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المعنوية.....	66
الفرع الأول: التشاركية في الحقوق والواجبات المتبادلة.....	67
أولاً: تقرير المسؤولية المشتركة في المحافظة على أواصر العلاقة الزوجية.....	68
ثانياً: تكريس التعاون والتشاور وعدم الانفراد في اتخاذ القرار.....	73
الفرع الثاني: إلغاء رئاسة الزوج للأسرة.....	77
أولاً: إلغاء حق الزوج في القوامة.....	78
ثانياً: إلغاء واجب الزوجة في طاعة الزوج.....	83
المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المالية.....	89
الفرع الأول: النفقة الزوجية.....	89
أولاً: إلزام الزوج وحده بالإتفاق الزوجي كأصل عام.....	90
ثانياً: إعفاء الزوجة من واجب الإتفاق الزوجي.....	96
الفرع الثاني: الذمة المالية.....	102
أولاً: الفصل بين الذمة المالية للزوجين.....	102
ثانياً: الاتفاق حول الأموال المشتركة للزوجين المكتسبة خلال الحياة الزوجية.....	108
ملخص الفصل الأول.....	116
الفصل الثاني: المركز القانوني للزوجين عند الخروج من العلاقة الزوجية.....	117
المبحث الأول: المركز القانوني للزوجين لحظة تقرير الخروج من العلاقة الزوجية.....	118
المطلب الأول: الخروج من العلاقة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة.....	118
الفرع الأول: حق الزوج في الطلاق بإرادة المنفردة شرعاً بين حرية الإرادة والتقيد.....	119
أولاً: حق الزوج في الطلاق بإرادة المنفردة شرعاً.....	119
ثانياً: القيود الواردة على حق الزوج في الطلاق بإرادة المنفردة شرعاً.....	125
الفرع الثاني: حدود إرادة الزوج في الطلاق بإرادة المنفردة قانوناً.....	130
أولاً: تقيد حق الزوج في الطلاق باللجوء إلى القضاء بين النص القانوني والاجتهاد القضائي.....	130
ثانياً: تقيد حق الزوج في الطلاق بعدم التعسف في إيقاعه.....	136
المطلب الثاني: الخروج من العلاقة الزوجية بطلب الزوجة.....	141
الفرع الأول: توسيع حق الزوجة في طلب التطليق.....	141

أولاً: محدودية حق الزوجة في طلب التطلاق قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984	141
ثانياً: زيادة حالات طلب التطلاق من الزوجة ومرونتها بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005	150
الفرع الثاني: الارتقاء بحق الزوجة في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل	155
أولاً: الخلع كرخصة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984	155
ثانياً: الخلع كحق أصيل للزوجة بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005	160
المبحث الثاني: المركز القانوني للتطليقين بعد الخروج من العلاقة الزوجية	166
المطلب الأول: التعويض كأثر من آثار فك الرابطة الزوجية	167
الفرع الأول: أساس التعويض عن فك الرابطة الزوجية	167
أولاً: الأساس الفقهي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية	168
ثانياً: الأساس القانوني للتعويض عن فك الرابطة الزوجية	172
الفرع الثاني: علاقة التعويض بالمتعة عن فك الرابطة الزوجية	176
أولاً: الموقف الفقهي من المتعة وعلاقتها بالتعويض	176
ثانياً: الموقف القضائي والقانوني من المتعة وعلاقتها بالتعويض	182
المطلب الثاني: مركز الطليقين من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية	185
الفرع الأول: مركز المطلق من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية	185
أولاً: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضاً للمُخَالَع عن فك الرابطة الزوجية بالخلع	186
ثانياً: حرمان الطليق من التعويض عن التطلاق لعدم أحقيته في التطلاق أصالة	190
الفرع الثاني: مركز المطلقة من خلال التعويض عن فك الرابطة الزوجية	193
أولاً: تمكين المطلقة من التعويض عن الطلاق التعسفي	193
ثانياً: تمكين المطلقة من التعويض عن التطلاق	198
ملخص الفصل الثاني	204

الباب الثاني

المركز القانوني للزوجين في الأسرة على مستوى العلاقة الوالدية

- 207 الفصل الأول: المركز القانوني للوالدين أثناء قيام العلاقة الزوجية
- 208 المبحث الأول: المركز القانوني للوالدين من خلال الحقوق المعنوية للأولاد
- 208 المطلب الأول: تثبيت رابطة النسب ومركز الوالدين من خلالها
- 208 الفرع الأول: انتساب الولد شرعا لوالده في العلاقة الشرعية بين الفقه والقانون
- 209 أولا: النسب الشرعي للولد فقها
- 217 ثانيا: النسب الشرعي للولد قانونا
- 224 الفرع الثاني: انتساب الولد طبيعيا لوالده في العلاقة غير الشرعية بين الفقه والقانون
- 224 أولا: النسب الطبيعي للولد فقها
- 232 ثانيا: النسب الطبيعي للولد قانونا
- 240 المطلب الثاني: نقل رابطة الجنسية ومركز الوالدين من خلالها
- الفرع الأول: التمييز بين الوالدين في نقل الجنسية قبل تعديل قانون الجنسية الجزائرية لسنة 1970
- 240 أولا: نقل الوالد الجنسية لأولاده بصفة أصلية ومطلقة
- 245 ثانيا: نقل الوالدة الجنسية لأولادها بصفة احتياطية واستثنائية
- الفرع الثاني: المساواة بين الوالدين في نقل الجنسية بعد تعديل قانون الجنسية الجزائرية لسنة 2005
- 248 أولا: دوافع جنوح المشرع إلى تكريس المساواة بين الوالدين في نقل الجنسية
- 251 ثانيا: إطلاق حق الوالدة في نقل الجنسية لأولادها تحقيقا للمساواة
- 256 المبحث الثاني: المركز القانوني للوالدين من خلال الحقوق المادية للأولاد
- 257 المطلب الأول: النفقة الوالدية بين الفقه والقانون
- 257 الفرع الأول: نفقة الوالد على أولاده بين الفقه والقانون
- 257 أولا: إلزامية نفقة الوالد على أولاده فقها
- 262 ثانيا: إلزامية نفقة الوالد على أولاده قانونا
- 266 الفرع الثاني: نفقة الوالدة على أولادها بين الفقه والقانون

267	أولاً: نفقة الوالدة على أولادها فقها بين الإعفاء والاستثناء
270	ثانياً: استثنائية نفقة الوالدة على أولادها قانوناً
274	المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة بين الفقه والقانون
275	الفرع الأول: الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة فقهاً
275	أولاً: دليل تجريم الامتناع عن أداء واجب النفقة
278	ثانياً: الموقف الفقهي من الامتناع عن أداء واجب النفقة
281	الفرع الثاني: الجزاء المترتب على الامتناع عن أداء واجب النفقة قانوناً
282	أولاً: جزاء الامتناع عن أداء واجب النفقة عند ترك الأسرة
288	ثانياً: جزاء الامتناع عن أداء واجب النفقة عند عدم تسديدها
293	ملخص الفصل الأول
294	الفصل الثاني: المركز القانوني للوالدين بعد انتهاء العلاقة الزوجية
295	المبحث الأول: المركز القانوني للوالدين من خلال الحضانة
295	المطلب الأول: مدعى تساوى مركز الوالدين من خلال الأولوية في الحضانة والالتزامات المادية المترتبة عنها
295	الفرع الأول: مراتب الوالدين في استحقاق الحضانة
296	أولاً: تصدر الوالدة لمراتب الحاضنين ضماناً لتحقيق مصلحة المحضون
300	ثانياً: تقدم رتبة الوالد في الحضانة بعد الوالدة بين الأولوية والمساواة
307	الفرع الثاني: إلزام الوالد وحده بين توفير المسكن لممارسة الحضانة وبدل الإيجار
308	أولاً: إلزام الوالد بتوفير مسكن ممارسة الحضانة
316	ثانياً: إلزام الوالد بدفع بدل الإيجار عند تعذر توفير مسكن ممارسة الحضانة
321	المطلب الثاني: مدعى تساوى مركز الوالدين من خلال الحق في زيارة المحضون
321	الفرع الأول: زيارة المحضون بين التنظيم الاتفاقي والقضائي
321	أولاً: التنظيم الاتفاقي للحق في الزيارة كتكريس لإرادة الوالدين ومدى أخذ المشرع به
321	ثانياً: التنظيم القضائي للحق في الزيارة ومدى كفايته وضمانه لحق الطرف المحكوم له بالزيارة
326	

الفرع الثاني: مدى حرية الحاضن في السفر بالمحضون وأثره على الحق في الزيارة بين الفقه والقانون.....	335
أولاً: تقييد الفقه لسفر الحاضن بالمحضون.....	335
ثانياً: معالجة القانون لسفر الحاضن بالمحضون بين التقييد والإطلاق.....	338
المبحث الثاني: المركز القانوني للوالدين من خلال السلطة الوالدية.....	345
المطلب الأول: مستحقو الولاية على المحضون بين الفقه والقانون.....	345
الفرع الأول: مستحقو الولاية على المحضون فقهاً.....	346
أولاً: الاتجاه الفقهي الذي يسند الولاية إلى العصابة من الذكور فقط.....	346
ثانياً: الاتجاه الفقهي الذي يسند الولاية إلى الإناث عند انعدام العصابة من الذكور.....	350
الفرع الثاني: مستحقو الولاية على المحضون قانوناً.....	354
أولاً: تولي الوالد الولاية على المحضون قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984.....	354
ثانياً: استئثار الوالدة بالولاية على المحضون بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005.....	358
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية على أفعال المحضون الضارة بالغير.....	365
الفرع الأول: النظام القانوني لمسؤولية متولي الرقابة.....	366
أولاً: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة.....	366
ثانياً: أحكام مسؤولية متولي الرقابة.....	369
الفرع الثاني: مركز الوالدين من خلال تولي الرقابة على المحضون في القانونين المدني والأسري.....	373
أولاً: أولوية الوالد في تولي الرقابة على المحضون قبل تعديل القانون المدني لسنة 1975 والأسري لسنة 1984.....	373
ثانياً: توسيع دائرة تولي الوالدة للرقابة على المحضون بعد تعديل القانونين المدني والأسري لسنة 2005.....	377
ملخص الفصل الثاني.....	383
الخاتمة.....	385
قائمة المصادر والمراجع.....	400

454	فهرس المحتويات
	ملخص الدراسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص:

يعتبر الحديث عن المركز القانوني للزوجين في الأسرة، بغية المطالبة بالمساواة بينهما، من أبرز القضايا التي طُرحت وُطرح بشدة وإلحاح، إن على المستوى الخارجي أو الداخلي. ولم يكن قانون الأسرة الجزائري بمنأى عن تلك المطالبة، حيث عرف المركز القانوني لهما تغييراً ملحوظاً بعد تعديله سنة 2005، مَسَّ الأدوار النمطية التي كانا عليها قبله.

وتتناول هاته الدراسة، مدى اعتناق المشرع الجزائري لمبدأ المساواة بين المركز القانوني للزوجين في الأسرة، سواء على مستوى علاقتهما الزوجية أو علاقتهما الوالدية. حيث يتجلى لنا من خلالها بأن المشرع سواء في علاقة الزوجين تجاه بعضهما أو في علاقتهما تجاه أولادهما؛ قد عمل على تكريس المساواة بينهما إلى حد كبير عند قيام العلاقة الزوجية فحسب، دون أن يكون له باع طويل على مواصلة مسيرة المساواة تلك بينهما بعد انفصام تلك العلاقة، رغم محاولته التقريب بين مركزيهما في كذا موطن.

الكلمات المفتاحية: المركز القانوني، العلاقة الزوجية، العلاقة الوالدية، الزوجين، الطليقين، الوالدين، المساواة، العدل، التمييز.

Abstract:

The legal position of spouses within the family for the claim of equality between them is considered to be one of the most important questions which has been raised a lot and still is, whether externally or internally. Algerian family code has not escaped this claim, as their legal status has undergone a significant change after its amendment in 2005 that affected their previous stereotypical roles.

This study describes the extent of the adoption of the Algerian legislator of the principle of equality in the legal position of spouses in the family, both in terms of their conjugal relationship and their parental relationship. Indeed, the legislator, whether in the relationship of the spouses between them or in their relationship with their children, has been very active to achieve equality between them but only when the conjugal relationship is established, without continuing this process of equality between them after the breakdown of this relationship, despite his attempt to reconcile their position in several aspects.

Key words: Legal position, Conjugal relationship, Parental relationship, Spouses, Divorced people, Parents, Equality, Justice, Distinction.

Résumé:

La position juridique des conjoints au sein de la famille pour revendiquer l'égalité entre eux est considérée comme l'une des questions importantes qui ont été et qui sont souvent soulevées, tant au niveau externe ou qu'interne. Le Code algérien de la Famille n'a pas échappé à cette revendication suite à sa modification en 2005 par le changement opéré dans leur statut juridique, qui a touché leurs précédents rôles stéréotypés.

La présente étude traite de l'ampleur de l'adoption du législateur algérien du principe de l'égalité dans la position juridique des époux au sein de la famille, que ce soit au niveau de leur relation conjugale ou de leur relation parentale. En effet, nous trouvons que le législateur, a beaucoup œuvré dans la relation des époux entre eux ou dans leur relation avec leurs enfants, pour concrétiser l'égalité entre eux mais seulement dans le cas de l'existence d'une relation conjugale sans traiter de l'égalité entre eux après la rupture de cette relation, malgré sa tentative de rapprocher leur position dans plusieurs aspects.

Mots clés : Position juridique, Relation conjugale, Relation parentale, Les conjoints, Les divorcés, Les parents, L'égalité, La justice, Distinction.