

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



قسم العلوم الإسلامية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات  
قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية  
تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالب: عبد الباقي معريش

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.د. أولاد سعيد أحمد	جامعة غرداية	رئيسا
أ.د. حاج محمد قاسم	جامعة غرداية	مشرفا مقرا
أ.د. مصيطفى محمد السعيد	جامعة غرداية	مشرفا مساعدا
أ. فخار جابر	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 1444-1445هـ/2023-2024 م



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



قسم العلوم الإسلامية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات  
قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية  
تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ:  
الدكتور حاج محمد قاسم

إعداد الطالب :  
عبد الباقي معريش

الموسم الجامعي: 1444-1445هـ/2023-2024 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية  
قسم العلوم الإسلامية

2024/05/28

## نصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

(1) اسم ولقب الطالب (01): عبد الباقي معربش

رقم التسجيل: 22081087805

التخصص: تشريعية وقانون

(2) اسم ولقب الطالب (02):

رقم التسجيل:

التخصص:

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

مدى الالتزام بالمرجعية التشريعية في تعديلات قانون

الدسة الجزائري

أصرح بشرفي أنني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدى الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها

في البحث العلمي (دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أتحمّل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما

يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: ..... الطالب الثاني: .....



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية  
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 25 أكتوبر 2024

### إذن بالطبع [ مذكرة ماستر ]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): ..... أ. د. .....  
المشرف على المذكرة الموسومة ب: .....  
في .....  
.....

من إعداد الطلبة: 1- .....  
2- .....

تخصص: .....

أقر بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من نصائح وتوجيهات، واتبعوا فيها ضوابط  
ودليل إعداد مذكرة التخرج، وقد أصبحت جاهزة للطبع، وقابلة للمناقشة.

إمضاء المشرف:

.....

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة لأمانة القسم

## الإهداء

إلى أمي الغالية .. التي تعجز الكلمات عن بيان مقامها وشكر عطائها  
إلى أبي الكريم .. رمز البذل والتضحية

إلى جدتي غنيّة

إلى زوجتي التي ساعدتني في تهيئة الظروف لمواصلة التعلم والدراسة  
إلى ولديّ : عبد البارئ و أسامة

## شكر وعرّفان

أشكر ربّي الكريم تبارك وتعالى على ما حباني به

من توفيق وتيسير وعطاء وفير

فله سبحانه الحمد والشكر والثناء الجميل

وأبذل شكري لأستاذي المشرف: أ الدكتور : حاج محمد قاسم

على ما تفضّل به من نصح وتوجيه

فجزاه الله عني خيرا

كما أتوجه بمشاعر التقدير والاحترام

لكل أساتذة وإدارة قسم العلوم الإسلامية في جامعة غرداية



## رموز البحث

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق أ 84-11 : قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984

تعديلات 05-02 : الأمر المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005

ط : طبعة

د ت ط : دون تاريخ الطبعة

د ع ط : دون عدد الطبعة

تح : تحقيق

## مقدمة :

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله خير الخلق أجمعين وعلى آله الأكرمين، وبعد:

فإن فقه الأسرة والأحوال الشخصية يشكل حيزا مهما في حياة المسلم فهو ينظم علاقته بأسرته وما يترتب على هذه العلاقة من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية، ويشغل فقه الأسرة مباحث كثيرة من مباحث الفقه الإسلامي بدءاً بالزواج وانتهاء بتصفية التركات أو الميراث، فنجد في مباحثه أحكام الخطبة والزواج وحقوق الزوجين من مهر ونفقة، وحقوق الأولاد من نسب ورضاع ونفقات، وانحلال الزواج بالطلاق أو الخلع أو التفريق القضائي، وأحكام الأهلية والولاية والوصاية وأحكام أموال الأسرة كالميراث والوصايا.<sup>1</sup>

يقول الإمام العلامة محمد الطاهر بن عاشور : " انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها، فلذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك من أول ما عُني به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنيته بإلهام إلهي روعي فيه حفظ الأنساب من الشك في انتسابها... وجاءت شريعة الإسلام مهيمنة على شرائع الحق، فكانت الأحكام التي شرعتها للعائلة أعدل الأحكام وأوثقها وأجلها، ولا جرم أن الأصل الأصيل في تشريع أمر العائلة هو إحكام آصرة النكاح، ثم إحكام آصرة القرابة، ثم إحكام آصرة الصهر، ثم إحكام كيفية انحلال ما يقبل الانحلال من هذه الأواصر الثلاث." <sup>2</sup>

ولقد اتجهت الدول الإسلامية والعربية بعد استرجاع استقلالها إلى تقنين أحكام الأحوال الشخصية لإيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية في سياق بناء منظوماتها التشريعية بعد الاستقلال، حيث يعد ذلك مظهرا من مظاهر ممارسة السيادة الوطنية وتعبيرا عن هوية البلد والأمة، ولا تستكمل مقومات الشخصية الوطنية إلا بإصدار القوانين الوطنية الأصيلة، لتكون محل القوانين الأجنبية والاستعمارية.

وعرفت بلادنا الجزائر أول قانون للأسرة سنة 1984 وهو القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984.

1 - انظر، الرَّحِيلِيَّ وَهَبَةَ: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، د ت ط، ط4، 6487/9

2 - ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري و اللبناني، 2011، د ع ط، 271-272

وإن المقنن الجزائري في هذا القانون قد حسم موضوع مرجعية قانون الأسرة الجزائري بكل وضوح فهو مستمد من الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة، فنجد في مشروع القانون: " واستنادا إلى الميثاق الوطني و الدستور فإن اللجنة وضعت هذا النص القانوني و مستندة في ذلك إلى المصادر الأساسية و هي القرآن و السنة والإجماع و القياس و الاجتهاد " <sup>1</sup> ، وهذا ما أكدته المادة 222 منه والتي نصها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

وهو ما يتناسب مع المادة 2 من الدستور الجزائري "الإسلام دين الدولة"، ومع طبيعة الشعب الجزائري المسلم وتاريخه في الاستمساك بثوابته ومرجعياته الأصيلة.

"وإن نظام الأسرة في كل أمة من الأمم يجب أن ينبع من عقائدها وتقاليدها وعاداتها لأنه مرتبط ارتباطا وثيقا بالدين والحضارة والتاريخ ، فلا يجوز أن تستورد أمة نظام الأسرة من أمة أخرى تختلف عنها في العقيدة والأمال والأهداف ويجب أن تكون جميع قوانين الدولة وتشريعاتها ونظمها متناسقة مع أحكام الأسرة لأنها المنطلق الأول للفرد والجماعة " <sup>2</sup>

وقد جاء أول تعديل لقانون الأسرة الجزائري سنة 2005 بموجب الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ، وتضمن هذا التعديل إلغاء بعض المواد و إضافة لمواد جديدة وتعديلا لعدد من المواد الأخرى .

وقد شهدت الجزائر قبل هذا التعديل جدلا واسعا في الأوساط الاجتماعية والسياسية والعلمية، وكذلك تباينت المواقف بعد صدور هذا التعديل في الجريدة الرسمية بين معترض ومتحفظ وموافق.

ولقد جاء هذا البحث ليركز دراسته على هذه التعديلات، ويتوجه بالنظر والتحليل صوب ماجاءت به قصد استكشاف ما انطوت عليه من آراء ومستجدات، وسبر أغوارها ومعرفة مستنداتها وخلفياتها وبيان مدى موافقتها أو مخالفتها للمرجعية الشرعية وبذلك وقع الخيار على الموضوع التالي: " مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري "

<sup>1</sup> - انظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص 18

<sup>2</sup> - الصابوني عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، دار القلم، الإمارات، 2000، ط2، ص 27

## أهمية الدراسة :

إن قضايا الأسرة تعنى باهتمام واسع في واقع اليوم نظرا لتنامي الوعي بمركزيتها في الإصلاح والنهضة ودورها في مواجهة الانحراف الاجتماعي الذي نعاني منه، فكل تدهور لحال الأسرة سيعود على المجتمع والأمة بتقهقر أكثر وانتكاس أوسع.

و تبرز أهمية البحث من خلال التذكير بأن الحفاظ على النظام الأسري و ترقيته - باعتبار خصوصية مرجعيتنا وثقافتنا - لا يكون إلا في إطار أحكام الشريعة واستنادا لمحكّمات التشريع الإسلامي، فمن هنا وجب أن لا تخرج قوانيننا وتشريعاتنا الأسرية وغيرها عن هذا النطاق والمرجع المحدد، وألا نخضع للضغوط الحداثية التغريبية التي تتقوى بالمعاهدات الدولية كاتفاقية سيداو وغيرها.

وكذلك تعد مسائل فقه الأسرة والأحوال الشخصية من المواضيع المتجددة في بعض جوانبها مما يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة لحماية أصالتها ومواكبة التطورات المجتمعية، وسد الثغرات التي قد تظهر مع تعقد الحياة وظهور تحديات جديدة للأسرة وبالأخص مع التأثير الكبير لوسائل التواصل الاجتماعي اليوم.

كما أنه من المحتمل أن نشهد طرحا واقتراحا لتعديلات أخرى في المستقبل القريب كما هو واقع في بعض البلدان المجاورة، خاصة وأن التعديلات الأخيرة - أي تعديلات سنة 2005 والتي ستناولها بالدراسة - قد مر عليها قرابة العقدين من الزمن، فالوقوف على حقيقة التعديلات السابقة وإدراك مافيه من الإيجابيات أو السلبيات والنقائص يمثل مرتكزا يفيدنا في تحديد النقاط التي ينبغي أن تعالجها أي تعديلات أخرى محتملة.

## أسباب اختيار الموضوع

والذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أسباب أجملها فيما يأتي :

1- قلة البحوث التي اتجهت لدراسة تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 وإفرادها بالدراسة باستيعاب وشمولية، فرغبت في تقديم إضافة بحثية في هذا الموضوع.

2- رغبة الباحث في معرفة خلفيات هذه التعديلات ومستنداتها ومدى موافقتها للمرجعية الشرعية، والخروج برأي علمي موضوعي حول الجدل والنقاش الواقع حولها خاصة مع التباين الكبير في الموقف من هذه التعديلات بين رأيين متقابلين:

أ- الرأي الأول يرى ضرورة تدارك مجموعة من الاختلالات في تعديلات قانون الأسرة 05-02 ويعتبرها ناتجة عن عدم التقيد التام بالمرجعية الشرعية، وأنها أحد الأسباب الرئيسة في تنامي ظاهرة الطلاق والخلع و تقوية مركزية المرأة على حساب الرجل وتفكك الأسر الجزائرية، وأنها تعديلات تضمنت مخالفات صريحة لأحكام الشريعة واستنسخت مقاربات غريبة حداثة، ويمكن أن نقول أن هذا الرأي يتبناه عامة الباحثين والدارسين والنخب من أصحاب الخلفيات الإسلامية والوطنية المحافظة.

ب- ويرى أصحاب الرأي الثاني أن قانون الأسرة لسنة 1984م صدر عن نظرة متشددة ومنغلقة لمسائل الأحوال الشخصية، وأن تلك التعديلات كانت أمراً ضرورياً لا بد منه استوجبته النقائص التي كانت في قانون الأسرة 84-11 وأملته الظروف المستجدة، ومايقوله المعارضون هي مجرد مزايدات إيديولوجية، وأغلب من يعبر عن هذا الرأي ينطلق من خلفيات وقناعات علمانية حداثة.<sup>1</sup>

3- كون هذا الموضوع متعلقاً بواقع المسلمين، وينظم حياة الأسرة المسلمة التي تمثل الركيزة لنضهة الأمة واستعادة دورها الرسالي الحضاري.

### تحديد الإشكالية:

إن مكن الإشكال الرئيسي الذي نودُّ طرحه ومعالجته هو : ما مدى توافق تعديلات قانون الأسرة 05-02 مع مصدرها الأساسي المقرر لها وهي المرجعية الشرعية، وعدم خروجها عن المذاهب والآراء الفقهية ومقاصد الشريعة الإسلامية وخلوها مما يخالف ثوابت التشريع الإسلامي وخصوصيات المجتمع الجزائري المسلم؟

وتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية محاور وجزئيات، تفصيلها فيما يأتي:

1- ماهو السياق والظروف التي جاءت فيها هذه التعديلات؟

2- وماهو مضمون هذه التعديلات وماجاءت به من إضافة أو إلغاء أو تعديل جزئي؟

<sup>1</sup> - انظر ص 35-36 من المذكرة، حول أهم الآراء من التعديلات ومواقف أهم الأحزاب السياسية والجمعيات والنخب.

- 3- ماهي مستنداتها الفقهية الشرعية، وهل راعت المتفق عليه والمختلف فيه بين فقهاء الملة؟
- 4- ماهي خلفيات هذه التعديلات؟ وهل لها مبررات اجتماعية واقعية أو مجرد خضوع لضغوط داخلية وخارجية واتفاقيات دولية؟
- 5- وماهي الحلول والمقترحات البديلة والتي تنسجم في آن واحد مع المستجدات الواقعية والمرجعية الشرعية؟

### أهداف البحث :

- ولقد تشوفت لدراسة هذا الموضوع بغية الوصول لعدد من الأهداف والمقاصد، ملخصها:
- 1- توضيح الظروف التي جاءت فيها تعديلات قانون الأسرة 05-02 وتحديد مضمونها واستيعاب ما انطوت عليه من مستجدات.
  - 2- دراسة مبررات هذه التعديلات ومستنداتها ومدى موافقتها أو مخالفتها للمرجعية الشرعية.
  - 3- الوقوف على خلفيات المعارضين والمؤيدين للتعديلات .
  - 4- تقديم الاقتراحات المناسبة التي تنسجم مع مستجدات الواقع الأسري والاجتماعي والمستمدة من الاجتهادات الفقهية ومقاصد الشريعة الإسلامية والاجتهادات القانونية في تجارب الدول الإسلامية .
  - 5- محاولة المساهمة في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية الجزائرية في مجال فقه الأسرة وتقنينه.

### المنهج المتبع :

- بغية الإحاطة بموضوع الدراسة وتقديم الإجابة الكافية عن الإشكالية المحددة؛ اعتمدت على جملة من المناهج البحثية، وذلك أن طبيعة الموضوع تستدعي التركيب بين عدة مناهج، وتمثلت في الآتي:
- 1- المنهج التاريخي : في بيان تاريخ التأطير القانوني للأحوال الشخصية في بلدنا الجزائر في فترة الاستعمار الفرنسي إلى حين صدور أول قانون للأسرة سنة 1984م وظروف نشأته.

2- المنهج الاستقرائي : لتتبع مضمون تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 ، وتحديد ما انطوت عليه من مستجدات بدقة واستيعاب، وتتبع أقوال الفقهاء والمذاهب في مسائل الأحوال الشخصية وفقه الأسرة.

3 - المنهج الوصفي التحليلي : عند بيان معنى المصطلحات الأساسية في البحث " المرجعية الشرعية " و " قانون الأسرة " ووصف مصادر المرجعية وبيان مستندات ومبررات التعديلات وكذلك مآخذ الفقهاء وقواعدهم وأدلتهم ومسالك بنائهم للأحكام.

4 - المنهج المقارن : لمقارنة أقوال الفقهاء والمذاهب حالة اختلاف الآراء الفقهية، وأيضا لدى مقارنة ماجاءت به التعديلات مع تقارير الفقهاء والأئمة وفحص مدى التوافق أو التخالف بينهما، وكذلك لمقارنة ماتضمنه تعديلات قانون الأسرة الجزائري مع غيره من قوانين الأسرة في الدول العربية والإسلامية.

### خطة البحث

جاءت هندسة البحث الأساسية في مقدمة وفصلين وخاتمة، أفصحت مقدمة البحث عن أهميته وأهدافه وأسبابه، وأبانت عن إشكاليته والمنهج المتبع وخطته، وتناولت ما سبقه من دراسات وما اعترضته من صعوبات.

تعقبها الفصل الأول الذي هو عبارة عن إطار مفاهيمي وتاريخي لقانون الأسرة الجزائري والمرجعية الشرعية حيث تُحدد في المبحث الأول منه تعريف "المرجعية الشرعية" ومصادرها والذي خصصت المطلب الأول منه لبيان تعريف " المرجعية الشرعية " فعرفت خلاله كلا من " المرجعية " و " الشرعية " لغة واصطلاحا لأخلص إلى تعريف " المرجعية الشرعية " كمركب وصفي في الاصطلاح والواقع القانوني، بينما أتى المطلب الثاني لإيضاح "مصادر المرجعية الشرعية" ببيان تعريفها وذكر أنواعها، وتكفل المبحث الثاني بموضوع نشأة قانون الأسرة وتطوره وذلك بتوضيح التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر في المطلب الأول خلال فترة الاستعمار وبعد الاستقلال و إلى حين صدور أول قانون للأسرة سنة 1984 ثم اختص المطلب الثاني بتناول مضمون قانون الأسرة الجزائري 84-11 وأهم الملاحظات حوله ثم الانتهاء إلى تعديلات قانون الأسرة بالأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 بشرح الظروف والسياق الذي جاءت به ومضمونها.

وتبعه ثاني الفصول بالغوص في صلب البحث وهو تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وعلاقتها بالمرجعية الشرعية والذي انتظم في مبحثين فجاء المبحث الأول مخصصا للتعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره وجعلته على ثلاثة مطالب فكان الأول منها للمسائل المتعلقة بمقدمات الزواج "4 فروع" والثاني للمسائل المتعلقة بأحكام عقد الزواج "5 فروع" والأخير للمسائل المتعلقة بآثار الزواج "3 فروع"، وأما المبحث الثاني فاختص بالتعديلات المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره وجاء كسابقه على ثلاثة مطالب حيث بحث الأول منه في المسائل المتعلقة بانحلال الزواج "فرعان" و الثاني تناول المسائل المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الزواج "3 فروع" والثالث انفرد بالمسائل المتعلقة بآثار انحلال الزواج "3 فروع".

وبعد ذلك الخاتمة حيث لخصت فيها ماتوصلت إليه بعد البحث والدراسة للموضوع من نتائج وثمرات، ومانتج عنه من توصيات واقتراحات قد تكون مفيدة في آفاق المستقبل.

**الدراسات السابقة**

من خلال ماقت به من جهد متواضع في التتبع والبحث خلصت إلى أن البحوث والدراسات الأكاديمية المخصصة لتعديلات قانون الأسرة 05-02 وتقييمها من الناحية الشرعية مع استيعاب وشمولية لكل التعديلات أو أغلبها قليلة، ومع ذلك لم يخل المجال البحثي من وجود دراسات سابقة، أهمها:

1- " التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري؛ دراسة فقهية ونقدية مقارنة " للباحث: أحمد شامي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية بجمهورية مصر سنة 2009 م، تناول صاحبها أغلب وأهم تعديلات قانون الأسرة بالدراسة والتقييم وبيان الموقف الشرعي منها، وهي الدراسة الوحيدة التي ظفرت بما فيما يخص الدراسات التي خصصت لموضوع تعديلات قانون الأسرة ومحاکمتها إلى المرجعية الشرعية.

2- " الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري "، للدكتور محفوظ بن صغير، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة سنة 2009 م، وهي ليست دراسة مخصصة لموضوع التعديلات ولكنه بحث أهم المسائل الاجتهادية الخاصة بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما من خلال المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02 .



● وماعدا هاذين الباحثين اللذين ذكرتهما في النقطتين الأولى والثاني لم أعثر على دراسات خصصت التعديلات بالبحث باستيعاب لها أو لأكثرها وأغلبها، وإنما توجد الكثير من البحوث التي تناولت جانبا أو نماذج من التعديلات أو بعض المواد المعدلة فهي تفتقر إلى البعد الشمولي، وأغلبها مقالات وبحوث مختصرة منشورة في المجلات وليست دراسات معمقة وقد ذكرتها مفصلة في قائمة المصادر والمراجع، ومن أهم هذه المقالات :

1- " مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة " للدكتور غرابي أحمد، مقال منشور في مجلة دراسات وأبحاث، الجزائر، العدد22، سنة 2016، وهو مقال مختصر تناول فيه صاحبه أمثلة من التعديلات فاقتصر على ثمانية مسائل، ولم يتوسع كثيرا في عرضها ومناقشتها.

2- " قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجا " للدكتورة سطحي سعاد، مجلة المعيار الجزائر ، العدد12، سنة 2006، وهو مقال مختصر أيضا عني بأهم التعديلات المتعلقة بمسائل الخطبة والزواج بمقارنة ماجاء في التعديلات مع تقارير الفقهاء والمذاهب الإسلامية، وافتقر - كغيره من البحوث والمقالات المدونة في الموضوع - إلى سمة الشمولية في تناول تعديلات 05-02.

### صعوبات البحث

لا يخلو عمل وجهد من تعب ومشقة، وقد عرضت لي خلال هذا البحث المتواضع بعض الظروف والأوضاع التي مثلت شيئا من الصعوبات، وقد تمثلت في :

- 1- صعوبة تناول الموضوع باستيعاب لكل التعديلات في إطار الحجم المخصص لدراسات الماستر وعدم تجاوز عدد الصفحات المحددة ، وهو نفس السبب الذي جعلني لا أستطيع التوسع في ذكر أدلة المذاهب والآراء الفقهية وما استندت عليه من الشواهد والحجج الشرعية.
- 2- تشعب الموضوع بين علوم كثيرة أهمها: الفقه المقارن والمقاصد وأصول الفقه والقانون.
- 3- قلة البحوث والدراسات السابقة المخصصة للموضوع.

وختاما أسأل الله تعالى أن ينفع بهذا العمل والجهد المتواضع وأن ييسر لي الاستمرار في البحث والتعلم إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

## الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والتاريخي لقانون الأسرة الجزائري والمرجعية الشرعية

المبحث الأول: تعريف المرجعية الشرعية ومصادرها

المطلب الأول : تعريف المرجعية الشرعية.

المطلب الثاني : مصادر المرجعية الشرعية.

المبحث الثاني : نشأة قانون الأسرة الجزائري وتطوره

المطلب الأول : التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر قبل قانون الأسرة 84-11

المطلب الثاني : قانون الأسرة الجزائري 84-11 مع الأمر المعدل والمتمم 05-02

## الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والتاريخي لقانون الأسرة الجزائري والمرجعية الشرعية

يتعين علينا قبل الانطلاق في تفاصيل البحث والولوج في صلب الموضوع؛ تحديد مصطلحاته وبيان معانيها ولحمة عن تاريخها و نشأتها، وتتلخص مصطلحات بحثنا في " المرجعية الشرعية " و " تعديلات قانون الأسرة"، وفيما يأتي سنحاول توضيح وبيان كل منهما وذلك في مبحثين.

### المبحث الأول: مفهوم المرجعية الشرعية ومصادرها

سننتظر خلال هذا المبحث إلى بيان مفهوم المرجعية الشرعية وتحديد أنواعها وأقسامها وذلك في مطلبين.

#### المطلب الأول: مفهوم المرجعية الشرعية.

يعتبر مصطلح "المرجعية الشرعية" مصطلحا مركبا إذ يتكون من مصطلحي " المرجعية" و " الشرعية " وسنعرض خلال هذا المطلب لبيان تعريف جزأيه، ثم نعرف المركب الوصفي " المرجعية الشرعية " في الاصطلاح والواقع القانوني وذلك من خلال ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول: تعريف المرجعية

#### المسألة الأولى: التعريف اللغوي:

" المرجعية " مصدر صناعي صيغ من المصدر الميمي مرجع للفعل: رَجَعَ قال ابن فارس : " رجع " الرءء والجيم والعين أصل كبير مطرد منقاس، يدل على رد وتكرار، تقول: رجع يرجع رجوعا إذا عاد<sup>1</sup> ، ومنه قوله تعالى : ﴿إِلَىٰ مَرْجِعِكُمْ﴾ [ العنكبوت : 8 ] ، أي: مردُّكم ، يفسره قوله: ﴿ وَأَنَّ مَرَدُّنَا إِلَى اللَّهِ ﴾ [ غافر : 43 ]

#### المسألة الثانية: التعريف الاصطلاحي:

يمكن أن نعرف المرجعية بأنها: مرد الناس ووجهتهم عند طلب الرأي والتوجيه في قضية مبهمة أو مشكلة.

ومصطلح المرجعية عند الإطلاق يحتمل معنيين:

1- ابن فارس أبو الحسين أحمد، مقاييس اللغة، دار الفكر، 1979، تح عبد السلام هارون، د ع ط ، 490/2

- مرجعية الفكرة أي الاختيارات والآراء والمبادئ

- مرجعية الأفراد: أي الذين يُرجع إليهم<sup>1</sup>

ولم يكن هذا المصطلح متداولاً لدى العلماء المتقدمين واشتهر الشيعة الإمامية بكثرة استعماله. والحقيقة أن مفهوم " المرجعية " ليس خاصاً بفرقة أو جماعة أو دين معين، واليوم قد صار هذا المصطلح مستعملاً لدى الباحثين الشرعيين وحتى عند الساسة وغيرهم، وبالأخص مع عودة النقاش في الساحة العلمية حول المرجعية الفقهية الوطنية ومعالمها، ويبقى أن العبرة بالحقائق وتصحيح المفاهيم وتمييز الإطلاقات.

### الفرع الثاني: تعريف " الشرعية "

**المسألة الأولى: التعريف اللغوي :** الشرعية اسم منسوب صفة لما قبله مشتق من شرع

قال ابن فارس: " (شرع) الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يفتح في امتداد يكون فيه. من ذلك الشريعة، وهي مورد الشاربية الماء. واشتق من ذلك الشرعة في الدين والشريعة، قال الله تعالى: ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ [المائدة: 48] وقال سبحانه: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر﴾ [الجاثية: 18]"<sup>2</sup>

وقال الراغب الأصفهاني: "شرع: الشرع: نهج الطريق الواضح، يقال: شرعت له طريقاً، والشرع مصدر، ثم جعل اسماً للطريق النهج، فقيل: شرع وشرع وشرعة، واستعير ذلك للطريقة الإلهية، قال تعالى: ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ [المائدة: 48]."<sup>3</sup>

و الشرع في اللغة: مصدر شرع بالتخفيف، والتشريع، مصدر شرع بالتشديد<sup>4</sup>

### المسألة الثانية: التعريف الاصطلاحي

أما اصطلاحاً فالشريعة هي ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة، في شعبها المختلفة لتنظيم علاقة الناس برهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض، وتحقيق سعادتهم في الدنيا

<sup>1</sup> - ذكر هذا التقسيم الأستاذ العيد بن زطة في مقال له بعنوان ( المرجعية الدينية في الجزائر )، منشور على موقع

<https://laidbenzetta.blogspot.com/>، اطلع عليه بتاريخ 2024/05/07م

<sup>2</sup> - ابن فارس ، مقاييس اللغة، "المصدر السابق" 262/3

<sup>3</sup> - الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسين، المفردات في غريب القرآن، مح صفوان الداودي، دار القلم

بيروت، 1412هـ، ط1، 450/1

<sup>4</sup> - القطان مناع، تاريخ التشريع الإسلامي ، مكتبة وهبة ، ط5 ، 2001 ، 13/1

والآخرة، والشريعة بهذا المعنى خاصة بما جاء عن الله تعالى، وبلغه رسلُهُ لعباده، والله هو الشارع الأول، وأحكامه هي التي تسمى شرعا.<sup>1</sup>

والشريعة قد تكون متعلّقة بكيفية عمل وتسمّى فرعية وعملية، ودوّن لها علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد وتسمّى أصلية واعتقادية، ودوّن لها علم الكلام، ويسمّى الشرع أيضا بالدين والملة، فإنّ تلك الأحكام من حيث إنّها تطاع لها دين، ومن حيث إنّها تملّى وتكتب ملّة، ومن حيث إنّها مشروعة شرع. فالتفاوت بينها بحسب الاعتبار لا بالذات، إلا أنّ الشريعة والملة تضافان إلى النبي عليه السلام وإلى الأمة فقط استعمالا، والدين يضاف إلى الله تعالى أيضا.... وقد يخصّ الشرع بالأحكام العملية الفرعية ...<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: المركب الوصفي " المرجعية الشرعية "

#### المسألة الأولى: التعريف الاصطلاحي

بناء على ما سلف بيانه فإنه يمكننا أن نميز بين معنيين لهذا المركب الوصفي:

1- منهج المرجعية وأصولها: أي المنهج العلمي المتبع في الاجتهاد الشرعي أي مصادر الاستدلال وأصول الاستنباط وقواعده العقلية والعقلية.

2- الجهة الممثلة للمرجعية: والتي قد تكون أفرادا وأشخاصا أو هيئات رسمية وغير رسمية تقوم بالاجتهاد الشرعي.

وفي بحثنا نقصد المعنى الأول أكثر من الثاني وعليه يمكن أن نعرف المرجعية الشرعية بأنها: الأصول والقواعد والأسس في فهم الدين ومعرفة الأحكام الشرعية عموما و العملية منها خصوصا.

وبلدنا الجزائر كغيره من الأقطار الإسلامية؛ له مرجعية شرعية واضحة المعالم فقد اختار علماءها منذ قرون المذهب الأشعري في العقيدة، والمذهب المالكي في الفقه، و طريقة العارف بالله أبي القاسم الجنيد في التصوف والسلوك.

وهو الاختيار الثلاثي الذي عبّر عنه الفقيه الفاسي عبد الواحد بن عاشر في منظومته المسماة بـ"المرشد المعين" فقال رحمه الله:

في عقد الأشعري وفقه مالك \*\*\* وفي طريقة الجنيد السالك

<sup>1</sup> - القطان مناع، تاريخ التشريع الإسلامي ، " المصدر نفسه " 13/1-14

<sup>2</sup> - التهانوي محمد بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان بيروت، ط1 ، 1996 ، 1018/1-1019

هذا عن المرجعية الشرعية عموماً، فالأصل أن المرجعية الشرعية شاملة للعقائد والأخلاق والسلوك وغير ذلك مثلما تتضمن كذلك الفقه والأحكام العملية، وذلك أن الشريعة في أصل استعمالها في النصوص مساوية لمعنى الدين، قال تعالى : ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ ... ﴾ [الشورى 13]

فهذا هو معناها الأصلي المستوعب الجامع لأحكام الدين كله، ثم اشتهر لاحقاً استعمال لفظ الشريعة للدلالة بصفة خاصة على الأحكام العملية في الدين، فأصبح مجال " الشريعة " تقريباً هو نفسه مجال " الفقه " بمعناه الاصطلاحي المعروف - مع الفوراق بينهما - .

وعليه فإن نعت المرجعية بالشرعية في دراستي هذه أقصد به الأحكام الشرعية العملية - وهو الإطلاق الذي أشار إليه صاحب كشاف اصطلاحات الفنون في آخر تعريفه الذي نقلناه -

وهو المعنى الذي يتقارب مع اصطلاح المرجعية الفقهية؛ فأحكام الأسرة والأحوال الشخصية تندرج تحت أقسام الفقه الإسلامي حيث يبحث الفقيه في باب الأحوال الشخصية ما يتعلق بالزواج والطلاق وتوابعهما، والميراث والوصية، والوقف.

وبخصوص المرجعية الشرعية الفقهية والتي هي المقصودة في بحثنا فإن المذهب السائد في بلدنا هو المذهب المالكي وهو ما عليه أهل المغرب عموماً وهذا منذ القديم، قال ابن خلدون: (وأما مالك رحمه الله تعالى فاخصّ بمذهبه أهل المغرب والأندلس وإن كان يوجد في غيرهم إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل )<sup>1</sup>

مع دخول المذهب الحنفي للجزائر نتيجة الوجود العثماني وقد كان مذهب الإدارة في زمنهم، ويضاف لذلك وجود المذهب الإباضي في منطقة غرداية وبعض المدن التي يتواجد فيها أتباعه.

### المسألة الثانية : الواقع القانوني

وأما عن المرجعية الشرعية على مستوى القانون الجزائري، فإن المقنن الجزائري قد حسم موضوع مرجعية قانون الأسرة الجزائري بكل وضوح وذلك منذ أول صدور له ( قانون 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو 1981 ) فهو مستمد من الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة كما جاء في الديباجة.

<sup>1</sup> - ابن خلدون عبد الرحمن بن محمد، تاريخ ابن خلدون، دار الفكر بيروت، د ع ط، 1998 ، 568/1 .

وجاء أيضا في المادة 222 من ق أ 05-02 تقييد للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في القانون.

لكن المقنن الجزائري لم يضع لهذه المرجعية محددات وضوابط ولم يجعل لها مذهباً فقهياً معيناً، "وهذه ميزة تحسب للقانون الجزائري، حيث لم يقيد القاضي بمذهب معين، في حين لو نظرنا لمختلف التشريعات العربية نجد أنها تقيد القاضي بالمذهب الفقهي السائد في تلك البلاد، كالتشريع السوري الذي أخذ بالمذهب الحنفي، والمغربي أخذ بالمذهب المالكي في الأساس، وأضافت مدونة الأسرة الجديدة الصادرة سنة 2004 إلى المذهب المالكي الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" <sup>1</sup>

وبذلك يكون المقنن قد ترك مرونة واسعة للقضاة في المسائل التي لم ينص عليها القانون، فيمكنهم تلمس الحلول والآراء المناسبة لواقع الناس من كل المذاهب والآراء الفقهية، وذلك أن المادة 222 تلزمهم بالرجوع لأحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نص قانوني لكن دون أن تلزمهم بمذهب معين.

يقول الدكتور يوسف نواصة: "إن من له أدنى اطلاع على الفقه واختلاف مذاهبه يعلم علم اليقين أن الحق والصواب لم يجمعاً لمذهب دون غيره، ولم ولن ينفرد بهما مذهب مهما علا قدر إمامه وعلمائه، وأنه لا يمكن لمذهب ما مهما تمتت أصوله وصحت فروعها أن يلبى حاجات الناس الفقهية كلها، ويجب على أسئلتهم وفتاويهم كلها، ويستجيب للنوازل ويجب عن الوقائع ويتخطى العقبات والتحديات كلها، كما أن الله لم يتعبدنا بمذهب دون غيره، هذا أمر بين واضح، وعليه فلا يجوز لنا أن نحجر على أنفسنا وعلى الناس، ولا أن نضيق ما وسعه الله تعالى، بل نستفيد من التراث المذهبي كله، ونتلمس فيه الحلول للمشاكل الطارئة علينا والمستجدة في واقعنا، فقد يكون الحل في المذهب المالكي، وقد يكون في الحنفي أو الشافعي أو الحنبلي، أو حتى خارجاً عن المذاهب الأربعة في أقوال الأئمة أصحاب المذاهب المندثرة أو غيرهم الثابتة عنهم، القوية في أدلتها، المحققة لمقاصد الشرع." <sup>2</sup>

### المطلب الثاني: مصادر المرجعية الشرعية

سنتعرض خلال هذا المطلب لتحديد مصادر المرجعية الشرعية وقبل ذلك يلزمنا بيان مفهوم

مصادر المرجعية الشرعية وعليه سيكون هذا المطلب مشتملاً على فرعين.

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية الجزائرية، ط1، 2008، ص 10

<sup>2</sup> - نواصة يوسف، فوضى الإفتاء في الجزائر، دار البصائر الجزائرية، ط1، 2014، ص 130.131

## الفرع الأول: مفهوم مصادر الجمعية الشرعية

المصدر هو ما يتفرع عنه غيره، وتنبع منه الأشياء، فمصدر التشريع هو ما تؤخذ منه الأحكام الشرعية.

وهي الطرق والوسائل التي نتوصل بها إلى معرفة حكم الله تعالى، وتسمى: الأدلة الشرعية أو أدلة التشريع، وتسمى أيضاً: أصول الشرع، أو أصول التشريع<sup>1</sup> والمصادر التشريعية للأحكام وأدلة الأحكام، وأصول الأحكام ألفاظ مترادفة معناها واحد.<sup>2</sup> وعليه فإنه يمكن أن نعرف مصادر المرجعية الشرعية بأنها: الأدلة الإجمالية التي يستفاد منها الأحكام الشرعية العملية على سبيل القطع أو الظن.

## الفرع الثاني: مصادر المرجعية الشرعية

اتفق جمهور المسلمين على أربعة مصادر للتشريعة الإسلامية هي: القرآن والسنة والإجماع والقياس، وتسمى المصادر الأصلية والمتفق عليها، واختلفوا بعد ذلك في الاستدلال بعدد من الأدلة والمصادر الشرعية ولم تتفق الأمة على اعتبارها والأخذ بها.

قال الدكتور مصطفى ديب البغا: " ... وهذه الأدلة كثيرة ومتنوعة، ومنها ما هو موضع اتفاق لدى من يعتد به ويعتبر من الأئمة، ومنها ما هو موضع اختلاف.

أما ما كان منها موضع اتفاق فهو: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، أما الكتاب والسنة: فهما موضع إجماع المسلمين على اختلاف نحلهم وتعدد مذاهبهم، وأما الإجماع والقياس فهما - أيضاً - موضع اتفاق الأئمة المعترين وأصحاب المذاهب المشهورين، وإن خالف فيهما أو في أحدهما بعض الناس من أهل النحل.

وأما ما كان موضع اختلاف لدى الأئمة المعترين، فهي كثيرة ومتعددة: كإجماع أهل المدينة، وقول الصحابي، والاستصحاب، والاستصلاح، والاستحسان، وشرع من قبلنا، والأخذ بالأقل، والاستقراء، والقول بسد الذرائع، وغير ذلك. " <sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر، الزحيلي محمد، الوجيز في أصول الفقه، دار الخير سوريا، ط2، 2006، 130/1

<sup>2</sup> - خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مطبعة المدني مصر، ط6، د ت ط، 24/1

<sup>3</sup> - البغا مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم سوريا، ط4، 2007، ص 18



وقال الأستاذ الأصولي محمد الحضري بك ( ت 1927م ) : "الأدلة الشرعية ضربان: أحدهما ما يرجع إلى النقل، والثاني: ما يرجع إلى الرأي، وهذه القسمة بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر، لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر كما أن الرأي لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل .

فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة، وأما الثاني فالقياس والاستدلال، ويلحق بكل منهما وجوه إما باتفاق وإما باختلاف فيلحق بالضرب الأول: الإجماع، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا لأن ذلك كله راجع إلى التعبد منقول صرف، ويلحق بالضرب الثاني: الاستحسان والمصالح المرسله إن قلنا إنها راجعة إلى أمر نظري، وقد ترجع إلى الضرب الأول: إن قلنا إنها راجعة إلى العمومات المعنوية.

وعند النظر نقول: إن الأدلة كلها تنحصر في الضرب الأول، لأننا لم نثبت الضرب الثاني بالعقل، وإنما أثبتناه بالأول، إذ منه قامت أدلة صحة الاعتماد عليه، وإذا كان كذلك فالأول هو العمدة، فقد صار الأول مستند الأحكام من جهتين: الأولى: دلالاته على الأحكام الجزئية الفرعية والأخرى: دلالاته على القواعد التي تستند إليها الأحكام الجزئية كدلالاته على إن الإجماع حجة وعلى أن القياس حجة وقول الصحابي، وشرع من قبلنا حجة.

ثم إن الضرب الأول راجع في المعنى إلى الكتاب... فكتاب الله هو أصل الأصول والغاية التي تنتهي إليها أنظار ومدارك أهل الاجتهاد، وليس وراءه مرمى " <sup>1</sup>

### المبحث الثاني: نشأة قانون الأسرة الجزائري وتطوره

إن قانون الأسرة الجزائري قبل أن يستقر على ما هو عليه الآن قد مر بمراحل وأطوار، ولكل مرحلة خصوصيتها وظروفها، وسنحاول خلال هذا المبحث بيان نشأته وأهم المراحل التي مر بها ابتداء من فترة الاستعمار الفرنسي إلى المرحلة الراهنة، وذلك من خلال مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر قبل قانون الأسرة 84-11 وفي الثاني نتطرق لقانون الأسرة الجزائري 84-11 مع الأمر المعدل والمتمم 05-02.

<sup>1</sup> - الحضري محمد، أصول الفقه، دار الحديث مصر، 2003، د ع ط، ص 205-206

## المطلب الأول: التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر قبل قانون الأسرة 84-11

الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني أجنبي يقابل الأحوال المدنية أو المعاملات المدنية، وقسم الجنائيات، وقد اشتهر في الجامعات وأصبح عنوان التأليف في أحكام الأسرة. ويراد به الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته، بدءاً بالزواج وانتهاء بتصفية التركات أو الميراث، وهي تشمل أحكام الأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين وحقوق الأولاد وانحلال الزواج وأحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير وكذلك أحكام أموال الأسرة من ميراث ووصايا وأوقاف ونحوها مما يعد تصرفاً مضافاً لما بعد الموت.<sup>1</sup>

وسنحاول خلال هذا المطلب توضيح الوضع الذي كان عليه التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر زمن الاستعمار الفرنسي وبعد الاستقلال إلى ما قبل صدور أول قانون جزائري للأسرة سنة 1984، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

### الفرع الأول: التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر زمن الاستعمار الفرنسي

كانت الأسرة الجزائرية قبل الاستعمار خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق وكذا الوصية والميراث، وذلك من خلال المحاكم الشرعية التي كانت موجودة آنذاك.

وبعد دخول الاستعمار الفرنسي لم تختلف السياسة الفرنسية في الجزائر فيما يتعلق بجانب الأحوال الشخصية والأسرة عن سياستها في سائر المجالات من محاولة تقويض تمسك الشعب الجزائري بأصالته وإبعاده عن مرجعيته، ولكنها في البداية حاولت توجيه وتنظيم علاقات وأحكام الأسرة الجزائرية تحت عنوان الحفاظ على قواعد الشريعة الإسلامية.

فتدخلت فرنسا في مجال تشريع الأحوال الشخصية بالأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في ميدان الأحوال الشخصية وكذلك مرسوم 31 ديسمبر 1859 و مرسوم 17 أبريل 1889 المتضمن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال بالنسبة للجزائريين المسلمين

وأيضا جاء مرسوم 1890/12/29 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب الجزائر، و مرسوم 1922/12/8 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية، وإنشاء ما يسمى بالنظام

<sup>1</sup> - الرَّحِيلِيَّ وَهَبَةَ: الفِقهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، المصدر السابق، 6487/9 مع اختصار يسير

القضائي في منطقة القبائل .

وقد وضع مارسال موران Marcel Morand سنة 1916 مشروعا لقانون الأحوال الشخصية ولكنه بقي حبرا على ورق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري عن عقيدته وأصالته وحضارته الاسلامية، مما أدى الى بقاء نظام الأسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثم عمد المشرع الفرنسي للتدخل في نظام الأسرة والأحوال الشخصية الجزائرية عن طريق سلسلة من القوانين الأخرى، والتي نذكر منها على سبيل المثال:

قانون 02 ماي 1930 والمتعلق بالخطبة وسن الزواج، وقانون 1931 المتضمن إصلاح وضع المرأة في منطقة القبائل، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 والمتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر بصفة عامة.

وبعد اندلاع الثورة التحريرية صدر قانون 11 جويلية 1957 والمتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية اثبات الزواج و صدر بعده الأمر تحت رقم 274/59 المؤرخ في 04/02/1959، ويتكون هذا الأمر من اثني عشرة مادة، تضمن في المادة الثانية منه أركان عقد الزواج واشتمل في المادة الثالثة على قواعد تسجيل عقد الزواج وحفل الزواج، كما تضمن في المواد 4-5-6-7-8 قواعد وأحكاما تتعلق بالوعد بالزواج وسن أهلية الزواج، وانحلال عقد الزواج، وما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة، ويلي هذا الأمر المرسوم المؤرخ في 17/09/1959 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر، حيث تناول توضيح نصوص الأمر السابق، المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، ثم القرار الصادر بتاريخ 21/11/1959 الذي حدد أنواع الوثائق والمستندات التي يجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية، أو القاضي ( الموثق ) لطالبي الزواج من أجل إمكانية إبرام عقد الزواج وتسجيله.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994، ص 18/1 وأيضا: بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص فقه وأصوله، 2009، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 41 وما بعدها وأيضا : ولد خسال سليمان ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الأصاله الجزائر، ط2، 2012، ص 9 وما بعدها ، وأيضا : لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري " المصدر السابق " ص 13 وما بعدها

## الفرع الثاني: التأطير القانوني للأحوال الشخصية في الجزائر بعد الاستقلال .

بعد استرجاع الجزائر حريتها واستقلالها صار من الضروري واللازم العمل على وضع منظومة تشريعية تتماشى وسيادة الجزائر المستقلة، حيث يعتبر تطبيق القوانين الوطنية في مجال الأحوال الشخصية مظهرا من مظاهر ممارسة السيادة الوطنية وتعبيرا عن هوية البلد والأمة، ولا تستكمل مقومات الشخصية الوطنية إلا بإصدار القوانين الوطنية الأصيلة لتكون محل القوانين الأجنبية والاستعمارية، وقد صدرت عدة قوانين تخص تنظيم شؤون الأسرة في الفترة ما بين 1962 إلى غاية سنة 1984 وهي السنة التي عرفت صدور أول قانون جزائري خاص بتنظيم شؤون الأسرة.

وجدت الجزائر نفسها بعد الاستقلال في فراغ تشريعي، وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع عهد الاستعمار الفرنسي، ومن غير المنطقي أن تبقى خاضعة للنظام القانوني للاحتلال، لذلك عرفت المنظومة التشريعية الجزائرية تدرجا في مراحل تقنينها في الفترة الممتدة ما بين 1962 إلى 1984، حيث استمر في البداية سريان التشريع الفرنسي بعد الاستقلال و صدر قانون رقم 157/62 المؤرخ في ديسمبر 1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية، فيما عدا مواد الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة<sup>1</sup>

ثم بعد ذلك بادر المشرع الجزائري لإصدار القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18/05/1963 والذي يلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية، وينشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى.

ثم صدر قانون 29 جوان 1963 والمتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 و 16 سبتمبر 1969 و 22 سبتمبر 1971 والخاصة بكيفية اثبات الزواج، وجاء الأمر الصادر في 5 جويلية 1973 بإلغاء القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من 1 جويلية 1975 بعد أن قام المقنن الجزائري بحركة تشريعية شاملة بهدف القضاء على التبعية القانونية، وكان صدور أول قانون جزائري للأسرة سنة 1984.<sup>2</sup>

1 - انظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة " المصدر السابق " ص 19/1

2 - انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المصدر السابق " ص 43 وما بعدها، و أيضا : العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة " المصدر السابق " ص 19/1 وما بعدها

## المطلب الثاني: قانون الأسرة الجزائري 84-11 مع الأمر المعدل والمتمم 05-02

صدر أول قانون جزائري للأسرة تحت رقم 84-11 بتاريخ 09 يونيو 1984 ثم تم تعديله بالأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وهي التعديلات الوحيدة التي عرفها قانون الأسرة الجزائري.

وسنعرض خلال هذا المطلب بالتعريف والبيان لقانون الأسرة 84-11، وذلك بتناول مضمونه وذكر أهم الملاحظات حوله، ونردف ذلك بالتطرق لتعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر المعدل والمتمم 05-02 ببيان أهم مضامين هذه التعديلات وشرح الظروف والسياق التي جاءت فيها، وذلك من خلال الفرعين الآتيين.

### الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري 84-11؛ المضمون، وأهم الملاحظات

صدر أول قانون جزائري للأسرة تحت رقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984، ويشتمل هذا القانون على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب كما يلي:

الأحكام العامة ( م 1- م 3 )

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله ( م 4 - م 80 )

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية ( م 81 - م 125 )

الكتاب الثالث: الميراث ( م 126 - م 183 ) .

الكتاب الرابع: التبرعات ( م 184 - م 224 )

ومن أهم الملاحظات المسجلة عليه:

1- اعتماد المرجعية الشرعية: حيث اعتمد قانون الأسرة 84-11 أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا في التشريع، وهو الموافق لما جاء في المادة الثانية من الدستور الجزائري والتي تنص على أن " دين الدولة الرسمي هو الإسلام "، وهذا ما أكدته المادة 222 منه و التي تنص على: " كل ما لم

يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

وبالرجوع إلى مشروع القانون نجد أنه قد جاء فيه: (واستنادا إلى الميثاق الوطني و الدستور فإن اللجنة وضعت هذا النص القانوني، ومستندة في ذلك إلى المصادر الأساسية و هي القرآن و السنة والإجماع و القياس و الاجتهاد )<sup>1</sup>

و يعد قانون الأسرة فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص له ذاتية مستقلة وذو طبيعة خاصة ومتميزة عن باقي القوانين الأخرى، وذلك لأن قوانين الدول غير الإسلامية تُخضع موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني، أما الدول الإسلامية فإنها تُخضعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>

واعتبر هذا القانون مكسبا مهما للشعب الجزائري المسلم وهويته، خاصة مع وجود أصوات علمانية تعريية رفضت هذا التوجه الإسلامي الأصيل قبل صدور القانون، واعتبرته تجرا وظلما للمرأة وتميزا للرجل عليها وضربا للمساواة المطلقة التي ينادون بها، وطالبت بعد صدوره بإلغائه والتراجع عنه.

2- عدم التقيد بمذهب فقهي معين: فلم يلتزم قانون الأسرة الجزائري مذهباً فقهي معيناً وإن اعتمد بصورة أكبر على المذهب المالكي، لكنه أخذ من المذاهب الفقهية الأربعة وحتى من غيرها في بعض المسائل وهذه ميزة تحسب له من جهة أنه استفاد مما عند سائر الفقهاء والمذاهب، وأيضا يتيح ذلك للقاضي مرونة كبيرة في اختيار مايناسب واقع الناس وظروفهم من التراث الفقهي في المواد التي لم يرد فيها نص قانوني.<sup>3</sup>

1 - انظر، لوعيل محمد لمن، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري " المصدر السابق " ص 18

2 - انظر : العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة " المصدر السابق "، 26/1، وأيضا : ولد خسال سليمان ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري " المصدر السابق " ص 12

3 - ونجد خلاف ذلك في بعض القوانين العربية ومن أمثلة ذلك ما ورد في الفصل 82 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية : " كل ما لم يشمل هذا القانون يُرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك " . ونصت المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية السوري على الرجوع للقول الأرجح في المذهب الحنفي فيما لم يرد فيه نص في القانون .

انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المصدر السابق " ص 48

وكذلك المقنن الإماراتي ينص في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر سنة 2005 : " 3- وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب حمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة "

3- مجارته لعرف المجتمع الجزائري: فهو لم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام، فاستعماله مثلا لكلمة " الفاتحة " في المادة السادسة دليل على ذلك، إذا عرفنا أن المراد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي يتم طبقا للشريعة الإسلامية، إذ ألف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي، ثم أصبح يُعبر عنه " بالفاتحة " <sup>1</sup>

4- البعد عن كل تأثير أو تبعية للقانون الفرنسي: قال الدكتور بلحاج العربي: "ونحن نرفض ما يبيده بعض الشراح من أن قانون الأسرة الجزائري جاء متأثرا بالقانون الفرنسي، ذلك أن الحقيقة مختلفة تماما عن هذه الدلالات، وقد استمد المشرع الجزائري أحكام الأسرة الاسلامي من الفقه الإسلامي بكل قوة وأصالة بعيدا عن التقليد والجمود والأنظمة الأجنبية الدخيلة التي لا تساير الواقع الجزائري، وقد جاءت فلسفة القانون الجزائري بعد الاستقلال فلسفة جديدة ملؤها التطور والحركة انطلاقا من المعطيات الوطنية والشخصية الجزائرية العربية الاسلامية " <sup>2</sup>

5- تضمن صياغة قانونية مقبولة وغير معقدة للأحكام الشرعية يسهل تطبيقها من قبل القضاة

والعودة إليها من قبل رجال الشريعة والقانون على السواء. <sup>3</sup>

6 - تأخر صدوره إلى أكثر من عشرين سنة بعد الاستقلال: فقانون الأسرة الجزائري يعد من

القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، وإذا لاحظنا حجم القوانين التي صدرت خلال فترة 1962 - 1984 نجد أن هناك عددا كبيرا من القوانين لا يستهان به، وربما تغطي كل المجالات التشريعية مثل قانون الإجراءات المدنية و قانون الإجراءات الجزائية و غيرها، وقد ذهب بعض الباحثين إلى أن هذا التأخير مرده إلى وجود صراع إيديولوجي وتباين في الطرح حول الخلفية والتوجه الذي ينبغي أن يكون عليه قانون الأسرة. <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المصدر السابق" ص 48

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة " المصدر السابق "، ص 23

<sup>3</sup> - بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المصدر السابق" ص 48

<sup>4</sup> - انظر، لوعيل محمد مين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري " المصدر السابق " ص 14، وأيضا : شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر،

7- أول قانون في الوطن العربي يقنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية: فرغم أن قانون الأسرة الجزائري يعد من القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية كما ذكرنا في النقطة السابقة ومع ذلك فقد جاء مشتملا على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث ووصية وهبة ووقف، مما يجعله مميزا بصفته الشمولية التي كانت تفتقدها بعض القوانين العربية السابقة في مجال الأحوال الشخصية حيث أن سائر التشريعات في قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تتضمن موضوع الهبة والوقف وإنما نظمت الوقف في قوانين مستقلة ونظمت الهبة ضمن القانون المدني.<sup>1</sup>

8- حول التسمية: حيث أن المقتن الجزائري قد فضّل مصطلح قانون الأسرة بدل الأحوال الشخصية بينما الأحكام الواردة في هذا القانون ليست مقصورة على الأسرة، بل شملت حالة الشخص وترشيده وأحكام المفقود والغائب والحجر والوصية والهبة والوقف، وكلها موضوعات خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، بل هي مجرد تصرفات مدنية عادية، مثلها مثل البيع والعارية والإيجار والوديعة. فمن هنا عاب بعض الباحثين هذه التسمية على المشرع الجزائري، كما أن هذه التسمية إلى جانب كونها غير واقعية ولا حقيقية؛ فإنها مخالفة لقانون الإجراءات المدنية ولقانون التنظيم القضائي الذي جعل في المحكمة قسما للأحوال الشخصية وفي المجالس غرفة للأحوال الشخصية وفي المحكمة العليا غرفة للأحوال الشخصية، مما يجعل تسميته بقانون الأحوال الشخصية أكثر انطباقا مع باقي القوانين<sup>2 3</sup>

---

1 - انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، "المصدر السابق" ص 48، وأيضا: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة "المصدر السابق"، 22/1، وأيضا: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، "المصدر السابق" ص 8 و9.

2 - انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، "المصدر السابق" ص 50 و51.

3 - ويرى الدكتور سليمان ولد خصال أن المشرع الجزائري حاول أن يجمع بين علاقات الفرد الأسرية والاجتماعية فاختار هذا المصطلح "قانون الأسرة" الذي عرفه البعض بأنه «مجموعة القواعد التي تنظم حال الشخص وعلاقاته المالية وغير المالية مع أسرته ومجتمعه» فضلا على أن هذا المصطلح ينسجم أكثر مع الموروث الثقافي الإسلامي.

انظر، ولد خصال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري "المصدر السابق" ص 6



الفرع الثاني: تعديلات قانون الأسرة بالأمر المعدل والمتمم رقم 05-02؛ الظروف والسياسات، والمضمون .

### المسألة الأولى: ظروف وسياسات تعديلات قانون الأسرة 05-02

إن معرفة الظروف والسياسات الذي جاء خلالها الأمر المعدل والمتمم 05-02؛ هو مما يساعد على فهم خلفيات هذه التعديلات وبواعثها الحقيقية والغايات التي أرادت الوصول إليها.

لقد ظهرت في العالم الإسلامي ما يسمى بحركات تحرير المرأة مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، حيث يرفع هؤلاء شعارات الدفاع عن المرأة وتحسين وضعها والمطالبة بحقوقها ورفع الظلم عنها ، تحت دعوى المساواة وتحرير المرأة و رفع هيمنة الرجل على المرأة والتطوير باسم إصلاح الأسرة.

والجزائر كغيرها من الدول الإسلامية والعربية ظهرت فيها هذه الأصوات و ارتفعت هذه الدعوات التغريبية أكثر بعد صدور قانون الأسرة 84-11 ونادت بضرورة التراجع عنه واعتبرته يكرس هيمنة الرجل على المرأة ولا يعترف بالأهلية الكاملة للمرأة.

وكانت أهم اعتراضاتها على مضمون قانون الأسرة حول اشتراط الولي في زواج المرأة والسماح بتعدد الزوجات والاعتراف بالزواج العرفي وعدم المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، كما كانت تدعو إلى رفع سن الزواج وإلغاء وجوب طاعة الزوج على الزوجة والسماح بزواج المرأة من غير المسلم والمساواة بين الرجل والمرأة في الحق في الطلاق، والأكثر من هذا أنهم يطالبون صراحة بإلغاء قانون الأسرة ونظام الميراث الإسلامي كلية.

ولكن هذه الدعوات لم تنل غايتها نتيجة إرادة سياسية آنذاك بالتمسك بثوابت الإسلام فيما يتعلق بقانون الأسرة، وأيضا لقوة التيار الوطني الإسلامي شعبيا حينها حيث قام الشارع الجزائري برموزه الدعوية والسياسية آنذاك بردات فعل قوية اتجاه هذه الأصوات الشاذة، واشتهرت المسيرة النسائية المليونية التي نظمتها رابطة الدعوة الإسلامية بقيادة الشيخ أحمد سحنون رحمه الله في 21 ديسمبر 1989م للدفاع عن قانون الأسرة الجزائري.

كما أن بعض المختصين والباحثين - من غير الخلفيات الإيديولوجية المشار إليها سابقا - كانوا ينادون بضرورة تعديل عدد من نصوص قانون الأسرة 84-11 لتكون أكثر انسجاما ويراعى فيه

الجوانب القانونية والشرعية ويؤخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب العلمي والاقتصادي والاجتماعي تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع، وقد ذكر هؤلاء أن الجوانب التطبيقية لقانون الأسرة 84-11 قد أظهرت العديد من النقائص بسبب سوء الصياغة القانونية ويمكن تعديلها بما يحقق التوافق بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية<sup>1</sup>

ومن أوائل الإشارات الرسمية لنية إدخال تعديلات على قانون الأسرة؛ تصريح رئيس الحكومة السابق أحمد أويحيى عند اختتام أشغال الورشات حول ترقية المرأة في مارس 1997 على أن مسألة إعادة النظر في قانون الأسرة ليست ممنوعة والدولة متفتحة للنظر في هذه القضية، على أن يخدم ذلك الأسرة الجزائرية ويحافظ على كيانها ووجودها.

ثم عقد المجلس الإسلامي الأعلى ملتقى حول قضايا المرأة أيام 11-12-13 أكتوبر 1999 تحت عنوان قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، وقد تمخض الملتقى عن ثلاث ورشات، كل منها اختصت بموضوع هام؛ إذ اختصت الأولى بموضوع حقوق المرأة والطفل واختصت الثانية بموضوع تعدد الزوجات وانفردت الثالثة بمشاكل الطلاق والتطليق.

وقد خرجت كل واحدة بتوصيات أهمها أن قانون الأسرة الحالي لا يستجيب لمتطلبات حماية الأسرة والطفل ويجعل الأسرة بعيدة عن المقاصد الحضارية التي تتطلع إليها الأمة الجزائرية! وأن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد!<sup>2</sup>

ثم في 26 أكتوبر 2003 نصب وزير العدل - بناء على تعليمة من رئيس الجمهورية السابق عبد العزيز بوتفليقة - لجنة وطنية مكلفة بمراجعة قانون الأسرة تضم كفاءات من ذوي الاختصاص في شؤون الأسرة وتمثل جميع القطاعات والحساسيات.

وقد شرعت هذه اللجنة أشغالها في 10 ديسمبر 2003 باجتماع عام تم الاتفاق فيه على المحاور الرئيسية محل المراجعة إضافة إلى منهجية العمل، وقد تم تقسيم اللجنة إلى أربع لجان فرعية تقدم نتائج

<sup>1</sup> - انظر ، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، " المصدر السابق " ، ص 10 - 11

<sup>2</sup> - انظر، نهايلي حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية الجزائر، العدد 1، 2010 ، ص 9

عملها تدريجيا خلال جلسات عامة تتخلل عمل اللجان.

ثم ظهر الصراع بين التيار الوطني الإسلامي والتيار العلماني داخل اللجنة نفسها حيث أن اللجنة التي كانت تضم 52 عضو انسحب منها 7 أعضاء قاموا بإعلان تبرئهم بحجة أن المشروع التمهيدي قد تم تزويره وأن التعديلات التي أعدتها اللجنة مخالفة للمشروع .

وتم حينها استنكار المشروع من طرف كثير من الجهات الوطنية والإسلامية، واشتد الجدل خصوصا فيما يتعلق بشرط الولي وتعدد الزوجات والميراث.

وبقيت اللجنة مدة أكثر من تسعة أشهر في مرحلة المشاورة ولم تقدم أي مقترحات إلى غاية شهر جويلية أين قدمت اللجنة التقرير الأولي الذي اعتبره رئيسها محمد زغلول بوتارن نهاية المرحلة الأولى وقد تضمن عدة تعديلات.<sup>1</sup>

ومما لا يجب إغفاله أن الجزائر تعرضت لضغط من لجنة سيداو في هذه المرحلة التي سبقت صدور

التعديلات في موضوع المساواة بين الجنسين من خلال ردها على التقرير الذي قدمته الجزائر إلى اللجنة، سواء منه الرد الأول في دورتها العشرين المنعقدة بنيويورك في 1999/1/21 أو في جلستي 667-668 المنعقدتين في 2005/01/11 ... حيث كانت اللجنة تصر على إلغاء كافة التمييز قانونا وممارسة، وخاصة ما يتعلق بقانون الأسرة<sup>2</sup>، وهذا الأمر سيكون له أثره في التعديلات كما سنتعرف على ذلك خلال هذه الدراسة.

ورغم الاعتراضات القوية على المشروع إلا أن رئيس الجمهورية حينها عبد العزيز بوتفليقة قام بتمرير تعديلات قانون الأسرة بمرسوم رئاسي بعد مصادقة مجلس الوزراء، ودون أن يمر على البرلمان ويأخذ حقه من النقاش والتعقيب.

وعن أبرز المواقف بعد صدور قانون الأسرة بتعديلاته الجديدة؛ فقد عارضته أصوات كثيرة من أحزاب وجمعيات وهيئات وناشطين وعلماء ودعاة وأئمة، ومن أبرز المعارضين له جمعية العلماء المسلمين

<sup>1</sup> - انظر، نهايلي حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، " المصدر السابق " ص 10-11

<sup>2</sup> - انظر، خليفى أسماء، الأمر 02-05 ومدى استجابته للواقع الاجتماعي والحلول البديلة، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد 12

جوان 2023، جامعة سكيكدة، ص 7

الجزائريين حيث صرح رئيسها الشيخ عبد الرحمن شيبان بأن ماجاء في هذا التعديل ضلال مبين وسجل اعتراضات على عدد من النقاط فيه، وكذلك حركة مجتمع السلم وحركة الإصلاح الوطني وغيرهما رفضوا التعديلات الجديدة رفضاً قاطعاً واعتبروها علمنة للمجتمع، وهو الموقف نفسه الذي عبر عنه الكثير من العلماء والدعاة والأئمة.<sup>1</sup>

واكتفت جبهة التحرير الوطني بتقديم بعض المآخذ والاعتراضات التي اعتبرتها غير دستورية باعتبار أن الدستور أقر أن دين الدولة الإسلام، وأما عن المجلس الإسلامي الأعلى فقد صرح رئيسه السيد أبو عمران الشيخ أنه ليس لديه رفض تام اتجاه التعديلات وإنما تحفظ على بعض القضايا التي وردت صريحة في أحكام الشريعة منها مسألة الولي أو تعدد الزوجات وباستثناء هذين النقطتين فالمجلس مع كل التعديلات.<sup>2</sup>

وقد ذكرت مجلة البرلمان جملة من الأسباب التي دفعت بالمشروع الجزائري لتعديل قانون الأسرة السابق على النحو التالي :

1- اختلال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة على حساب المرأة ودورها في المجتمع إذ تزايدت ظاهرة خضوع المرأة للعبودية الاجتماعية وهضم حقوقها المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية بصورة ملفتة للنظر

---

<sup>1</sup> - وهذا الموقف الرفض للتعديلات تبناه عدد من أعضاء لجنة ل52 لمراجعة قانون الأسرة حيث نذكر على سبيل المثال أن النائبة بالمجلس الشعبي الوطني وعضو اللجنة المذكورة السيدة عائشة مسلم صرحت للصحافة أنها تنبراً مما جاء في مشروع قانون الأسرة الذي صادق عليه مجلس الوزراء وذكرت أن اللجنة التي كانت تعمل تحت إشراف رئيس المحكمة العليا قد قسمت منه إلى أربعة أفواج لتسهيل سير الأشغال وبجدول أعمال موحد على أن تجتمع اللجنة مكتملة بين الحين والآخر لتتدارس عمل الأفواج والتنسيق بينها وهو ما لم يتم أصلاً. مضيئة بأنهم لم يسمح لها ولبقية الأعضاء بالاطلاع عليه قبل صدوره وأنه جاء بتغييرات مخالفة لما تم تناوله في الفوج الأول للجنة الذي تنتمي إليه

مقال بعنوان : مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري يثير جدلاً واسعاً لدى الأحزاب السياسية منشور على موقع الراية <https://www.raya.com> ، اطلع عليه بتاريخ 2024/05/07

<sup>2</sup> - انظر، نهابلي حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، " المصدر السابق " ص 11-12 . وأيضا : مقال بعنوان : " مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري يثير جدلاً واسعاً لدى الأحزاب السياسية " ، المرجع نفسه "

2- استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكك الأسرة والعنوسة وتشرد الطفولة والتسرب المدرسي وانتشار مظاهر البؤس والفقر ... وتفشي الآفات الاجتماعية والمخدرات ... بصورة أصبحت تهدد المجتمع الجزائري في الصميم بالوهن وعدم الاستقرار الاجتماعي

3- تعطيل دور المرأة الحيوي في بناء مجتمع سليم ومزدهر في حركية التنمية الوطنية الشاملة اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا بصورة مؤثرة سلبيا على مسيرة البناء والتشييد الوطني في كافة المجالات

4- انفتاح أبواب المبالغات والمهاترات السياسية وأسباب التطرف الإيديولوجي وسيادة فوضى الفتاوى الدينية الجاهلة في التعامل مع نظام الأسرة في الجزائر

5-ظاهرة تزايد الضغوط والمساومات والابتزازات الخارجية في نطاق نظام العولمة والنظام الدولي الجديد على الدولة الجزائرية من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة والطفل خاصة

6- اتساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام قانون الأسرة السابق الذكر وتعطل فاعلية دور قضاء

الأحوال الشخصية - نتيجة لذلك - في حماية الحقوق الزوجية والطفولة ومصالح المجتمع عامة، في سد الثغرات وتكملة النقائص الطارئة في مجال منازعات قانون الأسرة والأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

وعند فحص هذه الأسباب المذكورة والتأمل في المصطلحات المستعملة ( اختلال المساواة على حساب المرأة، خضوع المرأة للعبودية وهضم حقوقها، تعطيل دور المرأة، الفتاوى الدينية الجاهلة في نظام الأسرة ... ) يتبين لنا شيء من الخلفية الإيديولوجية التي يراد لهذه التعديلات أن تكون عليها.

## المسألة الثانية: مضمون تعديلات قانون الأسرة 05-02

أما عن مضمون تعديلات قانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فكان كالتالي:

---

<sup>1</sup> - بولخراس كريمة، تعديلات قانون الأسرة الجزائري بين مقاصد المشرع ومقاصد الشارع ، مجلة الحضارة الإسلامية الجزائر ، العدد 16 ، 2012 ، ص 2 - 3 ،

1- إضافة 8 مواد وهي: المادة 3 مكرر و 7 مكرر و 8 مكرر و 8 مكرر و 1 و 9 مكرر و 45 مكرر و 53 مكرر و 57 مكرر

2- إلغاء 5 مواد وهي: المواد -12-20-38-39-63

3 - تعديل 29 مادة وهي : المواد -4-5-6-7-8-9-11-13-15-18-19-22-30-31-32-33-36-37-40-48-49-52-53-54-57-64-67-72-87

بمعنى أن التعديلات قد مست 42 مادة بين الإلغاء والتعديل والإضافة، وبقي قانون الأسرة مشتملا على أربعة كتب كما يلي:

الأحكام العامة ( م1- م3 مكرر ) .

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله ( م4 - م 80 )

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية ( م 81 - م 125 )

الكتاب الثالث: الميراث ( م 126 - م 183 ) .

الكتاب الرابع: التبرعات ( م 184- م 224 )

وبخصوص مواضع هذه التعديلات في قانون الأسرة الجزائري نجد أن التعديلات كلها كانت في الكتاب الأول ( الزواج وانحلاله ) إلا تعديلا واحدا كان في الكتاب الثاني ( النيابة الشرعية ) وبالضبط في المادة 87 تحت فصل ( الولاية )، بمعنى أن الكتاب الثالث ( الميراث ) والكتاب الرابع ( التبرعات ) لم تمسهما التعديلات، والكتاب الثاني ( النيابة الشرعية ) مسه تعديل واحد بينما كل التعديلات كانت في الكتاب الأول ( الزواج وانحلاله ) و أكثرها في الباب الأول منه ( الزواج ).

فالمواد المعدلة والملغاة والمضافة كانت من المادة 3 إلى المادة 87، بينما مواد قانون الأسرة من المادة 88 إلى المادة 224 لم تعرف أي تعديلات.

وبعد استقراء ودراسة للتعديلات يمكن أن نلخص أهم ماجاءت به تعديلات قانون الأسرة 05-02 في النقاط التالية - مع الإشارة إلى موادها - :

1- اعتبارالنيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون ( المادة 3 مكرر )

- 2- النص على أن الخاطب يرد للمخطوبة ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها في حالة كون العدول منه ( المادة 5 )
- 3- توضيح حالة عد اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا ومتى لا يعد زواجا ( المادة 6 )
- 4- تعديل سن اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج و اشتراط قدرة الطرفية على الزواج لترخيص القاضي بالزواج قبل سن الأهلية لمصلحة أو ضرورة واكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ( المادة 07 )
- 5- إلزامية الفحص الطبي ( المادة 07 مكرر )
- 6- اشتراط ترخيص رئيس المحكمة بالزواج الجديد في حالة التعدد بعد تأكده من موافقتهم وإثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ( المادة 8 مكرر )
- 7- يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوصة عليها في المادة 8 أعلاه ( المادة 8 مكرر 1 )
- 8- حصر أركان الزواج في تبادل رضا الزوجين وإلغاء ركنية كل من ولي الزوجية والشاهدين والصداق ( المادة 9 )
- 9- النص على شروط الزواج ( المادة 09 مكرر )
- 10- جعل الولاية أمرا شكليا بالنسبة للمرأة الراشدة ( المادة 11 )
- 11- النص على حالة عدم تسمية الصداق وتحديدده في العقد ( المادة 15 )
- 12- النص على إمكانية شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ( المادة 19 )
- 13- إلغاء الوكالة في الزواج ( المادة 20 الملغاة )
- 14- إلغاء النص على حالة الفسخ عند ثبوت ردة الزوج ( المادة 32 )
- 15- إلغاء وجوب طاعة الزوج ووجوب إرضاع الأولاد (المادة 39 الملغاة )

- 16- عدم إعادة النص على سقوط واجب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في حالة نشوزها تبعا لعدم إعادة نصه على وجوب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في ( المادة 37 )
- 17- جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. ( المادة 40 )
- 18- جواز لجوء الزوجين للتلقيح الاصطناعي والنص على شروطه (المادة 45 مكرر )
- 19- إضافة أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين و تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. ( المادة 49 )
- 20- إلغاء بعض شروط استحقاق الحاضنة للسكن (المادة 52 )
- 21- حول حالات جواز طلب التطليق من الزوجة : تم اضافة الحالتين 8 و 9 ، و الحالة 6 كانت مذكورة سابقا مع الحالة 10 وفصلنا ( المادة 53 )
- 22- يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . المادة 53 مكرر ( جديدة )
- 23- النص على عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع ( المادة 54 )
- 24- إضافة أحكام التطليق والخلع إلى الأحكام غير القابلة للاستئناف ( فيما عدا جوانبها المادية ) و النص على أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف (المادة 57)
- 25- تعديل ترتيب الأولوية في الحضانة بعد الأم وتقديم الأب على الجدة للأم والحالة ( المادة 64 )
- 26- النص على أن عمل المرأة لا يمكن أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ( المادة 67)
- 27-إلغاء ماكان سابقا من أن نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال قبل أن تكون على الوالد والتعبير بالسكن للحاضنة بدل السكن للمحضون وإضافة أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. ( المادة 72 )
- 28- إضافة انه في حالة غياب الاب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد. ( المادة 87 )



## الفصل الثاني: تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وعلاقتها بالمرجعية الشرعية

### المبحث الأول: التعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بمقدمات الزواج (4 فروع)

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بأحكام عقد الزواج (5 فروع)

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار الزواج (3 فروع)

### المبحث الثاني: التعديلات المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج (2 فروع)

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الزواج (3 فروع)

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار انحلال الزواج (3 فروع)

## الفصل الثاني: تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وعلاقتها بالمرجعية الشرعية

يتكون قانون الأسرة الجزائري من أحكام عامة وأربعة كتب، وإن تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 كانت كلها في المواد التي تندرج تحت الكتاب الأول ( الزواج وانحلاله ) إلا تعديلا واحدا عرفته مواد الكتاب الثاني ( النيابة الشرعية ) وبالضبط في الفصل الثاني منه ( الولاية )، بينما لم تتناول هذه التعديلات المواد التي تندرج تحت الكتاب الثالث ( الميراث ) والكتاب الرابع ( التبرعات ) .

والكتاب الأول من قانون الأسرة و الذي كانت كل التعديلات متعلقة بالمواد المدرجة تحته - باستثناء تعديل واحد فقط - ينقسم إلى باين: ( باب الزواج ) و ( باب انحلال الزواج ) .

وعليه فإننا سنتناول تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وعلاقتها بالمرجعية الشرعية

من خلال تقسيم هذه التعديلات على مبحثين:

الأول للتعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره و الثاني يكون للتعديلات المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره

### المبحث الأول : التعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره

لقد جاءت تعديلات قانون الأسرة الجزائري بالأمر المعدل والمتمم 05-02 بأحكام جديدة فيما يتعلق بباب الزواج، ويعد باب الزواج أكثر أبواب قانون الأسرة الجزائري التي مستها التعديلات، والتي سنوضحها و نبين مدى موافقتها للمرجعية الشرعية وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بمقدمات الزواج

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بأحكام الزواج

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار الزواج

### المطلب الأول: المسائل المتعلقة بمقدمات الزواج

وستناول تحت هذا المطلب تفصيل التعديلات المتعلقة بمقدمات الزواج وبيان الموقف الشرعي منها،

حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة الهدايا في حالة العدول عن الخطبة ومسألة اقتران الخطبة بالفاحة ومسألة سن الزواج ومسألة وجوب إجراء الفحص الطبي.

## الفرع الأول: مسألة الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

الجديد الذي جاءت به تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 في المادة 05 هو النص على حالة لم تكن متناولة في قانون الأسرة 84-11 فيما يتعلق بالهدايا بين الخاطبين عند العدول عن الخطبة، وهي حول الهدايا التي أهدتها الخاطبة للخاطب إذا كان العدول منه، هل الخاطب ملزم بردها لها إذا كان العدول منه أو لا ؟

وقد نصت المادة 05 المعدلة على أنه في هذه الحالة يتعين عليه أن يرد لها ما لم يستهلك من الهدايا التي أهدتها له أو قيمتها، وبهذا يكون المقنن الجزائري قد تدارك فراغا قانونيا في قانون الأسرة 84-11 .  
بينما الخاطب لا حق له في طلب إرجاع ما أهداه لمخطوبته من الهدايا مادام العدول منه كما نُص عليه في قانون الأسرة 84-11 وبقيت كذلك في التعديل .

وفي الحالة الثانية وهي كون العدول عن الخطبة من جهة المخطوبة فهي في التعديل كما كانت في قانون الأسرة 84-11 أي عليها أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما قد أهداها، وتضمن التعديل زيادة ( أو قيمته ) ليكون متوافقا مع ما قرره في الحالة الأولى .

و تمام نص المادة 05 بعد التعديل في فقرتيها الثالثة والرابعة المتعلقتين بمسألتنا هذه كالتالي : ( لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.)

إن الإضافة التي تضمنتها هذه المادة في التعديلات بالأمر 05-02 من أنه على الخاطب أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها جاءت تماشيا مع التطور الذي حصل في المجتمع الجزائري حيث أصبحت المخطوبة كذلك تهدي للخاطب كما يهدي لها هو مع العلم بأن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا لهذه المسألة لأنها لم تكن موجودة وشائعة عندهم<sup>1</sup>

وفيما يخص حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة فالمقنن الجزائري قد أخذ في العموم - مع بعض

<sup>1</sup> - سطحي سعاد، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجا، مجلة المعيار الجزائر ، العدد12، 2006 ، ص 6

التعديل - بالقول الأوجه عند المالكية والذي عليه الفتوى عندهم، إذ أن فقهاء المالكية يفرقون بين أمرين وهما :

- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان ألم الإعراض و ألم الاسترداد

- وأما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات

لكن المقنن الجزائري خالف رأي المالكية حينما قرر أنه لا يقع الرد في حالة الاستهلاك وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة، ومن المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة، وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وإن استهلك<sup>1</sup>

قال الشيخ أحمد الدردير المالكي: ( وقيل إن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها لأنه في نظير شيء لم يتم واستظهر )<sup>2</sup> ، وهو قريب من رأي الإباضية فملخص قولهم في المسألة أن من خطب امرأة ، فأهدى إليها ثم تركها فليس له عليها رد، و إن أهدت إليه على أن يتزوجها ثم تركت فلا رد عليه، وكذا إن تركا جميعًا فليرد كل للآخر.<sup>3</sup>

ولم يتحدث النص عن الهدايا التي قدمتها المخطوبة عندما يكون العدول منها إذ من المفروض أن لا تسترد الهدايا التي قدمتها له لأن العدول منها وبذلك نسوي بين الطرفين في الحكم، وهناك أمر آخر لم يتحدث عنه النص وهو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة فهل تسترد الهدايا أو لا ؟

وأیضا لم يتعرض النص لحالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، " المصدر السابق " ص 42

<sup>2</sup> - الدردير أحمد ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، دار المعارف ، د ت ط ، د ع ط ، 348/2

<sup>3</sup> - انظر، مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، وزارة الأوقاف سلطنة عمان، 2017،

ط1، 111/7

ويلاحظ أن المقنن الجزائري لم يفرق بين ما إذا كان العدول عن الخطبة عدولا اضطراريا كأن يكتشف أحدهما عيبا أو نقصا أو مرضا في الجانب الآخر<sup>2</sup> ، وكذلك يلاحظ أن المقنن الجزائري لم ينص صراحة على ما هو أهم من مسألة الهدايا وهي ما يتعلق بالمهر المقدم خلال فترة الخطبة وقبل انعقاد العقد<sup>3</sup> وعليه فإنه يمكننا القول أن المادة 05 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 لم تستوعب كل الحالات وتحتاج إلى إضافات وضبط أوسع .

### الفرع الثاني: اقتراح الخطبة بالفاتحة

وضع تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05 02 في المادة 06 المعدلة حدا للإبهام والغموض الذي كان سائدا في مسألة اقتراح الخطبة بالفاتحة ، حيث تم التصريح بأن مجرد اقتراح الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا إلا إذا توفر ركن وشروط الزواج

ونص المادة 06 من تعديلات قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 05 - 02 : (إن اقتراح الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا).

غير أن اقتراح الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (9 مكرر) من هذا القانون)

بينما المادة 06 في صيغتها السابقة في قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 لم تصرح فيما يخص الفاتحة هل هي عبارة عن عقد زواج أو لا؟<sup>4</sup>

فقد جاء هذا التعديل موضحا لما يعد زواجا وما لا يعد كذلك، والأساس في ذلك كله توفر أركان

1 - انظر ، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، " المصدر السابق " ، ص 45

2 - شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة - " المصدر السابق " ، ص 16

3 - شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة - " المصدر السابق " ص 12

4 - و نص المادة 06 من قانون الأسرة 84-11 : ( يمكن أن تقتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة (5) أعلاه)

وشروط عقد الزواج فمتى توفرت عد ذلك زواجا ومتى تخلفت لم يعد ذلك زواجا، وهذا هو الموافق لما يقرره الفقهاء فقراءة الفاتحة أمر اعتاده الناس وهو من باب التبرك والتيمن رجاء التوفيق والنجاح وليست من شروط عقد الزواج، وتخلفها لا يترتب عليه شيء كما أن قراءتها بعد مجلس الخطبة لا يجعل الخطبة زواجا.

والملاحظ أن المادة تضمنت ذكر مجلس العقد وربط العقد به، ولقد وضحت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 مكان إجراء العقد حيث جاء فيها: ( يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (9 و9 مكرر) من هذا القانون .)

فقد يوهم هذا أن العقد إذا تم في غير ذلك المكان لم يكن شرعيا بينما فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الفاتحة عقد زواج إذا اقترنت بأركان وشروط عقد الزواج ، بغض النظر عن المكان الذي يتم فيه هذا العقد ، ولكن يلجأ إلى الموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتوثيق هذا العقد فقط، ولإزالة الضرر الذي ثد يلحق المرأة التي في بعض الأحيان وذلك إذا تم عقد قرانها الشرعي مع استكمال جميع أركان وشروط الزواج وقبل توثيقه حصل خلاف بين الزوجين أو بين عائلتيهما فيتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا مطلقة ، وربما يتزوج غيرها ، ويتركها نهائيا ، فهي تعتبر متزوجة شرعا ، فلا تستطيع الارتباط بزواج غيره ، ولا تستطيع في آن واحد أن تلجأ للقضاء لرفع هذا الضرر عنها ، ولذا نجد أن مديريات الشؤون الدينية في الجزائر تعطي توجيهات لأئمة المساجد بعدم إجراء عقد القران الشرعي في المساجد إلا بعد الحصول على الدفتر العائلي الذي يثبت بأن هذا الشخص قد أبرم ما يسمى بالعقد المدني<sup>1</sup>.

فبذلك يكون العقد رسميا ويحفظ الزواج من الجحود والنكران ومن أجل الإثبات عند إنكار العلاقة الزوجية أمام القضاء خاصة مع تراجع الوازع الديني في زماننا وكثرة الخيانات والتنكر لحقوق الآخرين.

فمن هذا الباب استقر الفقهاء المعاصرون على ضرورة تسجيل عقد الزواج حفظا للحقوق والمصالح وسدا للذريعة، فتسجيل عقد الزواج من الشروط القانونية و لا يؤثر في شرعية العقد وصحته عند تخلفه<sup>2</sup>.

1 - انظر، سطحي سعاد، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجا، " المرجع السابق " ، ص8

2 - انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المصدر السابق " ، ص

## الفرع الثالث: سن الزواج

نصت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 على أنه : ( تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة.

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة . )

وتم تعديل هذه المادة في الأمر 05-02 المعدل والمتمم كما يلي : (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. )

فقانون الأسرة الجزائري كان يجعل اكتمال أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، ثم جاء التعديل وسأوى بين الرجل والمرأة في سن الزواج وحدده ب 19 سنة وأبقى للقاضي إمكانية الترخيص بالزواج قبل ذلك السن لمصلحة أو ضرورة ولكن اشترط التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

وتحديد سن الزواج ب 19 سنة يتوافق مع سن الرشد في القانون المدني المحدد ب 19 سنة للرجل أو المرأة فقد جاء في المادة 40 من القانون المدني 07-05 : ( ... وسن الرشد تسعة عشر كاملة )

أما عن الموقف الفقهي في ذلك فإن جمهور الفقهاء لم يشترطوا البلوغ لانعقاد الزواج وهو قول أئمة المذاهب الأربعة وقول الإباضية، ولم يضعوا سنا معيناً للزواج وأجازوا زواج الصغير والصغيرة حتى نقل المنذر الإجماع على جواز تزويج الصغيرة من كفاء<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - وان اختلفوا بعد ذلك في من له الحق في تزويجهم ؟

فقال المالكية والحنابلة : ليس لغير الأب أو وصيه أو الحاكم تزويج الصغار وقال الحنفية: يجوز للأب والجد ولغيرهما من العصابات تزويج الصغير والصغيرة وقال الشافعية: ليس لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة، اشترط الشافعية في تزويج الصغير وجود المصلحة... وعند الإباضية يزوج الطفل وليه أو خليفة أبيه ، ولو وجد الولي أو مأموره أو وكيله ، ولو حضر الأب فإنه مقدم على الولي وقيل غير ذلك ... وأما الجد أبو الأب فقيل هو كالأب إذا عدم الأب أو نزل منزلة المعدوم ... =

وخالفهم في ذلك ابن شبرمة وأبو بكر الأصبم وعثمان البتي وقالوا أنه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا<sup>1</sup>

والمقنن الجزائري قد خالف رأي الجمهور في زواج الصغار اعتمادا على مبدأ الاستصلاح وذلك مراعاة لأوضاع المجتمعات اليوم وتقديرا لمخاطر مسؤوليات الزواج ولتراجع روح المسؤولية في الأجيال المتأخرة وتعقد أمور الحياة وتكاليفها.<sup>2</sup>

وقريب من هذا ما عليه حال الدول العربية فيما يتعلق بسن الزواج ففي سوريا حدد ب 18 سنة للذكر والأنثى وكذلك في القانون المصري والمغربي والأردني<sup>3</sup>

وهذا بالنسبة لمسألة زواج الصغار وتحديد سن معين للزواج من حيث الأصل؛ وإلا فإن المساواة بين الرجل والمرأة في السن المحدد مما يعترض عليه وذلك لأن المرأة في العادة تتأهل للزواج قبل الرجل من حيث السن، وبلوغها يكون قبله أيضا، ومما يرغب في المرأة صغر سنها مقارنة مع الزوج وغير ذلك من الفوارق بين الرجل والمرأة بهذا الخصوص، فمن المنطقي أن يحدد للمرأة سن للزواج يكون أقل من سن الرجل وأما المساواة بينهما في سن الزواج فلا تخلو من نزعة وتأثر بفكرة المساواة بين الجنسين التي تنادي بها الجمعيات النسوية.

ومما يلاحظ في هذه المسألة أن المادة لم تتضمن تحديد السن الأدنى الذي لا يمكن للقاضي أن يرخص دونه بالزواج.

#### الفرع الرابع: مسألة وجوب إجراء الفحص الطبي

من الأحكام الجديدة التي جاءت بها تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر المعدل والمتمم

---

= انظر تفصيل الأقوال: الرَّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلتُّه، "المصدر السابق" 6684/9 إلى 6688/9 . وأيضا : مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، 135/7 - 389/7. وأيضا : الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، مكتبة الضامري عمان، ط3، 2014، ص 405

<sup>1</sup> - الرَّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلتُّه، "المصدر السابق" ، 6682/9

<sup>2</sup> - انظر، سطحي سعاد، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجا " المرجع السابق"، ص 11 وأيضا: الرَّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلتُّه، "المصدر السابق" ، 6688/9

<sup>3</sup> - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة - " المصدر السابق" ، ص 33



رقم 05-02 وجوب الفحص الطبي على طالبي الزواج وذلك بتقديمهما وثيقه طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ونص المادة 07 مكرر كالتالي : (يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم. )

وما ذهب اليه المقنن الجزائري قد أخذت به كذلك معظم التشريعات في الدول المعاصرة وذلك لفشو الأمراض الخطيرة اليوم، وهذا ما لا يخالف الشريعة الاسلامية بل يخدم مصالحها ويحقق مصالح شرعية معتبرة ويجنبها مفسد تهدد استمرار الزواج وديمومته ويتلاءم مع تطور الحياة العصرية والجانب الطبي على الخصوص.

ويستشهد لهذا أيضا بما يذكره الفقهاء ويشترطونه من خلو الزوجين من العيوب والأمراض المعدية والتناسلية وغيرها ويعودونها من الأسباب التي تبيح طلب الفرقة ورتبوا على حالات منها فسخ العقد. فمذهب جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والشافعية أنه يحق لكل من الزوجين طلب فسخ النكاح للأمراض وقد ذكر كل مذهب عدة أنواع لهذه الأمراض التي تجعل عقد الزواج غير لازم.<sup>1</sup>

وكذلك يذكر فقهاء الإباضية عيوباً يفسخ بها النكاح بين الزوجين وعبوباً يرد بها الرجل وعبوباً ترد بها المرأة<sup>2</sup>

والفحص الطبي سبيل لاكتشاف هذه العيوب وتجنبها قبل انعقاد الزواج خاصة مع شيوع التدليس والتغريب من بعض العوائل في زماننا، والقاعدة الفقهية المتقررة أنه لا ضرر ولا ضرار، وهذا ما فيه حماية للزوجين ابتداء ثم يحفظ على الأمة النسل والذرية.

<sup>1</sup> - انظر ، الصابوني عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، " المرجع السابق " ، ص 247

<sup>2</sup> - انظر ، مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المصدر السابق " 407/7 وما بعدها . و أيضا : الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، " المصدر السابق " ، ص 415

قال ابن القيم: ( فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها ... )<sup>1</sup>

وقال الدكتور عبد الرحمن الصابوني: "...وسميناها بالشروط القانونية لأن الفقهاء لم يشترطوها ولا تؤثر على صحة العقد وانعقاده ، ولكنها ضرورية لتوثيق العقد وتسجيله والتأكد من شخصية الزوجين ، والذي نراه ونؤكد عليه في هذا الموضوع هو الفحص الطبي الذي يوجب تقديم الزوجين شهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض السارية وعلى القاضي إن شك في هذه الشهادة أن يحيل الزوجين إلى طبيب يثق به ، لأن إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى كما أن فيه تعرييرا للسليم منهما إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به ، وإني أقترح أن يضيف المشرع إلى هذه الشهادة تقريرا يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين فقد أثبت الطب الحديث بما توصل إليه المخبر من دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن للطب حاليا أن يبيء عنها نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين.

إن تقريرا من طبيب لا يؤخر زواجا ولكنه يعطي صورة واضحة لكل من راغبي الزواج عن شريك حياته المقبل ، والشريعة الإسلامية تتقبل كل ما هو نافع ومفيد للفرد والأسرة في هذا المضمار ولو لم ينص عليه الفقهاء بعينه. " <sup>2</sup>

### المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بأحكام عقد الزواج

وستناول تحت هذا المطلب تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المتعلقة بأحكام عقد الزواج وبيان موقف المرجعية الشرعية منها، حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة تعدد الزوجات ومسألة أركان وشروط عقد الزواج ومسألة ولي المرأة الراشدة في عقد الزواج ومسألة الاشتراط في عقد الزواج ومسألة فسخ النكاح في حالة الردة

<sup>1</sup> - ابن القيم محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1 ، 1991 ، ص 11/3

<sup>2</sup> - الصابوني عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، "المصدر السابق" ، ص 272. 273

## الفرع الأول: تعدد الزوجات

نصت كل من المادة 08 من التعديل الجديد 05-02 وكذلك المادة 08 مكرر والمادة 08 مكرر

1 منه على شروط إضافية لتعدد الزوجات، فقد أضافت شروطا جديدة تتمثل في :

1- اشتراط موافقة الزوجة أو الزوجات السابقات والزوجة الجديدة

2- اشتراط ترخيص رئيس المحكمة بالزواج الجديد

- وأضافت أنه في حالة عدم استصدار الزوج للترخيص من طرف القاضي فإن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول<sup>1</sup>

ومن الواضح أن المقتن الجزائري اختار التضييق والتقييد في موضوع تعدد الزوجات في تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05 - 02 وذلك استجابة لدعاة منع التعدد وإرضاء لبعض الجهات العلمانية في الداخل والخارج.

وهو بذلك قد خالف المرجعية الشرعية لقانون الأسرة الجزائري وذلك لأن تعدد الزوجات أمر مشروع في الشريعة الإسلامية، قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [ النساء 3 ]

واشترطت الشريعة لإباحة التعدد شرطين جوهرين هما:

---

1 - للمادة 8: من الأمر رقم 05-02 : " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجة. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. " المادة 8 مكرر: من الأمر رقم 05-02 : " في حالة التليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق. " المادة 8 مكرر 1: من الأمر رقم 05-02 : " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه. "

1 - توفير العدل بين الزوجات: أي العدل الذي يستطيعه الإنسان، ويقدر عليه، وهو التسوية بين الزوجات في النواحي المادية من نفقة وحسن معاشرة ومبيت.

2 - القدرة على الإنفاق: فلا يحل شرعاً الإقدام على الزواج، سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج.

ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن كلام الفقهاء فيما تعلق بأصل مشروعية تعدد الزوجات ولكن الخلل في التضييق واشتراط شروط ليست من الشريعة الإسلامية مثل رضا الزوجة السابقة وأيضاً ليس التعدد مع العدل مبرراً لطلب التطليق من الزوجة فهذا ما لم يقل به فقهاء الإسلام

والمسلك الذي اختاره المقتن الجزائري في موضوع التعدد يؤدي إلى عدة مفاصد في الواقع يمكن أن نذكر منها:

-تفاقم العنوسة وانتشارها أكثر في مجتمعنا كنتيجة حتمية لتعطيل أحد أهم حلولها وهو التعدد.

-فتح الباب للطلاق وتفكيك عدد من الأسر وذلك بإعطاء الزوجة الأولى حق طلب التطليق في حاله عدم موافقتها فلا يخفى أن النساء يغلب عليهن العاطفة والغيرة ويكون هذا سبباً لطلب كثير منهن الطلاق.

-انتشار التعدد بطرق غير رسمية وغير موثقة ولا يخفى ما في هذا من محاذير على الأفراد والعائلات.

كما أنه ينه إلى أن إساءة البعض في ممارسة التعدد ليس مبرراً للتضييق عليه أو إلغائه، وإنما الواجب معالجة الخلل والانحراف بضبط التعدد بما جاء في الشريعة من ضوابط والاكتفاء بذلك فالتشريع الإسلامي تشريع رباني متكامل

أما أن يتدخل المقتن بوضع شروط ليست من الشريعة وليست من تأصيلات الفقهاء وهي أيضاً شروط تعجيزية من جهة أخرى تنتهي بنا إلى تعطيل ومنع ما أباحه الله؛ فهذا ما يخالف المرجعية الشرعية ويصادم أحكامها ويفوت على المجتمع مصالح التعدد التي قصده أرادها الشارع بتشريع له.

وبالنسبة لاشتراط ترخيص القاضي وضرورة تأكده من تحقق شروط التعدد ... فقد عد بعض

الباحثين هذا الأمر تضييقاً على التعدد أيضاً و لا مبرر له، " وذلك لأن الله سبحانه وتعالى أناط

بالراغب في الزواج وحده تحقيق شرطي التعدد، فهو الذي يقدر الخوف من عدم العدل فإن الخطاب فيه

لنفس الراغب في الزواج، لا لأحد سواه، من قاضٍ أو غيره، فيكون تقدير مثل هذا الخوف من قبل غير الزوج مخالفاً لهذا النص. وكذلك البحث في توافر القدرة على الإنفاق، فإنه منوط بالراغب في الزواج... ولأن إشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر عبث، إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي، ويخفي الناس عادة عنه ذلك السبب، فإن اطلع على الحقائق، كان اطلاعه فضحاً لأسرار الحياة الزوجية، وتدخلها في حريات الناس، وإهداراً لإرادة الإنسان، وخوضاً في قضايا ينبغي توفير وقت القضاة لغيرها، ومنعاً وأمراً في غير محله، فالزواج أمر شخصي بحت، يتفق فيه الزوجان مع أولياء المرأة، لا يستطيع أحد تغيير وجهته، وتبديل قيمه. وإن أسرار البيت المغلقة لا يعلم بها أحد غير الزوجين.

ثم إن تعدد الزوجات ليس بهذه الكثرة المخيفة، وإنما هو على العكس محدود ونادر فهذا لا يستوجب إصدار قوانين خاصة بها، بل إنه إذا صدرت القوانين فلن يتغير من الأمر شيء؛ لأن هذه القضايا تحتاج لضوابط وكوابح داخلية هي الدين والوجدان والأخلاق<sup>1</sup>.

وقد ذكر الشيخ الفقيه أبو زهرة اعتراضات وجهية على تقييد التعدد بإشراف القاضي واشترط تأكده من القدرة على الإنفاق وغير ذلك من التقييدات<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أركان وشروط عقد الزواج

جاء نص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 تحت عنوان أركان الزواج : ( ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين )

والمادة 09 مكرر : ( يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

—أهلية الزواج، — الصداق، — الولي، — شاهدان، — انعدام الموانع الشرعية للزواج.)

بينما كانت المادة 09 في قانون الأسرة الجزائري 84-11 : (يتم عقد الزواج، برضا الزوجين،

وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق.)

فيتبين من خلال ذلك أن التعديل جعل للزواج ركناً واحداً هو تبادل رضا الزوجين أي الإيجاب والقبول ( الصيغة )، و أما ( ولي الزوجة والشاهدان والصداق ) والتي كانت تعد سابقاً أركاناً للزواج؛ فقد اعتبرها التعديل شروطاً للزواج إضافة إلى أهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية للزواج، وهذا ما تؤكد

<sup>1</sup> - الرُّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفقه الإسلامي وأدلته، " المرجع السابق " 6674/9 - باختصار يسير.

<sup>2</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، د س ط ، ص 94-95

المادة 33 من ق أ 05-02 والتي نصها : ( يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل. )

وما اختاره المقنن الجزائري من جعل الركن الوحيد للزواج هو الرضا يتوافق مع رأي الحنفية الذين يجعلون الصيغة هي الركن الوحيد في العقود<sup>1</sup>

قال علاء الدين الكاساني الحنفي : ( النكاح هو الايجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ )<sup>2</sup>

ووافقهم بعض الحنابلة فقال البهوتي الحنبلي : ( ركناه - أي النكاح - إيجاب وقبول )<sup>3</sup>

وقال الدكتور محمد حسين ذهبي : ( أركان عقد الزواج ، هي أجزاءه التي بها يتحقق وجوده ، ويتم انعقاده ، وهي : العاقدان ، والمعقود عليه ، والصيغة - وهي الإيجاب والقبول ولكن نجد الفقهاء عندما يذكرون أركان عقد الزواج ، يقتصرون على الإيجاب والقبول « ، ويصرفون النظر عن ذكر « العاقدين » ، و « المعقود عليه » ، لأن وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه ، فلا حاجة لذكرهما )<sup>4</sup> وأركان الزواج عند الجمهور أربعة: صيغة (وهي الإيجاب والقبول) وزوجة، وزوج، وولي.<sup>5</sup>

أما عن جعل الشاهدين والصدق من الشروط وليس الأركان فليس في ذلك ما يخالف الشريعة

---

<sup>1</sup> - وإن كان التدقيق في هذا يقتضي منا أن نقول أن الصيغة هي الركن وهي الإيجاب والقبول وأما الرضا فهو شرط فيها.

انظر، الرُّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفِئَةُ الإِسْلَامِيَّةُ وَأَدَلَّتُهُ، " المرجع السابق " 6521/9

والرضا أمر معنوي داخلي نفسي وهذا الذي عليه عبارات الفقهاء وإن كانت المادة 10 من ق أ 05-02 قد فسرت الرضا بالإيجاب والقبول ونصها كالتالي: ( يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاقر بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة. )

<sup>2</sup> - الكاساني الحنفي علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط1986، 2، 229 / 2

<sup>3</sup> - البهوتي الحنبلي منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب ، 1993 ، د ع ط ، 632 / 2

<sup>4</sup> - الذهبي محمد حسين ، الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة-، مكتبة وهبة مصر، ط1991، 2، ص

52

<sup>5</sup> - الرُّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفِئَةُ الإِسْلَامِيَّةُ وَأَدَلَّتُهُ، " المرجع السابق " ، 6521/9

الإسلامية - حتى على مذهب الجمهور - لأن عد بعض الفقهاء الشاهدين والصدّاق من جملة الأركان هو مجرد اصطلاح وإلا فلا ينطبق عليهما المعنى الأصولي للركن.

قال الدكتور وهبة الزحيلي : ( وأما المهر فلا يتوقف عليه العقد، وإنما هو شرط كالشهود، بدليل جواز نكاح التفويض، وأما الشهود فشرط أيضاً، وجعل الشهود والمهر ركناً مجرد اصطلاح لبعض الفقهاء. )<sup>1</sup>

وهذا ما يتوافق مع ما قرره عدد من فقهاء المالكية فالشيخ أحمد الدردير المالكي قد قرر أن أركان النكاح هي الولي والمحل ( الزوج والزوجة ) والصيغة، وعلل ذلك بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حل شيء بما يدل عليه وذكر أن الصدّاق والشهادة من الشروط لا من الأركان.

قال رحمه الله: ( فتكون أركانه - أي النكاح - ثلاثة؛ لأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حل شيء بما يدل عليه: الأول: ولي يحصل منه ومن غيره كزوج أو وكيله العقد.

و الثاني: محل - أي - زوج وزوجة. والثالث: صيغة بإيجاب وقبول.

وأما الصدّاق فلا يتوقف عليه العقد بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع وإن كان لا بد منه فيكون شرطاً في صحته وكذا الشهود، فلذا جعلهما من شروط الصحة... و صحته أيضاً: بشهادة رجلين عدلين غير الولي ... )<sup>2</sup>

وقال الشيخ خليل : ( وركنه ولي وصدّاق ومحل وصيغة )<sup>3</sup>

وتعقب ذلك الشيخ الخطّاب الرعيني المالكي فقال: (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 والصدّاق 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 الصدّاق ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمله.)<sup>4</sup>

1 - الرُّحَيْلِيُّ وَهْبَةُ: الفِئَةُ الإِسْلَامِيَّةُ وَأَدَلَّتُهُ، " المرجع السابق " ، ص 6521/9

2 - الدردير أحمد ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، " المرجع السابق " 375-374/2

3 - خليل بن إسحاق ، مختصر الشيخ خليل ، دار الحديث مصر ، 2005 ، د ع ط ، 1 / 96

4 - الخطّاب شمس الدين ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر لبنان، ط3، 1992 ، 3 / 419

وهو المعتمد عند الحنابلة الذين جعلوا أركان النكاح قاصرة على الزوجين والصيغة ، فقال موسى الحجاوي الحنبلي : ( وأركانه الزوجان الخاليان من الموانع والايجاب والقبول )<sup>1</sup>

بينما يرى الإباضية أنه لا يتم النكاح إلا بالولي ورضا المرأة و قبول الزوج و الشاهدان والصداق ويسمونها جميعا شروطا لصحة عقد النكاح<sup>2</sup>

وأیضا فإن قانون الأسرة 84-11 أي قبل التعديل كان يتضمن تناقضا في هذه القضية من جهة ترتيبه فسخ العقد على اختلال هذه الأركان فهذا لا ينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه<sup>3</sup>

فكان التعديل بخصوص مسألتي الشاهدين والصداق تداركا لخلل و خلط بين فكرة الركن وفكره الشرط في العقد، وأما عن إخراج ولي الزوجة من جملة الأركان فسنفرد له المطلب التالي لأن له علاقه بالمادة 11 من ق أ وليس بالمادة 09 من ق أ فقط، وأيضا لكونه القضية الأساسية والأهم فيما يتعلق بالتعديلات التي مست أركان وشروط الزواج - حسب تقديري - .

### الفرع الثالث: ولي المرأة الراشدة في عقد الزواج

كان قانون الأسرة الجزائري 84-11 في المادة 11 منه ينص على أن المرأة يتولى زواجها وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، ولم يكن يفرق بين القاصرة والراشدة في ذلك. وجاءت المادة 11 المعدلة كالتالي: ( تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة (7) من هذا القانون.

يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له )

فالجدید الذي جاء به تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05 - 02 هو أن المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها وذلك بحضور وليها؛ ولكن الولي حسب التعديل هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي

1 - الحجاوي الحنبلي موسى بن أحمد ، زاد المستقنع في اختصار المقنع، دار الوطن السعودية ، د ت ط ، د ع ط ، 1 / 161  
2 - مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق " 298/7 ، وأيضا: الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، " المرجع السابق " ص 396

3 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق " ص 21



شخص تختاره.

وبهذا يكون المقنن الجزائري قد تراجع عن اعتبار ولي الزوجة ركنا من أركان الزواج وعده من الشروط، لكن حضور هذا الولي بالنسبة لعقد المرأة الراشدة حضور شكلي فقد أعطاها حق عقد زواجها بنفسها، ومن جهة أخرى ساوى بين حضور الأب وغيره ممن تختاره المرأة الراشدة لحضوره كولي في عقد زواجها ولو كان من غير الأقارب.

وبالرجوع الى الفقه الاسلامي وبالتحديد في مسألة حكم الولي في نكاح المرأة البالغة الراشدة نجد أن الفقهاء اختلفوا في ذلك على أقوال، أهمها:

المذهب الأول: ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح نكاح المرأة بلا ولي فلا تزوج المرأة نفسها سواء أكانت بكرا أو ثيبا، وهو رأي الإباضية كذلك

المذهب الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى أن الولي ليس شرطا في النكاح بل هو مندوب وقال به زفر والشعبي والزهري فيجوز للمرأة الراشدة عندهم أن تزوج نفسها بلا ولي ولا يحق له الاعتراض إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوجت نفسها من غير كفاء لها أو بأقل من مهر المثل ويفسخه القاضي حينها.

المذهب الثالث: ذهب أبو سليمان داود الظاهري الى التفريق بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب.

المذهب الرابع : التفريق بين الدنيئة وغيرها وهو مروى عن مالك أنه قال : أما الدنيئة، كالسوداء، أو التي أسلمت، أو الفقيرة، أو النبطية، أو المولاة، فإن زوّجها الجار وغيره - ممن ليس هو لها بولي - فهو جائز وأما المرأة التي لها الموضع، فإن زوجها غير وليها فُرق بينهما فإن أجاز ذلك الولي، أو السلطان: جاز، فإن تقادم أمرها ولم يفسخ، وولدت له الأولاد: لم يفسخ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر : ابن حزم أبو محمد علي ، المحلى بالآثار ، دار الفكر لبنان ، د ت ط ، د ع ط ، 33/9 . وأيضا : ابن قدامة الحنبلي موفق الدين ، المغني ، مكتبة القاهرة ، 1968 ، د ع ط ، 7/7 ، وأيضا الرُّحَيْلِيُّ وَهَبَةُ: الفَقْهُ الإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ، " المرجع السابق " ، 6699/9 ، وأيضا : أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق "، ص 127. وأيضا : مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السلمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق " ، 133/7 و 140/7 ، وأيضا : الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، " المرجع السابق " ، ص 407

وعند التأمل فيما جاء به المقنن الجزائري في هذه المسألة نجد أنه اتخذ موقفا مضطربا ومتذبذبا فيها، فلم يقرر اشتراط الولي صراحة لزواج المرأة الراشدة ولم يلغ صراحة، فَعَدَّه من الشروط من جهة وأسند عقد الزواج للمرأة بنفسها من جهة أخرى، واشترط حضور الولي من جهة ولكن من جهة أخرى جعل هذا الولي هو الأب أو من تختاره المرأة ولو لم يكن من أقاربها و عصبتها، وحضور الولي شكلي وليس لمباشرة عقد المرأة فأفرغ هذا الاشتراط من كل مدلول وخالف كل المذاهب الفقهية فهو ولي تختاره المرأة وحضوره بلا دور أو سلطة أو تأثير!

ولا يمكن أن يقال أنه تبني رأي المذهب الحنفي وذلك لأن فقهاء الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها قد أعطوا للولي الحق في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزواج وعدم مهر المثل .

قال ابن الهمام الحنفي: " إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى " <sup>1</sup>

قال الشيخ أبو زهرة: " أجاز أبو حنيفة للمرأة أن تزوج نفسها، ولكنه شدد في اشتراط الكفاءة

فيمن تختاره، فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حرمتها، فقد احتاط لحق وليها، فاشتراط الكفاءة لصحة العقد للزوم العقد بالنسبة للولي، كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل، وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختيارها وأشركوا معها الولي في أنهم احتاطوا لحق الولي فاشتراطوا أخذ رأيه قبل العقد ليكون كما يريد، وأبو حنيفة أعطاهما الحرية واحتاط لحق الولي فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزوج كفؤا أو للولي حق الاعتراض فقط في هذه الحال على اختلاف الروايات، فهو حدد حق الولي وهم أطلقوه، وهو لم يجعل سلطاناً عند الإنشاء وهم جعلوا له ذلك السلطان " <sup>2</sup>

وكذلك لم يقل فقهاء الحنفية أن الولي هو من تختاره المرأة ولو كان قريبا بعيدا مع وجود الأقرب وحتى لو كان من غير أقاربها أصلا، بل حتى ولو كان هذا الولي الذي اختارته هو غير الأب، والأب على قيد

---

<sup>1</sup> - ابن الهمام الحنفي كمال الدين ، فتح القدير، دار الفكر ، د ت ط ، د ع ط ، 255/3، وانظر: الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " ، 6573/9

<sup>2</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق" ، ص 130

الحياة كما هو مقتضى عبارته مقنن الجزائري.<sup>1</sup>

قال ابن حزم: " فلو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض آباطها، فإن حدوا في ذلك حدا كلفوا البرهان عليه، ولا سبيل إليه فصح يقينا أنه لا حق مع الأقرب للأبعد " <sup>2</sup>

فحضور الأب في زواج ابنته الراشدة حسب تعديلات قانون الأسرة 05-02 أقرب ما يكون لحضور بصفة الشاهد لا أكثر، فاتضح لنا مما سبق أن المقنن الجزائري لم يعتمد في مسألة ولي المرأة الراشدة في الزواج على رأي الحنفية ولا على رأي آخر من آراء المذاهب الفقهية، وإنما قد خالف المرجعية الشرعية مخالفة صريحة وخرج فيها عن أعرف وتقاليد الأمة الجزائرية وسائر نزعات الحركات النسوية والمذاهب التغريبية الداعية للمساواة المطلقة بين المرأة والرجل.

ويضاف إلى ذلك أن هذا التعديل لم تفرضه حاجة اجتماعية ولا يحل مشكلة في واقع الأسر

الجزائرية!

وكان الواجب على المقنن الجزائري - على الأقل - أن يمنح الولي حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها إذا ظهر له خروجها عن الجادة وتضررها سواء ماتعلق بحقوقها المادية كالصداق أو حقوقها المعنوية كالزواج من غير كفاء .

" ولا شك أن رأي الجمهور هو الأحوط لما يغلب على النساء من غلبة العاطفة وسرعة الانخداع

بالمظاهر وسرعة التأثر بمعسول الكلام من غير تفكير فيما وراء ذلك، وهذا مشاهد في الواقع، وإنه من الخطورة بمكان ترك هذا الأمر للنساء ولا سيما في هذه الأزمنة بعد أن تطورت أساليب الخداع، فوجود الولي في العقد يمثل نوعاً من الضوابط أو الكوابح التي تساعد على تهدئة السير في مثل هذه المشروعات، والنظر من خلال هذه التهدئة في بعض المنعطفات التي تجلي بعض المواقف لكل الأطراف.

---

<sup>1</sup> - بينما القانون المصري مثلاً أخذ برأي الحنفية فعلاً في هذه المسألة فأعطى للمرأة البالغة الراشدة حق تزويج نفسها طالما راعت حق الأولياء في الزواج من كفاء وبمهر المثل. انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق " ص 49

<sup>2</sup> - ابن حزم أبو محمد علي ، المحلى بالآثار ، " المرجع السابق " ، 38/9

ومن حكم تشريع الولاية في النكاح:

- السموّ بالمرأة وإبعادها عن مظنة السوء بها وتعرضها للقليل والقال

- حفظ كرامة الأسرة وعدم ابتدال سمعتها، لأن المعرّة لن تقتصر على المرأة المبتذلة وحدها، بل ستلحق بأسرتها كذلك

- إذا فُقدَ وضع الولي في ابتداء الزواج فلن يكون له دور في دوامه واستمراره، وبذلك يستبعد دور الولي والأقارب في استقرار هذه العائلة الجديدة " <sup>1</sup>

قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور: (... يتولّى عقدَ المرأة ووليّها خاصّاً إن كان أو عامّاً، ليظهر أن المرأة لم تتولّى الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها لأن ذلك أول الفروق بين النكاح وبين الزنا والمخادنة والبغاء والاستبضاع، فإنها لا يرضى بها الأولياء في عرف الناس الغالب عليهم، ولأن تولّى الولي عقد مولاته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها، وأن تكون عشيرته وأنصاره وغاشيته وجيرته عوناً له في الذبّ عن ذلك، واشترط الولي في عقد النكاح هو قول جمهور فقهاء الأمصار، وقال أبو حنيفة: هو شرط في نكاح الصغير والمجنون والرقيق، والولي العام القاضي إن لم يكن للمرأة ولي من العصبية. <sup>2</sup>)

### الفرع الرابع: الاشتراط في عقد الزواج

يتبنى المقتنن الجزائري في قانون الأسرة الجزائري 84-11 وما جاء بعده من تعديلات بموجب الأمر 02-05 الاتجاه الذي يرى حريه الاشتراط عموماً ما لم تتصادم تلك الشروط مع نصوص القانون، وهو في هذا يميل الى رأي الحنابلة وبعض المالكية الذين يرون أن الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز ووافقهم بعض الفقهاء من المذاهب الأخرى، وغيرهم من جمهور الفقهاء يرى أن الأصل في الشروط العقدية هو التقييد فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل وما عداه فهو صحيح - على تفصيل لديهم وخلاف بينهم في تقسيم الشروط وحكم كل قسم منها -

<sup>1</sup> - ريان أحمد علي، فقه الأسرة، أحمد علي ريان، الجامعة الأمريكية المفتوحة، 2005، د ع ط، 111/1 وما بعدها، باختصار وتصرف يسير

<sup>2</sup> - ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، " المرجع السابق " ص 278

وتشدد الظاهرية أكثر فقالوا أن الأصل في الشروط المنع فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل<sup>1</sup>

ويعمل الإباضية إلى التوسع في الشروط فقد جاء في موسوعة الفقه الإباضي : ( والشروط في النكاح بمنزلة الصداق إذا لم تكن معصية، والصلح في ذلك على ترك الشروط لا بأس به ... )<sup>2</sup>

قال الدكتور وهبه الزحيلي : "مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشرط، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهم يرون أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين كاشترط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين، واشترط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المباعة بعد بيعها مدة معينة، وتوصيل المبيع لدار المشتري، وخياطة الثوب للمشتري، واشترط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من منزلها.

هذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها، سواء في عقود المعاوضات المالية، أم في عقود التبرعات، أو في التوثيقات (أو التأمينات بلغة العصر)، أو الزواج ونحوه، فإن لم يوف بها جاز للعاقد الآخر فسخ العقد، وهذا رأي القاضي شريح، وابن شبرمة الكوفي، وابن أبي ليلى وجماعة من فقهاء المالكية... ولم يستثن الحنابلة ومن وافقهم من الشروط الجائزة إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه.<sup>3</sup> والجديد الذي جاء في التعديل بخصوص الاشرط بين الزوجين هو النص على إمكانية شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة وخصهما بالذكر والنص.

المادة 19 المعدلة: ( للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. )

والمقنن الجزائري ذكرهما على سبيل التمثيل، ولعله خصهما بالذكر لأنهما من أكثر القضايا التي يحدث بسببهما النزاع في واقع الأسر اليوم فيما يتعلق بالشروط بين الزوجين، والسبب الثاني الذي ربما جعل المقنن الجزائري ينص عليهما هو كثرة حديث وندنة المنظمات النسوية وجمعيات حرية المرأة وحقوقها حول هذين القضيتين على الخصوص.

1 - انظر، الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " ، 3051/4

2 - مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق " ، 319 /7

3 - الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " ، 3055/4

وبناء على ما سبق فإنه يمكننا أن نقول أن قانون الأسرة في مسألة الاشتراط بين الزوجين قريب من رأي الحنابلة وبعض المالكية الموسعين في ذلك، ولكن هؤلاء الفقهاء يستثنون الشرط المنافي لمقتضى العقد أو الذي ورد النهي عنه شرعاً كما سبق نقل كلامهم، وكذلك نجد في قانون الأسرة الجزائري استثناء الشروط التي تتنافى و مقتضيات العقد ولكن لا نجد فيه النص على استثناء الشروط المنهية عنها شرعاً، فالمادة 32 من ق أ 05-02 تنص على ما يلي: ( يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. )

وبالنسبة لشرطي تعدد الزوجات وعمل المرأة على الخصوص فإننا نجد عند الحنابلة من التأصيل ما يمكن الاعتماد عليه في تسوية ذلك الاشتراط لأنهم يعتبرون شرط عمل المرأة من الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، وحكمها أنها صحيحة يلزم الوفاء بها وخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك فلا يرون لزوم الوفاء بالشروط التي لم يدل عليها الدليل .

" وتحرير الخلاف بين الجمهور وأحمد في الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد بجعل الأصل الصحة، حتى يقوم دليل من أثر نص قرآني يثبت البطلان، والجمهور يقول: إن الأصل عدم الإلزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعي من نص أو قياس أو عرف يثبت الإلزام، فكأن موضع الخلاف الشروط التي ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها؛ فأحمد يجعلها صحيحة والجمهور من الفقهاء يجعلونها ملغاة... " <sup>1</sup>

ومذهب الجمهور في الاشتراط بين الزوجين خلافاً للحنابلة رجحه عدد من المحققين المعاصرين.

قال أبو زهرة: " الأولى والصالح أن تبقى الشروط في الزواج خاضعة لمذهب أبي حنيفة، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء، ولو أننا أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترحة بالزواج لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويقارب الزواج الإسلامي من الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية في أوروبا وأمريكا، يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً لا اضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب... " <sup>2</sup>

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: " وفي رأبي أنه يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود

1 - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " ص 159-160

2 - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " ص 161-162

لأغراض مشروعة، وإلا لشلّت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء.

ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ما له من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية، وقد قال الفقهاء: (الأصل في الأبطاع - أي المتعة الجنسية - التحريم).<sup>1</sup>

وخلاصة القول في هذا أن المقنن الجزائري أخذ بما يقارب مذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط التي يريها ضرورية في العقد، غير أنه خص بالذكر صورتين للاشتراط وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، فهذا هو الجديد الذي جاء به تعديل المادة 19 وهو الذي قصدنا التطرق له في هذا الفرع.

ولكن المقنن الجزائري بعد ذلك رتب على الإخلال بالشرطين المذكورين أو بأي من الشروط الأخرى المتفق عليها في عقد الزواج؛ منح المرأة الحق في طلب التطلاق كما سيأتي معنا تفصيل ذلك في تناول التعديل المتعلق بحالات التطلاق في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وبيان أن الإشكال الأساس الذي نعترض به على توسيع حرية الاشتراط بين الزوجين هو من جهة أن المقنن الجزائري جعل مخالفة الشروط المتفق عليها من الحالات التي يجوز فيها للزوجة طلب التطلاق.<sup>2</sup>

### الفرع الخامس: فسخ النكاح إذا ثبتت ردة الزوج

كان قانون الأسرة 84-11 يتضمن النص على فسخ النكاح إذا ثبتت ردة الزوج حيث كانت المادة 32 منه كالتالي: ( يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج )

ثم في تعديلات قانون الأسرة 05-02 تم تعديل المادة لتكون كما يلي: ( يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. )

ولم يتم إعادة النص على فسخ النكاح إذا ثبتت ردة الزوج.

<sup>1</sup> - الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته: " المرجع السابق " ، 4/3052

- انظر ص 79 من المذكرة. <sup>2</sup>

وكان الواجب هو إعادة النص على ذلك في التعديل وذلك لأن التفريق بين الزوجين إذا ثبتت ردة أحدهما مما اتفق عليه الأئمة الأربعة وغيرهم وهو مذهب الإباضية، وإنما اختلفوا هل تقع هذه الفرقة بينهما فسخا كما هو مذهب الجمهور أو بطلاق كما هو المشهور عند المالكية، وهل يتوقف هذه الفرقة على انقضاء العدة أو تقع في الحال؟

قال الدكتور وهبة الزحيلي: (إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام، وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا حاجة لتفريق القاضي، وإنما يفسخ الزواج بينهما فسخاً، والمشهور عند المالكية وعلى الراجح عندهم أن فرقة الردة طلاق).

وقال الشافعية والحنابلة: يتوقف فسخ النكاح على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت المرأة منذ اختلف الدينان، ورأى الجعفرية أن الردة من أحد الزوجين قبل الدخول تفسخ الزواج في الحال وتتوقف على انقضاء العدة بعد الدخول. <sup>1</sup>

و جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: " فإذا ارتد أحدهما وكان ذلك قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كان بعد الدخول : قال الشافعية - وهو رواية عند الحنابلة - حيل بينهما إلى انقضاء العدة فإن رجع إلى الإسلام قبل أن تنقضي العدة فالعصمة باقية، وإن لم يرجع إلى الإسلام انفسخ النكاح بلا طلاق.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو رواية عند الحنابلة : إن ارتداد أحد الزوجين فسخ عاجل بلا قضاء فلا ينقص عدد الطلاق سواء أكان قبل الدخول أم بعده، وقال المالكية وهو قول محمد من الحنفية: إذا ارتد أحد الزوجين انفسخ النكاح بطلاق بائن " <sup>2</sup>

قال الشيخ عبد الوهاب خلاف: (وقد لا يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه على الزوجين أن يفسخا من تلقاء أنفسهما، وذلك في الحالات التي يكون سبب الفسخ فيها جلياً ليس موضع خفاء

---

<sup>1</sup> - الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " 7162/9 ، وأيضا: مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق " 346/7 و 458/7 . وأيضا الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، "المرجع السابق" ص 417

<sup>2</sup> - مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية، من 1404 إلى 1427 هـ ، دار السلاسل الكويت وآخرون، 34/7



ولا تقدير، كالفسخ بسبب ظهور فساد العقد، أو بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام أو بسبب فعل أحدهم بأصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة. <sup>1</sup>

وفسخ النكاح عند ردة أحد الزوجين تنص عليه عدد من قوانين الدول العربية، فنجد مثلاً في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، في المادة 142 منه : ( إذا ثبتت ردة أحد الزوجين ينظر:

أ. فإن كانت الردة قبل الدخول حكم القاضي بفسخ عقد الزواج بينهما اعتباراً من تاريخ الردة.

ب. وإن كانت الردة بعد الدخول وأصر المرتد عليها ورفض العودة عن رده حكم القاضي بفسخ عقد الزواج بينهما. )

وعليه فإن عدم ذكر هذه الحالة من حالات الفسخ في تعديلات قانون الأسرة 05-02 يعد تراجعاً عما هو ثابت شرعاً باتفاق عامة الفقهاء، وقد تأثر المقنن الجزائري في هذا التراجع بدعوات تغريبية ترى أن التفريق بين الزوجين باعتبار الدين عنصرية وتطرف! <sup>2</sup>

### المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار الزواج

سنتناول تحت هذا المطلب تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المتعلقة بآثار الزواج وبيان مدى موافقتها للمرجعية الشرعية، حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة واجبات الزوجة ( طاعة الزوج وإرضاع الأولاد ) ومسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية ومسألة الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي.

### الفرع الأول: من واجبات الزوجة ( طاعة الزوج وإرضاع الأولاد )

مما جاءت به تعديلات قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 إلغاء المادة 39

والتي كان نصها كالتالي :

( يجب على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة،

<sup>1</sup> -خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتب المصرية ، ط2 ، 1938 ، 174/1

<sup>2</sup> - وإعادة النص على فسخ النكاح في حالة ردة الزوج ينسجم مع ما جاء في المادة 30 من أنه يحرم مؤقتاً زواج المسلمة من غير المسلم.

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،

3- احترام والدي الزوج وأقاربه. )

وقد تم إعادة النص على الواجب الثالث في التعديلات في المادة 36 من ق أ 05-02 ضمن واجبات الزوجين ، بينما لم يتم إعادة النص على الواجبين الأول والثاني.

وتقديرنا أن هذين الواجبين والمتمثلان في: - طاعة الزوج - إرضاع الأولاد عند الاستطاعة

لهما من الأهمية التي يستحقان بها أن نتعرض لبيان مكانتهما في التشريع الإسلامي و عظم أثرهما على نظام الأسرة وتربية الأبناء، و توضيح أن المقنن الجزائري قد جانب الصواب حين لم يعد النص عليهما كواجبين من واجبات الزوجة في قانون الأسرة 05-02 .

### المسألة الأولى: واجب طاعة الزوج على الزوجة

من المقرر شرعا أنه يجب على الزوجة طاعة زوجها وذلك بالامتثال لأوامره والامتناع عن نواهيه باعتباره رئيس العائلة كما هو تعبير قانون الأسرة في المادة 39 الملغاة " طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة "، وهو المعنى الذي يقارب ماجاء في كتاب الله من أن للرجل على المرأة درجة ﴿... وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [ البقرة 228 ]

وطاعة الزوجة لزوجها هو تعبير قرآني ﴿... فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَ تَبْعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [ النساء: 34 ] و قال الله تعالى : ﴿... فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ [ النساء 34 ] ومعنى قانتات طائعات كما ذكر المفسرون.

وفي الموسوعة الفقهية الكويتية: " اتفق الفقهاء على أن طاعة الزوج واجبة على الزوجة... وإنما اختلف الفقهاء في حدود هذه الطاعة ، هل يجب على المرأة طاعة زوجها في كل أمر مباح من فعل أو ترك، أم هذه الطاعة مقيدة بأمر النكاح وتوابعه؟ " <sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية ، " المرجع السابق " 313/41 .

ومن عظم هذا الحق أن الإسلام قرن طاعة الزوج بإقامة الفرائض الدينية وطاعة الله<sup>1</sup>، و عن عبد الرحمن بن عوف، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت »<sup>2</sup>

وحرّم الله على الزوجة النشوز والعصيان، وعده الفقهاء من كبائر الذنوب كما ذكر الإمام الذهبي

فقال: ( الكبيرة السابعة والأربعون : نشوز المرأة على زوجها )<sup>3</sup>

فإلغاء النص على وجوب طاعة الزوج في تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 هو تجاوز لأحد الثوابت الإسلامية فيما يتعلق بالعلاقة بين الزوجين، وتعريض للأسرة لعدم الاستقرار إذ لا يمكن لمؤسسة الزواج أن تسير برأسين!

و يمكن أن نعد هذه المسألة من شواهد تأثر المقنن الجزائري في تعديله لقانون الأسرة بالمبادئ الليبرالية التي ترفض فكرة الطاعة وتدعو للمساواة التامة فلا طاعة لأحد الطرفين على الآخر، و للمرأة أن تفعل ما تشاء بكل حرية و بغير إذن زوجها.

وإن اتجاه المقنن الجزائري في الاقتصار على الواجبات المتماثلة فقط كما جاء في المادة 36 من قانون الأسرة 05-02 : ( يجب على الزوجين... ) وإلغائه للمادة 39 من قانون الأسرة 84-11 التي تنص على واجبات الزوجة : ( يجب على الزوجة... ) يُوحى أن ذلك صادر عن تغيّر في فلسفة المقنن ونظرته للعلاقة بين الزوجين من علاقة يكون فيها الزوج رئيسا للعائلة له كما هو تعبير المادة 39 من ق أ 84-11 الملغاة : "... طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة... " وله واجب الطاعة من زوجته إلى عائلة لا رئيس فيها ولا مطاع كما توحى بذلك التعديلات التي جاءت بالأمر 05-02 فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين الزوجين.

---

<sup>1</sup> - سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي لبنان، 1977 ، 200/2 . وانظر : مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق "462/7 . وأيضا : الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال،"المرجع السابق" 396

<sup>2</sup> - ابن حنبل أحمد، المسند ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 2001 ، المحقق : الأرنؤوط شعيب وآخرون ، رقم الحديث : 1661

<sup>3</sup> - الذهبي محمد شمس الدين، الكبائر، دار الندوة بيروت ، د ع ط ، د ت ط ، ص 172

وكان المقنن قد تخرج من عبارة " الطاعة " المنصوص عليها شرعا في نصوص كثيرة من القرآن والسنة لما يعتبره بعض المنسلخين من أحكام الشريعة من أنها تنتقص من قيمة المرأة وحريتها وما ينبغي أن تكون عليه من مساواة أمام زوجها، وهي بذلك تسيء فهم معنى القوامة المطلوبة شرعا، والتي تنظر إلى الأسرة على أنها مؤسسة من مؤسسات المجتمع وخلية أساسية لا بد فيها من رئاسة تدير أمورها يقوم بها طرف يمثل دور الحماية والرعاية والصيانة والذود دون الإخلال بعنصر الاحترام والتشاور وتبادل الرأي مع الطرف الآخر .

"... فالطاعة المقصودة ليست طاعة عمياء ولا هي مضيعة لشخصيتها أو منقصة من كرامتها ، ولا ينفي أبدا أن تستشار هي أيضا فيما يتعلق مصالح الأسرة والحفاظ على ترابطها، وأن يكون رأيها معتبرا يستعين به الزوج في اتخاذ قراراته كرئيس أسرة وهذا معنى قوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [ النساء 37 ] وقوله : ﴿... وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [ البقرة 228 ] فالدرجة المذكورة ليست درجة القهر ودرجة السلطان إنما هي درجة الرئاسة المنزلية على عهد الزوجية وميثاقها فهي درجة القوامة التي ألقيت على عاتقه التي تكفل بها وأكثر من مسؤولياته عن مسؤوليات الزوجة"<sup>1</sup>

ولا يمكن أن نقول أن ماجاء في المادة 36 من قانون الأسرة 05-02 من النص على ( المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة ) ضمن واجبات الزوجين يستغنى به عن إعادة النص على طاعة الزوج، لأن ذلك ليس كافيا وغير صريح في واجب الطاعة ولا يحقق المقصود، لأن طاعة الزوج من طرف الزوجة قضية قطعية في الشريعة و أصل من أصول استقرار الحياة الزوجية وقد رتب عليها الشارع عدم أحكام فقهية.<sup>2</sup>

---

1 - غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة، مجلة دراسات وأبحاث، الجزائر، العدد 22، 2016، ص 12

2 - " فإن قيل إن عدم النص على الطاعة ليس معناه إلغاءها لأن المادة 222 من ذات القانون تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص ، فالجواب أن هذا الاعتراض يمكن أن يقبل لو لم يقيم المشرع بحذف المادة 39 من القانون السابق والتي تذكر طاعة الزوج ضمن حقوقه ، وقد تم هذا الحذف استجابة لمطالب، إذا فالحذف مقصود . ويؤكد هذا القصد ما ورد في وثيقة قانون الأسرة: ( شكل إلغاء المادة 39 التي تلزم الزوجة بطاعة الزوج أحد مطالب النساء ولقد قضى الأمر ، فقد عرف المشرع عقد الزواج بأنه مجموع التزامات متبادلة تهدف لتحقيق نفس الغرض: المحافظة على الروابط الزوجية ، والتشاور في تسيير شؤون الأسرة ... فالأمر يتعلق هنا بخطوة حاسمة تم قطعها حيث أننا لم نعد أمام حالة خضوع بل تشاور متبادل وتسيير مشترك) "

بولخراس كريمة، تعديلات قانون الأسرة الجزائري بين مقاصد المشرع ومقاصد الشارع ، " المرجع السابق" 11 . 12

كما ننبه على أن قانون الأسرة بموجب الأمر المعدل والمتمم 05-02 لم يعد النص على سقوط واجب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في حالة نشوزها تبعا لعدم إعادة نصه على وجوب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في تعديله للمادة 37<sup>1</sup>

وفي هذا تراجع عن ذكر حكم فقهي اتفق عليه عامة الفقهاء، وشاهد آخر لكلامنا السابق بأن عدم إعادة النص على واجب طاعة الزوج مقصود ونتيجة تأثر بالأفكار الليبرالية والحداثية.

قال ابن المنذر: " اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا جميعًا بالغين إلا الناشز منهن الممتنعة... ولا تسقط نفقة المرأة عن زوجها لشيء غير النشوز، لا من مرض ولا حيض ولا نفاس ولا صوم ولا حج ولا مغيب زوجها ولا حبسه عنها في حق أو جور غير ما ذكرنا. " <sup>2</sup>

ولم يبق في موضوع النشوز في قانون الأسرة الجزائري 05-02 سوى المادة 55<sup>3</sup> و التي تقضي بالطلاق فقط في حالة النشوز دون الإشارة إلى سقوط النفقة، وكأن المشرع مولع بالطلاق والتطليق الذي يقرره كحل في كثير من المسائل دون النظر في بدائل عملية أخرى تحول دون الوصول إلى أبغض الحلال بينما نجد القانون الموريتاني في المادة 150 ينص على أنه ينقضي الالتزام بنفقة الزوجة في الحالات التالية : " بأدائها أو الإبراء منها . بوفاة أحد الزوجين . بنشوز الزوجة . " و القانون السوري ينص في المادة 74 على أنه إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز . <sup>4</sup>

### المسألة الثانية: واجب إرضاع الأولاد على الزوجة

اختلف الفقهاء في حكم الرضاع على الأم، فقال الجمهور بأنه مندوب ومستحب في الجملة وقد يجب في بعض الحالات، وقال المالكية بأن إرضاع الطفل واجب على الأم ورجح هذا الرأي عدد من المحققين قديما وحديثا .

1 - المادة 37 من قانون الأسرة 84-11 : " يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها،... "

2 - القرطبي المالكي أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 1964، د ع ط ، 174/5

3 - المادة 55 من قانون الأسرة 05-02 : ( عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.)

4 - انظر، غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة، " المرجع السابق " ، ص 11

ورأي الإباضية أنه لا يجب على الزوجة إرضاع الأبناء إلا إن لم يجد مرضعة وعندهم قول ثان بوجوب الرضاع عليها مطلقاً.<sup>1</sup>

قال الدكتور وهبة الزحيلي: " اتفق فقهاء الإسلام على أن الرضاع واجب على الأم ديانة تسأل عنه أمام الله تعالى حفاظاً على حياة الولد، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع، أم مطلقة منه وانتهت عدتها. واختلفوا في وجوبه عليها قضاء، أيستطيع القاضي إجبارها عليه أم لا؟ قال المالكية بالوجوب قضاء، فتجبر عليه، وقال الجمهور بأنه مندوب لا تجبر عليه، ولها أن تمتنع إلا عند الضرورة وذهب المالكية: إلى أنه يجب على الأم فلو امتنعت من إرضاعه بدون عذر، أجبرها القاضي واستثنوا الشريفة بالعرف القائم على المصلحة. ولا يجب الإرضاع أيضاً على المطلقة طلاقاً بائناً، لقوله تعالى: ﴿...فإن أرضعن لكم، فاتوهن أجورهن...﴾ [الطلاق:6] فإن هذه الآية واردة في المطلقات طلاقاً بائناً.

وذهب الجمهور إلى أن الآية أمر ندب وإرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن، إلا إذا لم يقبل الولد ثدي غير الأم، بدليل قوله تعالى: ﴿...وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى...﴾ [الطلاق:6] ، ويفهم منه أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأم في ثلاث حالات وهي: ألا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدي أمه و ألا توجد مرضعة أخرى سواها وإذا عدم الأب اختصاصها به، أو لم يوجد لأبيه ولا للولد مال لاستئجار مرضعة، وأوجب الشافعية على الأم إرضاع اللبأ: وهو اللبن النازل أول الولادة؛ لأن الولد لا يعيش بدونها غالباً، وغيرها لا يغني.<sup>2</sup>

و قال الشيخ أبو زهرة: ( وقد اختلف في مدى وجوب الإرضاع على الأم، فقال الحنفية إنها مطالبة به ديانة لا قضاء، أي أنها تأثم فيما بينها وبين الله إن تركت إرضاع ولدها من غير عذر مسوغ لذلك، ولا يجبرها القاضي على الإرضاع، لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها، والنفقة بالإنفاق على الأب و الإرضاع منها، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا في حال الضرورة بأن كان الولد لا يلزم إلا ثديها، أو لم توجد موضع سواها، أو كان الأب والولد في عسرة لا يستطيعان دفع أجرة لظئر ترضعه، ففي هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع ؛ لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك وقال مالك رضي الله عنه : إن الأم تجبر على إرضاع ولدها إلا إذا كانت من طبقة

1 - انظر، مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الإباضي، " المرجع السابق " 465/7

2 - الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " ، 7275/10-7276 باختصار

نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن ، وبذلك يتلاقى الوجوب الديني مع الوجوب القضائي في الجملة عند مالك ولا يتلاقيان في الجملة عند أبي حنيفة .<sup>1</sup>

ورجح الإمام القرطبي المالكي وجوبه فقال: ( ... ولكن هو - أي الرضاع - عليها في حال الزوجية، وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط، إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط... )<sup>2</sup>

والتراجع عن النص على وجوب إرضاع الأولاد ترجيح للمصلحة الخاصة للأم على مصلحة الطفل<sup>3</sup>، وهو من مطالب الحركات النسوية التي تعتبر إيجاب الرضاع انتقاصا من شأن المرأة وتمييزا بين الطرفين.

فكان الأحرى لو أبقى المقتن الجزائري النص على إرضاع الولد ضمن واجبات الزوجة في تعديلات قانون الأسرة 05-02 كما كان منصوصا عليه سابقا في المادة 39 من قانون الأسرة 84-11، أو على الأقل لو ذكره بصيغة مرنة - وإن كانت لا تفيد الإلزام والتحتيم -، خاصة مع تفریط كثير من الأمهات في زماننا في إرضاع أولادهن واشتغالن عن ذلك بالوظيفة والعمل وحرمان الذرية من فضل الرضاعة الطبيعية، والتي لها دور مهم في نمو الأولاد بصفة أسرع وأكمل وارتباطهم نفسيا وعاطفيا بالأم واحتواء حليب الأم على العناصر المختلفة الضرورية لتغذية الطفل وغير ذلك من فوائد حليب الأم التي يتحدث عنها المختصون .

### الفرع الثاني: إثبات النسب بالبصمة الوراثية

جاءت تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 - تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة - بتعديل في نص المادة 40 مضمونه إضافة فقرة تفيد جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب، لكن المقتن الجزائري لم يحدد هذه الطرق على سبيل الحصر ليترك المجال مفتوحا لكل وسيلة علمية تستجد أو يراها القاضي مناسبة.

ونص المادة 40 بعد التعديل كالتالي: ( يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة

<sup>1</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " ص 402-403

<sup>2</sup> - القرطبي المالكي أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، " المرجع السابق " ، 161/3

<sup>3</sup> - غراي أحمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة، " المرجع السابق " ، ص 13

أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32 و33 و34) من هذا القانون.  
يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. )

وهذه العبارة تشمل كل الطرق العلمية ولكن أهم هذه الطرق العلمية لإثبات النسب هي البصمة الوراثية أو تحليل الحامض النووي فهي أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وإثبات أو نفي الأبوة والأمومة .

" و البصمة الوراثية هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض ADN المتمركز في نواة أية خلية من جسمه ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين ، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمنية على حمض ADN وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية وتمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب صاحب الماء ، وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم صاحبة البويضة ووسيلة هذا التحليل هي أجهزة ذات تقنية عالية يسهل على المتدرب قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر حين الحاجة إليها . " <sup>1</sup> ، والجزء الذي يراد تحليله وفحصه يؤخذ من أي من المصادر التالية : الدم . المني الشعر . جذور العظم . خلايا الفم . خلايا الكلية . السائل الأمينوسي . خلية من البويضات المخصبة . <sup>2</sup>

وقد ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى جواز اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب مع

اختلاف بينهم في التوسيع والتضييق في الحالات والضوابط .

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: ( تصفحت هذه البحوث في مجال البصمة الوراثية وتوصلت إلى أن هذه الطريقة علمية تمتاز بدقة متناهية ، وتسهل مهمة الطب الشرعي وأعمال المحامين والقضاء في إثبات أو نفي النسب ، وتبينت كما ذكر المتخصصون أن الاعتماد على البصمة الوراثية في حالة النفي يعد يقينا ، وأنه في حالة الإثبات يعد قريبا من اليقين 99.9 % فإذا أنا أرجح ضرورة هذه الطريقة المتينة في

1 - سعيدان أسماء، البصمة الوراثية لإثبات النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، العدد02 ، 2018 ، ص 146

2 - شبيلي الهادي الحسين ، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، مجلة المعيار ، الجزائر، العدد5 ، 2003 ، ص



حالتها، حالة الإثبات وحالة النفي، وهي أقوم بكثير من حالة الاعتماد على القيافة التي اعتمدها جمهور فقهاء المسلمين ماعدا الحنفية ...<sup>1</sup>

و لقد صدرت عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الخامسة عشر بخصوص البصمة الوراثية الآراء التالية: " أولا: البصمة الوراثية بمثابة دليل يمكن الاعتماد عليه في المجالات التالية:

1 - إثبات الجرائم التي لا يترتب عليها حد شرعي .

2 - إثبات النسب في الحالتين التاليتين:

أ / اختلاط ولدين أو أكثر لامرأتين كما يحدث في المستشفيات . ب ادعاء رجلين أو امرأتين ولدا مجهول النسب ، حيث تقدم البصمة الوراثية على القافة والقرعة في هاتين الحالتين .

ثانيا: يعتمد على البصمة الوراثية إذا توفرت الضوابط التالية:

1 - عدم وجود دليل شرعي معتمد من نص أو أي طريق معتبر أو طريق من طرق الإثبات الشرعية .

2 - يتم التأكد من دقة المعمل وصحة النتائج المعتمدة .

3- زيادة عدد مجموعات المورثات ( الجينات ) المستعملة لإثبات البصمة الوراثية .

ثالثا: لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالاً اكتفاء باللعان، ولا استعمالها في نفي نسب من ثبت نسبه بأي دليل شرعي " <sup>2</sup>

واعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب هو ماخلصت له ( ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية - رؤية إسلامية - المنعقد بالكويت في أكتوبر 1998 حيث جاء في توصياتها: ( لا نرى حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام في إثبات النسب المجهول نسبه بناء على طلب الأطراف المعنية مباشرة بالأمر فهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود

<sup>1</sup> - شبيلي الهادي الحسين ، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، " المرجع نفسه " ، ص 104

<sup>2</sup> - شبيلي الهادي الحسين ، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، " المرجع السابق " ، ص 117-118

وذهب بعض الفقهاء إلى ثبوت النسب بالبصمة الوراثية حتى بعد نفيه باللعان وبه أفتى الدكتور نصر فريد واصل، وهو رأي دار الافتاء المصرية خلافا لرأي المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي<sup>2</sup>

وأهم ما استدلل به القائلون باعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب هو تخريجها على القيافة، فمذهب جمهور الفقهاء يفيد جواز الاحتكام إلى القيافة واعتبار الشبه عند التنازع على النسب أو عند تعارض البيّنات أو تساوي الأدلة في ذلك، والبصمة الوراثية تلتقي مع القيافة بل تفوقها في التحقق من الصفات الوراثية بل ربما كانت أكثر دقة في ثبوت النسب من بعض طرق إثبات النسب كالإقرار والاستفاضة أو شهادة التسماع فكل ذلك يعزّيه الاحتمالات .<sup>3</sup>

والشارع متشوف لإثبات النسب كما يقول الفقهاء فكيف لا نعتبر هذه الوسيلة التي تصل إلى حد القطع!

وخالفهم بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ عبد الله المنيع، وقالوا بأن البصمة الوراثية القطعية يحكم به في نفي النسب لا في إثباته وهو الرأي الذي ذهبت إليه وزارة الأوقاف الكويتية<sup>4</sup> وهو رأي مرجوح نظرا لقوة الأدلة التي اعتمد عليها المخالفون لهم؛ ولظهور المصلحة في اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب.

قال ابن القيم: ( وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده وجدتها لا تخرج عن تحصيل

المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاومت قدم أهمها وأجلها وإن فاتت أدناهما، وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاومت عطل أعظمها فسادا باحتمال أدناهما، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه دالة عليه شاهدة له بكمال علمه وحكمته ولطفه بعباده وإحسانه

1 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق "، ص 124

2 - انظر ، حسيني أحمد، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا مصر ، العدد 1، 2020 ، ص 89

3 -انظر، حسيني أحمد، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي، " المرجع السابق " ص 82

4 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق " ص 122

إليهم وهذه الجملة لا يستريب فيها من له ذوق من الشريعة وارتضاع من ثديها و ورود من صفو حوضها وكلما كان تضلعه منها أعظم كان شهوده لمحاسنها ومصالحها أكمل ...<sup>1</sup>

وينتقد على قانون الأسرة بخصوص هذا الموضوع أنه لم يحدد شروط وضوابط اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

### الفرع الثالث: الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي

" إن التلقيح الاصطناعي له صورتان:

1- التلقيح الداخلي: وهو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم

2- التلقيح الخارجي: وهو استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للزوج داخل أنبوب الاختبار وإعادة زرعها داخل رحم الزوجة " <sup>2</sup>

ولقد جاء تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بإضافة المادة 45 مكرر والتي جاء فيها

تبنى فكرة التلقيح الاصطناعي وتم تحديد مجموعة من الشروط والضوابط لها في الفقرة الثانية من المادة والتي نصها كالتالي: المادة 45 مكرر: (المادة 45 مكرر: (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

— أن يكون الزواج شرعياً — أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، — أن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

فالشروط المحددة للتلقيح الاصطناعي هي:

<sup>1</sup> - ابن القيم محمد بن أبي بكر، مفتاح دار السعادة، دار الكتب العلمية لبنان، د س ط ، د ت ط ، 22/2

<sup>2</sup> - غريسي جمال و بن خليفة إهام، عملية التلقيح الاصطناعي والأشكال التي تنبئها في اثبات نسب المولود بين الشريعة

الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، الجزائر، العدد1، 2022، ص 79-80

1- أن يكون الزواج شرعياً : أي قاصراً على الزوجين فقط و لا يجوز اللجوء له إلا بناء على عقد زواج صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية

2 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما : فلا يستخدم مني الزوج في تلقيح زوجته بعد انفصام الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو بالطلاق أو بالموت

3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها

ونصت المادة صراحة على أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، وعليه لا يجوز قانوناً للزوجين استعارة أو تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما .

وأما عن الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي فهذه الصورة التي حددها بالضوابط المذكورة قد أجازها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة بالأردن سنة 1986، مع التأكيد على أخذ كل الاحتياطات اللازمة.

وقد أفتى بالجواز كثير من العلماء المعاصرين - مع ذكر مجموعة من الضوابط والشروط - منهم: الشيخ جاد الحق علي جاد الحق والشيخ محمود شلتوت والشيخ عطية صقرو الأستاذ مصطفى الزرقاء والشيخ أحمد حماني والشيخ يوسف القرضاوي وهو رأي دار الإفتاء المصرية والأردنية وغيرها ومما استدلو به:

- قياس التلقيح الصناعي على التلقيح الطبيعي وهو الاتصال الجنسي بجامع أن كلا منهما يتغى به تحصيل النسل بطريق شرعي وهو الزواج.

- من مقاصد الشريعة حفظ النسل، وهو لا يتحقق إلا بالزواج ثم الإنجاب، وحيث تعذر الإنجاب الطبيعي فلا مانع من اللجوء إلى الصناعي حفاظاً على هذا المقصد الأسمى .

- عرف الفقه الإسلامي قديماً صوراً مماثلة للتلقيح الصناعي من استدخال المرأة مني زوجها في فرجها ، ورتب عليه آثاراً فقهية من وجوب العدة وثبوت النسب

- والتلقيح الصناعي نوع من العلاج وقد حثت الشريعة على العلاج والتداوي من الأمراض

وخالفهم بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ عبد الله بن زيد آل محمود والشيخ عبد العزيز بن باز

ورأوا منع التلقيح الاصطناعي<sup>1</sup>

ولكن رأي عامة المعاصرين المميزين تعضده الأدلة القوية مع التأكيد على أخذ الاحتياطات اللازمة والتزام الضوابط المحددة.

فالملاحظ أن المقنن الجزائري في موضوع الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي قد حرص على ذكر الشروط والضوابط الشرعية، وما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة من أنه ( لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ) هو اجتهاد صائب وموفق من المقنن الجزائري لأنه يوافق أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأن هذه الوسيلة مدعاة إلى اختلاط الأنساب وفتح باب للشر والفساد.

### المبحث الثاني: التعديلات المتعلقة بالتحلل الزواج وآثاره

لقد جاءت تعديلات قانون الأسرة الجزائري بالأمر المعدل والمتمم 05-02 بأحكام جديدة فيما يتعلق بباب التحلل الزواج - وإن كانت دون عدد التعديلات التي مست باب الزواج بكثير -

وباستثناء كتاب الزواج والتحلاله فإن قانون الأسرة الجزائري لم تمسه تعديلات الأمر المعدل والمتمم

05-02 في بقية كتبه الثلاثة ( النيابة الشرعية و الميراث و التبرعات ) إلا تعديلا واحدا في فصل الولاية من الكتاب الثاني ( النيابة الشرعية ) وبالتحديد في المادة 87 منه .<sup>2</sup>

وسنوضح هذه التعديلات الجديدة مع بيان مدى موافقتها للمرجعية الشرعية وذلك من خلال ثلاثة مطالب.

### المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالتحلل الزواج

وستناول تحت هذا المطلب تفصيل التعديلات المتعلقة بالتحلل الزواج وبيان الموقف الشرعي منها

---

<sup>1</sup> -انظر ، محمد قمر الدين وآخرون، العدة في التلقيح الصناعية دراسة من النظر الطبي والرؤية الشرعية ، مجلة الشريعة والقانون ماليزيا ، العدد 1 ، 2020 ، ص 37-38

<sup>2</sup> - وقد تناولنا هذا التعديل الوحيد ضمن التعديلات المتعلقة بالتحلل الزواج وآثاره في المطلب الثالث المعنون ب ( المسائل المتعلقة بآثار التحلل الزواج ) باعتبار أنه له علاقة بموضوع الحضانة والتي هي من آثار التحلل الزواج وحتى لا نفرده له مبحثا خاصا يخل بتوازن مباحث هذا الفصل.

ومدى موافقتها للمرجعية الشرعية، حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة أسباب التطلاق ومسألة عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع.

## الفرع الأول: أسباب التطلاق

لقد جاء تعديل قانون الأسرة الجزائري في الأمر 05-02 بتوسيع لأسباب التطلاق إضافة للأسباب التي تضمنتها المادة 53 من قانون الأسرة 84-11 حيث كانت تتضمن سبعة أسباب للتطلاق.

ثم أضاف التعديل حالتين هما: - الشقاق المستمر بين الزوجين - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

لتكون المادة 53 بعد التعديل على النحو التالي: (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و79 و80) من هذا القانون،

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه،

7- ارتكاب فاحشة مبينة،

8- الشقاق المستمر بين الزوجين،

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10- كل ضرر معتبر شرعا. )

وستتناول الحالتين الجديدتين ببيان موقف الشريعة الإسلامية منهما وتوضيح الرأي الفقهي الذي

اعتمده المقنن الجزائري:

## المسألة الأولى: التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد المستمر، و اعتبر المشرع الجزائري هذه الحالة من موجبات رفع الزوجة طلب

التطلاق للقاضي وذلك لأن الشقاق المستمر يحول الحياة الزوجية إلى صراع لا يطاق وبالأخص إذا فشلت كل محاولات

الاحتواء والعلاج.

وهو بذلك موافق لرأي المالكية الذين أجازوا التفريق للشقاق أو للضرر؛ منعاً للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاءً، وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها منه.

قال الشيخ أحمد الدردير المالكي: " للزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها، نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر يا بنت الملعون كما يقع كثيراً من رعا ع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق كما هو ظاهر وكوطئها في دبرها لا يمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك صلاة أو تسر أو تزوج عليها ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ... ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم ولو سفيهة أو صغيرة ... " <sup>1</sup> وقال محمد الخرشى المالكي : (إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضارر زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة... )<sup>2</sup>

وهو كذلك مذهب الإباضية فإنهم يجوزون للمرأة أن تسأل الطلاق أو الفداء أو الإيلاء أو نحو ذلك مما تفارقه به إذا أساء إليها وأبى أن يرتدع<sup>3</sup> ، بينما لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها<sup>4</sup> ، فإن لم يرجع عاقبه تعزيراً بحسب ما يراه كافياً لجزره ورجوعه لمعاشرة زوجته بالمعروف.

### المسألة الثانية: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

الحالة الثانية التي أضافتها تعديلات قانون الأسرة 05-02 في أسباب التطليق هي مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فقد يدرج الزوجان شروطاً معينة أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد لاحق فيلتزمان بتنفيذ هذه الشروط، فإن أحل الزوج بتنفيذ الشروط والالتزامات الواردة في العقد والتي تقع على عاتقه، فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي و تطلب التطليق لإخلال زوجها بما تم الاتفاق عليه من

1 - الدردير المالكي أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي، دار الفكر لبنان، د ت ط ، د ع ط ، 2 / 345

2 - الخرشى المالكي أبو عبد الله محمد، شرح مختصر خليل، دار الفكر لبنان، د ت ط ، د ع ط ، 4 / 9

3 - انظر، مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، " المرجع السابق " 7 / 463

4 - انظر، الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " 9 / 7060

شروط مالم تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة كما جاء في المادة 19 ق أ .

ويمكننا أن نستشهد للمقنن الجزائري في هذه الحالة بما هو ثابت في المذهب الحنبلي الذي يعد أوسع المذاهب الفقهية في اعتبار الشروط المقترنة بالعقد وأكثرهم تصحيحا لها، وهم يرون أن الشروط الصحيحة تثبت لصاحبها الحق في فسخ العقد خلافا لجمهور الفقهاء.

أما إذا كان الشرط منافيا لمقتضى عقد الزواج ومناقضا لمقاصد النكاح فإن الفقهاء متفقون على عدم اعتباره وعلى عدم تسويغ طلب التطلق إذا تمت مخالفته و لم يتم الوفاء به.

قال الأستاذ أبو زهرة: " وتحرير الخلاف بين الجمهور وأحمد في الشروط المقترنة بالزواج أن أحمد يجعل الأصل الصحة، حتى يقوم دليل من أثر نص قرآني يثبت البطلان، والجمهور يقول: إن الأصل عدم الإلزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعي من نص أو قياس أو عرف يثبت الإلزام، فكأن موضع الخلاف الشروط التي ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفىها؛ فأحمد يجعلها صحيحة والجمهور من الفقهاء يجعلونها ملغاة... وإن أحمد بن حنبل إذ أوجب الوفاء بكل شرط لم يقدّم دليل على نقيضه؛ يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط لنفسه، فإنه يكون له حق الفسخ إذا لم يكن وفاء بالشرط، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء، إذا اشترطت ألا يتزوج عليها ثم تزوج فإن العقد الثاني يصح، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ، أما إذا كان الشرط ممكن حمل المخالف عليه قضاء كأن تشترط ألا تخرج من بيتها، فلها ألا تنتقل إلى منزله، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال، لأن امتناعها بحق شرعي لها" <sup>1</sup>

وما ذهب إليه المقنن الجزائري من إعطاء حق التطلق للزوجة كلما خالف الزوج أحد تلك الشروط المتفق عليها؛ مخالف لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء بمثل هذه الشروط لما ينجم عن ذلك من مفساد وأضرار.

وذلك يوسع من حالات التطلق جدا ويجعل الزواج مهددا بالانفكاك والفسخ و يكون حل رابطة الزوجية متاحا للمرأة عن طريق التطلق كلما ثبت أن الزوج قصر في أحد الشروط المتفق عليها، فهذا يتصادم مع مقاصد الشرع في إحكام آصرة النكاح واعتباره ميثاقا غليظا وجعل الطلاق في حالة أشبه ماتكون بالضرورة وارثكاب أخف الضررين.

<sup>1</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " 159 - 160



ومقصد الديمومة من المقاصد الأساسية لتشريع الزواج في الشريعة الإسلامية، لأن قصد استمرار نسل سليم قادر على تحمل المسؤولية لا يمكنه أن يتحقق إلا بوجود جو أسري مستقر وثابت.<sup>1</sup>

قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور: " فأنحلال أصرة النكاح يكون بالطلاق من تلقاء الزوج، وبطلاق الحاكم، وبالفسخ، والمقصد الشرعي منه ارتكاب أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حالة الزوجين وتسرب ذلك الارتباك إلى حالة العائلة، فكان شرع الطلاق الحلّ أصرة النكاح وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [ البقرة 229 ] " <sup>2</sup>

ولم ينص قانون الأسرة على مثل هذا بالنسبة للزوج فلا نجد في مواده ذكر مخالفة المرأة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ولم ينص مثلاً على جعل الزوجة ناشزة إذا كانت مخالفة الشروط من جهتها ويسقط حقها في التعويض إذا طلقها الزوج بسبب ذلك أو النص على أن طلاق الزوج لزوجته نتيجة مخالفتها للشروط المتفق عليها ليس طلاقاً تعسفياً ولا يلزم فيه بالتعويض!<sup>3</sup>

وقد رجح عدد من المحققين المعاصرين مذهب الجمهور في الاشتراط بين الزوجين، وقد سبق النقل عن الأستاذ أبي زهرة والدكتور وهبة الزحيلي في توضيح ذلك وبيانه.<sup>4</sup> والقول الحسن في هذه المسألة هو تقرير انفكاك وجوب الوفاء بالشروط عن ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء .

قال الأستاذ محمد سعيد رمضان البوطي: " أما الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشرط ، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيره واجباً، بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سبباً لثبوت حق الفسخ فيه، كما هو معروف، كما أنه ليس كل تقصير في الوفاء بالشروط المتفق عليها يكون سبباً لحق الفسخ في مختلف

1 - بولخراس كريمة، تعديلات قانون الأسرة الجزائري بين مقاصد المشرع ومقاصد الشارع، " المرجع السابق " ص 15

2 - ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، " المرجع السابق " ص 290

- انظر، بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، " المرجع السابق " ص 470

4 - انظر ص 62 من المذكرة.

## الفرع 02: مسألة عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع

اقتصر قانون الأسرة الجزائري 1984 في تنظيمه لموضوع الخلع على مادة واحدة هي المادة 54، ولم يتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م فيما يتعلق بموضوع الخلع إلا تعديلا واحدا مفاده النص على عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع.

حيث أصبحت المادة 54 بعد التعديل كما يلي: ( 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. )<sup>2</sup>

فبقي الخلع منظما بمادة واحدة كما كان الحال سابقا ، واقتصر التعديل على تقرير حق الزوجة في الخلع من زوجها دون موافقته<sup>3</sup>

وقد ذهب جمهور الفقهاء وعامتهم إلى القول بأن الخلع عقد بين الزوجين، فهو لا يقع إلا بالتراضي بينهما، فالإيجاب والقبول - كما يقول الأحناف - ركن فيه لا يقوم بدونهما، فهو ينعقد بإيجاب من

---

1 - البوطي محمد سعيد رمضان، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر سوريا، ط2، 1981، ص 98

2 - ونص المادة 54 في ق أ 1984 أي قبل التعديل كما يلي: ( يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. )

3 - وقد سجل على هذه المادة بعض الباحثين ملاحظات عدة مثل أنها غامضة لا تدل صراحة على أن الخلع طريقة من طرق إنهاء الرابطة الزوجية، ومن جهة أخرى جاءت ناقصة، إذ أنها لم تقنن أحكام الخلع كما هو مدون في كتب فقهاءنا رحمة الله عليهم، ومن ثم تركت أسئلة كثيرة دون جواب، منها على سبيل المثال: ما هي شروط صحة الخلع؟ وهل الخلع فسخ أم طلاق؟ وهل يسقط الخلع حقوق الزوجية؟ وهل الخلع معاوضة أم يمين وهل على المختلفة عدة أم استبراء؟ وما حكم الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق كالخلع على الرضاع والحضانة ونفقة الصغير؟

شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد4، 2008، ص 7 و 8.

وفي بحثنا هذا لم نتعرض لذلك لأنه محصور في تناول ما جاءت به التعديلات من مستجدات.

أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، والسبب في اعتباره عقدا أنه يترتب عليه سقوط حق الزوج قبل زوجته، لذلك لا بد من رضاه، ويترتب عليه أيضا إلزام الزوجة بالعبء المتفق عليه، ومن ثم لا بد من رضاها أيضا .

فلا يجوز للزوج أن يجبر زوجته على الخلع ولا الزوجة أن تجبر زوجها على الخلع، ومن ثم كان الخلع لا يقع صحيحا إلا بالاتفاق بين الزوجين <sup>1</sup>

قال ابن حزم: ( فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما ) <sup>2</sup>

وقال الإمام الكاساني: (وأما ركنه فهو الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد على الطلاق بعبء فلا تقع الفرقة، ولا يستحق العوض بدون القبول) <sup>3</sup>

وهو رأي الإباضية أيضا، فقد جاء في فتوى الشيخ أحمد الخليلي: ( ... والخلع جائز ولكنه يتوقف على رضی الزوجين به، فإن لم يرض به الزوج لم يكره عليه، وإن ضارها وثبتت مضارته لها حمل على طلاقها والله أعلم. ) <sup>4</sup>

قال الشيخ المحقق أبو زهرة: (والوضع الفقهي للخلع أنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول) <sup>5</sup>

وقد نظمت الشريعة الفرقة بين الزوجين فجعلت الطلاق بيد الرجل وانعقد الإجماع على ذلك، فالزوج هو الذي يستقل بحل قيد النكاح في الطلاق، وفي مقابل حق الرجل في الطلاق أجاز الفقهاء للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة تطليقها على زوجها للسبب الذي تستند إليه في طلبها، ومتى أثبتت سببا مسوغا شرعا لتطليقها طلقها القاضي على زوجها.

وبين هذين الحقيقتين المتقابلتين، أجازت للزوجين حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع باتفاق بينهما،

1 - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن، " المرجع نفسه " ص 14

2 - ابن حزم أبو محمد علي ، المحلى بالآثار ، " المرجع السابق " 511/9

3 - الكاساني الحنفي علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، " المرجع السابق " 145/3

4 - الخليلي أحمد بن محمد، الفتاوى ، عن وزارة الأوقاف العمانية 2013 ، د ع ط ، 317/2

5 - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " ص 330

فتملك المرأة نفسها مقابل عوض تدفعه لزوجها فإذا تعسف الزوج في قبول الخلع، وجعله وسيلة للابتزاز جاز للقاضي عند بعض أهل العلم وفق ضوابط معينة أن يجبره على ذلك، وهكذا صانت الشريعة الإسلامية حقوق كل طرف في حل الرابطة الزوجية<sup>1</sup>

أما أن تعطى الزوجة حق الخلع دون موافقة الزوج كما يملك الزوج الطلاق؛ فهذا قول خارج عن مذاهب الفقهاء وأقوالهم، فالفقهاء متفقون أنه لا يمكن تصور خلع من الزوجة بإرادتها المنفردة دون موافقة زوجها أو على الأقل دون إزام من القاضي، وإنما وقع الخلاف بينهم فيما إذا كان من الممكن جبر الزوج من القاضي على قبول الخلع؟

ويرجح ابن تيمية جواز ذلك لكن بشرط أن يكون الزوج مقصرا في واجباته أو مضرا بزوجته، وأما إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه، إذا لم يكن ما يبيح الفسخ<sup>2</sup>، وهو تفصيل يراعي مصلحة الزوجين معا.

وليس في القول الفقهي بجواز جبر القاضي للزوج على قبول الخلع؛ مستند أو تبرير لما جنح إليه قانون الأسرة الجزائري من وقوع الخلع دون موافقة الزوج لأن ما اعتمده ق أ يعني أن لها أن تخلع نفسها من زوجها دون موافقته وما على القاضي إلا أن يقرها على ذلك، فيقع الخلع مباشرة من الزوجة دون حاجة إلى إزام من القاضي بل هو نفسه لا يمكنه رفض طلبها، وليست له أية سلطة تقديرية في ذلك، وكل ما يملكه هو التأكد من رغبتها في الخلع وردها للمهر.

فهؤلاء الفقهاء أجازوا للقاضي سلطة إيقاع الخلع جبرا على الزوج بصورة استثنائية وفق شروط معينة، ومع ذلك هم يقررون أن الخلع ابتداء لا يكون إلا بموافقة الزوج.

والخلاصة بعد هذا التوضيح أن اعتبار الخلع تصرفا انفراديا من الزوجة لا يحتاج لموافقة الزوج كما عبرت عن ذلك المادة 54 مخالف لمذهب عامة فقهاء الإسلام، وخاصة مع عدم إعطاء القاضي أي سلطة تقديرية في قبول الخلع أو رده، فالصياغة الحالية للمادة 54 من ق أ سلبت القاضي كل سلطته

<sup>1</sup> - انظر، شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن، " المرجع السابق" ص16-17

<sup>2</sup> - ابن تيمية أبو العباس أحمد، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، 1995، ط3، 283/32

في النظر في القضية المعروضة أمامه، حيث جعلته مجبراً على الاستجابة لرغبة الزوجة في الخلع، وأصبح دوره يقتصر على تقدير بدل الخلع إذا لم يتفق عليه الزوجان.

والحكم الذي جاءت به المادة 54 يخل بالتوازن الذي أقامته الشريعة الإسلامية في حل الرابطة الزوجية، فالفقهاء قرروا أن الطلاق بيد الرجل والتطليق بيد المرأة تحت إشراف القاضي، ويقع الخلع بينهما فهو يتم بعقد بين الزوجين كأصل عام، أما قانون الأسرة بعد تعديله أبقى الطلاق بيد الرجل، ومنح في مقابل ذلك الزوجة وسيلتين لإنهاء الزواج، وهما التطليق والخلع، ومنح الزوجة حق الخلع دون موافقة الزوج يؤدي إلى مفسد عظيمة فالمرأة كثيرة الانفعال نتيجة لتكوينها البيولوجي، وهو السبب الذي جعل الشريعة الإسلامية لا تمنحها حق الطلاق وجعلته بيد الرجل وحده.

قال الشيخ أبو زهرة: "... وقد يقول قائل: إن الشارع الإسلامي أهمل ناحية المرأة، وقد تكون الأخرى لا تطيق زوجها بغضاً فكان المنطق يتقاضانا أن يكون لها الافتراق من زوجها، ونقول: إن ذلك الاعتراض وارد لو كان الشارع الإسلامي أهمل المرأة وشعورها، لكن الشارع لم يهملها، بل جعل لها بمقتضى ما استنبطه كثيرون من فقهاء المسلمين الحق في طلب التفريق إذا تضررت من زوجها، وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها... وبقي أن يقال: لم فرق بين الرجل والمرأة؛ فأجيز للرجل الطلاق من غير حاجة إلى القضاء وأجيز للمرأة بشرط القضاء، والجواب عن ذلك مشتق من طبيعة المرأة والرجل، ومن وجود تبعات تحمل الرجل على التفكير والتقدير، ومن طبيعة الطلاق من حيث إنه ثبت للضرورة أو الحاجة.

إن المرأة تحكمها العاطفة، وتلك منزلتها وفضيلتها، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطيرة قد تضر، والطلاق أخطر ما يكون بين الرجل والمرأة تغضب فتظن أن صفحة حياتها قد أصابتها كدرة لابقاء معها، وأن البيت صار أضيق على نفسها من كفة الحابل، فلو جعل الطلاق في يدها ما نظرت في عواقبه في مثل هذه الحال من التأثر، وإن الرجل بما أنفق في سبيل هذا الزواج من مال وبما ألقى عليه من تبعات، وبماله من حرص على أولاده الذين ينسبون إليه هو، ومما يعقبه الطلاق من عواقب يفكر ويقدر قبل الإقدام فيوازن بين التبعات المترتبة عليه، والحاجة الدافعة إليه، فإن رجحت الأولى على الثانية أبقى أهله، وإن رجحت الثانية على الأولى طلق، إلى هنا انتهينا إلى أن الطلاق بيد الرجل، وهو حق له

ظاهراً ، وسيترتب عليه مضار تعود عليه وهو سيوازن بين ما سيدعو إليه وبين آثاره، وإن المرأة إن وجدت أسباب الفراق عندها رفعت أمرها إلى القضاء<sup>1</sup>

قال محمد الطاهر ابن عاشور: "وجعل أمر الطلاق بيد الرجل من الزوجين لأنه في غالب الأحوال أحرص على استبقاء زوجه وأعلق بها وأنفذ نظراً في مصلحة العائلة".<sup>2</sup>

لذا كان من الواجب اشتراط موافقة الزوج ابتداءً وكذلك منح القاضي حق التحري عن أسباب

طلب الخلع، إذ من غير المعقول إنهاء الرابطة الزوجية دون أسباب تذكر ولا بينات تسمع، فالقاضي حسب المادة 54 ليس له أن يتدخل لمنع الزوجة من الخلع إذا لم تقدم أسباباً وجيهة -والمقنن لم يحدد موجبات وأسباباً للخلع على غرار أسباب التطليق مثلاً -، وليس للقاضي التدخل مطلقاً إلا في تحديد المقابل المالي الذي تبذله الزوجة المخالعة لزوجها المخلوع، وفي حالة اختلاف الزوجين في تحديده فقط.<sup>3</sup>

وقد قرر الفقهاء أنه لا يجوز للمرأة أن تجنح إلى الخلع دون سبب فقد ورد الحديث بالزجر الشديد عن ذلك قال صلى الله عليه وسلم: « إن المختلعات والمنزعات هن المنافقات »<sup>4</sup> و جاء في فيض القدير: ( أي اللاتي يطلبن الخلع والطلاق من أزواجهن لغير عذر هن منافقات نفاقاً عملياً. )<sup>5</sup>

وفي موسوعة الفقه الإباضي: ( وأما طلاق نفسها فحرام أيضاً أن تسأله إلا إن كان مضاراً لها )<sup>6</sup>

وللأسف أن هذا الموضوع لم يأخذ حقه من التوضيح والتعقيب عند كثير ممن كتب حول تعديلات قانون الأسرة الجزائري مثلما أخذت مواضيع أخرى حقها كالتعدد وولي الزوجة.

---

1 - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، " المرجع السابق " 283-284

2 - ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، " المرجع السابق " ص 290

3 - انظر، شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن، " المرجع السابق " 41 وما بعدها.

4 - ابن حنبل أحمد، المسند، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2001، المحقق: الأرنؤوط شعيب وآخرون، رقم الحديث: 9358

5 - المناوي زين الدين محمد، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية مصر، ط 1، 1356 هـ، 236/6

6 - مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الإباضي، " المرجع السابق " 90/7

## المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الزواج

لقد جاء قانون الأسرة بالأمر المعدل 05-02 بأحكام إجرائية جديدة لانحلال الزواج، وستتناول تحت هذا المطلب التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية الجديدة لانحلال الزواج وبيان مدى موافقتها للمرجعية الشرعية، حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة جعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة ومسألة استحداث التدابير المستعجلة في التدابير المؤقتة ومسألة اعتبار أحكام التطليق والخلع من الأحكام غير القابلة للاستئناف ( فيما عدا جوانبها المادية ).

مع التنبيه إلى أنه من الملاحظات المسجلة على قانون الأسرة الجزائري أنه لا يتضمن أحكاماً إجرائية كثيرة، ولذلك تظهر بعض الإشكالات في تطبيق أحكامه بينما بعض الدول العربية على غرار دولة مصر خصصت قانوناً لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية<sup>1</sup>

### الفرع الأول: جعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة

جاءت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل - والتي عنيت بتنظيم إجراءات الصلح بين الزوجين - كما يلي: ( لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. )

وكانت المادة 49 في قانون الأسرة 84-11 كالتالي: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر. )

فالملاحظ أن جديد المادة 49 بعد التعديل هو جعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة كما كانت قبل

التعديل، وكذلك إلزام القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح .

وقصد المقتن من وراء هذا التعديل كما جاء في عرض أسباب المادة 49 معدلة هو إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن

موقفهما وتجاوز الخلافات القائمة بينهما والحفاظ على الأسرة<sup>2</sup>

ولا يخفى أن هذا يوافق قصد الشارع، فالشريعة الإسلامية متشوفة لاستمرار الحياة الزوجية وديمومتها واستقرارها و

التضييق على حالات الطلاق و الفرقة وعلى كل مايفرق بين الزوجين ويهدم روابط الأسرة، ولذلك ذكر الفقهاء أن الخلع

1 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، "المرجع السابق" ص 195

2 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، "المرجع السابق" ص 182

بغير سبب من المرأة محرم - وقيل مكروه - و أن الطلاق لغير حاجة مكروه - وقيل بتحريمه - .

و جاء الوعيد على التفريق بين الزوجين وعده من كبائر الذنوب وفعل الشياطين والسحرة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: « ليس منا من خبب امرأة على زوجها، أو عبدا على سيده »<sup>1</sup> ، وحثت الشريعة على الإصلاح بين الزوجين، قال الله تعالى: ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ... ﴾ [ النساء 128 ]  
وعليه فإن كل ما يعين على تقليل حالات الطلاق ووآد الشقاق والنزاع بين الزوجين هو مما يوافق مقاصد الشريعة وغاياتها في تنظيم أحكام الأسرة، وجعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة يقرب مساعي الصلح من النجاح ويعطي الزوجين فرصا لإعادة التفكير وعدم التعجل في إنهاء الحياة الزوجية.

### الفرع الثاني: استحداث التدابير المستعجلة في التدابير المؤقتة

مما جاءت به تعديلات قانون الأسرة الجزائري 05-02 إضافة المادة 57 مكرر والتي تنص على أنه: ( يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن )  
والتدابير المستعجلة هي تلك الإجراءات والتدابير المؤقتة، والمتعلقة بقضايا لا تحمل البطء والتأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال، وهي في مجال الزواج والطلاق كثيرة يهمنها منها ما تعلق بمصلحة الأولاد من نفقة وحضانة وسكن وزيارة.  
فإذا وقع الخصام بين الزوجين وطال أمده واستعصى حله ولم تفلح معه محاولات الصلح كان الأولاد عرضة للضياع والإهمال وضحايا طول إجراءات التقاضي، وهنا تبرز أهمية التدابير الاستعجالية في التخفيف من آلام الأولاد على الأقل في الجوانب المادية، وهو ما ركزت عليه المادة 57 مكرر .  
وبهذا يكون المقتن الجزائري قد حل مشكلة عويصة تتعلق بحقوق الأولاد وسد ثغرة كانت في قانون الأسرة 84-11، حيث ظهرت - نتيجة عدم نصه على هذه الإجراءات والتدابير المستعجلة المتعلقة بمسائل النفقة والحضانة والسكن - مشاكل اجتماعية كتشرد الأولاد وإهمالهم لفترات طويلة من غير نفقة

<sup>1</sup> - أبو داود سليمان، سنن أبي داود، المكتبة العصرية بيروت، د ت ط ، د ع ط ، تحقيق عبد الحميد محي الدين

، رقم الحديث 2175



ولا سكن، خاصة مع طول إجراءات التقاضي في مواد الطلاق التي قد تصل إلى سنة وتبقى معها حقوق الأولاد ضائعة طول هذه الفترة.<sup>1</sup>

وبناء على ذلك يمكن أن نقول أن هذا التعديل من المقنن الجزائري تعديل صائب وموافق لمقاصد الشريعة؛ لأنه يحمي الأولاد والمحضونين من الضياع والتشرد والإهمال ويكفل حقهم المادي، وكذلك يقلل من الآثار النفسية السيئة التي قد تلحقهم خلال تلك الفترة التي يفقدون فيها استقرار الأسرة، وقد يجرمون انتقاما من زيارة أحد الوالدين.

وفيما يتعلق بالنفقة مثلا فإن الزوجة قد تغادر مسكن الزوجية و تبقى طول إجراءات الطلاق بلا مال تنفقه على أولادها ونفسها، ولكن بناء على هذا التعديل تتقدم الزوجة بعريضة إلى المحكمة المختصة وتطالب بأمر استعجالي اتجاه زوجها بأن يقدم إلى الزوجة مبلغا ماليا كنفقة مؤقتة لها ولأولادها. وكذلك فيما يتعلق بالزيارة فإنه بإمكان أحد الزوجين الذي تعرّض للمنع والحرمان من زيارة المحضون أن ينال حقه عن طريق القيام بالإجراءات القانونية اللازمة وفق المادة 57 مكرر.

### الفرع الثالث: اعتبار الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف

مما جاءت به تعديلات قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 05-02 اعتبار الأحكام الصادرة في دعاوى التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 المعدلة، بينما قانون الأسرة 84-11 في المادة 57 كان يذكر أحكام الطلاق فقط كأحكام غير قابلة للاستئناف وفيما عدا جوانبها المادية.

وتقام المادة 57 من الأمر رقم 05-02 هي: ( تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف )

وهذا الأمر الذي جاءت به التعديلات من اعتبار أحكام التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف يعتبر مساسا بحقوق المتقاضين واستثناء من القواعد العامة، وذلك لأن الطعن في الأحكام القضائية هو أحد أهم الوسائل التي أقرها المشرع لحماية حقوق المتقاضين تمكينهم من التظلم عن طريق الطعن إما أمام نفس الجهة المصدرة للحكم كما في حالة المعارضة والالتماس بإعادة النظر، أو أمام جهة قضائية استئنافية تعلقو الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه كالمجلس القضائي، ومن هنا فإن الأصل هو جواز

<sup>1</sup> - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، "المرجع السابق" ص 186-

الطعن في مختلف أحكام القضاء، وهو المستفاد من نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 في الباب التاسع من المادة 313 إلى المادة 397 والتي حددت طرق الطعن العادية وغير العادية.<sup>1</sup>

- فأما بالنسبة لإمكانية الاستئناف في حكم التطليق:

فإنه من غير المقبول إلحاق التطليق بالطلاق في عدم الاستئناف، لأن هناك خلافا في طبيعة كل منهما فدور القاضي في التطليق يختلف عن دوره في الطلاق، حيث يقتصر دوره في حالة الطلاق على إثبات إرادة الزوج في حين يكون دوره في حالة التطليق أكثر تدخلا في تفحص موضوع النزاع والتأكد من توافر سبب التطليق المذكور في إحدى فقرات المادة 53 من قانون الأسرة، مما يحتمل معه إمكانية الخطأ أثناء تقدير القاضي لأسباب التطليق، فقد يقع في الغلط أو يدلس عليه أو تستعمل الزوجة الغش أو يخطئ القاضي في التقدير.<sup>2</sup>

وأمام هذا الفرق الظاهر بينهما كان الأولى هو قبول الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق، وعدم حرمان الزوج من حق التظلم في حالة اعتباره القاضي مخطئا في تقدير سبب التطليق. وهذا وارد فحكم القاضي معرض للقصور ويحتمل الصواب والخطأ، ويحتمل السداد في تقدير حصول سبب التطليق كما يحتمل الخلل والغلط في ذلك.

- وأما بالنسبة لإمكانية الاستئناف في الحكم بالخلع:

فإنه مادام قانون الأسرة الجزائري لا يعتبر الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين ولا يعطي للقاضي أي سلطة في رد طلب الخلع كما قدمنا في مسألة الخلع<sup>3</sup>؛ فإنه لا يكون لجعل أحكامه استثنائية كبيرة تأثير -و حال الخلع قانونا على ما هو عليه الآن- ولا معنى للمطالبة بذلك .

فاعترضنا في موضوع الخلع في قانون الأسرة هو على أصل تكييف الخلع فيه، ثم إذا تم ذلك التعديل سيكون للقاضي بعدها سلطة تقديرية في قبول طلب الخلع وتقييم مبرر الزوجة، وحينها ينبغي أن تجعل أحكامه قابلة للاستئناف وذلك لنفس المبررات التي ذكرناها في النقطة السابقة بخصوص جعل أحكام التطليق قابلة للاستئناف.

<sup>1</sup> - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، "المرجع السابق" ص 199-200

<sup>2</sup> - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري "المرجع نفسه" ص 201-202

<sup>3</sup> - تناولت مسألة عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع في الصفحة 82 وما بعدها من المذكرة .

## المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار انحلال الزواج

إن التعديلات التي سنتناولها فيما يتعلق بآثار انحلال الزواج كلها متعلقة بموضوع الحضانة وإن كان الفرع الثالث مندرجا في فصل الولاية من كتاب النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>

وقد عرف قانون الأسرة الجزائري 05-02 الحضانة في المادة 62 بأنها: " هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. "

وهو تعريف قريب من مما يذكر في كتب الفقه الإسلامي حيث عرفها الشيخ أحمد الدردير المالكي بأنها: " حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه " <sup>2</sup> و إذا كان الطفل بين أبويه فإن حضنته تكون لهما، وتنقضي ببلوغ الطفل ذكرا كان أو أنثى، وهذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، وعند المالكية تكون حضانة الذكر لبلوغه والأنثى لدخول الزوج بها.<sup>3</sup>

وستتناول تحت هذا المطلب التعديلات المتعلقة بآثار انحلال الزواج وبيان مدى موافقتها للمرجعية الشرعية، حيث سنتطرق في هذا المطلب لمسألة ترتيب الأولوية في الحضانة ( ترتيب الحواضن ) و مسألة توفير السكن للحاضنة و مسألة إعطاء الولاية على القصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق.

### الفرع الأول: مسألة ترتيب الأولوية في الحضانة ( ترتيب الحواضن )

جاءت تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بتعديل في ترتيب الحواضن، حيث كانت المادة 64 من قانون الأسرة 84-11 تنص على أن (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ... ) ثم في التعديل المشار إليه أصبحت المادة 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 )

ففي مسألة انتقال الحق في الحضانة بعد الأم تم العدول عن تقديم الجدة للأم ثم الخالة إلى تقديم الأب عليهما.

<sup>1</sup> - وقد سبق تحليل تناول المسألة في هذا الموضوع . انظر ص 77 الهامش رقم 2 من المذكرة.

<sup>2</sup> - الدردير المالكي أحمد ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، " المرجع السابق " 755/2

<sup>3</sup> - انظر، مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية ، " المرجع السابق " 48-47/7

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي في هذه المسألة نجد أن الفقهاء أجمعوا على أن الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجوراً يضيع الولد به أو غير مأمونة<sup>1</sup> جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: (أما إذا افترق الأبوان فإن الحضانة تكون للأم أولاً عند جميع الفقهاء، لكنهم يختلفون في وقت انقضاء حضانتها...)<sup>2</sup>

وسبب تقديم الأم أن لها ولاية الحضانة والرضاع، لأنها أعرف بالتربية وأقدر عليها ولها من الصبر في هذه الناحية ما ليس للرجل، وعندها من الوقت ما ليس عنده، فلهذا قدمت الأم رعاية لمصلحة الطفل<sup>3</sup> وبعد الأم اتفقت المذاهب الأربعة في المعتمد من أقوالهم على أن أحق الناس بالحضانة بعد الأم هي أمها أي الجدة للأم<sup>4</sup>

ودليل تقديم الجدة للأم بعد الأم ماجاء في الموطأ عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصمًا يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خل بينها وبينه. قال: فما راجعه عمر الكلام.

قال: وسمعت مالكا يقول: وهذا الأمر الذي أخذ به في ذلك<sup>5</sup>

واختلفوا فيما بعد ذلك: فقدم الحنفية، والشافعية في الجديد: أم الأب، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه. وأحرر المالكية أم الأب بعد الحالة وعمة الأم. وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته...<sup>6</sup>

وقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة؛ لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، كما تقدم، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحياناً في ترتيب

1 - انظر، الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته: "المرجع السابق" 7298/10

2 - انظر، مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، "المرجع السابق" 48/7 وأيضاً: الحارثي الإباضي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، "المرجع السابق" ص 432

3 - سيد سابق، فقه السنة، "المرجع السابق" 339/2

4 - انظر، الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية لبنان، ط2، 2003، 522-521/4

5 - مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث لبنان، 1985، د ع ط، 767/2

6 - انظر، الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته: "المرجع السابق"، 7299/10

## الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة<sup>1</sup>

وبالنسبة لما اعتمده المقنن الجزائري في التعديل بتقديم الأب على الجدة للأب والعدول عن مذهب

عامة الفقهاء فلا أجد له مستندا في الأقوال الفقهية إلا رواية مرجوحة عند الحنابلة

قال ابن قدامة الحنبلي: (وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاتها لها، ففيه وجهان؛ أحدهما، تنتقل

إلى الأب؛ لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها والثاني: تنتقل إلى

أمها وهو أصح؛ لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ... )<sup>2</sup>

ولعل المقنن الجزائري قدر أن مصلحة المحضون في تقديم الأب بعد الأم، واعترض على هذا بأن الأب

مطالب بالإفناق وذلك يقتضي خروجه من المنزل للكسب والعمل وتوفير حاجيات المحضون وفي هذا

حرج وتعارض، فلا يمكنه التفرغ لرعاية الطفل وتربيته، فضلا عن ذلك أن الطفل قبل السن العاشرة يحتاج

إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر كأصل عام إلا عند النساء بحكم الطبيعة<sup>3</sup>

قال الإمام الكاساني: ( فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والأصل فيها

النساء؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة

وإقامة مصالح الصغار أقدر )<sup>4</sup>

## الفرع الثاني: مسألة توفير السكن للحاضنة

مما تضمنته تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 عدم إعادة النص على الشروط التي

كانت مذكورة في المادة 52 لاستحقاق الحاضنة السكن لممارسة الحضانة، حيث كانت المادة المشار

إليها في قانون الأسرة 84-11 تتضمن مايلي: (... وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن

حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج،... )

وأيضا جاءت المادة 72 من قانون الأسرة المعدل والمتم بموجب الأمر 05-02 كما يلي: (في حالة

الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. )

1 - انظر، الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته: " المرجع السابق " ، 7298/10

2 - ابن قدامة الحنبلي موفق الدين ، المغني ، " المرجع السابق " 248/8

3 - انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق " ص 210

4 - الكاساني الحنفي علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، " المرجع السابق " 41/4

وبهذا يكون المقنن الجزائري في هذا التعديل قد رفع التعارض الذي كان قائما بين المادتين 52 و 72 في قانون الأسرة 84-11 والذي أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية حينها.<sup>1</sup>  
وأصبح قانون الأسرة الجزائري 05-02 ينص صراحة ودون التباس على وجوب توفير مسكن ملائم من طرف الأب للحاضنة لممارسة الحضانة، وإلا دفع بدل إيجار إن تعذر ذلك.  
وما اختاره المقنن الجزائري في هذه المسألة هو موافق في الجملة لمذهب المالكية على المشهور، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وكذلك هو المختار عند الحنفية.

قال ابن جزى المالكي: "كراء المسكن للحاضنة والمحضونين على والدهم في المشهور وقيل تؤدي حصتها من الكراء"<sup>2</sup>

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: ( اختلف فقهاء الحنفية في وجوب أجر المسكن للحاضنة إذا لم تكن في مسكن الأب، فقال بعضهم: على الأب سكنى الحاضنة وهو المختار عند نجم الأئمة ... وعند المالكية: ما يخص المحضون من أجر المسكن فهو على الأب باتفاق، وإنما الخلاف فيما يخص الحاضنة من أجر المسكن.

ومذهب المدونة الذي عليه الفتوى أن أجر المسكن على الأب للمحضون والحاضنة معا.  
وقيل: تؤدي الحاضنة حصتها من الكراء، وقيل: تكون الأجرة على قدر الرعوس فقد يكون المحضون متعددا، وقيل: للحاضنة السكنى بالاجتهاد، أي على قدر ما يجتهد الحاكم  
وأما الشافعية والحنابلة فقد اعتبروا السكنى من النفقة، فمن تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها ( <sup>3</sup>

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: ( اتفق الحنفية على المختار، والمالكية على المشهور على وجوب أجر مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن؛ لأن أجر المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه نفقته، باجتهاد القاضي أو غيره بحسب حال الأب )<sup>4</sup>  
ومن الانتقادات التي يمكن أن نوجهها للمقنن الجزائري بخصوص هذه المسألة هو أنه لم يراع قدرة الزوج ولم يذكر حالة عدم قدرة الزوج على توفير المسكن لعسرته وضيق حاله المادي، وكذلك لم يذكر

1 -انظر، شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، " المرجع السابق" ص 228

2 - ابن جزى المالكي محمد أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، " المرجع السابق " 149/1

3 - مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية ، " المرجع السابق " 313-312/17

4 - الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " 7315/10

حالة كون الحاضنة موسرة وتملك مسكنا يمكن أن تمارس فيه الحضانة، فمراعاة مثل هذه الحالات مما يحقق العدل ويراعي مصلحة الجانبين.

قال ابن عابدين الحنفي: ( ... والحاصل أن الأوجه لزومه - أي أجرة مسكن الحضانة - لما قلنا، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا، لعدم احتياجه إليه، فينبغي أن يكون ذلك توفيقاً بين القولين... ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل، والله الموفق فافهم<sup>1</sup>)

والفقرة الأخيرة التي جاءت في المادة 72 بعد التعديل: ( وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. )

قد تضمنت إشكالا شرعياً وذلك أن هذه المطلقة قد صارت أجنبية عن زوجها السابق فكيف تبقى معه في مسكنه وهذا المسكن قد تحول عن كونه مسكناً للزوجية!

ومن جهة أخرى فإن الطلاق لا يكون إلا بعد شقاق وخلاف وسوء العلاقة فكيف سيكون الحال في هذا المسكن الذي تبقى فيه الحاضنة بعد طلاقها.

والأهم من ذلك أن هذا مخالف لقيمنا وأعرافنا وآدابنا الإسلامية، وقد كانت قرارات المحكمة العليا تنص على رفض هذا قبل هذا التعديل وتصفه بالمخالف للشريعة والآداب الإسلامية .

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/10/17 : " وجاء في قرار آخر بدعوى أن القرار مطعون فيه منح للمطعون ضدها الحق في البقاء في السكن الزوجي، وهذا مخالف للآداب وللشريعة الإسلامية ؛ لأنه غير مقبول أن تشارك امرأة مطلقة رجلاً في بيته، وتبقى في السكن الزوجي " وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2005/12/14: " بحيث قضوا للحاضنة بأن تقيم بطابق أو مشتمل من فيلا أو سكن الطاعن مطلقها، في حين أن هذا الأخير يُعد أجنبياً عنها، ولا يجوز أن تقيم معه في سكن واحد، الأمر الذي يجعل القرار المنتقد قد جانب الصواب وخالف القانون فيما يخص الحضانة وسكن ممارسة هذه الأخيرة " <sup>2</sup>

وقد تناول عن هذه المسألة الفقيه الرملي الشافعي فقال: (ولو كان في الدار حجرة وهي كل بناء محوط أو نحوها كطبقة فسكنها أحدهما أي الزوجين و سكن الآخر الحجرة الأخرى من الدار فإن اتحدت

<sup>1</sup> - ابن عابدين الحنفي محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، ط1992، 2، 562/3

<sup>2</sup> - سعادي لعلی، الزواج والخلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق

جامعة الجزائر 2015، 1، ص 398-399

المرافق ... اشترط محرم ... وإلا بأن لم تتحد المرافق بل اختصت كل من الحجرتين بمرافق فلا يشترط نحو محرم إذ لا خلوة<sup>1</sup>

ومن الانتقادات التي توجه للمقنن الجزائري بخصوص هذه المسألة أيضا؛ هو أن المادة 72 المعدلة أغفلت ما كانت تنص عليه المادة 52 من القانون القديم 84/11 في فقرته الأخيرة من أسباب سقوط حق المطلقة الحاضنة في المسكن أو بدل الإيجار دون أي مبرر .  
فمن العدل أن تفقد المطلقة الحاضنة الحق في السكن إذا ثبت أنها تزوجت من جديد وانتقلت إلى مسكن زوجها الجديد، أو ثبت أنها حولت مكان الحضانة إلى مكان للانحراف أو الفساد مثلا<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث : إعطاء الولاية على القصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق

إن التعديل الذي تعلق بالمادة 87 هو التعديل الوحيد الذي عرفه كتاب النيابة الشرعية من قانون الأسرة الجزائري ضمن تعديلات الأمر 05-302<sup>3</sup>.

حيث جاءت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بجديد يتمثل في منح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد في حالة الطلاق.

ونص المادة 87 المعدلة كالتالي: (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.)

ويتبين من هذا النص أنه أعطى للحاضن حق الولاية وحق الحضانة مع بعضهما بعد الطلاق، فإذا كانت الأم مثلا هي الحاضن فلا يبقى للأب ولاية على ولده وليس له سوى أن يلتزم بدفع النفقة الواجبة عليه للمحضون، وله حق الزيارة فقط.

ويكون للأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر بموجب حكم قضائي ولو كان الأب على قيد الحياة ودون وجود مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولائية.

ومبرر المقنن الجزائري أن هذا هو السبيل لوضع حد للمشاكل التي تواجهها الأمهات الحاضنات، حيث يعانين في الواقع من تعسف الآباء وامتناعهم أو مماطلتهم في أداء أعمالهم الولائية لا لشيء إلا

1 - الرملي الشافعي شمس الدين، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر بيروت، 1984، د ع ط ، 163/7

2 - انظر، غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة، " المرجع السابق" ص 6

3 - عن سبب إدراج هذه المسألة في مسائل آثار انحلال الزواج؛ انظر ص 77 من المذكورة.



للخلاف الذي بينهم وبين الزوجة ورغبة في الانتقام عبر الأولاد، أو كون الآباء يقيمون في مواطن بعيدة مما يصعب الأمر على الأم الاتصال بهم في كل أمور الأولاد .<sup>1</sup>

ولكن هذا التعديل يصادم أحكام الشريعة الإسلامية مصادمة صريحة، فالفقهاء جعلوا الولاية على القصر على نوعين: ولاية نفس، وولاية مال.

والولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتطبيب وتزويج ونحو ذلك.

والولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغيرها.<sup>2</sup>

وقرر الفقهاء أن الولاية بنوعيتها لا نصيب للأم فيهما من حيث الأصل، ويرجع ذلك إلى أن الولاية لا تبني على الشفقة وحدها، ولكن تبني أيضا على كمال النظر و القوة و الخبرة في شؤون المال، كما لا تجوز ولايتها قياسا على عدم صحة ولايتها في عقد النكاح<sup>3</sup>

والولي على النفس في مذهب الحنفية: هو الابن ثم الأب ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ، ثم العم، أي أن الولاية على النفس تثبت عندهم على القاصر للعصبات بحسب ترتيب الإرث: البنوة، فالأبوة، فالأخوة، فالعمومة. ويقدم الشقيق على من كان لأب فقط فإن لم يوجد أحد من العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام.

وأما في مذهب المالكية فتثبت هذه الولاية على الترتيب التالي: البنوة، ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة فالولي على النفس عندهم: هو الابن وابنه، ثم الأب ثم وصيه، ثم الأخ الشقيق وابنه، ثم الأخ لأب وابنه، ثم الجد أبو الأب، ثم العم وابنه ويقدم الشقيق منهما على غير الشقيق، ثم القاضي في عصرنا.

والولي على المال هو الأب فإذا كان للقاصر مال، كان للأب الولاية على ماله حفظاً واستثماراً باتفاق المذاهب الأربعة، ثم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية على مال القاصر بعد موت أبيه.

---

<sup>1</sup> - انظر، مريم زين وعباس عبير، ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد الصديق جيجل، 2022، ص 32

<sup>2</sup> - انظر، الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " 7327/10

<sup>3</sup> - انظر ، بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي الجزائر، العدد 1، 2018، ص 8

قال الحنفية: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للجد أبي الأب ثم لوصيه، ثم للقاضي فوصيه.  
وقال المالكية والحنابلة: تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه، ثم للقاضي أو من يقيمه، ثم لجماعة  
المسلمين إن لم يوجد قاضٍ.

وقال الشافعية: تثبت هذه الولاية للأب، ثم للجد، ثم لوصي الباقي منهما، ثم للقاضي...<sup>1</sup>  
وقال الإمام الكاساني الحنفي: ( وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف  
على الصغير في ماله لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات تجري جنائيات لا يهتم لها إلا ذو  
الشفقة الوافرة، والأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة،  
فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال )<sup>2</sup>

فلم يقل أحد من الفقهاء بإمكان انتقال الولاية إلى الأم بينما الأب على قيد الحياة، ومن جوز من  
الفقهاء أن تكون الولاية للأم إنما جعل ذلك بعد الأب والجد وهو قول عند الشافعية.<sup>3</sup>  
ولا شك أن المقنن الجزائري في هذه التعديل استجاب لأفكار الحركات النسوية والدعوات التغريبية  
التي تعتبر حرمان المرأة من الولاية على أبنائها ظلما لها وضربا للمساواة التي ينادون بها، والتي تكون  
حسب تصوراتهم المنحرفة بين المرأة والرجل مطلقة في كل الحقوق والواجبات.  
فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة  
والتي أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1979؛ النص على المساواة بين الرجل والمرأة في  
الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم :  
( 1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة  
بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:  
... ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة  
بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،  
د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم... )

1 - انظر، الزجيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته : " المرجع السابق " ص 7328 ومابعدها

2 - الكاساني الحنفي علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، " المرجع السابق " 155/5

3 - قال الرملي الشافعي : ( ولا تلي الأم في الأصح قياسا على النكاح . والثاني -أي القول الثاني- : تلي بعد الأب والجد وتقدم  
على وصيها لكمال شفقتها ، ومثلها في عدم الولاية سائر العصبية كأخ وعم . نعم ، لهم الإنفاق من مال الطفل في تأديبه وتعليمه  
وإن لم يكن لهم عليه ولاية ؛ لأنه قليل فسومح به ، ومحل عند غيبة وليه ، وإلا فلا بد من مراجعته فيما يظهر )  
الرملي الشافعي شمس الدين ، نهاية المحتاج شرح المنهاج، " المرجع السابق " 375/4 .

وما اختاره المقنن المصري في هذه المسألة يعد أفضل مما جنح إليه المقنن الجزائري فهو يميز بين أنواع من الولايات حيث نجد في قانون الطفل المصري لسنة 2008 وفي المادة 54 منه النص على إعطاء الولاية التعليمية للحاضن - دون الولاية على المال وكامل الولاية على النفس -، فهذا ما يمكن أن نعتبره استجابة لضرورة واقعية اجتماعية بالقدر الذي يرفع ذلك الحرج ولا يلغي ثوابت الفقه الإسلامي في الموضوع.

ونص المادة 54 من قانون الطفل المصري كالتالي: " تكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن و عند الخلاف على ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أي من ذوي الشأن الأمر إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر الوقتية ليصدر قراره بأمر على عريضة، مراعيًا مدى يسار ولي الأمر، و ذلك دون المساس بحق الحاضن في الولاية لتعليمية " <sup>1</sup>

و من التعديلات التي جاءت بها المادة 87 المعدلة النص على حالة غياب الأب أو حصول مانع له فقد نص على أن الأم تحل محله، فتباشر نيابة عنه ما استعجل من أمور الأولاد حيث تضمنت المادة 87 المعدلة مانعه: (وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. )

" والمقصود أنه إذا زال المانع زالت ولايتها واستردها الأب، فولايتها ولاية مؤقتة ومستعجلة غير أن المشرع لم يحدد لنا هذه الأمور المستعجلة التي تتولى فيها الأم الولاية المستعجلة، لكن يمكن القول بأنها تلك الأحوال التي تقتضي السرعة في إنجازها و يخشى من تأجيلها ضياع مصلحة الطفل لو طال انتظار عودة الأب من غيبته أو زوال مانعه، و الحالات المستعجلة نجدها خاصة في الأمور المدرسية و توقيع الوثائق المتعلقة بدراسته و استخراج الوثائق الإدارية كبطاقة التعريف و جواز السفر و رخصة السياقة وكل ما يحتاج تصريحًا شرفيًا من الأب " <sup>2</sup>

وما جاء في هذا التعديل قريب مما كانت تنص عليه المادة 63 الملغاة بالأمر 05-02: "في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأب بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني."

1 - قانون الطفل المصري لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008 .

2 - بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري، " المرجع السابق " ص 7

## خاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي حاولت فيها الإجابة على سؤال: " ما مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري؟ " والذي تفرعت منه مسائل وجزيئات؛ أحاول أن أجمل ماتوصلت إليه من نتائج وثمرات واقتراحات وتوصيات، وأختصرها في النقاط التالية :

## أولا: النتائج

1- أول قانون جزائري للأسرة صدر سنة 1984م وهو القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984، و أول تعديل لقانون الأسرة الجزائري كان سنة 2005م - وهو التعديل الوحيد لحد الآن - وذلك بموجب الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

2- قانون الأسرة الجزائري له مرجعية واضحة تتمثل في المرجعية الشرعية وهو مانص عليه في مشروع القانون وأكدته المادة 222 من ق أ وهو الذي يتناسب مع المادة 2 من الدستور الجزائري ومع طبيعة الشعب الجزائري المسلم الأصيل .

وهذه المرجعية لم يخصها المقنن بمحددات وضوابط ولم يجعل لها مذهباً فقهياً معيناً، وهذه ميزة تحسب للقانون الجزائري حيث ترك مرونة واسعة للقضاة في المسائل التي لم ينص عليها القانون فيمكنهم تلمس الحلول والآراء المناسبة لواقع الناس من كل المذاهب والآراء الفقهية، وذلك أن المادة 222 من قانون الأسرة 05-02 تلزمهم بالرجوع لأحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نص قانوني لكن دون أن تلزمهم بمذهب معين

3- تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 مست 42 مادة بين الإلغاء والتعديل و الإضافة .

وبخصوص مواضع هذه التعديلات في قانون الأسرة الجزائري نجد أن التعديلات كلها كانت في الكتاب الأول "الزواج وانحلاله" إلا تعديلاً واحداً كان في الكتاب الثاني "النيابة الشرعية" وبالضبط في المادة 87 تحت فصل "الولاية"

فالمواد المعدلة والمُلغاة والمضافة كانت من المادة 3 إلى المادة 87، بينما مواد قانون الأسرة من المادة 88 إلى المادة 224 لم تعرف أيّ تعديلات.

4- تكتشف لي من خلال تتبع تعديلات قانون الأسرة بالأمر المعدل والمتمم 05-02 وتقييم مدى التزامها بالمرجعية الشرعية؛ أنها تضمنت مخالفات صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية وخروجاً عن مجموع أقوال ومذاهب الفقهاء في عدد من المسائل وهي :

-ولي المرأة الراشدة : جاءت المادة 11 من ق أ 05-02 باعتبار المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها وذلك بحضور وليها ولكن الولي هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وهذا إفراغ لشرط الولي من كل مضمون وجعله شكلياً وخروج عن كل مذاهب وأقوال الفقهاء ومعارضة للنصوص الشرعية الواضحة .

-عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع: وذلك ما جاء في 54 المعدلة فأعطت للزوجة الحق في الخلع من زوجها دون موافقته ودون ذكر موجبات له ولا شروط، ولا يمكن للقاضي منعها ولو كانت إرادتها للخلع دون مبرر وأسباب، وهذا ما يخالف التكييف للفقهي للخلع بأنه عقد رضائي ويفتح الباب لهدم الأسر وفسخ الخلع دون مبررات وجيهة.

-تعدد الزوجات: فالمادة 08 من ق أ 05-02 وكذلك المادة 08 مكرر والمادة 08 مكرر 1 منه جعلت شروطاً إضافية لتعدد الزوجات تتمثل في اشتراط موافقة الزوجة أو الزوجات السابقات والزوجة الجديدة واشتراط ترخيص رئيس المحكمة بالزواج الجديد، وجاء فيها أن للزوجة الحق في المطالبة بالتطليق في حاله عدم الرضا أو الغش أو التدليس وأنه في حالة عدم استصدار الزوج للترخيص من طرف القاضي فإن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول، وهذا التضييق والتشديد على التعدد مخالف للتشريع الإسلام كما وضحته .

- طاعة الزوج: حيث تم إلغاء المادة 39 التي كانت تتضمن النص على وجوب طاعة الزوج واعتباره رئيساً للعائلة وعدم إعادة النص على ذلك، وهو إلغاء لأصل شرعي متفق عليه ينظم العلاقة بين الزوجين ويحفظ قوامه الزوج واستقرار الأسرة، وأيضاً لم يتم إعادة النص على سقوط واجب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في حالة نشوزها والذي كان منصوصاً عليه في المادة 37 من ق أ 84-11.

-مسألة ترتيب الأولوية في الحضانة ( ترتيب الحواضن ): فجاء تعديل المادة 64 فيما يتعلق بمسألة انتقال الحق في الحضانة بعد الأم بالعدول عن تقديم الجدة للأم ثم الخالة إلى تقديم الأب عليهما، وتقديم الأب على الجدة للأم عدول عن مذهب عامة الفقهاء ومعتمد المذاهب المتبوعة.

-مسألة إعطاء الولاية على القصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق: حيث جاءت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بجديد يتمثل في منح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد في حالة الطلاق، وعليه مثلا يمكن أن يسلب الأب ولايته على أبنائه القصر وتعطى للأم الحاضنة بموجب حكم قضائي ولو كان هذا الأب على قيد الحياة ودون وجود مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولاية.

وهذا ما يخالف المرجعية الشرعية فلم يقل أحد من الفقهاء بإمكان انتقال الولاية إلى الأم بينما الأب على قيد الحياة، ومن جوز من الفقهاء أن تكون الولاية للأم إنما جعل ذلك بعد الأب والجد.

وهذه التعديلات يصح لها أن نصفها بغير القانونية وغير الدستورية لأنها خرجت عن المرجعية المحددة لها قانونا .

5- أما بخصوص بقية التعديلات فيمكن أن نجعلها - باعتبار التزامها أو مخالفتها للمرجعية الشرعية - على قسمين:

أ- القسم الأول: تعديلات تتوافق صراحة مع المرجعية الشرعية وتعززها الأدلة الشرعية والمذاهب المعتمدة، وهي المسائل الآتية:

-اقتران الخطبة بالفاتحة: ففي المادة 06 من ق أ 05-02 تم توضيح ما يعد زواجا وما لا يعد كذلك عند اقتران الفاتحة بالخطبة، وأن العبرة في ذلك بتوفر ركن الرضا وشروط الزواج.

-وجوب إجراء الفحص الطبي: حيث نصت المادة 07 مكرر من ق أ 05-02 على وجوب الفحص الطبي على طالبي الزواج وذلك بتقديمهما وثيقه طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج

-إثبات النسب بالبصمة الوراثية: فتعديل المادة 40 من ق أ 05-02 تضمن إضافة فقرة تفيد جواز الأخذ بالطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب.

-جعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة: وهو جديد المادة 49 بعد التعديل.

-استحداث التدابير المستعجلة في التدابير المؤقتة: وهو ماجاءت به المادة 57 مكرر والتي تنص على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن .

**ب - القسم الثاني:** تعديلات تحملها قواعد الاجتهاد الفقهي وهي مندرجة في إطار الظنيات والخلاف السائغ وتختلف فيها الأنظار بين اعتبارها راجحة أو مرجوحة، ولها مستمسك من الأدلة وأقوال الفقهاء فهي لا تتناقض صراحة مع المرجعية الشرعية، ولا تصادم قطعيات وثوابت التشريع الإسلامي في باب فقه الأسرة والأحوال الشخصية، وتتمثل في التعديلات التالية:

- الهدايا في حالة العدول عن الخطبة: حيث جاءت التعديلات في المادة 05 من ق أ 02-05 بالتطرق لحالة لم تكن متناولة سابقا وهي حول الهدايا التي أهدتها الخاطبة للخاطب ثم كان العدول منه؛ فنصت أنه في هذه الحالة يتعين عليه أن يرد لها ما لم يستهلك من الهدايا التي أهدتها له أو قيمتها.

- سن الزواج: حيث ساوت المادة 07 من ق أ 02-05 بين الرجل والمرأة في سن الزواج وحدده ب 19 سنة بينما كان قبل التعديل محددا بتمام 21 سنة للرجل و بتمام 18 سنة للمرأة.

- أركان وشروط الزواج: حيث جاءت المادة 09 و 09 مكرر بجعل ركن واحد للزواج هو تبادل رضا الزوجين و اعتبار كل من "ولي الزوجة والشاهدان والصدّاق " -والتي كانت تعد سابقا أركاناً للزواج- شروطا للزواج إضافة الى أهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

- الاشتراط بين الزوجين: فالجديد الذي جاء في التعديل بخصوص الاشتراط بين الزوجين في المادة 19 هو النص على إمكانية شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة وخصهما بالذكر.

- واجب إرضاع الأولاد: حيث تم إلغاء المادة الملزمة للزوجة بإرضاع الأولاد وهي المادة 39 وعدم إعادة النص على ذلك.

- الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي: جاءت تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 بإضافة المادة 45 مكرر، والتي جاء فيها تبني فكرة التلقيح الاصطناعي وتم تحديد مجموعة من الشروط والضوابط لها.

- حالات التطليق: فأضاف تعديل المادة 53 حالتين هما: الشقاق المستمر بين الزوجين و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

- اعتبار أحكام التطليق والخلع من الأحكام غير القابلة للاستئناف ( فيما عدا جوانبها المادية ) بينما الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف: وذلك مانصت عليه المادة 57 المعدلة بينما قانون الأسرة 84-11 كان يذكر أحكام الطلاق فقط كأحكام غير قابلة للاستئناف وفيما عدا جوانبها المادية.

-مسألة توفير السكن للحاضنة: بتعديل المادة 72 أصبح وجوب توفير مسكن ملائم من طرف الأب للحاضنة لممارسة الحضانة صريحا ودون التباس وإلا دفع بدل إيجار إن تعذر ذلك، ولكنها لم تُضمّن مايراعي قدرة الزوج وحالة عدم قدرة الزوج على توفير المسكن لعسره وضيق حاله المادي، وحالة كون الحاضنة موسرة وتملك مسكنا يمكن أن تمارس فيه الحضانة...<sup>1</sup>

6- تبين لي بعد التأمل في هذه التعديلات أنها في مجموعها وعمومها ركزت على قضايا لا تثير إشكالا عمليا داخل المجتمع الجزائري، ولم تأت استجابة لواقع وحاجات اجتماعية وحلا لمشاكل أسرية حقيقية، وأبرز مثال على ذلك التعديل الذي مس ولي المرأة الراشدة، ولم تأت التعديلات سدا لثغرات ونقائص كانت في قانون الأسرة السابق 84-11، وإنما صدرت بصورة مستعجلة ولم تأخذ حقها من النقاش على مستوى المختصين ومراكز البحث ونخب المجتمع ولا على المستوى الرسمي، فمشروع التعديل صدر بأمر رئاسي ولم يتم إحالته للمناقشة والإثراء في إطار الهيئة التشريعية .

7- نجد في بعض هذه التعديلات نزعة نحو تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة و توجهها مبالغا فيه في تعزيز مكانة ومركزية المرأة على حساب الثوابت الشرعية، كما هي توصيات لجنة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" وغايات الضغوط الخارجية المستندة للاتفاقيات والمنظمات الدولية، ويمكن أن أذكر من شواهد ذلك النقاط التالية :

-المساواة بين المرأة والرجل في تحديد السن القانونية للزواج كما في المادة 7.

---

<sup>1</sup> - وبقيت مسألة من المسائل التي شملتهم الدراسة وهي فسخ النكاح في حالة ردة الزوج: فتعديل المادة 32 من ق أ 05 - 02 تضمن حذف العبارة التي كانت تنص على ذلك ولم يعد النص عليها وهو حكم شرعي اتفق عليه الأئمة الأربعة وغيرهم وهو مذهب الإباضية أيضا، ولكن لم أدرجه ضمن التعديلات التي خالفت المرجعية الشرعية باعتبار أن القاضي يمكنه الحكم بذلك استنادا للمادة 222 والتي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ومع ذلك فإنه كان من الواجب على المقنن الجزائري إبقاء النص على ذلك فلا مبرر له في حذفه.



- المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها ودور الولي لا يتعدى مجرد الحضور والمرأة هي التي تختاره بإرادتها الكاملة وقد يكون من غير أقاربها أصلاً كما في المادة 11 .

- جعل عمل المرأة قضية أساسية في رتبة الضروريات والنص عليه في التعديلات أكثر من مرة، ففي المادة 19 المعدلة جاء ذكر شرط عمل المرأة كمثال للشروط التي يراها الزوجان ضرورية ويجوز لهما اشتراطها في عقد الزواج، وعليه يمكن أن يكون من حالات التطليق وفق المادة 53 وذلك إذا تم اشتراطه ولم يتم الوفاء بذلك، وفي المادة 67 المعدلة تم النص على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

- الاقتصار على ذكر الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين كما في المادة 36، وإلغاء المادة 39 التي كانت تنص على واجبات الزوجة و إلغاء ما كانت تتضمنه المادة 37 من واجبات الزواج مما يوحي بالندية والمساواة بين الزوجين.

-إلغاء المادة 39 التي كانت تنص على " طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة " كأول واجب من واجبات الزوجة وعدم إعادة النص عليه، خاصة مع عدم وجود مادة أخرى تذكر أو توحى لقوامة الزوج ، وقد كان هذا الأمر أحد أهم مطالب الجمعيات النسوية التغريبية، وأيضاً لم يتم إعادة النص على سقوط واجب النفقة الشرعية على الزوج نحو زوجته في حالة نشوزها والذي كان منصوصاً عليه في المادة 37 من ق أ 84-11.

-المادة 53 وسعت من دائرة الحالات التي تجيز للمرأة طلب التطليق وبالتالي أعطتها حرية أكبر للتحرر من قيود الزوجية كما هي تعبيرات المتأثرين بالحدثة .

-المادة 54 جعلت الخلع حقاً للمرأة يقابل حق الرجل في الطلاق دون تحديد شروط له أو ذكر موجبات على غرار حالات التطليق ولا يشترط موافقة الزوج ولا يمكن للقاضي منعها .

- سلب ولاية الرجل على أبنائه بالكلية في بعض الحالات فالمادة 87 أعطت الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد في حالة الطلاق، وعليه مثلاً يكون للأم الحضانة الولاية على أبنائها القصر بموجب حكم قضائي ولو كان الأب على قيد الحياة ودون وجود مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولاية.

● وفي بعض الصور تجاوز المقنن المساواة بين الرجل والمرأة إلى تغليب مركزية المرأة على حساب الرجل كما يمكن أن تمثل لذلك بصورتين:

- مما جاء به تعديل المادة 53 إضافة " مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج " كحالة من حالات التطليق ولكن لم ينص على مثل هذا بالنسبة للزوج، فلا نجد في مواده ذكر مخالفة المرأة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، ولم ينص مثلاً على جعل الزوجة ناشزة إذا كانت مخالفة الشروط من جهتها ويسقط حقها في التعويض إذا طلقها الزوج بسبب ذلك أو النص على أن طلاق الزوج لزوجته نتيجة مخالفتها للشروط المتفق عليها ليس طلاقاً تعسفياً ولا يلزم فيه بالتعويض !

- جاءت المادة 54 المعدلة بعدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع، وعليه يكون المقنن الجزائري قد منح الزوجة وسيلتين لإنهاء الزواج وهما التطليق والخلع، بينما الزوج له وسيلة الطلاق فقط، وهذا يخل بالتوازن الذي أقامته الشريعة الإسلامية في حل الرابطة الزوجية والتي جعلت الطلاق بيد الرجل والتطليق بيد المرأة تحت إشراف القاضي، ويقع الخلع بينهما رضائياً .

8- ظهر لي أن عدداً من هذه التعديلات جاءت وفق التوجهات الحداثية المخالفة لقيم الأسرة الجزائرية واستنسخت مقاربات غربية كانت تسوق لها بعض الأحزاب العلمانية و حركات التحرر والجمعيات النسوية، ويظهر ذلك جلياً في قضية الولي وتعدد الزوجات وطاعة الزوج وتكليف الخلع و حذف حالة فسخ النكاح عند الردة، وكذلك الاتجاه نحو تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في بعض المواد كما فصلت ذلك بشواهد في النقطة السابقة.

### ثانياً: الاقتراحات والتوصيات

- إعادة النظر في بعض الشروط التعجيزية لتعدد الزوجات والتي جاءت بها المواد 08 والمادة 08 مكرر والمادة 08 مكرر 1 والاكتفاء بالنص على الشروط الشرعية.

- إعادة النظر في المادة 11 بالنص على أن الولي هو الذي يتولى زواج المرأة الراشدة وأن وليها هو أبوها، فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي لها.

- النص على استثناء الشروط المخالفة للشرع ومقاصده في الزواج في المادة 19 التي تقرر أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية.

- إعادة النص على واجبي طاعة الزوج وإرضاع الأولاد كواجبات على الزوجة، وإعادة النص على سقوط واجب النفقة في حالة نشوز الزوجة.

- إعادة النص على حالة فسخ النكاح في حالة ردة الزوج كما كانت في المادة 32 قبل التعديل، والنص أيضا على فسخ النكاح في حالة ردة الزوجة أيضا.

- تحديد شروط وضوابط اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 .

- تقييد إعطاء حق التطليق للزوجة عند مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج كما في المادة 53 التي تحدد أسباب التطليق؛ لأن ترتيب حق التطليق على كل شرط لا يتم الوفاء به يخالف تأصيلات جمهور الفقهاء كما ذكرت في الدراسة، ويذهب قدسية الزواج ويجعله معرضا للتفكك والانحلال عند كل نزاع.

- إعادة النظر في المادة 54 بتكييف الخلع وفق المقرر فقها من أنه عقد رضائي بين الزوجين يشترط فيه موافقة الزوج مع ضبط موجباته وحالاته وإعطاء القاضي سلطة تقديرية في قبول طلب الزوجة الخلع، مع إعطائه صلاحية جبر الزوج على الخلع إذا تبين له أن التقصير والخلل المعتبر من جهته فعلا، وموضوع ضبط قضية الخلع مهم جدا خاصة مع ارتفاع نسب الخلع في المجتمع فهذا يوجب السعي لتعديلات تحد منه وتقلل من استفحاله.

- إعادة النظر في اعتبار أحكام التطليق والخلع من الأحكام غير القابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، كما جاء في المادة 57 المعدلة فالأصل أن تكون أحكامه قابلة للطعن، إما أمام نفس الجهة المصدرة للحكم أو أمام جهة قضائية استئنافية تعلقو الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه كالمجلس القضائي، خاصة مع إمكانية الخطأ أثناء تقدير القاضي وقد يدل على من أحد الطرفين، مع ملاحظة أن هذه النقطة تم أحكام التطليق أكثر، أما الخلع فيحتاج لإعادة تكييف له وإلا ففي صورته الحالية لا يكون لجعل أحكامه قابلة للاستئناف تأثيرا كبيرا.

-إعادة ترتيب الأولوية في الحضانة في المادة 64 بتقديم الجدة للأم على الأب ليوافق تقارير عامة فقهاء الملة.

- إعادة النظر فيما جاء في الفقرة الأخيرة في المادة 72 من بقاء الحضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن بما يوجد لها وضعا قانونيا لا يخالف الأساس الشرعي باعتبار أن هذه المطلقة قد صارت أجنبية عن زوجها السابق وهذا المسكن لم يبق مسكنا للزوجية

-إلغاء إعطاء الولاية على القصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق كما تنص المادة 87 فلا تلازم بين الحضانة والولاية ولا ولاية للأم في حياة الأب ما لم يوجد مانع يمنع من ممارسة ولايته، والاكتفاء بإعطاء الولاية التعليمية فقط للحاضن واستثناء بعض الحالات كإهمال الأب أو غيابه كما كان منصوصا عليه في المادة 63 الملغاة في تعديلات 05-02 ، وذلك كفيل بحل المشاكل العملية في الواقع التي تنشأ عندما تكون الحضانة لغير الولي.

وفي الأخير : إن أيّ تعديلات قد يشهدها قانون الأسرة الجزائري مستقبلا ينبغي أن تصدر كحلول لمشاكل أسرية وحاجات اجتماعية حقيقية، وعلاجا لثغرات ونقائص قانونية - وليست استجابة لضغوط داخلية وخارجية -، كما أنه من اللازم أن تعطى حقها من النقاش والحوار والإثراء على مستوى المتخصصين و نخب المجتمع والهيئات التشريعية، والأهم من هذا كله أن تكون وفق مصدرها المحدد لها قانونا وهي المرجعية الشرعية بقواعدها المحكمة ومقاصدها الأصيلة.

وأختم هذه الدراسة متطلعا لملاحظات أساتذتي الأفاضل وتوجيهاتهم وتصويباتهم، فهي بلا ريب تزيد البحث نضجا وتقوم مافيه من خلل واعوجاج.

شاكر الله تعالى أولا وآخرا على تيسيره إتمام هذا العمل، وسائلا له سبحانه وتعالى التوفيق لمزيد من البحث والعلم النافع وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله.

## قائمة المصادر والمراجع:

- 1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم
- 2- ابن تيمية أبو العباس أحمد، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، 1995، ط 3 .
- 3- ابن جزري المالكي محمد أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، المكتبة العصرية ، د ت ط ، د ع ط .
- 4- ابن حزم أبو محمد علي ، المحلى بالآثار ، دار الفكر لبنان ، د ت ط ، د ع ط .
- 5- ابن حنبل أحمد، المسند ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 2001 ، المحقق : الأرنؤوط شعيب وآخرون .
- 6- ابن خلدون عبد الرحمن بن محمد، تاريخ ابن خلدون، دار الفكر بيروت، د ع ط، 1998.
- 7- ابن عابدين الحنفي محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، ط 1992، 2.
- 8- ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري واللبناني، 2011، د ع ط.
- 9- ابن فارس أبو الحسين أحمد، مقاييس اللغة، دار الفكر، 1979، تح عبد السلام هارون، د ع ط
- 10- ابن قدامة الحنبلي موفق الدين ، المغني ، مكتبة القاهرة ، 1968 ، د ع ط .
- ابن القيم محمد بن أبي بكر
- 11- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية بيروت، ط 1 ، 1991.
- 12- مفتاح دار السعادة، دار الكتب العلمية لبنان ، د ت ط ، د ع ط .
- 13- أبو داود سليمان، سنن أبي داود ، المكتبة العصرية بيروت، د ت ط ، د ع ط ، تحقيق عبد الحميد محي الدين.
- 14- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 2 ، د س ط .
- 15- البغا مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم سوريا ، ط 4، 2007 .
- 16- بن شويع الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية الجزائر، ط 1 ، 2008.
- 17- البوطي محمد سعيد رمضان ، محاضرات في الفقه المقارن ، دار الفكر سوريا ، ط 2، 1981.

- 18- التهانوي محمد بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان بيروت، ط1، 1996.
- 19- الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية لبنان، ط2، 2003.
- 20- الحارثي، سعيد بن حمد، نتائج الأقوال، مكتبة الضامري عمان، ط3، 2014 .
- 21- الحجاوي الحنبلي موسى بن أحمد ، زاد المستقنع في اختصار المقنع، دار الوطن السعودية ، د ت ط ، د ع ط .
- 22- الخطاب الرعيني المالكي شمس الدين ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر لبنان، ط3، 1992.
- 23- الخرخشي المالكي أبو عبد الله محمد، شرح مختصر خليل، دار الفكر لبنان، د ت ط ، د ع ط.
- 24- الخضري بك محمد ، أصول الفقه ، دار الحديث مصر ، 2003 ، د ع ط .
- خلاف عبد الوهاب
- 25- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتب المصرية ، ط2 .
- 26- علم أصول الفقه، مطبعة المدني مصر، ط6 ، د ت ط .
- 27- خليل بن إسحاق ، مختصر الشيخ خليل ، دار الحديث مصر ، 2005 ، د ع ط .
- 28- الخليلي أحمد بن محمد، الفتاوى ، عن وزارة الأوقاف العمانية 2013 ، د ع ط .
- الدردير المالكي أحمد
- 29- الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، دار المعارف ، د ت ط ، د ع ط .
- 30- الشرح الكبير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي، دار الفكر، لبنان ، د ت ط ، د ع ط .
- 31- الذهبي محمد حسين ، الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة- ، مكتبة وهبة مصر، ط2 ، 1991 .
- 32- الذهبي محمد شمس الدين، الكبائر، دار الندوة بيروت ، د ع ط ، د ت ط .
- 33- الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسين، المفردات في غريب القرآن، مح صفوان الداودي، دار القلم بيروت، 1412هـ، ط1.

- 34- الرملي الشافعي شمس الدين ،نهاية المحتاج شرح المنهاج ،دار الفكر بيروت،1984، د ع ط .
- 35- ريان أحمد علي ، فقه الأسرة، أحمد علي ريان، الجامعة الأمريكية المفتوحة ، 2005 ، د ع ط.
- 36- الزحيلي محمد، الوجيز في أصول الفقه، دار الخير سوريا، ط2، 2006 .
- 37- الزُّحَيْلِيُّ وَهْبَةُ: الفِقهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دار الفكر دمشق، د ت ط، ط4.
- 38- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي لبنان، 1977، د ع ط .
- 39- الصابوني عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، دار القلم، الإمارات، 2000، ط2.
- 40- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994 .
- 41- القرطبي المالكي أبوعبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، 1964، د ع ط .
- 42- القطان مناع، تاريخ التشريع الإسلامي ، مكتبة وهبة ، ط5، 2001 .
- 43 - الكاساني الحنفي علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986 .
- 44- مالك بن أنس ،الموطأ، دار إحياء التراث لبنان، 1985، د ع ط .
- 45- مجموعة مؤلفين تحت إشراف: السالمي عبد الله بن محمد، موسوعة الفقه الاباضي، وزارة الأوقاف سلطنة عمان ، 2017، ط1.
- 46- مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية، من 1404 إلى 1427 هـ ، دار السلاسل الكويت وآخرون.
- 47- المناوي زين الدين محمد ، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية مصر، ط1 ، 1356 هـ.
- 48- نواصة يوسف، فوضى الإفتاء في الجزائر، دار البصائر الجزائر ، 2014، ط1.
- 49- ولد خسال سليمان ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الأصالة الجزائر، ط2، 2012 .

## الرسائل والمذكرات :

50- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص فقه وأصوله، 2009، جامعة الحاج لخضر باتنة.

51- سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015 .

52- شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية ونقدية مقارنة -، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، 2009 .

53- لوعيل محمد مين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011.

54- مريم زين وعباس عبير، ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد الصديق جيجل، 2022.

## المجلات:

55- بلجراف سامية، إسناد الولاية الأصلية على مال القصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحث القانوني والسياسي الجزائر، العدد 1، 2018 .

56- بولخراس كريمة، تعديلات قانون الأسرة الجزائري بين مقاصد المشرع ومقاصد الشارع ، مجلة الحضارة الإسلامية الجزائر ، العدد 16 ، 2012.

57- حسيني أحمد، مدى مشروعية إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا مصر ، العدد 1 ، 2020 .

58- خليفي أسماء، الأمر 02-05 ومدى استجابته للواقع الاجتماعي والحلول البديلة، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد 12 جوان 2023 ، جامعة سكيكدة .

59- سطحي سعاد، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجا، مجلة المعيار الجزائر ، العدد 12، 2006 .



- 60- سعيدان أسماء، البصمة الوراثية لإثبات النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، العدد02 ، 2018 .
- 61- شبيلي الهادي الحسين ، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب نظرة شرعية، مجلة المعيار ، الجزائر، العدد5 ، 2003 .
- 62- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد4 ، 2008 .
- 63- غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة، مجلة دراسات وأبحاث، الجزائر، العدد22، 2016 .
- 64- غريسي جمال و بن خليفة إهام، عملية التلقيح الاصطناعي والاشكالات التي تثيرها في اثبات نسب المولود بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، الجزائر ، العدد1، 2022،
- 65- محمد قمر الدين وآخرون، العدة في التلقيح الصناعية دراسة من النظر الطبي والرؤية الشرعية ، مجلة الشريعة والقانون ماليزيا ، العدد1 ، 2020 .
- 66- نهابلي حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية الجزائر ، العدد1 ، 2010 .

#### القوانين والأوامر والمراسيم :

- 67- الدستور الجزائري .
- 68- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 .
- 69 - القانون المدني الجزائري 07-05
- 70- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر سنة 2005
- 71- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 سنة 2019

72- قانون الطفل المصري لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008 .

73- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - سيداو - .

### المواقع الإلكترونية:

74- [/https://laidbenzetta.blogspot.com](https://laidbenzetta.blogspot.com) ، مقال للأستاذ العيد بن زطة بعنوان " المرجعية الدينية في الجزائر " اطلع عليه بتاريخ 2024/05/07م .

75- [/https://www.raya.com](https://www.raya.com) ، مقال بعنوان : "مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري يثير جدلاً واسعاً لدى الأحزاب السياسية " اطلع عليه بتاريخ 2024/05/07 .

## ملخص البحث

لقد حاول الباحث في هذه الدراسة البحث في تعديلات قانون الأسرة الجزائري وتقييمها من الناحية الشرعية، حيث حاول الإجابة عن مدى التزام تعديلات قانون الأسرة 05-02 بمصدرها الأساسي المقرر لها وهي المرجعية الشرعية.

بناء على ذلك؛ فإنه قد قام قبل الولوج في صلب الموضوع ببيان معاني مصطلحات البحث وقدم لمحة عن تاريخها و نشأتها ثم إيضاح السياق والظروف التي جاءت فيها التعديلات، وبعدها اتجه إلى حصر مضمونها ومستجدها ليقوم بتقييمها من الناحية الشرعية وفحص مدى موافقتها للمرجعية الشرعية، ووفقا لذلك تحددت معالم البحث وانبتت فصوله ومباحثه .

وخلص البحث إلى أن هذه التعديلات - في عمومها ومجموعها - لم تأت استجابة لحاجات اجتماعية وحلا لمشاكل أسرية حقيقية، وإنما صدرت بصورة مستعجلة ولم تأخذ حقها من النقاش والإثراء على مستوى المختصين ونخب المجتمع ولا على مستوى الهيئة التشريعية، ولم تخل التعديلات من تأثير بدعوات حداثة خارجية وداخلية تهدف لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة والتفلت من محكمات التشريع الإسلامي.

وكذلك تضمنت مخالفات صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية في عدد من المسائل كمسألة ولي المرأة الراشدة وتكليف الخلع والتعدد وغيرها، وأما بقية التعديلات فأغلبها تحتملها قواعد الاجتهاد الشرعي ولا تخلو من مستند وشواهد في مذاهب الفقهاء والأدلة الشرعية .

## فهرس المحتويات :

- 05..... التصريح الشرفي
- 06..... الإذن بالطبع
- 07..... الإهداء
- 08..... شكر وعرفان
- 09..... رموز البحث
- 10..... مقدمة

### الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والتاريخي لقانون الأسرة الجزائري

- 18..... والمرجعية الشرعية
- 19..... المبحث الأول: تعريف المرجعية الشرعية ومصادرها
- 19..... المطلب الأول : تعريف المرجعية الشرعية.
- 19..... الفرع الأول : تعريف " المرجعية " لغة واصطلاحا
- 20..... الفرع الثاني : تعريف " الشرعية " لغة واصطلاحا
- 21..... الفرع الثالث : المركب الوصفي "المرجعية الشرعية" التعريف الاصطلاحي والواقع القانوني..
- 23..... المطلب الثاني : مصادر المرجعية الشرعية.
- 24..... الفرع الأول : تعريف مصادر المرجعية الشرعية
- 24 ..... الفرع الثاني : مصادر المرجعية الشرعية
- 25..... المبحث الثاني : نشأة قانون الأسرة الجزائري وتطوره
- 26..... المطلب الأول : الأحوال الشخصية في الجزائر قبل قانون الأسرة 84-11
- 26..... الفرع الأول : الأحوال الشخصية في الجزائر زمن الاستعمار الفرنسي
- 28..... الفرع الثاني : الأحوال الشخصية في الجزائر بعد الاستقلال .

المطلب الثاني : قانون الأسرة الجزائري 84-11 مع الأمر المعدل والمتمم 05-02..... 29

الفرع الأول : قانون الأسرة الجزائري 84-11 ؛ المضمون، وأهم الملاحظات ..... 29

الفرع الثاني : تعديلات قانون الأسرة بالأمر المعدل والمتمم رقم 05-02؛

33..... الظروف والسياق، والمضمون

**الفصل الثاني: تعديلات قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وعلاقتها**

بالمرجعية الشرعية ..... 41

المبحث الأول : التعديلات المتعلقة بالزواج وآثاره ..... 42

المطلب الأول : المسائل المتعلقة بمقدمات الزواج ..... 42

الفرع 1 : الهدايا في حالة العدول عن الخطبة ..... 43

الفرع 2 : اقتران الخطبة بالفاتحة ..... 45

الفرع 3 : سن الزواج ..... 47

الفرع 4 : وجوب إجراء الفحص الطبي ..... 48

المطلب الثاني : المسائل المتعلقة بأحكام عقد الزواج ..... 50

الفرع 1 : تعدد الزوجات..... 51

الفرع 2 : أركان وشروط عقد الزواج ..... 53

الفرع 3 : ولي المرأة الراشدة في عقد الزواج ..... 56

الفرع 4 : الاشتراط في عقد الزواج ..... 60

الفرع 5 : فسخ النكاح في حالة الردة..... 63

المطلب الثالث : المسائل المتعلقة بآثار الزواج ..... 65

65.....	الفرع 1 : واجبات الزوجة ( طاعة الزوج و إرضاع الأولاد )
71.....	الفرع 2 : إثبات النسب بالبصمة الوراثية
75.....	الفرع 3 : الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي
77.....	<b>المبحث الثاني : التعديلات المتعلقة بالتحلل الزواج وآثاره</b>
77.....	المطلب الأول : المسائل المتعلقة بالتحلل الزواج
78.....	الفرع 1 : أسباب التطليق
82.....	الفرع 2 : عدم اشتراط موافقة الزوج في الخلع
87.....	المطلب الثاني : المسائل المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الزواج
87.....	الفرع 1 : جعل جلسات الصلح مكررة وليست واحدة
88.....	الفرع 2 : استحداث التدابير المستعجلة في التدابير المؤقتة
89.....	الفرع 3 : اعتبار أحكام التطليق والخلع من الأحكام غير القابلة للاستئناف
91.....	المطلب الثالث : المسائل المتعلقة بآثار انحلال الزواج
91.....	الفرع 1 : مسألة ترتيب الأولوية في الحضانة - ترتيب الحواضن -
93.....	الفرع 2 : مسألة توفير السكن للحاضنة
96..	الفرع 3 : مسألة إعطاء الولاية على القصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق ..
100.....	<b>خاتمة</b>
109.....	<b>قائمة المصادر والمراجع</b>
115.....	<b>ملخص البحث</b>
116.....	<b>فهرس المحتويات</b>