

مبدأ اللاقانون ومدى التقيد به في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا -الأحوال الشخصية-

د. محمد سنيي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة 2- الجزائر

الملخص: إن من أخص خصائص تلك الطبيعية أن تصبغ التشريعات الأسرية بالمرونة، وتبتعد عن الصرامة والتشدد والتعقيد؛ وقد عبر فقهاء الشريعة عن ذلك بقولهم: "النكاح مبني على المكارمة والإحسان والمعاشرة بالمعروف"، وقال فقهاء القانون عنها: "إن قانون الأسرة يخضع لفرضية اللاقانون أكثر من خضوعه إلى القانون"؛ فالمرونة أو اللاقانون هو الأصل، والصرامة أو القانون هو الاستثناء.

فإلى أي مدى احترام قانون الأسرة الجزائري، وقرارات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- "مبدأ اللاقانون"، وما هي مظاهر ذلك الاحترام؟ وما هي الإشكالات في عدم احتضانه، وما الذي نجنبه في مراعاته؟

وكل ذلك يعقد في مبحثين:

الأول: مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قانون الأسرة الجزائري.

الثاني: مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قرارات المحكمة العليا- غرفة الأحوال

الشخصية-.

الكلمات المفتاحية: اللاقانون، قانون الأسرة، اجتهادات، المحكمة العليا.

1. مقدمة

لكل قانون مرجعيته وأصوله ومقاصده، وطبيعته، وبقدر مراعاة تلك المعايير بقدر ما يحقق القانون التغيير المنشود، والإصلاح المراد. إن التشريعات الأسرية، وبحكم تميزها وانفرادها بخصائص عن باقي فروع القانون الأخرى، تقتضي مزيداً من التركيز في تقعيد مواد تقنيناتها، وفي الاجتهادات القضائية الخاصة بها؛ لأن تلك التشريعات إذا ما أريد لها أن تحافظ على كيان الأسرة واستقرارها، وتقوية الروابط فيها، وتلبي رغباتها المتغيرة، وتنكيف مع تحولاتها، وتشارك في استتباب السلم الاجتماعي أن تُعص على استحضر طبيعتها المتميزة واستقلاليتها الذاتية.

إن من أخص خصائص تلك الطبيعية أن تصبغ التشريعات الأسرية بالمرونة، وتبتعد عن الصرامة والتشدد والتعقيد؛ وقد عبر فقهاء الشريعة عن ذلك بقولهم: "النكاح مبني على المكارمة والإحسان والمعاشرة بالمعروف"، وقال فقهاء القانون عنها: "إن قانون الأسرة يخضع لفرضية اللاقانون أكثر من خضوعه إلى القانون؛ فالمرونة أو اللاقانون هو الأصل، والصرامة أو القانون هو الاستثناء.

فإلى أي مدى احترام قانون الأسرة الجزائري، وقرارات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- "مبدأ اللاقانون"، وما هي مظاهر ذلك الاحترام؟ وما هي الإشكالات في عدم احتضانه، وما الذي نُجنيه في مراعاته؟ وعليه سنعقد مبحثين:

الأول: مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قانون الأسرة الجزائري.

الثاني: مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قرارات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية-.

وفي ثنايا كل ذلك نمر على بيان "مبدأ اللاقانون"، ومصطلحاته، والتعريف على المفاسد في إهماله، والمنافع في الركون إليه.

2. المبحث الأول

مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بيّن قانون الأسرة وجهته نحو تكريس "مبدأ اللاقانون" لما استمد أغلب مواده من فقه مالك بن أنس رحمه الله، ولما تفتح على اجتهادات المذاهب الثلاثة، و بالتفاته إلى آراء أخرى من خارج تلك المذاهب⁽¹⁾.

كما أنه لما اعتبر "الشريعة الإسلامية" مصدرا أصليا للقاعدة القانونية في تنظيم العلاقات الأسرية⁽²⁾ يكون قد احتضن بقوة ذلك المبدأ، وفي الوقت نفسه أراد التوخي الانسجام والترابط والتجانس بين أحكام ذلك العلاقات.

إن ذلك الاستمداد راعى الطبيعية الدينية للعلاقات الأسرية، وما تحتجته من المرونة والبعد عن الصرامة والتشدد، وخضوعها للأعراف، وفوق كل ذلك ما تنطوي عليه من مشاعر وعواطف.

إن ذلك التوجه استحضر أنه ينظم حقوقا يصطلح عليها بأنها غير مالية؛ فهي لا تُقوّم بمال؛ فلا يجوز بيعها، ولا شراؤها، ولا استغلالها، ولا التنازل عنها⁽³⁾؛ إنه بذلك لم يخرج عن الذاتية المستقلة لنظام تلك العلاقات المتميزة.

قد يُعترض بأن تلك الحقوق قد تؤدي إلى اكتساب حقوقا مالية كالنفقة مثلا؛ فالجواب: إن ذلك لا يغير من أصل طبيعتها الثابتة؛ لأن ذلك الاكتساب آثار من آثارها ليس إلا⁽⁴⁾.

هذا على وجه الجملة، أما إذا أردنا أن نعين مواده مادة مادة لا نراها تولى ظهرها لذلك المبدأ إلا في في التزر اليسير على ما يبدو.

إن استهلال قانون الأسرة بما تضمنته المادة 2؛ والتي تنص على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، والمادة 3؛ التي تقول: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية" يكون قد كشف بوضوح عن اعتناقه لـ "مبدأ اللاقانون".

إن المصطلحات المختارة في تينك المادتين "صلة الزوجية"، "صلة القرابة"، الترابط والتكافل"، و"حسن المعاشرة" لتنبئ عن مدى التوجه لذلك المبدأ، وهذا كفيل بأن نصدر حكما مفاده: أنه قد تمّ مراعاة المقاصد الخاصة والمتميزة للعلاقات

الأسرية، وما تستدعيه من تقويتها والحيلولة دون تفككها، والوقوف في وجه ما يعكر صفوها، ويمس لحمتها.

إن تلك المصطلحات هي العناوين الرئيسة لـ"مبدأ اللاقانون" من جهة، كما أنهما من جهة أخرى تتلقي مع ما سطره فقهاء الشريعة؛ وخاصة فقهاء المالكية من قولهم: "النكاح مبني على المكارمة والإحسان، والمعاشرة بالمعروف، والبيع على المشاحة"⁽⁵⁾، وأصرح من ذلك قولهم: "ليس المقصود من النكاح المغالبة والمكايسة كما في البيع، بل المقصود المكارمة والمحاسنة والألفة"⁽⁶⁾، بل قالوا: إن اصطباغ النكاح في صورته الشرعية بصيغة العقود من الإيجاب والقبول وصورة المهر، وما هو إلا اصطباغ عارض؛ لأجل تلك الخاصية التي يميز بها عن سائر العقود⁽⁷⁾.

إن تلك الطبيعة المتميزة لقانون الأسرة لم تقتصر ملاحظتها من فقهاء الشريعة، بل استشفها فقهاء القانون؛ حيث قعدها الفقيه الفرنسي الكبير جون كربونييه Carbonnier بقوله: "يخضع قانون الأسرة لفرضية "اللاقانون" أكثر من خصومه للمفاهيم القانونية والقانون؛ فاللاقانون le non-droit هو الأساس في عالم الأسرة، والقانون هو الاستثناء".

إن تلك المخالفة للقانون قد تكون من القانون نفسه؛ فالقانون قد يعدم أو يلغي نفسه بنفسه، كالحية التي تلدغ نفسها في ذيلها، ففي حالات كثيرة، القانون يفترس الظواهر والمفاهيم القانونية، ويبطل قانونيتها؛ ليس هذا مساره؛ إنه بذلك يولد تناقضات، تناقضات فسحت المجال لصناعة "اللاقانون"، بل قيل: إن المادة القانونية لا تتأصل قانونيتها إلا إذا خُرق⁽⁸⁾.

والعجب أن ثمة من يدافعون عن مبدأ تفكك الروابط العائلية، وهم يلاحظون على الأقل أن مبدأهم هذا يكمن في مزيد من القانون في مؤسسة العائلة، على أنه في المقابل فإن مخالفهم يرون أن ربط وشد القوى الغير القانونية بمزيد من الحب والمودة والأخلاق كل ذلك يكفي لتلاحم مؤسسة العائلة، ويتهمون القانون أنه يرى الطلاق أو التطبيق أكثر أهمية من الزواج⁽⁹⁾، وكان الأولى للقانون أن يتدخل في تلك المؤسسة في نطاق محدود وضيق؛ لأن الأعراف ببساطة وبحكم احتلالها لمساحة أوسع فيها كقيلة بأن تسد مسد القانون⁽¹⁰⁾.

إن مرد تلك الطبيعية ارتباط قانون الأسرة زيادة على العادات بالعواطف والأخلاق والمشاعر والأفكار الدينية؛ إنها دلالات تميزه عن باقي فروع القانون المختلفة، كما أن العلاقات العائلية إذا ما أريد لها أن ترسو على الاستقرار والمودة، وأن تتجانس وتحلها المرونة⁽¹¹⁾، وما تستدعيه من رفق وإحسان و تنازلات. ومن هنا حق له إذا ما أريد له أن يؤتى أكليه، ويبني أسرة تضع للمادة 2، و3 أن يساس بالمرونة والملائمة والانسجام بعيدا عن الصرامة والتعقيد⁽¹²⁾.

إن إبعاده عن الصرامة والتشدد والتعقيد أو قل المشاحة والمغابنة والمكايسة كما هي عبارات فقهاء الشريعة، وكذا تميزه وانفراده يحتم ضرورة تخليصه من عباءة القواعد العامة للقانون المدني؛ ذلك أن قواعده تمنح للدائن إمكان الاستيفاء الجبري⁽¹³⁾، زد على ذلك أن الطابع المادي الذي يركز على محل الالتزام وتجريده من الرابطة الشخصية هو الذي اعتمده قواعده القانون المدني الجزائري على الوجه الأغلب، ناهيك عن على أن ذلك الالتزام ذو طبيعة مالية، أو آيلة إلى مال⁽¹⁴⁾، مع إمكانية انتقاله، وتداوله في السوق كقيمة مالية⁽¹⁵⁾.

إذن اتضح مدى الفارق بين الطبيعتين؛ طبيعة قانون الأسرة، وطبيعة قواعد القانون المدني؛ فثمة تنافي وتضاد؛ واجتماع النقيضين محال، وإن حاولنا الجمع بينهما وإخضاع الأول للثاني فحتاج إلى لسيه، وإخراجه عن ذاتية المستقلة، وطبيعته المتميزة؛ وهذا يولد إشكالات لا أول لها ولا آخر، بالإضافة إلى إهمال تلك المعاي السامية التي تكتنف الروابط الأسرية، والزج بها في عالم الماديات، وإفراغها من جذورها التي ملؤها الإحسان والمعروف، والتسامح والتودد.

إن من إفرازات تأثير قانون الأسرة بقواعد القانون المدني؛ وخاصة بنظرية البطلان؛ ذلك التخبط والخلط الذين ظهروا في المادتين 32⁽¹⁶⁾، و33⁽¹⁷⁾ قبل تعديل 2005، وخاصة لما استعمل مصطلح "الركن" للدلالة على كل من شروط الصحة والانعقاد الواردة في المادة 9⁽¹⁸⁾ قبل التعديل⁽¹⁹⁾، ولهذا استدرك كل ذلك في التعديل الجديد، وإن كان ثمة غموض وتناقض ما زال يلفان المادة 32⁽²⁰⁾، والمادة 35⁽²¹⁾، وكذلك ما يظهر من غموض في الفقرة الثانية من المادة 33⁽²²⁾. ويثور تساؤل هنا؛ وهو: إذا صاحب عقد الزواج شروط من أحد الزوجين أو من كليهما، وتعذر تنفيذ

الشرط الملتمزم به بحيث أصبح مرهقا، ما العمل؟ هل بوسع القاضي أن يلجأ إلى قواعد القانون المدني لتعديله أو الإعفاء منه مراعيًا في ذلك نظرية الظروف الطارئة، ومدى جسامه الضرر الحاصل كما هو مبين في المادة 110 من القانون المدني؟ أم أنه يوازن بين مصلحة الزوجين من جهة، ومصلحة المجتمع من جهة أخرى⁽²³⁾؟. كما أن المسلك الذي اتبعه قانون الأسرة في المادة 19 المعدلة؛ والتي وسعت من حرية الاضطرار في عقد الزواج تحت ذريعة احترام مبدأ سلطان الإرادة أو بما يصطلح عليه بـ: "العقد شريعة المتعاقدين"، وإن كان يجد له سند في الفقه الحنبلي خاصة؛ والذي وسع دائرته ابن تيمية بقوله: "إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"⁽²⁴⁾، والذي سار عليه الفقه الغربي لا يتلاءم ذلك المسلك مع طبيعة العلاقة الزوجية؛ إنما علاقة أساسها المودة والسكينة لا علاقة إملاءات وتربص بالأخر، ومراقبته بمدى تنفيذه للشرط أو للشروط التي التزم بها. كما أن الاضطرار في صلب العقد يصير الملتمزم به؛ وهو تدفعه عاطفة الحب ومعاني التعلق بالآخر مدعنا لقبول تلك الاضطرارات؛ فيخرج عقد الزواج عن دائرته الخاصة والتميز، واستقلالته الذاتية.

زد على ذلك أن العواطف والمشاعر تصبح عرضة للمساومة، بل إن الصداق الذي يُكَيَّف على أنه عربون محبة ورمز للرجبة في الاقتران بالآخر، وعطية محضة، وشعار النكاح⁽²⁵⁾ يتأثر أيما تأثر بتلك الاضطرارات؛ فإن الزوج إذا ما قبل شرط زوجته فإنه في الغالب يصرح صراحة أو ضمنا بدعوة الزوجة بتنازل عن شيء من صداقها، وبالعكس فإن الزوجة إذا ما قبلت شرط زوجها تراها تريد مقابلة ذلك بالزيادة في صداقها؛ ولوجود تأثر الصداق بتلك الاضطرارات كره المالكية ذلك⁽²⁶⁾، هذا فضلا أن تلك الاضطرارات، وما يتولد عنها من خلاف وشقاق أوضحت أحد أسباب الطلاق البارزة في مجتمعنا.

إن قانون الأسرة يكون قد حاد عن "مبدأ اللاقانون" في هاته المادة، ولو أنه بقي وفيما لمذهب مالك رحمه الله تعالى؛ والذي يرى كراهة الاضطرار، وأنه يُلغى، وليس بلازم؛ ففي مختصر ابن الحاجب "...وما لا يناقضه [أي الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه]، يُلغى، فإن كان لها فيه غرض مثل: أن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من

بلد أو بيت فمكروه، قال مالك: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك⁽²⁷⁾، وليس بلازم⁽²⁸⁾، لما خالف ذلك المبدأ الذي يقتضي إبعاد كل من شأنه تعكير صفو العلاقة الزوجية، وإرهاقها بمزيد من الالتزامات التي لا تأتي عن طواعية وحب ومودة؛ ولهذا إذا اشترطت بعد العقد على الطوع، فتقبل، ويستحب الوفاء بها؛ قال ابن عاصم في تحفته:

وما يُنَافِي الْعَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلُ شَرْطًا وَعَيْرُهُ بِطَوَّعٍ يُقْبَلُ⁽²⁹⁾

إن قانون الأسرة لما نص بوضوح في المادة 4 أن من أهداف الزواج: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب يكون قد ترجم "مبدأ اللاقانون" في افتتاحية الفصل الأول، واستمر على هذا لما منع إجبار الفاصرة على الزواج بدون موافقتها حتى لو كان أباهما كما في المادة 13؛ إنه استحضر ضرورة وجود الميل والرغبة القلبية؛ والتي بدونها لا معنى للسكنية والمودة والألفة. وأبدى المرونة وعدم الصرامة لما حكم بامضاء النكاح بعد الدخول في حالة إذا تم الزواج بدون ولي في زواج القصر، كما هو ظاهر في الفقرة الثانية من المادة 33. وظهرت تلك المرونة وعدم التشدد مرة أخرى لما لم يحكم بفسخ الزواج الجديد بعد الدخول في حالة عدم وجود ترخيص من القاضي المبين في المادة 8، كما هو مفهوم المادة 8 مكرر 1. كما أن قول المادة 10: "يكون الرضا بإيجاب وقبول من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" توسيع وعدم تضيق لصيغ الإيجاب والقبول، ومراعاة لما يتداوله المجتمع على اختلاف أعرافه ولغاته ولهجاته في انعقاد أنكحته.

إن قانون الأسرة، وإن كان خالف جماهير الفقهاء؛ ومنهم الأئمة الأربعة في أنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب، ولم يعديه إلى المصاهرة حتى يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة؛ مثل زوجة الأب رضاعا، وزوجة الابن رضاعا، وأصول الزوجة، وبنات الزوجة رضاعا، فإنه جنح إلى عدم التوسع في هذه الحرمة، وخاصة إذا علمنا أن الحرمة بالرضاع حرمة استثنائية، ولا توسيع في الاستثناء؛ فالمادة 27: "يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب" صريحة في ذلك؛ فلسنا أمام حالة سكوت؛ فلا مجال للاستنجد بالمادة 222⁽³⁰⁾.

إن ذلك التصييق في تلك الحرمة يحمل بقاء تلك الأصناف على الحل، وهذا فيه من بصمات المرونة وعدم الصرامة ما لا يخفى، وخاصة إذا استصبحنا المعنى الذي من أجله ثبتت الحرمة من طريق النسب؛ وهو الاختلاط الناشئ عن اندماج الأسرتين غير موجود عن طريق المصاهرة⁽³¹⁾.

إن المادة 14، وإن كانت أطلقت مقدار الصداق ولم تحدد أقله؛ وفي هذا مراعاة لعدم التصييق الذي ينجسم مع "مبدأ اللاقانون"، وفي الوقت نفسه أظهرت اللين في عدم اشتراط دفعه كله معجلا، وأوكلت كيفية الدفع إلى اتفاق المتعاقدين، فإنها وقعت في شيء من الصرامة لما حكمت بفسخ الزواج إذا تم بدون صداق قبل الدخول، كما في الفقرة الثانية من المادة 33.

ولا ندري ما مدلول "بدون صداق"؛ هل يقصد به عدمه حقيقة؛ أي عدم التعرض لذكره وتسميته، أم عدمه حكما؛ أي ذكر ولكن لم تتوفر فيه شروطه المبينة في المادة 14 من كونه مما يباح شرعا أو قل مما تسميته غير صحيحة؛ فإن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا⁽³²⁾؛

إن الاحتمال الثاني لا غبار عليه؛ لأن كل نكاح فسد لصداقه؛ ككونه لا يملك شرعا كخمر، أو لكونه لا ينتفع به، أو غير مقدور على تسليمه أو مجهولا، فيفسخ قبل البناء فقط، ويثبت بعده بمهر المثل⁽³³⁾. وأما الاحتمال الأول؛ وهو المتبادر؛ فإنه لا يصح؛ لأن عدم التعرض لذكر الصداق، وعدم الاتفاق على إسقاطه؛ وهو ما يصطلح على عقده بالنكاح التفويض⁽³⁴⁾ جائز بإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236)﴾ (البقرة)؛ قال ابن رشد: "وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز؛ وهو أن يعقد النكاح دون صداق"⁽³⁵⁾، واستدل له بالآية السابقة.

إن تلك الصرامة المخالفة لـ "مبدأ اللاقانون" في تلك الفقرة الثانية من المادة 33، لعل مردها أنها كيّفت الصداق كالثمن في عقد البيع من كل وجه، وهذا لا يستقيم؛ لأن الصداق، وإن كان كالثمن، إلا أنه لبنائه على المكارمة يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن؛ ولهذا يجوز فيه يسير الغرر أو جهالة؛ كشورة؛ أي متاع البيت⁽³⁶⁾.

يقول القرافي إن: "النكاح؛ فهو من جهة: أن المال فيه ليس مقصودا، وإنما مقصده المودة والألفة والسكون، يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا. ومن جهة: أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء: آية 24)، يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه؛ فلو وجد الشبهين توسط مالك؛ فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو شورة بيت" (37). كما أن ذلك التشدد نوعا ما انسحب على فسخ عقد النكاح إذا حصل بدون شاهدين قبل الدخول؛ وهو في نفس الفقرة من المادة 33، وسبب ذلك أن الصداق، والشاهدين أحما في خاتمة الشروط الأساسية في عقد الزواج مع انعدام الموانع الشرعية للزواج، وأهلية الزواج، كما في المادة 9 مكرر، وهذا لا يصح؛ لأن الصداق لا يشترط التعرض له، وإنما يشترط أن لا يدخل على إسقاطه، وأما الإشهاد فهو شرط لصحة الدخول، لا لصحة عقد النكاح، يقول الخطاب: "وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح: أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد" (38). إن من أوضح المواد التي صب فيها "مبدأ اللاقانون" المادة 36 المفصلة لحقوق وواجبات الزوجين؛ إننا نبصر فيها مصطلحات تفوح بالقيم والعواطف؛ مشاعر قلبية لا تقف عند الزوجين، بل تلج العائلة الكبيرة من أقارب الزوجين.

إن "المعاشرة بالمعروف"، و"تبادل الاحترام والمودة والرحمة"، و"التشاور في تسيير شؤون الأسرة"، و"حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر، وأقاربه واحترامهم وزيارتهم" من أقوى وأصح المعاني المترجمة لذلك المبدأ.

إن تلك المادة تنتقل بالزوجين إلى استشعار ما تمليه تلك الرابطة الزوجية ليس فقط اتجاه محيطها الضيق، بل إذا ما أردت الأسرة أن تبني سياجا يحميها من جهة، ويقوي علاقتها من جهة أخرى أن تسري معاني التعامل بالحسنى إلى أبوي الزوجين. إننا نلمح ذلك التأكيد على حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر في الفقرة 5، 6، و7؛ تأكيد يريد تفعيل تلك المعاملة، ونقلها إلى عرف، وميثاق شرف؛ يأتي في مقدمتهما ترجمة فعلية من زيارة كل واحد منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم. ولو أن المادة 36 أضافت فقرة أخرى تنص على زيارة كل واحد من الزوجين لأبوي وأقارب الآخر،

لكانت قد كرس "مبدأ اللاقانون" في أعلى تماثله. ولم لا يكون كل ذلك حتى في حالة ظهور كراهية الزوج لزوجته، وفي حالة الفراق؛ فالفراق والسراح لا بد أن يصبغ بالمعروف، بل حتى بعد الفراق، لا بد أن يستحضر ذلك الإحسان؛ ومنه العفو، وذلك الفضل الذي كان بين الزوجين؛ قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (237) (البقرة).

إن المادة بإيرادها لتلك المعاني أردت أن تقرر رسالة مفادها: أن المتصدي لمعالجة ما يطرأ من شقاق، ولو محتملا عليه أن يدخل من باب "اللاقانون"، لا من باب الإملاءات والإملاءات المضادة؛ باب من مفاتيحه الدعوة إلى سعة الصدر، وما يستدعي من تنازلات، وأطياب الكلام، والوجه الطلق؛ تعلقه بحياه البشاشة والبشر، والابتسامه الدائمة.

إن "مبدأ اللاقانون" لم يغيب عن الفصل الخامس من قانون الأسرة، والمعقود للنسب؛ فثمة مرونة، وعدم تشدد وصرامة سلكتها المواد المنطوية تحت ذلك الفصل. إن تلك المرونة تلتقي مع ما قعده علماء الشريعة؛ والمقاصديون منهم، لما جعلوا "حفظ النسب أو النسل" أحد الضروريات الخمس أو الست؛ إنهم التفتوا في كون "حفظ النسب راجع إلى صدق انتساب النسل إلى أصله؛ سائق النسل إلى البر بأصله، والأصل إلى الرأفة والحنو على نسله سوفا جبليا، وليس أمراً وهمياً؛ فحرص الشريعة على حفظ النسب وتحقيقه ورفع الشك عنه ناظرا إلى معنى عظيم نفساني من أسرار التكوين الإلهي علاوة على ما في ظاهره من إقرار نظام العائلة ودرء أسباب الخصومات الناشئة عن الغيرة الجبولة عليها النفوس، وعن تطرق الشك من الأصول في انتساب النسل إليها والعكس"⁽³⁹⁾. إن ذلك الحفظ للنسب خولفت من أجله قاعدة من قواعد الدعاوى؛ قال المقرري في كلياته: "كل ما سوى النسب،... لا ينظر فيه بعد تعجيز القاضي، وقطعه الحجة، وينظر فيها"⁽⁴⁰⁾؛ أي أن كل الدعاوى يلحقها التعجيز إلا الحق في إثبات النسب وما ذكر معه؛ فإنه متى رفعت دعوى نسب لشخص معين بيينة، ولم يأت بما بعد التلوم فلا يعجزه القاضي فمتى أقامها حكم بها⁽⁴¹⁾.

لقد امتطت تلك المواد بدءاً من المادة 40 مسلك عدم التشدد في إثبات النسب؛ فوسعت دائرته؛ وذلك بأن فتحت باباً كان يبدو عسيراً، وجَدَّ صعب، ويحتاج إلى كثير من الجراءة، وخاصة بعد أن استقر في الذاكرة الشعبية، وحتى في النخبة، وعُدَّ مخالفه بأنه خارق لاتفاق جماهير الفقهاء، وعامتهم، بل حتى ظن بعضهم أنه إجماع؛ إنه القول بتنسب ابن الزنا من أبيه الزاني. إن ذلك التنسب يستمد سنده على قراءة مرنة متفتحة وغير متعصبة لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 40؛ حيث جاء فيها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"⁽⁴²⁾. كما أن المادة 41 لما اكتفت في إثبات النسب بمجرد إمكانية الاتصال بين الزوجين، لا تيقنه تكون قد أبدت عدم الصرامة، والتزمت كثير من التسامح، وراعت ذلك أيضاً في إثبات النسب بالإقرار، ولم تشترط في المادة 44، و45 أن يبدي المُقَرَّر وجه إقراره، وإن كانت قد خالفت مصدرها الأول؛ مذهب المالكية، بل ذهبت المادة 44 إلى أبعد من ذلك لما صححته حتى في مرض الموت. وإذا ولجنا باب الطلاق يمكننا تلمس "مبدأ اللاقانون"؛ والذي من مضامينه أنه إذا تعسرت استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حالة الزوجين، وتسرب ذلك إلى ارتباك حالة العائلة، فللزوجة طلب التطلق بأكثر من سبب؛ فـ"مبدأ اللاقانون" روعي وجوداً وعدماً. إن تلك الأسباب العشرة لطلب التطلق من الزوجة التي تضمنتها المادة 53 تشترك في غياب المعاشرة بالمعروف، وانتهاك لمقاصد الزواج المبينة في المادة 2، و3، والثفاف على حقوق وواجبات الزوجين المدرجة في المادة 36، وحلول للضرر الذي يتنافى مع الإحسان و المودة والرحمة، وكل ذلك لا ينسجم مع ذلك المبدأ؛ فلا يمكن إعماله. كما أن المادة 54 لما أدرجت جملة "دون موافقة زوجها" في طلب الزوجة الخلع، وإن قرئت على أنه فيها توسيع لأسباب الفرقة، ولكن يكمن القول، وطلباً للمعاذير: أن الإرادة التشريعية الجزائية التفتت إلى ما تكنه الزوجة من بواطن الكره والبغضاء التي وصلت إليها اتجاه زوجها، وربما يعسر عليها أن تفصح بها؛ فالمسألة مسألة مشاعر وعواطف، وأنى أن يعبر عنها كل أحد؛ فإنه ليس كل أحد يمكنه إبانة المعاني القائمة بقلبه، وكثير من الناس يبينها بيانا ناقصاً، أضف إلى ذلك أن أصل مشروعية الخلع ليس فيه ذكر لسببه⁽⁴³⁾، نعم وردت رواية مبينة للسبب لكنها رواية ضعيفة⁽⁴⁴⁾. وفي المقابل لما نصت

المادة 49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم...". ابتغت اقتفاء تصديق دائرة الطلاق، والمحافظة على بقاء الرابطة الزوجية ما أمكن؛ إنها بذلك استمعت إلى القائلين بأن الفروج يحتاط لها؛ فلا يزال يقين النكاح إلا بمثله⁽⁴⁵⁾. إن ذلك التصديق يمكن تحريجه على قول من قال بوجود الإشهاد على الطلاق، وأنه إذا وقع بدونه فلا طلاق⁽⁴⁶⁾، وفي ذلك من المرونة وعدم الصرامة ما لا يخفى. وفي مسألة "التزاع بين الزوجين" رجحت المادة 73 كفة أحد الزوجين إذا ادعى ما يعتاده من المتاع؛ فالقول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول قول الزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال⁽⁴⁷⁾. إن اختيارها ذلك ينبئ عن مراعاة العرف؛ عرف يتغير بتغير الأمصار، والأحوال، والأزمنة؛ إن تلك المادة لم ترد إلزام المتنازعين بحكم ثابت؛ إنه مسلك المرونة، واللين. وإذا انتقلنا إلى الكتاب الثالث من قانون الأسرة: الميراث نقف على بصمات "مبدأ اللاقانون".

إن جعل القرابة سبب الميراث من متممات تقوية تلك الآصرة⁽⁴⁸⁾، إننا نلاحظ تلك التقوية، وما تستدعيه من البر والإحسان في:

أولاً: توريث الإخوة الأشقاء أو لأب عند اجتماعهم مع الجد، وأنه لا يجزئهم؛ إن في ذلك تدعيم للقرابة، إن الجد يشبه ساق الشجرة وأصلها، والأب بغصن منها، والإخوة بفروع من ذلك الغصن، ولا شك أن أحد الفرعين أقرب إلى الآخر منه إلى أصل الشجرة؛ ألا ترى أنه إذا قطع أحدهما امتص الآخر ما يمتصه الآخر، ولم يرجع إلى الساق⁽⁴⁹⁾، إن القول بذلك التوريث كما هو منصوص في المادة 158 مراعاة لوشائج القرابة والرحم، ودرء للخصومات والأحقاد.

ثانياً: القول باشتراك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث في مسألة المشتركة: زوج، وأم أو جدة، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء (المادة: 176)، وعللت المادة ذلك الاشتراك بقولها: "لأن جميعهم من أم واحدة"⁽⁵⁰⁾ مع أن قواعد الميراث تأتي ذلك. إن القول بذلك الاشتراك مرجعه رحم القرابة الجامعة بين الإخوة؛ إنها القرابة من جهة الأم؛ إنها من أسمى الروابط، وأقدسها.

ثالثاً: القول برد على الزوجين كما نطقت بذلك المادة 167 في فقرتها الثانية؛ إنه قول يجعل الزوجية في أقوى تجلياتها محققة لآصرة عقدة النكاح⁽⁵¹⁾؛ إنه تحقيق لذلك

الفضل، ولتلك المعاشرة الذين جمع بين الزوجين؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (البقرة، آية: 237).

رابعا: القول بالتزويل كما هو مبين في المواد 169-172.

إن ذلك الاجتهاد الذي اختاره قانون الأسرة مخالفا بذلك جماهير الفقهاء وعامتهم، وحتى السند الفقهي يحتاج إلى كثير من التكلف لا يوجد له نظير من كل وجه في الوصايا المشروعية؛ فالتزويل غاية ما يقال فيه أنه: "ميراث قانوني"⁽⁵²⁾.

إننا إذا بحثنا على باعث ذلك الاجتهاد قد نلفيه في كثرة شكوى الحفدة من عدم إرثهم من جدهم لوجود من يحجبهم مع أن آباءهم قد يكونون شاركوا في بناء ثروة جدهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى في نظرة القانون بعين العطف والشفقة لهؤلاء الحفدة مقدرين ما ينتظرهم من بؤس وشقاء⁽⁵³⁾، فمن الرحمة أن يجعل لهم نصيبا من إرث جدهم يدفع عنهم العوز، ويجهز على ما قد يعن من أحقاد وخصومات بينهم وبين أعمامهم؛ وفي ذلك كله تدعيم لصلة القرابة، وتمتين لعراها القريبة والبعيدة؛ وعليه فلا مجال للتشدد والصرامة. إن قانون الأسرة الجزائري لم يكتف باحتضان "اللاقانون" في تلك المواد، بل سعى إلى توسيع السلطة التقديرية للقاضي⁽⁵⁴⁾؛ فأعطاه مساحة يتحرك فيها دون أن يقيد، وحتى إذا قيده فبقيد المصلحة. إن الثغرات القانونية، وما يشبهها من حالة سكوت القانون قد تكون منفذا للقاضي في استحضار "اللاقانون"، والتخلص من "القانون" في معالجة النزاعات الأسرية؛ إنه بذلك يتماشى مع الأصل؛ وبالتالي لا يعاتب ولا يلام؛ فـ "اللاقانون" في أبسط تعريفاته هو غياب القانون في تنظيم حالات من العلاقات التي يفترض فيه أن يكون القانون حاضرا⁽⁵⁵⁾.

إن الإنصاف يلتفت إليه أو قل القانون الطبيعي وما يرافق كل ذلك مراعاة الأعراف والقيم، وتقريب وجهات النظر وتقليل آثار النزاعات ما أمكن أو محوها كلية في حالة غياب القانون، بل حتى في حالات غموض المواد القانونية⁽⁵⁶⁾.

3. المبحث الثاني

مظاهر "مبدأ اللاقانون" في قرارات المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-

إن المحكمة العليا، وقد تصدرت كثير من قراراتها "الشريعة" في اجتهاداتها المتعلقة بالأحوال الشخصية، وباستقراء وتتبع لمطاب مصطلح "الشريعة" في تلك الاجتهادات نجدده يجوز على مساحة جد واسعة، كما أن ذلك المصطلح يعانق المستقر عليه قضاء من جهة، ومن جهة يتآخى مع المستقر عليه قانونا. كما أنه يُستحضر بقوة في ثنايا تلك القرارات وحيثياتها، ويعتمد عليه في توجيه والتدليل لتلك الاجتهادات، بل رفع الاجتهاد القضائي من مكانة الشريعة لما قرر بصريح العبارة: "لا حكم يعلو على الشريعة"⁽⁵⁷⁾، بل أوضحت تلك الاجتهادات أن: "القرار الذي لا يكون معتمدا على أي أساس قانوني أو شرعي يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني"⁽⁵⁸⁾؛ وعلى ذلك أبطل الاجتهاد القضائي حكم الحبس الذي فيه حرمان لبعض الورثة؛ وعلله بكونه فيه مخالفة للشريعة⁽⁵⁹⁾. كما أن الاجتهاد القضائي يستنجد بالشريعة في تقوية وتعزيز ما هو مقرر؛ فعند ذكره للقاعدة من قواعد الحجب في الميراث، ووصفها بأنها مقررة قانونا وشرعا؛ وهي أنه: يحجب أبناء الإخوة الأشقاء أبناء الأخوة للأب...، نص الاجتهاد القضائي على أن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون⁽⁶⁰⁾. وبعد أن نص الاجتهاد القضائي على أنه من المقرر قانونا: أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، ذكر أن الحيازة وتحديداتها من الشريعة الإسلامية؛ فإن الشريعة تشترط لصحة الهبة توفر ركن الحيازة الذي يعني تخلي الواهب عن الشيء الموهوب وتسليمه للموهوب⁽⁶¹⁾.

وراعت أحكام الشريعة لما حكمت بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة؛ لأنها أصبحت أجنبية عنه، وخلاف ذلك يعد مخالفة للشرع والقانون⁽⁶²⁾. إن كل ذلك الاعتماد على "الشريعة" يبين مدى التزام تلك القرارات بالصيغة الدينية للعلاقات الأسرية، وما يحفها من الحنان، والعطف، والمحبة؛ إنها رأت بذلك الحاجة الملحة لأن يسلك فيها "اللاقانون"، وأن ينسحب "القانون" آخذا معه التشدد والصرامة؛ لأن "اللاقانون" هو انسحاب "القانون" أو تقاعد "القانون"، بل هو رقوده⁽⁶³⁾. إن تلك الخاصية ركن إليها الاجتهاد القضائي في أن حرمان الابن من الحبس - بعد حبس رجل على زوجته وبناته دون ابنه - ليس من أعمال البر، بل هو مخالف للشريعة، وقال عن ذلك الحرمان أنه: "لم يرقم على أساس قانوني أو شرعي"، وجعل ذلك الاجتهاد القضائي: "تفضيل أحد الأبناء على الآخرين ممنوع شرعا لتجنب

الأحقاد بين الإخوة"، وحكم بطلان ذلك الحبس⁽⁶⁴⁾. إذن ذلك الإبطال استند في تعليقه لمكان تولد الأحقاد بين الأخوة، والتي تقتضي ضح مزيد من أسباب المودة والمحبة لا تعاطي أسباب الفرقة والبغضاء، فالتمييز بين الإخوة يعكس صفوها، ويهدد لحمه الرحم، وبنفس التعليل قرر أن قسمة التركة أثناء الحياة لا تجوز شرعا، ولا نطوائها على الخاباة المفضية لذلك التفضيل⁽⁶⁵⁾. ولما استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أن اللعان لا يتم أمام الحاكم، بل مكانه المسجد العتيق، ولا يصح في غيره من المساجد⁽⁶⁶⁾ يكون قد التفت إلى تلك الخاصة، وراعى الطبيعة الدينية التي صبغت بها منظومة الأحوال الشخصية، وتماشيا مع جرى به العمل والعرف.

إن العرف، وكونه يتسم بالمرونة جلبه الاجتهاد القضائي لما اعترف بالزواج العرفي⁽⁶⁷⁾، كما أنه لما قال أن التتطبيق بالخلع دون إجراءات الصلح بين طرفي التراع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة ابتغى بذلك البقاء على الرابطة الزوجية، مع أن المادة تتكلم عن الطلاق لا عن الخلع، ولما قرر أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ابتعد التشدد⁽⁶⁸⁾، وارتقى في قاعدة كون النكاح مبني على المكارمة لا المشاحة، ويغتفر فيه ما لا يغتفر في البيع وما شاكله. وفي سبيل بناء أسرة يعمها المعاشرة بالمعروف والإحسان، وتحقق مقاصد الزواج، وينتفي فيها سوء العشرة بكل أشكالها وسع الاجتهاد القضائي مجال الكلية الواقعة في المادة: 53، الفقرة 10؛ والتي تنص على أن "كل ضرر معتبر شرعا"، فقد أدخل فيها صورا من أسباب التتطبيق:

- ضرر الضرب والطرود والإهمال⁽⁶⁹⁾.
- الضرر بسبب عقم الزوج، وعدم الإنجاب لمدة طويلة، وجعله عيبا يحول دون تحقيق الهدف من الزواج⁽⁷⁰⁾.
- كما أدخل تطويل المدة بعد العقد وقبل الدخول، وعدم قيام الزوج بإتمام ذلك في قاعدة "كل ضرر معتبر شرعا" في طلب التتطبيق، بل حكم بالتعويض لتعسف الزوج⁽⁷¹⁾.
- وأدخل أيضا طول الخصام بين الزوجين واستفحاله⁽⁷²⁾.

إن من أبرز القضايا وأوضحها؛ والتي تجذر فيها مسلك "اللاقانون" بقوة مسألة: تنسب ابن الزنا، وإخافه بأبيه الزاني؛ فقد أظهر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا-

غرفة الأحوال الشخصية- لما حكم بذلك التنسيب كل المرونة، وولى ظهره للتشدد والصرامة؛ إنه راعى ما لقطع النسب من مفاسد وآثار معنوية، بل إن قطعه بمزلة الإهلاك حكماً⁽⁷³⁾.

إن من جملة القواعد الدالة على ذلك المسلك؛ والتي استشهدت بها المحكمة العليا:

- إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن.
- إثبات النسب من حقوق الله.
- إثبات النسب يقع حتى مع الشك.
- إثبات النسب فيه إحياء للولد⁽⁷⁴⁾.

إن ذلك الاجتهاد تبنته المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- بصراحة وبدون تلوؤ بعد أن تجرأت بالفعل وراعت المصلحة والعقل، ولم تكثرت بمخالفتها لجماهير فقهاء الشريعة، وتفتحت على المذاهب القائلة بإلحاقه لأبيه الزاني، كما مال إليه القرطبي، واختاره ابن تيمية وابن القيم⁽⁷⁵⁾ وغيرهما، كيف لا؟ وقد قامت بتأسيس مبدأ مفاده: عدّ الاغتصاب الثابت بحكم قضائي على أنه وطء بالإكراه، ويكفّف بكونه نكاح شبهة يثبت به النسب⁽⁷⁶⁾. كما أنما ذهبت إلى أبعد من ذلك لما انتهى اجتهادها إلى إلحاق نسب المتولد من الزنا من أبيه الزنا، وبررت اجتهادها هذا باعتمادها على الفقرة الثانية من المادة 40 من ق.أ؛ والتي جاء فيها: "ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، منوهة إلى أنه لا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي(المادة:40، ق.أ الفقرة الأولى)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية؛ ومما ذكرته: "ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده... وجاء نتيجة علاقة غير شرعية... فإنه يلحق به"⁽⁷⁷⁾، واتكأت على هذا القرار محكمة المسيلة لما قضت بتاريخ 2009/03/04 بتنسيب ابن الزنا لأبيه الزاني.

إن ذلك الاجتهاد إذا ما أريد له أن يقلل ذلك الجدل المحتدم في هذه المسألة أن يرتقى به إلى مرحلة التقنين، وله في مدونة الأسرة المغربية أسوة حيث جاء في المادة:156 ما يلي: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف

قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية :

- أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.
 - ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة ؛
 - ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.
- تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.
- إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب⁷⁸.

4. خاتمة:

إن مؤسسة الأسرة، وما فيها من روابط؛ ميثاق غليظ في النكاح، ورحم وقرابة بين الأصول والفروع والحواشي، كل ذلك إنما يشد ويقوى ويقف في وجه كل العوارض إذا ما ساد الإحسان والبر، والمعاشرة بالمعروف.

إن من مظاهر تلك المعاني أن يستوطن في تلك المؤسسة الرفق لا العنف، المرونة لا التشدد والصرامة، المسامحة لا المشاحة ورد الصاع بصاعين، التنازلات لا العنصر على كل الحق، التيسير لا التعقيد، المودة والسكينة لا البغض والجفاء، والعواطف والمشاعر لا التنكر والغلظة. كما أن الأسرة؛ وهي الحاملة لذاكرة مجتمعها، والوارثة والمُورّثة والناقلة له إذا ما أردت أن تبقى وفيه لتلك المسؤولية أن تخضع للأعراف؛ أحد المكونات الأساسية لتلك الذاكرة. وفوق ذلك كله تظل القيم الدينية، ومقاصد الشريعة صمام أمان لاستقرار الأسرة وترباطها، وإنه بقدر الاحتكام لها بقدر ما نقي الأسرة من كل من يهدد وجودها ووظيفتها. تلك هي طبيعة الأسرة؛ طبيعية تضمن لها الاستقلالية والذاتية، وعلى ذلك إذا ما أريد أن يرص تنظيم للعلاقات العائلية في قوالب قانونية فلتكن تحت ظل طبيعتها رافعة للواء المرونة، ومنكسة للواء الصرامة والتشدد.

إن ذلك التشدد وتلك الصرامة المصاحبين للقانون لا ينسجمان مع تلك الصبغة، فما على القانون إلا أن ينسحب، أن يسكت، وأن يتقاعد. إن ذلك الانسحاب

يحل محله "اللاقانون" ويختار على أنه الأصل في تيسير تلك العلاقات، وإن تدخل القانون فعلى سبيل الاستثناء ليس إلا. إن "اللاقانون" لا يقتصر دوره فقط في حالة سكوت القانون، بل يتعداه إلى أن يستحضره القاضي في الثغرات القانونية، وفي تفسير بعض المواد القانونية التي تحتمل أكثر من قراءة، وكذا التي يكتنفها الغموض، دون أن يغفله إذا ما مارس سلطته التقديرية. إن القاضي؛ وهو يعالج النزاعات الأسرية عليه أن يركن إلى الصلح حتى ولو تبين صاحب الحق؛ لأن الحكم له لا يمر دون أن يورث الشحنة والبغضاء، وبين من؟ بين مكونات الأسرة الواحدة قريها وبعيدها؛ إنه بذلك يكون قد اقتفى ما تلميه الطبيعة المتميزة لتلك المؤسسة؛ قال ابن عاصم في تحفته:

وَالصُّلْحُ يَسْتَدْعِي لَهُ إِنْ أَشْكَلَا حُكْمٌ وَإِنْ تَعَيَّنَ الْحَقُّ فَلَا
مَا لَمْ يَخْفَ بِنَافِذِ الْأَحْكَامِ فِتْنَةً أَوْ شَحْنًا أَوْلَى الْأَرْحَامِ

فيندب الأمر بالصلح لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا؛ فإن فصل القضاء يورث الضغائن"⁽⁷⁹⁾. إن اختيارات قانون الأسرة والمحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- من اجتهادات فقهاء الشريعة أنبأت عن توجه جد ملحوظ في تتبعها لبصمات "اللاقانون" فيها، ولم يمنعها ذلك أن تتبنى اجتهاد القلة، وتحالف جمهور فقهاء الشريعة ما دامت تلك الاجتهادات المختارة قد رست على مبدأ "اللاقانون". ثمة منادات بإصلاح منظومة الأسرة، وهذا مطلب جميل، والأجل منه أن يجتنب فيه عيوب قد تعصف بالأسرة؛ إنها تحكم القانون المدني في الأعراف التي تسير عليها الأسرة؛ تحكم يقلص الحسنة الجماعي للعائلة، ويؤدي إلى استقلالية أفرادها⁽⁸⁰⁾. إننا نريد إصلاحات تراعي الطبيعة الذاتية والمتميزة للأسرة، وتراعي عوامل تماسكها من قيم وأخلاق، وتراعي في تقنينها البعد عن الصرامة والتشدد والتعقيد، وسلوك سبيل المرونة واللين؛ إصلاحات تؤسس لحاكم خاصة بالأسرة، وقد ضمت قضاة جد متخصصين، ولما لا وسطاء وحكام من أعيان البلد ووجهاءها، والخيرة من أئمتها، وعلماء الشريعة؛ بغيتهم الرئيسة رأب الصدع، وتعزيز التلاحم الأسري، وتقليل المفاصد ما أمكن، والدعوة إلى استشعار ما تستوجبه الروابط العائلية، وأعراف المجتمع وقيمه؟

إن فن العيش في العائلة لا يُدرس، ولكن في المقابل يمكن أن نعلم فن صناعة القوانين؛ والتي في ظلها يستطيع كل واحد منا أن يعرّس فن عيشه داخل العائلة، ولكن تعليم هذا الفن التشريعي يمكن استيعابه في أقصر مدة إذا ما قلّت القوانين ما أمكن؛... لأن العيش بدون عائلة يكمن في كثرة القوانين⁽⁸¹⁾.

5. الهوامش

- (1) "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، لبلحاج العربي. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة: 2005م، ج1، ص20.
- (2) المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري.
- (3) "نظريتنا القانون والحق، وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، لإسحاق إبراهيم منصور. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الثامنة: 2005م، ص290.
- (4) انظر: المصدر نفسه: ص290.
- (5) "الكافي في فقه أهل المدينة"، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الثانية: 1413هـ-1992م، ص444؛

- "الفروق"، للقرافي، حققه: عمر حسن القيام. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى: 1424هـ-2003م، ج1، ص348.
- (6) "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة"، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: محمد أبو الأبحان، وعبد الحفيظ منصور، إشراف ومراجعة: محمد الحبيب الخوجة، وبكر ابن عبد الله أبو زيد. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1410هـ-1995م، ج2، ص96.
- (7) "مقاصد الشريعة الإسلامية"، ل محمد الطاهر بن عاشور. تونس: الشركة التونسية للتوزيع. طبعة: 1978م، ص159.
- (8) FLEXIBLE DROIT, TEXTES POUR UNE SOCIOLOGIE DE DROIT SANS RIGUEUR, de J.Carbonnier. Paris: Librairie Générale de droit et de Jurisprudence. Edition: 1979, p25-26.
- (9) المرجع نفسه: p168 .
- (10) المرجع نفسه: p175.
- (11) FLEXIBLE DROIT: p28; ESSAIS SUR LES LOIS, de Jean Carbonnier. Paris: Répertoire du notariat Défrenois. 2^e édition: 1995, p93
- (12) بلحاج العربي، المصدر السابق: ج1، ص20.
- (13) "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي"، لوحيدين سوار. الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع. الطبعة الثانية: 1979م، ص2.
- (14) "النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري"، لبلحاج العربي. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. الطبعة الرابعة: 2005م، ج1، ص19-20.
- (15) انظر: وحيد الدين سوار، المصدر السابق: ص2-3.
- (16) ونصها: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".
- (17) ونصها: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويطل إذا اختل أكثر من ركن".
- (18) ونصها: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

- (19) انظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، لبلحاج العربي: ج1، ص153-154.
- (20) ونصها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".
- (21) ونصها: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".
- (22) والتي تنص: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".
- (23) مدونة الأسرة المغربية فصلت في هاته المسألة في المادة 48؛ حيث نصت: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين. إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للمتزوج به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة...".
- (24) "الفتاوى الكبرى"، لابن تيمية، تحقيق: محمد عطا، ومصطفى عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1407-1987م، ج4، ص93؛ وصاغها في كتابه القواعد النورانية، تحقيق: أحمد الخليل. دار ابن الجوزي، ص280 بقوله: "إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد".
- (25) انظر: الطاهر بن عاشور، المصدر السابق: ص159.
- (26) "البهجة في شرح التحفة"، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1418-1998م، ج1، ص436.
- (27) وقد جاء ما أشار به مالك رحمه الله تعالى مفصلا في العتبية؛ ونصه: "قال مالك: أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كان كتب بذلك كتاباً وصيحه به في الأسواق، وعابها عيباً شديداً. "العتبية-المستخرجة من الأسمعة"-، لحمد العتيبي القرطبي، مطبوعة مع البيان والتحصيل لابن رشد الجدد، تحقيق: جماعة من الباحثين. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الثانية: 1408هـ/1998م، ج4، ص311.
- (28) "جامع الأمهات"-مختصر ابن الحاجب-"، لجمال الدين عمر بن الحاجب، حققه: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى. بيروت، دمشق: اليمامة للطباعة. الطبعة الأولى: 1419هـ-1998م، ص278.
- (29) التسولي، المصدر السابق: ج1، ص435-436.
- (30) انظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، لبلحاج العربي: ج1 ص96.

- (31) "أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، محمد مصطفى شلبي. بيروت: دار النهضة العربية. الطبعة الثانية: 1397هـ-1997م، ص185.
- (32) انظر: القرافي، المصدر السابق: ج1، ص424.
- (33) "الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الأمام مالك"، لأبي بركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير". القاهرة: مطبعة عيسى الباي الحلبي وشركاه، ج3، ص148.
- (34) "حدود ابن عرفة"، مطبوع مع شرحه، "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان، والظاهر العموري. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1993م، ج1، ص256.
- (35) "بديهة المجتهد ونهاية المقتصد"، لابن رشد الحفيد. بيروت: دار المعرفة. الطبعة السادسة: 1402هـ-1982م، ج2، ص26؛ وانظر: "أحكام القرآن"، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: علي محمد البجاوي. بيروت: دار المعرفة، ج1، ص292؛ "المغني"، لابن قدامة الخبلي، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو. الرياض: دار عالم الكتب. الطبعة الثالثة: 1417هـ-1997م، ج10، ص98.
- (36) الدردير، المصدر السابق: ج3، ص208.
- (37) انظر: القرافي، المصدر السابق: ج1، ص348-349.
- (38) "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب. بيروت: دار الفكر. الطبعة الثانية: 1398هـ-1978م، ج3، ص419.
- (39) الطاهر بن عاشور، المصدر السابق: ص162.
- (40) "الكليات الفقهية"، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ، دراسة وتحقيق: محمد بن الهادي أبو الأجنان. تونس: الدار العربية للكتاب. طبعة: 1997م، رقم الكلية: 445، ص164.
- (41) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون: ج1، ص176-177؛ الطاهر بن عاشور، المصدر السابق: ص166.
- (42) سيأتي مزيد تفصيل لذلك عند تعرضنا لمظاهر "مبدأ اللافتون" في قرارات المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية-
- (43) جاء عن ابن عباس رضي الله عنه: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني

- أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديثته»، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أقبل الحديثة، وطلقها تطبيقاً». الحديث أخرجه البخاري في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج7، ص47. "صحيح البخاري" اعتنى به وخدمه: محمد زهير بن ناصر الناصر. دار طوق النجاة. الطبعة الأولى: 1422هـ.
- (44) أخرجه ابن ماجه في سننه، الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، رقم: 2057، ج1، ص663؛ وفيها أنه: "كان رجلاً دميماً". قال البوصيري في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، ج2، ص128: "هذا إسناد ضعيف". "سنن ابن ماجه"، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي. طبعة: 1395هـ/1975م؛ "مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه"، لأبي العباس أحمد البوصيري، تحقيق: محمد الكشناوي. بيروت: دار العربية. الطبعة الثانية: 1403هـ.
- (45) نظر: الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس"، لجمال الدين القاسمي، تحقيق: علي حسن الحميد. باتنة، الجزائر: دار الشهاب، ص26.
- (46) انتصر لهذا القول جمال الدين القاسمي في المصدر نفسه، ص51-53؛ وأحمد محمد شاكر في كتابه "نظام الطلاق في الإسلام". القاهرة: مكتبة السنة. الطبعة الثانية: 1998م، ص80-82.
- (47) مستند هذا الحكم القضاء بالشاهد واليمين في الأموال كما دل حديثه صلى الله عليه وسلم الذي أخرجه مسلم في صحيحه، الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم: 1712، ص711، "صحيح مسلم"، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي. الرياض: بيت الأفكار الدولية. طبعة: 1419هـ-1988م؛ فالعرف هنا كالشاهد. انظر: التسولي، المصدر السابق: ج1، ص445-447.
- (48) انظر: الطاهر بن عاشور، المصدر السابق: ص163-164.
- (49) انظر: "الجزر والمد في أحكام الجلد" لمحمد الحسن العلوي. حيدر آباد الدكن، الهند: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية. طبعة: 1387هـ، ص16.
- (50) ونص ذلك التعليل: لما قام الإخوة الأشقاء على الإخوة للأمم مختصمين لدى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقالوا: يا أمير المؤمنين هؤلاء استحقوا الثلث بأهمهم، وأهمهم هي أمتنا، هب أن أبانا حمارة أو حجرا ملقى في اليم، أليست الأمم تجمعنا. انظر: "لباب الفرائض"، محمد الصادق الشطي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الثالثة: 1408هـ-1988م، ص56.

- (51) انظر: الطاهر بن عاشور، المصدر السابق: ص161.
- (52) انظر: "أحكام الوصايا والأوقاف"، ل محمد مصطفى شلبي. بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر. الطبعة الرابعة: 1402هـ-1982م، ص252.
- (53) انظر: المصدر نفسه: ص252.
- (54) انظر: المواد: 7، 49، 53، 56، 79، و89.
- (55) Flexible droit, de J. Carbonnier: p20
- (56) LE PROBLEME DES LACUNES EN DROIT, de CHAIM PERLMAN. Bruxelles: Etablissement EMILE BRUYLANT. Edition: 196, p542.
- (57) انظر: "الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية"، عدد خاص، قسم الوثائق للمحكمة العليا. الديوان الوطني للأشغال التربوية: طبعة: 2001م، ص279.
- (58) انظر: المرجع نفسه: ص305.
- (59) انظر: المرجع نفسه: ص312.
- (60) انظر: المرجع نفسه: ص336.
- (61) انظر: المرجع نفسه: ص277-279.
- (62) انظر: الاجتهاد القضائي، المرجع السابق: ص194.
- (63) Flexible droit, de J. Carbonnier: p22, et p24
- (64) انظر: اجتهاد القضائي، المرجع السابق: ص306، ص311-312، و ص340-341
- . انظر: المرجع نفسه: ص340-341 .
- (65) انظر: المرجع نفسه: ص70، ص72 .
- (66) انظر: الاجتهاد القضائي، المرجع السابق: ص56، و ص600، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق. عدد: 2. السنة: 2005م: ص347، و ص400، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق. عدد: 2. السنة: 2009م: ص301.
- (67) انظر: الاجتهاد القضائي، المرجع السابق: ص53.
- (68) انظر: المرجع نفسه: ص116، ص118، ص126، و ص128.
- (69) انظر: الاجتهاد القضائي، المرجع نفسه: ص119.
- (70) انظر: المرجع نفسه: ص122.
- (71) انظر: المرجع نفسه: ص129.

(72) انظر: "النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته"، لسفيان بن عمر بورقعة. الرياض: دار الكنوز إشيبيليا للطباعة والتوزيع. الطبعة الأولى: 1428هـ-2007م، ص238، و ص240.

(73) انظر: الاجتهاد القضائي، المرجع السابق: ص77-.

(74) والذي انتصر له في كتاب زاد المعاد؛ ومما ساقه قائلا: "فإن الأب أحد الزانين، وهو إذا كان يلحق بأمه ويُنسب إليها، وترثه ويرثها، ويشب النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وُجد الولد من ماء الزانين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابْنُهُما، فما المانع من لُحوقه بالأب إذا لم يدعِ غيرة؟ فهذا محض قياس"، وقد قال جريج للغلام الذي زنت أمه بالراعي: من أبوك يا غلام؟ قال: فلان الراعي- والحديث في البخاري ومسلم-، وهذا إنطاق من الله لا يكمن فيه الكذب. "زاد المعاد في هدي خير العباد"، لابن القيم الجوزية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرئؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة السابعة والعشرون: 1415هـ-1994م، ج5، ص426.

(75) انظر: مجلة المحكمة العليا، عدد الأول، السنة: 2012: ص413، و ص294-297.

(76) انظر: مجلة المحكمة العليا، عدد الأول، السنة: 2006: ص469-475.

(77) ينظر: لمزيد تفصيل في مسألة نسب المتولد من الزنا: "النسب، ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته"، لسفيان بورقعة: ص209، وما بعدها؛ ومما جاء فيه ردا على قول جماهير الفقهاء: "إن أقوى ما استدل به الجمهور على عدم التنسب هو حديث: «...الولد للفراش وللعاهر الحجر»-أخرجه البخاري ومسلم-، وغاية ما يدل عليه أنه يحكم بالنسب لصاحب الفراش حيث عارضه الزاني، أما لو استلحق الزاني ولدا لا فراش هناك يعارضه فليس في الحديث تعرض لحكمه"، وفيه أيضا: "ومما يؤكد أن محل العمل بالحديث مواطن التزاع أو التعارض بين البيئات، أنه لم يأت ليؤسس أن الولد لصاحب الفراش؛ إذ أن هذا كان معروفا ومقرر قبل ذلك؛ فإن القصة التي ورد بسببها الحديث وقعت عام الفتح، وليس في أول الإسلام... فلو حمل الحديث على معنى أن الولد إنما ينسب إلى الزوج لم يكن فيه جديد؛ لأنه مقطوع به قبل تلك الحادثة؛ وهذا يقتضي أن يحمل الحديث على حالات التزاع؛ ولذا جاء فيه ذكر الزاني إشارة إلى هذا المعنى" وجاء فيه أيضا بشيء من التصرف: "إن الجمهور اعتبروا الطبيعة في جانب المرأة؛ فألحقوا نسب ولدها منها وإن كان من زنا، ولم يشترطوا مجيئه من نكاح بل هو منسوب إليها على كل حال، ولو قيل بالعكس لكان أولى؛ لأن الولد يحتاج لثبوت نسبه من جهة أبيه أكثر من جهة أمه.... فإذا ثبت أنه تخلق من مائه

لكونه يعلم أنه منه، أو تيقنا من ذلك بوسائل العلم الحديثة؛ فالنسب في الشريعة لا يختص بجهة واحدة حتى يفرق بينهما، بل هو يثبت من جهة الأم كما يثبت من جهة الأب، وقد قال السرخسي: إن المعنى الذي هو مؤثر في النسب كون الولد مخلوقا من مائه، ولكنه باطن فقام النكاح الذي هو ظاهر مقامه تيسيرا" أقول: ولكن هذا الباطن أصبح اليوم يدرك بالخبرة العلمية؛ خبرة تصل إلى غلبة الظن، إن لم نقل اليقين، والأحكام الشرعية يكفي فيها الظن أو غلبة الظن، بل إن النسب يثبت بالظن كما هو ظاهر في الشهادة والبينة والإقرار، ويكفي في النكاح الصحيح، وما أُلحق به إمكانية التلاقي بين الزوجين لا التيقن.

(78) التسولي، المصدر السابق: ج1، ص66-67.

(79) Essais sur les lois de J. Carbonnier: p92

(80) المرجع نفسه: p97.