

مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري

الدكتور جمال عياشي

جامعة المدية

يتأثر واضعو القوانين بوجه عام بالتكوين القانوني وبعديد القوانين المقارنة ذات الصلة، فضلا عن سعيهم لتنظيم مجال التقنين بما يوافقهم من مصادر، ولأنه كان من المعتمد قانونا أن قانون الأسرة هو الذي ينظم فيه المقنن أحوال الجزائري المسلم الشخصية، فإن قانون الأسرة ذو مصدر شرعي ولو كان من حيث محاولة اعتماد المبادئ فقط؛ أي من دون الصياغة القانونية التي يرد فيها.

ولأن المشتهر بين الناس عامة أن الجزائر من الأقطار الإسلامية التي احتضنت الفقه المالكي في أحقاب زمنية مختلفة فقد رسخ بينهم أن الفقه العمدة في الجزائر هو الفقه المالكي، وهذا ما يؤدي إلى الافتراض بأن قانون الأسرة إنما هو قانون مقتبس من حيث مبادئه الشرعية من الفقه المالكي.

وبالرجوع إلى مشروع قانون الأسرة الجزائري يتبين أن المقنن أكد وبصريح العبارة أنه لم يعتمد في تقنينه للأسرة على الفقه المالكي دون غيره من المذاهب الأخرى، وإنما اعتمد على كافة المذاهب السنية وغيرها من المذاهب الأخرى، فضلا عن اعتماده على القوانين المقارنة مثلها مثل القانون المصري والتونسي والمغربي.

كل ذلك يثير إشكالا عمليا صريحا يتلخص في العموم حول تناقض اعتقاد الناس المخاطبين بالقانون؛ أن المذهب المالكي هو المذهب المعتمد في الجزائر وبين الذي صرح به المقنن ضمن المشروع التمهيدي للقانون، من عدم اقتضائه شرعا بالاعتماد على المذهب المالكي.

ومثل هذا الوضع لا يمكن تبيته إلا من خلال التمهيد في تلك الأحكام التي أفرغها المقنن ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري والتي من خلالها يتبين مدى اعتماد اعتقاد المخاطبين بالقانون بإعمال أحكام الفقه المالكي عليهم وبين اعتماد موقف المقنن للقانون بإعمال أحكام كافة المذاهب الفقهية الأخرى سنية كانت أو غيرها، وبه تتبين مكانة الفقه المالكي من الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وعلى اعتبار أن الزواج انعقادا وآثارا من العقود التي أولاهها المقنن التنظيم ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري؛

فما هي مكانة الفقه المالكي من الزواج من قانون الأسرة الجزائري؟

وهو الإشكال الذي كانت تتوجب الإجابة عليه ضمن مبحثين يخص الأول منها مكانة الفقه المالكي من انعقاد الزواج في أحكام قانون الأسرة الجزائري (مبحث أول)، فيما يخص الثاني منهما مكانة الفقه المالكي من آثار الزواج في أحكام قانون الأسرة الجزائري (مبحث ثاني).

المبحث الأول

مكانة الفقه المالكي من انعقاد الزواج في أحكام قانون الأسرة الجزائري

بعيدا عن اختلاف المصطلحات الخاصة بأركان الزواج وشروطه، والتي تؤدي في حال تخلفها إلى آثار متباينة من حيث الإبقاء على عقد الزواج أو إنهاء كل أثر له، فإن لكل تلك المقومات أو الأقطاب مكانة قانونية لمكانتها الشرعية لاسيما المالكية منها ضمن عقد الزواج، ولأن المقنن الجزائري من خلال قانون الأسرة نظمها فقد نظم لها أحكامها بما يوافق في كثير من الأحكام مذهب الفقه المالكي (مطلب أول)، فيما خالف في أحكام أخرى المذهب العمدة في الجزائر وفي دول المغرب العربي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: أحكام انعقاد الزواج الموافقة للفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري

لقد ورد ضمن نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري:¹ «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي»، وبالرجوع إلى التدقيق الاصطلاحي القانوني يتبين أن المقنن أكد لاسيما بعد التعديل سنة 2005 بموجب الأمر رقم 02-05 على رضائية عقد الزواج، بمعنى أنه لم يخضعه في انعقاده لأي كتابة لازمة لاعتبار الوجود القانوني له، وإنما جعله من العقود التي يكفي فيها مجرد تبادل التراضي بين الأطراف العقدية، وهو ما أكدته ضمن نص المادة 9 من ذات القانون، وبه يكون المقنن الجزائري موافق للمذهب من هذا الباب، أين لم يتم الوقوف في الأمهات من الكتب على إلزام لكتابة الزواج حتى يكون معتبرا وذو أثر، ولو أن المقنن جعل الكتابة من المسائل المثبتة لعقد الزواج فهذا لا ينافي ما اشتهر عن المذهب المالكي في أن الكتابة مندوبة في عقد الزواج لحفظ الحقوق.²

¹ . قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق: 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² . محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 218.

ثم إن المقنن عمم حينما استعمل مصطلح الوجه الشرعي، بحيث اعتمد على أحكام الشرع فيما يتعلق بطبيعة الزواج وكنهه، ولم يطنب في ذلك كله وجعل من الرجوع إلى الشرع مناط التحكيم باستخراج الأحكام والوقوف عندها بتطبيقها، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى القول أن اللجوء إلى الشرع يُفضي إلى الرجوع إلى الفقه المالكي دون غيره من الفقه، إلا أن هذا يبقى خاضعا للمفسر للنص القانوني إذ أن لجوءه للفقه المالكي أو غيره يبقى خيارا متاحا له، خاصة بالرجوع إلى سنده القانوني في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهي المجسدة في نص المادة محل المناقشة فضلا عن المادة 222 من نفس القانون.¹

والخطبة وفقا لنص المادة 5 من القانون: «وعد بالزواج»، وهي عند فقهاء المالكية كذلك وصفها وطبيعتها،² إذ لا ترقى الخطبة إلى الزواج مهما بلغت أهميتها، ومراعاة للمقنن الجزائري مثل هذا الحكم الشرعي اعتمد ضمن نص المادة 6 من القانون تفصيلا أكد فيه على أن الخطبة لا تعتبر عقد زواج إلا إذا تضمنت مقوماته التي بها ينقلب وصفها من خطبة محضة إلى خطبة وعقد زواج.³

وللطبيعة الخاصة لعقد الزواج والوعد به فإنه يصح العدول عنه شرعا، وهو ما أقره المقنن الجزائري في نص المادة 5/2 من قانون الأسرة حينما صرح بأنه: «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، فأجاز العدول عن الخطبة لكلا الطرفين، وهو ما نحى نحوه الفقه المالكي أين أجازوا رجوع الخاطب والمخطوبة عن الخطبة بالصريح.⁴

ولأن فترة الخطبة قد يتخللها تسليم هدايا من كلا الطرفين فإن العدول عنها قد يؤدي إلى تنازع حول ملكية تلك الهدايا ومدى استمرار تملكها من قبل المهداة له، وذلك ما أدى بالمقنن الجزائري واقتباسا من الفقه المالكي إلى اعتماد مبدأ إرجاع الهدايا التي يتم تسليمها من قبل الطرف العادل، بحيث إن كان العدول من جانب الخاطب كان الإرجاع عليه وعدم الاسترجاع في حقه قائما، وكذلك الأمر إن كان العدول من المخطوبة،⁵ ولأجل ذلك أقر المقنن أحكاما مثيلة نص عليها صراحة ضمن المادة 5/5^{4,5} من قانون الأسرة التي ورد فيها: «لا يسترد

¹ . والتي ورد فيها: «كل ما لم يرد فيه النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

² . د. محمد بشير الشقفة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة 2008، ص 62؛ د. بلقاسم شتوان: الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر، بدون سنة طباعة، ص 43 وما يليها.

³ . ورد ضمن نص المادة ما يلي: «إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا».

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون».

⁴ . د. عبد السلام محمد الشريف العالم: الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة، الطبعة الثانية، سنة 1995، ص 35 وما يليها.

⁵ . د. بلقاسم شتوان: المرجع السابق، 47.

الخطاب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخطاب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته».

ولأن بعضاً من الأمراض حائلة دون تحقيق الغرض من الزواج وهي عند فقهاء المالكية مؤدية إلى فسخ الزواج¹ لاسيما إن كُتبت على الزوج أو على ولي الزوجة بعدم الإخبار بها أو بالكذب في عدم التصريح بها، فإن المقنن الجزائري عمد خلال نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة إلى إجراء الفحص الطبي كإجراء قانوني لا يمكن إبرام عقد الزواج المدني إلا بتوفيره، درءاً لكل مفسدة فسخ عقد الزواج بعد إبرامه وسداً لكل باب غش قد يسعى إليه أحد من العاقدين.²

وإذا كان التراضي بين الزوجين لا ينعقد الزواج إلا بتوفره، فإنه -أي التراضي- ركن الزواج الركين وعموده الميتين الذي لو تخلف لبطل العقد، وهو الذي يجسد في الإيجاب والقبول،³ وهو على هذه المكانة عند السادة المالكية،⁴ ومنهم اقتبس المقنن الحكم وأدرجها نص المادة 9 من قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى الحكم الذي ضمّنه المقنن نص المادة 11/2 من قانون الأسرة، يتبين أنه أراد موافقة الفقه المالكي موافقة تامة باعتماده، أين أكد على المبدأ معنى وفحوى في النص لما ورد فيه: «... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له»، إذ يمثل هذا النص القانوني يكون قد لخص أنواع الولاية الشرعية؛ الأصلية وبالنيابة وبالتوكيل، فضلا عن الولاية العامة التي جسدها في شخص القاضي الذي يمثل بدوره الحاكم، على ما يظهر من صياغة النص من ترتيب للولاية على الأشخاص المذكورة تعيينا كالأب أو بالصفة كالأقارب، وفيه يكون المقنن قد وافق المذهب المالكي موافقة تامة.⁵

¹. الشيخ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، الجزء الثاني، طباعة دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، 249.

². القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق عبد الحق حميش، الجزء الثاني، طباعة مكتبة نزار مصطفى الباز، بدون عدد طبعة، بدون سنة طباعة، ص 771.

³. وعلى ذلك أكد المقنن ضمن نص المادة 10/1 من قانون الأسرة التي جاء نصها: «يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا».

⁴. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1398 هـ، ص 420.

⁵. الشيخ محمد عرفة الدسوقي: المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 223.

هذا ولقد خصص المقنن الجزائري المهر بأربع مواد قانونية جاءت على التوالي،¹ وفي الأولى منها تبين كيف أن المقنن أراد لتعريف المهر وتحديد الأشياء التي يصلح أن يتمثل فيها أن يكون موافقا للفقهاء المالكي موافقة كبيرة أين أورد في المادة 14 من القانون: «الصدّاق هو ما يدفع نخله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء»، ومنه تتأكد موافقة المقنن للفقهاء المالكي أين سايره في تعريف الصدّاق واعتبره صحيح نقدا أو غيرها من الأشياء الجائزة شرعا لما فيه من إحالة على الشروط الفقهية المعلومة والملخصة في: أن يكون مما يصح التعامل فيه، وأن يكون معلوما، وأن يسلم من الغرر.²

وفي المادة 15 أكد على تحديد الصدّاق وهو إحدى الشروط الفقهية المذكورة ولكنه أراد معه أنه لا يسقط بحال وهو فحوى نص المادة وفتوى المالكية،³ فيما أوعز حالة عدم تحديده إلى مهر المثل وهو ما يُصطلح على تسميته فقها بنكاح التفويض، وهو النكاح المقر له بصحته عند السادة المالكية.⁴

والصدّاق في الفقه المالكي على أحوال تطرأ عليه، فإما أن يكون لازما لزوما كاملا وإما لزوما مُشَطَّرا وإما لا يلزم منه شيء، وذلك خاضع لحالات فك الرابطة الزوجية،⁵ وهو ما أوما له المقنن ضمن نص المادة 16 من قانون الأسرة موافقا في الأحكام التي أوردتها فيها الفقه المالكي: «تستحق الزوجة الصدّاق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول».

وفي الأحوال التي يتنازع فيها الزوجان عن مقدار المهر فإن الأمر على حالين: إذ لو تحقق قبل الدخول فالقول للزوجة مع يمينها وإن نكلت حُكم عليها، وأما لو تحقق النزاع بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه وإن نكل حكم عليه بنقيض ما نكل عليه، وإلى نحو مثل هذا الحكم نحى المقنن الجزائري ضمن نص المادة 17 من قانون الأسرة⁶ متماشيا تماما مع الفتوى في الفقه المالكي.⁷

وإذ حوّل فقهاء المالكية للزوجين أن يشترط كل الشروط التي يريانها ضرورة في زواجهما، ما لم يرد منها ما يخالف الشرع، لحديث عقبة بن عامر □ قال: قال رسول الله □ : □ إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم

1. بدءا من المادة 14 إلى المادة 17 .

2. محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي: المرجع السابق، ص 159، 160.

3. نفس المرجع، ص 159.

4. الذي يرم العقد بصدده (من غير تسمية المهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحمد)؛ أنظر: د. محمد بشير الشثقة: الفقه المالكي

في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 540، 543.

5. نفس المرجع، ص 561 وما يليها.

6. وهي التي جاء نصها: «في حالة النزاع في الصدّاق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإنا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين».

7. محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي: المرجع السابق، ص 162.

به الفروج □¹، فإن المقتن الجزائري قد أقر هذا الحكم الشرعي المالكى ضمن إطار نص المادة 19 من قانون الأسرة والتي جاء نصها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية».

قال القرافي المعقود عليها: (المعقود عليها وهي المرأة الخالية من الموانع الشرعية)² وجاء في القوانين لابن جزري: (للزوج أربعة شروط في صحة النكاح، وهي: الإسلام في نكاح مسلمة، والعقل، والتميز، وتحقيق الذكورية تحزرا من الخنثى المشكل فإنه لا ينكح، ولا ينكح، ويجوز له أن يتسرى، وخمسة شروط في استقرار النكاح، وهي: الحرية، والبلوغ، والرشد، والصحة، والكفاءة)³، وموافقة لذلك جاء ضمن نص المادة 23 من قانون الأسرة: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة».

ولذات الغرض أيضا اعتمد المقتن الجزائري سبعة نصوص قانونية حاول من خلالها حصر كل النسوة اللاتي يحرم على الرجال حرمة مؤبدة أو مؤقتة مسايرة منه لما هو مفتى به في الفقه المالكى أين اعتبر كل:

1. الأمهات
2. البنات
3. الأخوات
4. العمات
5. الخالات
6. بنات الأخ
7. بنات الأخت

كلهن محرمات حرمة مؤبدة لسبب القرابة كما صرح به في الفقرة الأولى من نص المادة 24 والمادة الموالية لها.⁴ فيما اعتبر كل من:

1. أصول الزوجة بمجرد العقد عليها؛
2. فروعها إن حصل الدخول بها؛
3. أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا

¹. الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، بدون عدد طبعة، دار المعارف، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 217.

². شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، الجزء الأول، بدون عدد طبعة، طباعة دار الغرب، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص 256.

³. محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزري الكلبي الغرناطي: المرجع السابق، ص 157.

⁴. أنظر: نص المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

4. أراامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا

محرمات بدورهن حرمة مؤبدة لسبب المصاهرة، لما صرح به في المادة 26 على الترتيب المذكور.

وتأكيدا منه على تحريم الرضاع فإنه خصه بثلاث نصوص قانونية أدرج ضمن الأول منها المبدأ أين أدرج خلاله نصا شرعيا صحيحا وهو قول النبي الله ﷺ : \square يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب \square ،¹ فيما خص النص 28 من القانون ببيان الأشخاص الذين تلحقهم الحرمة من الرضاع أين قصرهم على الراضع وحده مع من رضع معهم دون إخوته من الرحم.

هذا ولقد أكد خلال المادة 29 على الفترة التي خلالها يصح اعتماد الرضاع كسبب من أسباب تحريم النساء على الرجال معتمدا فترة الحولين كما هو مصرح به عند فقهاء المالكية كسبب من أسباب حرمان الزواج فضلا عن اعتماده على معيار الفطام كمعيار ثاني لتحريم الزواج بين الرجال والنساء لسبب الرضاع.

وهكذا حصر المقتن الجزائري في النص الموالي المحرمات من النساء مؤقتا في:

1. المحصنة؛

2. المعتدة من طلاق أو وفاة؛

3. المطلقة ثلاثا؛

4. الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت الشقيقة أو لأب أو لأم أو من

الرضاع؛

5. زواج المسلمة من غير المسلم.

وهي ذي أصناف النسوة المحرمات مؤقتا في الفقه المالكي، وبه تتأكد موافقة قانون الأسرة لأحكام الفقه المالكي لاسيما منها ما تعلق بالمحرمات منهن من الزواج.²

المطلب الثاني: أحكام انعقاد الزواج المخالفة للفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري

لا ينعقد الزواج إلا عن أهلية معتبرة شرعا وقانونا، ولأجله عمد المقتن الجزائري إلى اعتبار أهلية الزواج تسعة عشرة سنة كاملة يوم إبرام عقد الزواج سواء للذكر والأنثى، وهو ما صرح به ضمن نص المادة 7 من قانون الأسرة

¹ . الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 141.

² . د. محمد بشير الشَّفَّقة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 333 وما يليها.

الجزائري، ولما كانت الأهلية للزواج هي البلوغ الذي له في الشرع معايير يثبت بتوفرها في العاقد وهي على نوعين: جسدية؛ مثلها مثل الحيض والاحتلام، وعمرية؛ ولا تكون عند المالكية إلا ببلوغ العاقد ثمانية عشرة سنة كاملة؛

وليس المعنى من ذلك أنه يلزم العاقدين بلوغ السن الشرعي للبلوغ حتى يصح لهما الزواج، وإنما قد يصح ذلك ولو لم يتحقق شرط العمر، ولما كان الأمر كذلك فإن المقتن الجزائري وفي الفقرة الثانية من نفس نص المادة أرجع المسألة للبت فيها للقاضي، أين حوّل الترخيص لمن قلّ عمره عن السن القانونية بالزواج مراعاة لمصلحته مطلقة، ومنه يتبين أن المقتن الجزائري وإن كان قد اقترب من الفقه المالكي في عدم الاعتماد على السن القانونية اعتماداً كاملاً، إلا أنه خالف المذهب في اعتبار 19 سنة في النص القانوني في حين أنها عند المالكية لا تتجاوز بحال من الأحوال 18 سنة.¹

وفي العدول عن الخطبة؛ أقر المقتن الجزائري ضمن نص المادة 5 إرجاع الهدايا من العادل واعتمد زيادة على الإرجاع عدم الاسترداد إن كان العدول من الخاطب، وكله موافقة منه للمذهب المالكي، إلا أنه لم يبين إذا كان العدول منها أتسترد ما أهدته للخاطب أو لا؟

وعليه كانت الفتوى عند بعض المتأخرين من المالكية على أنها لا تسترد مما أهدته شيئاً معاملة لها بنقيض قصدتها ومعاملة لها معاملته هو حينما يعدل عن الخطبة فلا تسترد منه شيئاً وترد له كل شيء عدلاً بينهما.²

وقبل ذلك، أغفل المقتن الجزائري مسألة مهمة ومعياراً أساسياً أفتى به السادة المالكية في مثل هذه المسائل، أين حكّموا العرف في إرجاع الهدايا قبل الفتوى بأن جعلوا العرف محكماً قبل اللجوء إلى الفصل بالفتوى المجردة عن العرف، فلو كان العرف إذن يقضي بخلاف ذلك لم يكن للأحكام المفتى بها في الفقه المالكي والمعتمدة في النصوص القانونية محل أعمال،³ ولعل المقتن لم يعتمد العرف لسعته ولعدم إمكان التحكم فيه لاختلافه بين المنطقة والأخرى ولأنه يقتضي القاضي المستوطن⁴ وليس من قاض مستوطن في المنظومة القانونية الجزائرية.

ثم إنه ليس في الفقه الشرعي بما منه المالكي أثر لاشتراط قبول النساء في تعدد الزوجات، ولا للإذن القضائي أثر، فضلاً عن نية العدل التي لا يمكن لأي شخص التأكد منها، ولقد حاول المقتن اشتراط مثل هذه

¹ . د. محمد بشير الشّقفّة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص

262.

² . العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الصغير للشيخ أبي البركات أحمد الدردير، الجزء الثاني، بدون عدد طبعة، دار إحياء الكتب العربية، حلب سورية، بدون سنة طباعة، 456.

³ . د. بلقاسم شتوان: المرجع السابق، ص 47.

⁴ . والقاضي المستوطن هو القاضي الذي يعايش الناس ويعلم منهم أعرافهم فيعايشهم لأمد حتى يتمكن من الوقوف على كافة أعرافهم ليعتمدها في مجلس قضاؤه وهذا من غير المعمول به حالياً لتعدّره.

الشروط على التعدد لتقييده بقيود صعبة إن لم تكن مستحيلة التحقيق، إذ ليس لأي كان أن يعلم مدى توفر نية العدل عند الرجل المقدم على التعدد.¹

كيف وليس للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها وإذ بها تأذن لزواجها بالزواج من غيرها؟ والقاعدة أن كل من يملك أمر نفسه يملك أن ينيب عنه غيره، لا أن يأذن لغيره!

وعليه فإنه لا يكون للمرأة الحق في أن تأذن أو تمنع زوجها من الزواج بغيرها، كما ليس لها أن تبرم زواجها بنفسها، وهو الحكم المدرج نص المادة 11/1¹ من قانون الأسرة،² وفيه مخالفة صريحة للفقهاء المالكي والحكم محل الإجماع في الفقه المالكي بل هو قول جمهور الفقهاء خلا منهم الحنفية على ما هو مشهور في المسألة.

ولما كان الولي أنواع ودرجات فإنه في الفقه المالكي على هذا الترتيب والتصنيف إلا أنه في القانون لم ذلك إلا إشارة أين أورد خلال المادة 11/1¹ من قانون الأسرة: «...وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره»، هذا؛ ولو كانت العبارتان الأولتان لا تخالفان مخالفة القانون للفقهاء المالكي مخافة تامة إلا أن العبارة الأخيرة «أو أي شخص آخر تختاره»، ففيها مخالفة صريحة للفقهاء المالكي.³

ذلك أن المخالف في اللفظتين الأولتين سقط لفظ العصبية من النص القانوني، فالقراءة التي يصلح أصحابها كأولياء لا تكون إلا عصبية، والأب كولي من قرابة أحدهم، وعلى ذلك رتبها فقهاء المالكية على النحو الموالي:⁴

1. الابن ثم ابنه ثم ابن الابن وإن نزل؛
2. الأب فقط دون من فوقه من الآباء؛
3. الأخ الشقيق؛
4. الأخ لأب؛
5. ابن الأخ الشقيق؛
6. ابن الأخ لأب؛
7. الجد أبو الأب فقط دون غيره من فوقه؛
8. العم الشقيق؛

¹ . أنظر نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

² . جاء في النص القانوني: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره».

³ . أين لا يعتد الفقه المالكي للمرأة بحق في إبرام عقد الزواج لا أصالة ولا توكيلا منها لغيرها.

⁴ . د. محمد بشير الشَّفَّقة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، المرجع السابق،

9. العم لأب؛

10. ابن العم الشقيق؛

11. ابن العم لأب؛

12. جد الأب، وهو أبو الجد؛

13. عم الأب الشقيق، وهو أخو أبيه الشقيق؛

14. عم الأب لأب، وهو أخو أبيه لأب؛

15. ابن عم الأب الشقيق؛

16. ابن عم الأب لأب.

وبهذه الطريقة يقدم الأصل على فرعه، وفرعه على أصل الأصل، ليعتمد العصوبة الإرثية في ترتيب الأولياء من الأقارب.

وبه يكون المقنن لم يذكر تماما أصناف الولاية الأخرى بل تعدى إلى إلغاء نص قانوني برمته كان قد ضمّنه حكم التوكيل في الولاية وهي إحدى أصنافها، كما أنه لم يتعرض للولاية عن طريق الوصاية، فيما أشار للولاية العامة وحدّها في شخص القاضي خلال تعرضه لتزويج القصر من النساء في الفقرة الثانية من نص المادة 11 من القانون.¹

ولكن أي رجل آخر تختاره، هي اللفظة التي لم يكن على المقنن إدراجها ضمن النص القانوني تماما لأن لا من سند شرعي لها،² فضلا على أنه ما من فتوى أو رأي عند السادة المالكية يقول بمثل هذا الكلام ولا يُفتي بمثل هذا الحكم؟ فلا سند تماما لمثل هذا، وله يكون أحوط للمقنن الجزائري أن يلغي اللفظة التي قد تقيم من الناحية العملية الكثير من الإشكالات.

هذا؛ وإن كان المقنن قد وُفق في ذكر المحرمات من النساء توفيقا ظاهرا وافق من خلاله الفقه المالكي في تحديده لتلك النسوة، إلا أنه قد أغفل بعضا من الجزئيات المؤثرة على معاني النصوص القانونية، كما فعل خلال ذكره للمحرمات المؤقتات من النساء أين أدرج من ضمنهن المطلقة ثلاثا في آخر المادة القانونية 30 من قانون

¹ . وهي التي ورد فيها: «دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

² . اللهم بالرجوع إلى فتوى السادة الشافعية أين يكون للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها فيكون لها حين إذن أن توكل شخصا غيرها في إبرام زواجها عنها ولكن ذلك لا يمكن اعتماده في هذا المقام لأن الشافعية يتكلمون عن الثيب وليس كل بالغ ثيب؟ زيادة على أن المقنن الجزائري عمد إلى إلغاء نص التوكيل في الزواج فما الداعي إذن إلى إدراج مثل هذا اللفظ المريب؟

الأسرة أين ورد في النص: «المطلقة ثلاثاً»، وفاته في النص أن يبين أنها تحرم على من طلقا فقط، ولو كان تدارك الأمر في نص المادة 51 من نفس القانون¹ إلا أنه أغفل بيان الحكم في المادة المذكورة أعلاه.

فيما أغفل المقتن بعضاً من النساء المحرمات بنص الشرع وفتوى أئمة المالكية عليهم رحمة الله تعالى، أين لم يدرج ضمن المحرمات المؤبدات المرأة الملاءنة وهي التي اعتبرها المالكية من المحرمات تأبيداً على من لاعنها إلا أن المقتن الجزائري لم يدرجها ضمنهن.²

ومن بين غير المؤبدات، أي المحرمات تأقيتا، لم يذكر المقتن الجزائري المرتدة، فيما اعتبر الردة من موانع الإرث في نفس القانون،³ ولكنه لم يذكر صفة الردة عن الدين كمانع من موانع الزواج المؤقت كما أفتى به السادة المالكية.

هذا ولقد أضمّر للزانية في نص المادة 30 من قانون الأسرة أين أورد في آخر النص: زواج المسلمة من غير المسلم وبه يكون قد عرض للزنى وقصره على الزواج من غير المسلم، وهو الزواج المحرم شرعاً والممنوع قانوناً، إلا أنه لم يعتبر الزنى مانعاً من الموانع، على اعتبار أنه لم يدرج ضمن الممنوعات من النكاح تأقيتا المستبرأة من سفاح أو اغتصاب، فلم يدرجها ضمنهن، وهذا خلل جلي ورد في النصوص القانونية التي من خلالها أراد المقتن أن يجمل النساء المحرمات تأقيتا وتأبيداً.

¹ . ورد في النص القانوني: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاثاً مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

² . الشيخ صالح محمد عرفة الدسوقي: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، الجزء الأول، طباعة دار الفكر، بدون عدد طبعة، بدون سنة طباعة، ص 273.

³ . أنظر نص المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول

مكانة الفقه المالكي من آثار الزواج في أحكام قانون الأسرة الجزائري

تختلف آثار عقد الزواج باختلاف صور انعقاده بين الصحيح والفساد، وبين الفاسد فسادا لا يصح معه العقد بعد الدخول وفسادا قد يصح معه العقد بعد الدخول، ولأجل ذلك كانت نصوص قانون الأسرة لاسيما ما ضُمّن منها آثار الزواج متباينة في أحكامها ومتعارضة في كثير من الأحيان مع المذهب المالكي وله تباينت النصوص بين الآخذ منها بالفقه المالكي (مطلب أول)، والمخالف منها له (مطلب ثاني).

المطلب الأول: أحكام آثار الزواج الموافقة للفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري

يعد كل زواج بإحدى المحرمات كما هو مصرح به ضمن المادة 32 من قانون الأسرة ممنوعا، أين اعتبر المقتضى موانع النكاح ضمن نص المادة 24 من نفس القانون مبطللة للزواج، وبطلان الزواج بالمحرمات من قبيل الزنا إلا أن يجهلا الحكم فيُدراً الحد عليهما للشبهة، ومنه فإن الزواج بإحدى المحرمات يقع دون أثر مطلقا إلا أن كون له عذر شرعي، كحالة الجهل مثلا.¹

كما يقع باطلا أيضا واستنادا على نفس نص المادة المشار إليها أعلاه،² كل زواج يقيمه أطرافه على شرط مناف لمقتضاه، وفيه موافقة تامة للفقه المالكي، إذ من أصناف الشروط المذكورة فقها صنف يؤدي كلما ارتبط بالعقد إلى بطلانه لتعلقه بكنهه وبناءه فيدخل بإحدى مقوماته الأساسية ويؤدي إلى بطلانه مطلقا إذ لا يُعتبر ناشئا تماما ولا و أثر مطلقا.³

ويبطل عقد الزواج أين يعتبر من دون أثر تماما إن احتل فيه ركن الرضا بحيث أبرم عقد الزواج عن تخلف لأهلية الزوج أو صلاحية الزوجة للزواج بها لصغر سن أو مرض يحول دون إبرام عقد الزواج على مثيلاتها، أو إكراه عليه، فضلا عن عدم تطابق الإيجاب بالقبول في إبرام عقد الزواج، فإنه في كل هذه الأحوال يقع الزواج باطلا وهو

¹ . د. عبد السلام محمد الشريف العالم: المرجع السابق، 152.

² . المادة 32 من قانون الأسرة المعدل والمتمم والتي ورد فيها: «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد».

³ . د. محمد بشير الشّقفقة: الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 477 وما يليها.

ما اعتمده السادة المالكية في فتاويهم واقتبسه المقنن ضمن إطار نص المادة 33/1 من قانون الأسرة التي ورد فيها: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا».

وجاءت المادة 34 من قانون الأسرة مضمنة حكما مخالفا للحكم الوارد في المادة 32 من نفس القانون ولكن بفارق في الأساس إذ بعد أن أورد المقنن الشرط المخالف لمقتضى العقد أورد خلال النص الموالي -34- الشرط المناهض للعقد لا مقتضى العقد، وفي مثل هذه الحالة يقع الزواج صحيحا والشرط باطلا، ولأجله يظهر أن المقنن الجزائري اقتبس ولو كان بطريق الإضمار لا الإعلان التقسيم الفقهي المالكي للشروط المرتبطة بعقد الزواج إذ بعد أن خص المادة 18 للشروط المباحة خص المادة 32 للشروط المحرمة، ثم خص المادة 34 بالشروط المكروهة، وهذا تأكيد على سعي من المقنن الجزائري إلى محاولته إفراغ جل أحكام الفقه المالكي في نصوص قانون الأسرة الجزائري.

والحقوق الزوجية المشتركة عديدة، ذكر منها المقنن أمثلة خلال تعرضه لها في المادة 36 من قانون الأسرة،¹ إذ لا يمكن حصرها بحال، أين ركز بالأخص على «المحافظة على روابط الحياة الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة»، وفيها أنه يقوم على الزوجين الالتزام بعدم التعدي على كل صلة تجمع بينهما مهما اختلفت طبيعتها؛ معنوية كانت أو مادية، بحيث أن الزواج ذو طبيعة خاصة جدا وأن كل لكل زوجين صلات خاصة تجمع بينهما وتلك هي المقصودة في متن النص القانوني وهي محل الإلزام بالمحافظة عليها عن طريق منع التعدي عليها، وهي نفسها واجبات الحياة المشتركة، والتي منها الاحترام المتبادل والطاعة والرحمة والمودة بين الزوجين وعليها نص الفقه المالكي بل وألزم.

هذا ولقد أكد المقنن خلال الفقرة الثانية على «المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة»، وكأنه أراد أن يفسر روابط الحياة المشتركة بين الزوجين بأنها قائمة على مبادئ المعاشرة بالمعروف، من احترام ومودة ورحمة، فإن فعلا كانا قد نفذنا الالتزام القانوني والواجب الشرعي لاسيما عند الفقهاء المالكية، الذين جعلوا من

¹ . ولقد ورد في المادة 36 ما يلي: «يجب على الزوجين:

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
2. المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،
3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،
4. التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،
5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،
6. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقرين بالحسنى والمعروف،
7. زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف».

المعاشرة بالمعروف من واجبات الحياة الزوجية، لقوله ﷻ: «وعاشروهن بالمعروف»¹، وقوله ﷻ: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»²، ومنه يتبين أن المقنن قد وافقه المذهب في هاتين الفقرتين من نص المادة.

عمد المقنن بعدها إلى بيان بعض الالتزامات الزوجين التي تقوم في الأصل لغيرهما نتيجة زواجهما وبدأ بحقوق الأبناء في التربية والرعاية فقال: «التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم»، وفيه إلزام بالتعاون على القيام بذلك من لدن الزوج والزوجة على حد السواء مراعيًا في ذلك مصلحة الأبناء المولودين لهم من زواجهم، وفيه أنه على الزوج الإنفاق عليهم وحمايتهم وتأديبهم وعلى الزوجة بالمقابل تربيتهم وتعليمهم والقيام على مصالحهم الخاصة، وهو كنه فتوى السادة المالكية.

وإذا كان من حسن تسيير شؤون الأسرة من لدن الزوج المشاورة والمحاورة مع زوجه إذ كل ذلك من مكارم الأخلاق، بل هو سنة سنّها رسول الله ﷺ حينما استشار أم سلمة ﷻ في صلح الحديبية، حين أمر رسول الله ﷺ أصحابه بالنحر والحلق ثلاثًا فلم يجيبوه إلا بعد أن دخل على أم سلمة فأشارت عليه بأن ينحر ويحلق أمامهم ليعملوا بعمله فصلحت مشورتها رضي الله عنها³، ولأجله أقر المقنن الجزائري هذا المبدأ السديد بإلزام كلا الزوجين بالتشاور بينهم في تسيير شؤون الأسرة التي يكونون «التشاور في تسيير شؤون الأسرة».

وإذا كانت الرحم معلقة بعرش الرحمن وأمر الله بوصلها على كل مكلف فإنه يلزم ومن باب الموازنة كل زوج بصلة رحم زوجه واحترامهم والإحسان إليهم عن طريق التودد إليهم بالهدايا والعطايا والتلطف معهم في الكلام وحتى بالدعاء إليهم، إذ كل ذلك من أعمال الإحسان، فضلا عن زيارتهم بما يتاح لهم وفي حدود العرف المحكم بين الناس وعلى ذلك أكد المقنن ضمن الفقرة الخامسة من نص المادة 36 من قانون الأسرة على هذا الالتزام أين نص على: «حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم».

وفي خضم ذلك كله يلزم كل من الزوجين في التعامل مع أفراد عائلة غيره من الأزواج «المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالإحسان والمعروف»، كما هو منصوص عليه في الفقرة السادسة من النص القانوني محل التفسير وفي ذلك تأكيد على صلة الأرحام وهو واجب إجماعا بحيث لا يختص المالكية دون غيرهم في الحث بل الأمر بوجود صلة الرحم بما شرع فيها من أحكام بالتودد والتقرب لاسيما للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين.

ولأن الله ﷻ يقول: «علمها عند ربي في كتاب لا يضل ربي ولا ينسى» فإن من التودد للزوج والزوجة التودد لأقاربه وزيارتهم بالمعروف والإحسان إليهم بالقول والعمل وهو ما لا يتأتى إلا عن طريق الزيارة والاستضافة بحيث يزار البعيد ويستضاف الضيف منهم جميعا، ولأن المقنن الجزائري كان حريصا في كل مرة على استمرار عقود

¹ . سورة النساء، الآية 20.

² . السيد سابق: فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1990، ص 283.

³ . الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 199.

الزواج فقد حاول الإحاطة بكافة الالتزامات والحقوق لاسيما المعنوية منها للحفاظ على الرباط المقدس فنص على كل ذلك في آخر فقرة من نفس نص المادة -36- بقوله: «زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف».

وفي نص المادة 37 من قانون الأسرة أقر المقنن المبدأ الشرعي العام المُفضي إلى اعتبار لكل زوج من الطرفين ذمة مالية مستقلة أين نص على: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر»، وهو الذي قال به السادة المالكية في مذهبهم وعليه الفتوى.¹

ولم يأخذ المقنن المبدأ خالصا عن استثنائه² كما فعل به المالكية حينما اعتمدوا على الكد والسعاية في إعطاء كل ذي حق من الزوجين حقه متى ساهمت الزوجة في تكوين الأموال الزوجية التي تظهر في الأصل على أنها ملك للزوج وحده ولأجله أوردت للفقرة الأولى من المادة 37 بالفقرة الثانية والتي أورد فيها إمكانية الاتفاق على الاشتراك في بعض المال بحسب تحديدهما عقدا: «غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها».

وفي النسب اعتمد المقنن منهجية خاصة بدأ من خلالها بمُثبتات النسب وعدها ضمن نص المادة 40 من قانون الأسرة فذكر منها الزواج الصحيح والإقرار والبيئة ونكاح الشبهة، وأضاف عليها مُثبتات أقامها على كل زواج تم فسخه وفقا للنصوص القانونية 32، 33، 34 من ذات القانون، وبه يكون قد وافق الفقه المالكي في ما ذكر من مُثبتات للنسب من زواج صحيح وشبهة وإقرار وبيئة.

ولأن الفقه المالكي اعتمد على شروط لإنشاء النسب للمولود له لاسيما الزواج الصحيح وإمكانية اللقاء وعدم نفيه عن طريق اللعان فإن المقنن الجزائري وضمن نص المادة 41 من القانون عمدا إلى أن النسب للمولود له لا يتحقق إلا في الأحوال التي تتوفر فيها نفس الشروط، وبه يتأكد منحى المقنن في موافقة الفقه المالكي في سبب نشوء النسب والقول به.

ولذلك فإن الإقرار بالنسب إن كان من جانب الأب أو الأم أو حتى الابن فإنه لا يتحقق إلا إن تحققت له شروطه والتي تتلخص عموما في:

¹ . ورغم إقرارهم بدمتها المالية المستقلة إلا أن الإمام مالك □ منع الزوجة من الإنفاق من مالها دون رضا من زوجها: (لا يجوز للزوجة أن تعطي من مالها بغير إذن زوجها، ولو كانت رشيدة إلا في حدود ثلث مالها، أما إذا زاد على الثلث، فلا يجوز لها التصديق به أو هبته إلا بإذن زوجها)؛ أنظر: الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص 549.

² . وهي صورة من صور النوازل التي أخذ بها الفقه الحديث لاسيما المالكية؛ أنظر: عبد العزيز توفيق: دراسة تحليلية لمدونة الأسرة، دار الثقافة مؤسسة النشر والتوزيع، الدار البيضاء، سنة 2003، ص 54.

1. أن يكون المقر نسبه مجهول النسب،

2. أن يصدق العرف ويصدق في العادة مثل حاله.

كل ذلك يصح ولو كان أثناء مرض الموت، هذا الذي جاء به قانون الأسرة ضمن نص المادة 44 منه، وهي نف الشروط التي اعتمدها الفقه المالكي.¹

ولقد أضاف المقنن ضمن نص المادة 45 من نفس القانون مسألة قبول المقر عليه النسب في الأحوال السالف ذكرها فإن لم يفعل لم يصح إليه نسب.

ورغم ما اشتهر على أن المالكية أفتوا بأن أقصى مدة حمل خمس سنين، فيما تعدى بعضهم إلى خمس سنين إلا أن المشهور من الأقوال عندهم، كما عند غيرهم أن أقصى مدة حمل عشرة أشهر وأقلها ستة، وعليه يكون المقنن حينما أقر تلك المدد القانونية يكون قد وافق الفقه المالكي من هذا الباب، لاسيما ضمن نص المادة من قانون الأسرة التي صرح فيها بهذه الآجال القانونية.²

وُبغية تقرير الحكم الشرعي تقريراً لا خلاف عليه خص المقنن الجزائري نص المادة 43 من قانون الأسرة بتأكيد على أقصى أجل يمكن نساب المولود للرجل المطلق بعد طلاقه معتبرها لا تتجاوز بحال عشرة أشهر تحسب من تاريخ الانفصال أي من آخر يوم كان يمكن فيه تلاقي الزوجين.

والتبني كما هو مجمع عليه أنه حرام منعه المقنن الجزائري في القانون وفقاً لنص المادة 46 من قانون الأسرة استناداً على التحريم الشرعي لاسيما المالكي منه، وبه يكون قد وافق المقنن الفقه المالكي في مسألة تحريم التبني وهي مسألة محرمة شرعاً ممنوعة في القانون الجزائري وحسناً فعل.

ومن بين أهم نوازل العصر الحديث الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي التي لم يختص بها فقيه نسب بحثه للفقه المالكي،³ إلا أن الفقه على أن التلقيح الاصطناعي إن تم بين الزوجين وبرضاها وأثناء حياتهما، أن يكون القصد محاربة عقم الزوجة، وأن تُعدم وسيلة من وسائل الإنجاب الأخرى بحيث يكون آخر حل للإنجاب، ثم أن يُؤمن في العملية عدم التلاعب بالمياه فذلك الحِلّ، وإن تخلف شرط من بين هذه الشروط المذكورة كان الأمر أقرب منه إلى الحرام منه إلى الحلال بحسب الشرط المتخلف.⁴

¹ . د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكلم الطيب، سنة 2000، ص 271

وما يليها.

² . نفس المرجع، ص 271.

³ . وفقاً لما أعلم والله أخبير وأعلم.

⁴ . د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي: شروط التلقيح الصناعي الداخلي بين الزوجين، مقال منقول عن موقع الملتقى الفقهي:

www.fiqh.islammessgae.com بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، المجلد الأول، مؤسسة الرسالة، سوريا، الطبعة الأولى سنة

وعلى أساسه أورد المقتن الجزائري ضمن نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة شروطا موافقة لإقرار التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، والتي تمثلت على الأخص في:

1. أن يكون الزواج شرعيا؛

2. أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛

3. أن يتم بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

ولقد أكد المقتن الجزائري في الفقرة الثانية من نفس نص المادة موافقا للبحوث الحديثة في نازلة التلقيح الاصطناعي بأن منع الأم البديلة وهو ما يعرف باستئجار الأرحام وهو الأمر المتفق على تحريمه شرعا.

المطلب الثاني: أحكام آثار الزواج المخالفة للفقهاء المالكي في قانون الأسرة الجزائري

ورد خلال نص المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري: «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»، ومنه يتبين أن المقتن الجزائري جعل لتخلف الصداق مطلقا ولتخلف الشهود وكذا الولي وربطه بحالة وجوبه وكأنه يوجد حال لا يكون فيها واجبا وأسقط على كل ذلك نفس الحكم القانوني وهو الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده -أي الصحة- مع صداق المثل.

وهذا الحكم القانوني في الحقيقة لاسيما في الفقه المالكي لا يصح إلا في حال الاتفاق على إسقاط المهر ففيه أنه يصح العقد بعد الدخول ويثبت مهر المثل، أما إذا اتفقا على تأخيره مثلا فعندها يصح العقد بداية ونهاية ولا يعوز فيه إلى الفسخ قبل الدخول ولا لمهر المثل بعده.¹

أما إذا تعلق الحكم بالإشهاد فلا يُفسخ قبل الدخول عند السادة المالكية إذ الإشهاد عندهم ليس من شروط صحة العقد وإنما هو للدخول قال الإمام الباجي ~: (يجوز عندنا أن يُعقد النكاح بغير شهادة، ثم يقع الإشهاد به بعد ذلك)،² ومنه يتأكد أن العقد إن انعقد من غير شهادة الشهود لا يُفسخ في الفقه المالكي.

1996، ص 267 وما يليها؛ لبي محمد جبر وشعبان الصفدي: الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، سنة 2007، ص 30 وما يليها.

¹ . د. محمد بشير الشقفة: المرجع السابق، ص 121.

² . القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي: المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس □، الجزء الثالث، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، سنة 1332 هـ، ص 312.

ولكن الدخول إن تم من غير إسهاد عند المالكية هو دخول فاسد والعقد كذلك،¹ إذ الإسهاد عندهم واجب عند الدخول، فلو تخلف تخلفت معه كل صحة للعقد، وبه يكون المقتن قد حاد عن الفقه المالكي مرتين في مسألة أثر تخلف الإسهاد، فقد خالفه مرة حينما اعتبر العقد فاسخا قبل الدخول إن لم يتوفر في العقد الشهود وخالفه مرة أخرى حينما اعتبر العقد صحيحا بعد الدخول ولو لم يتم الإسهاد.

والولي عند السادة المالكية شرط واجب لصحة كل نكاح وليس لامرأة مهما علا قدرها وطال عمرها أن تزوج نفسها بحال، ولا أن توكل عنها غيرها في فعل ذلك، وإن وقع وتم الدخول به؛ فسخ قبل الزواج وبعده عندهم،² ولا يصح بعد الدخول بمهر المثل كما هو مصرح به خلال نص المادة 33 من قانون الأسرة، وإنما يفسخ في كل الأحوال ولا يصح.³

هذا؛ وقد جاء في المادة 34 من قانون الأسرة: «كل زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء»، وبه يتبين أن المقتن أراد للزواج بإحدى المحرمات أن يثبت به نسب المولود دون اشتراط عدم علمهما بالحرمة وفي هذا مخالفة للآثم، إذ لو علما الحرمة وأقدا على المعاشرة كان زنى ولا يثبت بالزنى حق من سائر الحقوق المذكورة أما إن كان عن جهل ففيه سعة من حيث ثبوت النسب، وأما الاستبراء فهو في كل الأحوال واجب لعدم اختلاط مياه الرجال في أرحام النساء.⁴

لقد أورد المقتن ضمن نص المادة 4/37 من قانون الأسرة: «التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات»، وعند في الفقه شبيه العزل الذي كان منتشرًا على عهد الصحابة والتابعين وكان عندهم مباحًا،⁵ رغم أن من الأئمة المالكية من منعه⁶ ومنهم من أجازه.

¹ . العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: المرجع السابق، 339.

² . ولو ذُرئ به الحد للشبهة وثبت به صداق المسمى أو المثل إن لم يسم، ولزمته عدة، وحَرَّم مصاهرة، وأحق نسبا، وحكمه قبل الفسخ حكم الزواج الصحيح في التوارث.

³ . محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي: المرجع السابق، ص 221.

⁴ . القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 441.

⁵ . ولقد اعتمد الفقه على اقتراب الامتناع عن الإنجاب من العزل للقياس به وإسقاط أحكامه عليه، فبينوا بأن تباعد الولادات لا يصح شرعا إلا إن كان الغرض منه نفس غرض الصحابة الذي أفرهم عليه النبي ﷺ، فقد قال بعضهم: (فأردنا أن نستمتع ونعزل)، وقال آخر: (اشتبهنا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببنا العزل)، وقال آخر: (الرجل تكون له المرأة ترضع فيصيب منها ويكره أن تحمل منه، والرجل تكون له الأمة فيصيب منها ويكره أن تحمل منه)، وقال آخر: (إن لي جارية هي خادمتنا وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل).

⁶ . قال الشيخ عليش رحمه الله: لا يجوز استعمال دواء لمنع الحمل).

ولقد ورد ضمن في المادة 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت بعدة وسائل: «وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون»، ومعناه أن كل زواج سواء كان هذا الزواج صحيحا أو غير صحيح يثبت النسب به، إلا أن الرجوع إلى مصطلح الزواج يجعل من الظاهر موافقة النص القانوني للفقهاء المالكي، إذ المعتبر مالكيًا أن الزواج غير المتفق على فسخه بعد الدخول يثبت به النسب، وذلك ما يبين أن الزواج المفسوخ اتفاقا لا يثبت به نسب لاسيما إن ارتبط بسوء نية من لدن أطرافه بحيث قاما بالعلاقة عن علم مثلا فهذا لا يصح تسميته بالزواج ولو حاولا إعطاء صبغة الزواج له ظاهرا، إذ يُعتبر علاقة غير شرعية.

ثم إن الرجوع إلى النصوص القانونية المشار إليها في المادة 40 أعلاه يبين أن المقنن إنما أراد الاستناد عليها في الحكم على العلاقة بداية أنها زواج ثم بأنها قد تم فسخها استنادا إلى نفس النصوص أو بحكمها، ومنه يتأكد أن المقنن الجزائري خالف المذهب المالكي في مسألة إثبات النسب إن علقه على كل زواج تم فسخه بعد الدخول إذ من المتعارف عليها لدى فقهاء المالكية أنه ليس كل زواج مفسوخ بعد الدخول مثبت للنسب، وإنما هو على التفصيل المشار إليه في الفقرة أعلاه.

هذا؛ وإذا صح إثبات النسب بالطرق العلمية قياسا على القيافة التي كانت تُعرف من لدن عصر النبي محمد ﷺ بل وحتى قبل ذلك، إلا أن الشيء الذي لم يفصل فيه النص القانوني هو حالة تعارض إثبات النسب الطرق العلمية مع إنكاره بالطرق الشرعية -أي عن طريق اللعان- لما فيه من أن اللعان سنده نص شرعي قطعي الدلالة والطرق الشرعية سندها قواعد علمية ظنية الدلالة، فلا يمكن بحال تغليب ما هو قطعي الدلالة مع ما هو ظني الدلالة، ولأجله يكون المقنن قد جانب حد الصواب حينما أطلق إثبات النسب بالطرق العلمية ولم يشتر لمسألة تعارضها مع نفيه بالطرق الشرعية.

خاتمة

مع ما في مادة الزواج من قانون الأسرة من موافقة للفقهاء المالكي إلا أن المقنن أبدى شيئاً من الحياد عن المذهب، وهو الأمر الواضح في العديد من المسائل التي تم التعرض لها ضمن نصوص قانون الأسرة.

هذا ولو كان المقنن قد خالف المذهب المالكي نحو فتوى الجمهور لكان أهون في المخالفة منه من مخالفته له نحو قول تفرد به مذهب لاسيما الحنفية في مسألة الولي مثلاً.

ثم إن المقنن لم تقصر مخالفته على الميل نحو مذهب مخالف آخر معين ومحدد، بل حاد عن المذهب في أحوال أغفل فيها الحكم تماماً بحيث لم يتعرض مثلاً ضمن موانع الزواج للكافة غير الكتابة ولا للملاعة.

وأكثر ما أظهر المقنن خلافاً للمذهب المالكي كان في مسائل خاصة مثلها مثل تعدد الزوجات أين لم يعتمد فقهاً واضحاً فضلاً عن كونه خالف فقهاء الإمام مالك، ومثل الآثار الناتجة عن تخلف الولي مثلاً في إبرام عقد الزواج، أين جعله ناجماً لآثاره رغم تخلف الولي؟

ومن كله يتأكد أن المقنن الجزائري وخلال الأحكام التي من خلالها نظم الزواج وآثاره في قانون الأسرة لم يأخذ بالفقه المالكي أخذاً مطلقاً كما يعتقد البعض، ولو كان قد أخذ به فقد شذ عنه في العديد من الأحكام سواء المنشئة لعقد الزواج منها أو ما تعلق منها بآثاره.