

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عمار تلجبي بالأغواط
كلية العلوم الإنسانية والاسلامية والحضارة
قسم العلوم الاسلامية



الموضوع

تصبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاسلامية LMD
تخصص الفقه وأصوله

إشراف الأستاذ:
أ.زيغمي النعيمي

إعداد الطالبتين:
مليلة بن علل
نورة بوعمره

لجنة المناقشة

د. قبلي بن هني رئيسا
أ. محمد لخضر لعروسي مناقشا
أ. زيغمي النعيمي مشرفا

السنة الجامعية 1438-1439هـ / 2017-2018 م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر وعرفان

قال تعالى: "وقال رب أو زعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأد خلني برحمتك في عبادك الصالحين" النمل الآية 19

نبدأ أولاً بالحمد لله العلي العظيم الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب، ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل.

نتوجه بالشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تدليل ما واجهنا من صعوبات نخص بالذكر: ❖ الأستاذ المشرف "زيغمي نعيمى" الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت لنا عوناً في إتمام هذه المذكرة، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

❖ ونتقدم بخالص شكرنا إلى أساتذتنا دون استثناء من الابتدائية وصولاً إلى الجامعة فلهم الفضل فيما نحن عليه اليوم من الإنجازات ونتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد ولو بابتسامة أو جملة بسيطة.

... نشكركم جميعاً.

نورة - مليكة



مقدمة



مقدمة

الحمد لله جابر الوهن والكسر، نحمده حمدا يدوم بدوام الدهر، ونشهد له بالوحدانية في السر والجهر، ونصلي على رسوله مشروح الصدر سيدنا محمد، الذي نسب فضله إلى الأنبياء كالنجوم والبدر، وعلى أزواجه وأصحابه وأتباعه إلى يوم الحشر، ونسلم تسليما.

أما بعد

لقد سعى المسلم دوما لمعرفة أحكام دينه، كونها تعتبر من مقتضيات إيمانه بهذا الدين، ومن تمام هذه المعرفة، معرفته بالطرق التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، خاصة الأحكام السائدة في مجال الأحوال الشخصية وما يتعلق بها من أحكام في الأسرة، حيث اعتبر الإسلام الأسرة خط الدفاع الأول في المجتمع كما أنها اللبنة الأساسية في بنائه، فبصلاح أفرادها يصلح المجتمع، والأسرة هي حاضنة المعاني الأخلاقية، والقيم النبيلة، ومدرسة تخريج الأجيال الملتزمة بقيم أمتها ودينها، والقادرة على الدفاع عنها في الملمات والشدائد.

ولقد أولاه الله سبحانه وتعالى مكانة عظيمة، حيث ذكرها في كتابه الكريم فقال تعالى: ﴿وَمَنْ ءَايَتْهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾ (الروم/21). وجعل لها سبحانه وتعالى أحكاما تضبطها، لضمان حقوق أفرادها والحفاظ عليها، كأحكام الخطبة والنفقة والنسب وغيرها. ومن هذه الأحكام ما يسري حكمه بأثر مباشر في الزمن الحاضر أو المستقبل، كما فيها ما يسري حكمه بأثر رجعي على الماضي، وهذا الأخير يعتبر موضوعا جوهريا في الفقه الإسلامي والقانون معا، فبالرغم من كونه مصطلحا قانونيا مستجدا لم يظهر إلا مؤخرا في القوانين الوضعية، إلا أنه موجود في أحكام الفقه الإسلامي منذ عصر النبي عليه الصلاة والسلام، وقد أفتى فيه علماء المذاهب الأربعة في مسائل كثيرة، وإن كانوا

يطلقون عليه ألفاظا أخرى غير الأثر الرجعي، كالتبين، والانعطاف، والاستناد، والاقتصار وهذا ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع ومعرفة وجوده وامتداده في أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والموازنة بينهما .

عنوان الدراسة:

تطبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة.

أهمية الموضوع.

1- في نفع طلاب العلم بمعرفة معنى الأثر الرجعي والمفاهيم المطابقة لمضمون هذا المصطلح في الفقه الإسلامي.

2- يفيد طالب العلم في التفريق بين هذا المصطلح والمصطلحات القريبة من معناه حتى لا يقع طالب العلم في الخلط عند استخراج الأحكام.

3- الاطلاع على بعض المسائل في الأحوال الشخصية التي تسري فيها الأحكام بأثر رجعي في الفقه والقانون الجزائري، حيث تمس هذه المسائل المجتمع بصفة مباشرة.

أسباب اختيار الموضوع:

2- كون الأسرة عماد المجتمع جعلنا نخصص دراستنا له في جانب الأحوال الشخصية

3- كون موضوع الأثر الرجعي بهذا المصطلح جديدا يجهله الكثير من طلاب العلم دفعنا لبيانهم.

4- تقارب معنى الأثر الرجعي ومعان أخرى، مما قد يوقع طالب العلم في خلط فكان لابد من دراسته.

5- جهل الكثير من الناس للأثر الرجعي وما يتعلق به من أحكام.



6- قلة الأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع.

إشكالية البحث:

ما مفهوم الأثر الرجعي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وما مدى تطبيقه في أحكام الأسرة فقها وقانونا ؟

الأهداف المنشودة من البحث:

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

1- رضى الله سبحانه وتعالى

1- معرفة مدى واقعية الأثر الرجعي في كل من أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

2- الوصول إلى المعنى الحقيقي للأثر الرجعي بحيث يصبح القارئ قادرا على التفريق بينه وبين المصطلحات القريبة من معناه.

3- معرفة الأحكام الشرعية التي يطبق فيها الأثر الرجعي في جانب الأحوال الشخصية.

4- معرفة مدى اعتبار القانون الجزائري للأثر الرجعي في قانون الأسرة مقارنة له بالفقه الإسلامي.

5- تطبيق العدل من ضمان حقوق العبد التي تسري بأثر رجعي.

الدراسات السابقة

قبل الشروع في بحثنا وقفنا على بعض الدراسات ومن ضمنها:



الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية من تأليف عبد الحافظ عليان أبو حميدة رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي إشراف الدكتور محمد حسن أبو يحيى - كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية - 2005.

الفرق بين الدراسة المذكورة ومذكرتنا كونها:

1-تكلّمت عن الأحكام التي تسري بأثر رجعي عامة بينما خصصنا دراستنا للأحكام التي تسري بأثر رجعي في مجال الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

2-أنّه لم يبين محل الأثر الرجعي في المسائل التي تناولها، بينما قمنا ببيان محل الأحكام التي تسري بأثر رجعي في المسائل التي تناولناها.

3-تناولنا بعض المسائل التي لم يعرج إليها في مذكرته كالنسب والخطبة.....

حدود البحث:

تناولناه في قسم الأحوال الشخصية في مسائل الخطبة والنسب والرضاع والطلاق والنّفقة، ومدى تطبيق الأثر الرجعي فيها من الجانب الفقهي والقانوني.

المنهج المتبع في البحث:

لقد اتبعنا في هذا البحث المنهج الاستقرائي، والتحليلي، والمقارن.

1-المنهج الاستقرائي: قمنا فيه بتتبع مسائل الفقه الإسلامي من كتب الفقه العام والقانون من كتب القانون.

2-المنهج التحليلي: وظفناه في الإجابة عن مختلف التساؤلات المطروحة من خلال إشكالية البحث.



3-المنهج المقارن: بحيث قمنا بالمقارنة بين تطبيقات الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية.

منهجية البحث:

لقد اتبعنا في دراستنا هذه منهجية يمكن توضيح ملامحها الرئيسية فيما يلي:

- 1-عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر رقم الآية
- 2-تخريج الأحاديث والآثار المترتبة التي احتج بها الفقهاء
- 3-ترجمة الأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب المذكرة.
- 4-وضعنا الكلمات والمصطلحات التي تحتاج إلى بيان باختصاره في الهامش.
- 5-توثيق المادة من كتب موثقيها مباشرة إلا إن تعذر الأمر فننقل من المراجع التي وجدنا فيها هذه المادة العلمية.
- 6-واتبعنا في تهميش المادة العلمية النحو التالي:

ذكر اسم المؤلف ثم عنوان الكتاب ثم المحقق إن وجد ثم دار النشر والبلد ثم الطبعة والسنة ثم الجزء والصفحة مع لفظة المرجع السابق عند تكرار المرجع.

أمّا تهميش الحديث فقد ذكرنا أولاً من أخرجه -ثم الكتاب ثم الباب والرقم ثم معلومات الطبع وفق الترتيب السابق؟

عند تهميش الكتب فإننا نرمز للطبعة ب: "ط" والجزء ب: "ج" والصفحة ب: "ص" والمحقق ب: "تح" وبدون ب: "ب" والسنة ب: "س" لسهولة الاستفادة من البحث.

صعوبات البحث:

- 1- صعوبة الحصول على المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية.
- 2- ندرة المراجع القانونية التي تكلمت أو ذكر فيها الأثر الرجعي.
- 3- كون المصطلح الأثر الرجعي غير موجود في كتب الفقه الإسلامي.
- 4- ندرة الرسائل التي سبق ودرست الأثر الرجعي، بحيث لم نجد غير رسالة واحدة.
- 5- ضغط الوقت لم يسمح لنا بالتركيز في البحث بشكل معمق والتوسع فيه خاصة أن موضوع الأثر الرجعي مستجد ويحتاج إلى الكثير من الوقت.

خطة البحث:

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الأحوال الشخصية والأثر الرجعي.

المبحث الأول: ماهية الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: نشأة مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مؤلفات الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: ماهية الأثر الرجعي.

المطلب الأول: تعريف الأثر الرجعي.

المطلب الثاني: الفرق بين مصطلح الأثر الرجعي وغيره من المصطلحات.

المطلب الثالث: مدى اعتبار الأثر الرجعي في القانون.



المبحث الثالث: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية المدنية.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية الجنائية.

الفصل الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري..

المبحث الثالث: تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي



المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النسب في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الرابع: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الطلاق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الخامس: تطبيقات الأثر الرجعي في نفقة الزوجة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام نفقة الزوجة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



الفصل الأول

ماهية الأحوال الشخصية

والأثر الرجعي



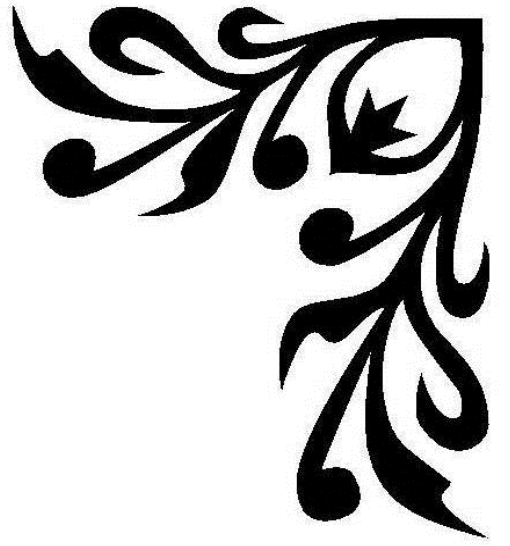
تمهيد:

الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع، فمتى كان بناء الأسرة سليماً سلم بناء المجتمع، ولهذا اهتم بها الشرع الكريم وجعل لها أحكاماً تبنى عليها وتضبط علاقاتها، حيث كانت تعرف بفقهاء الأسرة في القديم، ولكن مع تطور الحياة وتداول الأعصار تغيرت المفاهيم فأصبح يطلق عليها مصطلح الأحوال الشخصية، ومن الأحكام التي تلحق الأحوال الشخصية ما نجده يسري بأثر مباشر كما منها ما يسري بأثر رجعي، ومن هنا خصصنا هذا الفصل الذي لب موضوعه هو الأحوال الشخصية والأثر الرجعي، حيث قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: ماهية الأثر الرجعي.

المبحث الثالث: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية.



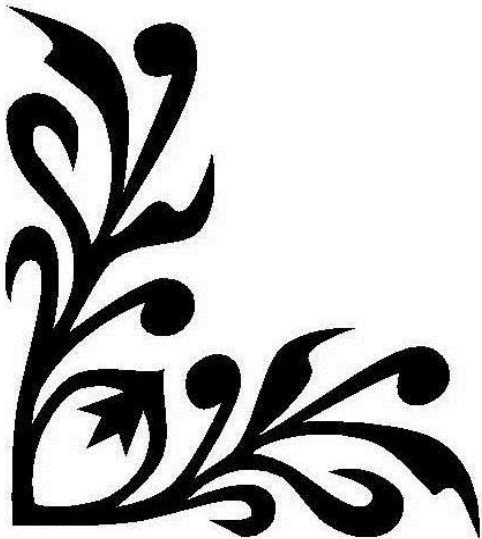
المبحث الأول:

ماهية الأحوال الشخصية

المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: نشأة مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: مؤلفات الأحوال الشخصية



المبحث الأول: ماهية الأحوال الشخصية

قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث تكلمنا في المطلب الأول عن تعريف الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، أمّا في المطلب الثاني فقد تكلمنا عن نشأة مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، وفي المطلب الثالث ذكرنا المؤلفات في الأحوال الشخصية كما سنبين في الآتي:

المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية

ينظر إلى مصطلح الأحوال الشخصية باعتبارين اثنين: الأول باعتباره مركبا من كلمتين الحال والشخصية، والثاني باعتباره كلمة على حكم ولقبا على علم.¹

الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية لغة

أولاً: تعريف الأحوال لغة: جمع حال، والحال نهاية الماضي وبداية المستقبل.² وحال لونه تغير واسودّ، وقال حال الشيء بيني وبينه، ويحول حوْلا أي حجز. والحال الطين الأسود، والتحول استعمل من موضع إلى موضع.³

ثانياً: تعريف الشخصية لغة: نسبة إلى الشخص، والشخص في اللغة: لفتح أوله وسكون ثانيه كل جسم ظاهر مرتفع.⁴ والشخص جماعة الإنسان وغيره.⁵

¹ - ينظر: رشيد برادة -مصطلح الأحوال الشخصية في ضوء تنازع القانونيين -دراسة في المفهوم والتطور التاريخي - (مذكرة ماستر - أحكام الأسرة في الفقه والقانون - الفصل الثاني- الفوج الثالث) - إشراف : د - أحمد اد الفقيه -كلية الشريعة أكادير- جامعة القرويين ص6.

² -علي محمد سيد شريف الجرجاني (816هـ / 1413م)-قاموس المصطلحات والتعريفات، علم الفقه واللغة والفلسفة المنطق _التصوف _النحو_ الصرف _العروض والبلاغة -تح : محمد صديق المنشاوي -د، الفضيلة - القاهرة - د، ط ص72.

³ -الرازي-مختار الصحاح-مكتبة لبنان -بيروت -د، ط-س (1986م) - ص 68.

⁴ - محمد رواس قلعه جي -حامد صادق القنبيي -معجم لغة الفقهاء دار النفائس بيروت - لبنان - ط:1-س (1405هـ / 1985م)-ط2-س (1408هـ / 1988م) - ص 193.

⁵ -جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري-لسان العرب-د، الصادر -بيروت -د، ط- المجلد 4 -الجزء 24 ص2211.

والشخص سواد الإنسان تراه من بعيد ثم استعمل لذاته، قال الخطابي¹: لا يسمى شخصا إلا جسم مؤلف له شخوص وارتفاع².

الفرع الثاني: تعريف الأحوال الشخصية اصطلاحاً.

إنّ مصطلح الأحوال الشخصية هو مصطلح حديث له ثلاثة تعريفات عند فقهاء الشريعة وشرح القانون³.

التعريف الأول: هي القسم الذي ينظم علاقة الفرد بأسرته من القانون المدني.

ميزته: يتفق مع ما وضع له المصطلح في القانون الفرنسي، إلا أنه تعريف غير جامع، لأنه لا يشمل الوصية وأحكامها.

التعريف الثاني: الأحوال الشخصية مصطلح يطلق على القوانين المتعلقة بالزواج والطلاق وأثرهما، والميراث والوصية⁴.

¹ - محمد بن عبد الكريم الخطابي، زعيم الثورة الريفية المعروفة باسمه، ولد في بلدة أجدير قرب الجسيمة من الريف من بيت علم وجهاد، درس في القرويين وتعلم فيها ثم عاد الى الريف وأقام في مليلة وولّي قاضياً بها، قاتل الإسبان في (1339 هـ / 1921م) قدر جيشه بمائة ألف، أنشأ جمهورية الريف وخاف الفرنسيون فحالفو الاسبان، واطبقت عليه الدولتان فاستسلم مضطراً.

-ينظر: خير الدين محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي (1396هـ)-الأعلام -د، العلم للملايين - د،ط- س (2002م) - ج 6 - ص 216.

² -الفيومي المقرئ - المصباح المنير - د،ط- ج 1 - ص 306.

³ -القانون: كلمة معربة يونانية الأصل تعني العصا المستقيمة، وأما من المعنى العلمي فهو كل علاقة ثابتة مطردة تربط بين ظاهرتين تؤدي إلى نتيجة ثابتة، أمّا اصطلاحاً قد تستخدم بالمعنى الواسع ويقصد به مجموعة القواعد العامة المجردة التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع والملزمة والمقتربة بجزء توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها، وقد يستخدم بالمعنى الضيق فنقول القانون المدني الجزائري الصادر في (1975م)، هنا يقصد بكلمة قانون التشريع وحده دون باقي مصادر القانون المدني وغيرها من التقنيات . - ينظر: عمرو طه بدوى محمد -نظرية القانون ومدخل لدراسة القانون - د،تح - د،ط- ص 05،06. -وينظر: حفيظة عياشي - محاضرات في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)- مطبوعة للسنة اولى - قسم العلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيد-ص04.

⁴ - محمود علي السرطاوي - شرح قانون الأحوال الشخصية - د، الفكر - عمان الأردن - ط3 - س(1431هـ / 2010م)- ص07

ميزته: واقعي يتفق مع قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، غير أنه بين المواضيع التي تدخل ضمنه دون تبين المراد بالمصطلح وهذا ما يؤخذ عليه.

التعريف الثالث: الأحوال الشخصية هي الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته بدءاً بالزواج وانتهاء بتصفية التركات أو الميراث.¹

ميزته: بين المراد من الأحوال الشخصية بما يتوافق مع قوانين الدولة العربية، ولم يجعل الأحوال جزءاً من القانون المدني، ولهذا يعتبر هذا التعريف هو أرجح التعاريف الثلاثة وأقربها إلى الصواب ولا ينتقد؛ لأنه أدخل في قانون الأحوال الشخصية ما لم يدخل أصله وفق الأصل التاريخي.²

الفرع الثالث: انتقاد مصطلح الأحوال الشخصية.

لقد لاقى مصطلح الأحوال الشخصية انتقاد الكثير من الفقهاء، حيث اعتبروه غير ملائم لمقاصد الشريعة الغراء، وقد قال في ذلك الشيخ بكر أبو زيد³: "...هذه بلوى وقع في شراكها الكثير من أهل الإسلام، حيث استبدلوا الكثير من مصطلحات العلوم الإسلامية، و امتحنوا المسلمين بأسماء جديدة تبعدهم عن تراثهم، وتوحي بغرابة كتب أسلافهم على أفهامهم وعلومهم وثقافتهم، وقد وقع من هذا الشيء الكثير، وعمت

¹ -وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - د، الفكر -دمشق- ط1- س(1404هـ/1984م) -ج7- ص6.

² -ينظر : محمد المجيد إبراهيم الأشقر - أحكام النية في مسائل الأحوال الشخصية - اشراف: د- عدنان هاشم صلاح -كلية الدراسات العليا- جامعة الخليل (1426هـ/2005)- ص16.

³ -بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله - ولد عام (1365هـ/1944م) في مدينة الدوامي بالرياض، نشأ نشأة كريمة في بيت صلاح - درس بكلية الشريعة ثم المعهد العالي للقضاء، تخرج بكلية الشريعة(1388هـ) - ولي قاضيا في محمة المدينة الكبرى في نفس السنة من (1388هـ/1400) درس بالمسجد النبوي الشريف في (1390هـ) واستمر حتى (1400هـ)، ولقد ألف العديد من الكتب في الحديث والفقه واللغة ... نذكر منها : (التقريب لعلوم ابن القيم) - (آداب طالب الحديث من الجامع للخطيب)- توفي بالرياض سنة-(1429هـ/ 2008م). ينظر - <https://ar.m.wikipedia.org/wiki> ينظر: الموسوعة الحرة-2018/05/02-15:15.

البلوى بانتشاره وإدخاله في مؤلفات علماء الإسلام، كما في تسمية أحكام النكاح وتوابعه باسم الأحوال الشخصية...¹

وعلى أساس هذا القول وأقوال علماء آخرين، يتضح أنّ إطلاق مصطلح الأحوال الشخصية على أحكام الأسرة غير سليم، لما فيه من بعد عن المعاني الشرعية السليمة، فأحكام الأسرة لا تعد مجرد أحوال شخصية بقدر ما هي أحوال مجتمعية تمتد لتشمل أحوال المجتمع.²

المطلب الثاني: نشأة مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.

إنّ مضمون مصطلح الأحوال الشخصية قديم قدم الإسلام، وجد مع وجود أحكام الأسرة وتطبقت أحكامه مع وجود القضاء في الإسلام، ولقد كان مرجع القضاء في أحكام الأسرة ومسائل الأحوال الشخصية في عهد الخلفاء الراشدين، هو كتاب الله تعالى وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، فإذا لم يجد القاضي الحكم اجتهد برأيه، أمّا في عهد الدولة العباسية فقد اعتمدوا على مذهب أبي حنيفة³ في القضاء، إلى حين الدولة العثمانية التي اعتمدت بدورها اعتماداً كبيراً على المذهب الحنفي في القضاء، إلّا أنّه لم يظهر مصطلح الأحوال الشخصية كمصطلح إلّا في أواخر القرن الثامن عشر، حيث يعتبر هذا المصطلح مصطلحاً حديثاً مبتدعاً غربياً دخيلاً على البلدان الإسلامية،

¹ - ينظر: بكر بن عبد الله بو زيد - الحدود و التعزيرات عند ابن القيم - د، العاصمة - الرياض - المملكة العربية السعودية - ط2 - س(1415هـ) - ص12 .

² - ينظر: رشيد برادة - مصطلح الأحوال الشخصية في ضوء تنازع القوانين - المرجع سابق - ص5. - ينظر: بوعبد الله كلثوم - بن عيشة دلال - فقه الأحوال الشخصية عند أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها - (شهادة ماستر فقه وأصول) - إشراف د، شتيح بن يوسف - قسم العلوم الإسلامية - جامعة عمار التليجي الأغواط - س(1438هـ / 2014م) - ص36.

³ - هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي ، ولد سنة (80هـ)، عني بطلب الآثار وارتحل في ذلك، روى عن عطاء بن أبي رباح، والشعبي و طاووس، حدث عنه خلق منهم أبو الحجاج و أسباط بن محمد وإسحاق الأزرق ، توفي شهيدا في سنة (150هـ) ، وله 70 سنة وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . - ينظر : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي - ت(748هـ/1374م) - سير أعلام النبلاء - ت: حسين الأسد - مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان - ط1 - س(1401هـ/1981) - ط2 - س(1402هـ/1982م) - ج 6 - ص390.

ومما ساهم في دخوله إلى اللغة العربية هو الغزو الثقافي والفكري الغربي، الذي أدى تأثر المحيط العربي الإسلامي بمجموعة الألفاظ والمصطلحات الأجنبية مع توالي الحملات الغربية.

ولعل أول من استعمل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي، هو الشيخ العلامة المصري (قدري باشا) ¹ في سنة 1886م، حينما ألف كتاب (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) الذي بلغت مواده 647 مادة قانونية، ولقد اشتهر هذا الكتاب في الأقطار الإسلامية، مما أدى إلى شيوع مصطلح الأحوال الشخصية وانتشاره انتشاراً واسع النطاق سواء بين الفقهاء أو القانونيين، حيث ألفت الكثير من الكتب باسم الأحوال الشخصية أو ما هو قريب منه؛ مثل:

كتاب (الأحوال الشخصية) للشيخ محمد أبو زهرة ² وكذا كتاب (الأحوال الشخصية) - لأحمد إبراهيم ³

¹ - محمد قدري باشا من (1237هـ / 1821) إلى (1306هـ / 1838م)

من رجال القضاء في مصر ولد بها في ملوي وأصل أبيه من أناضول وأمه مصرية حسنية تعلم بملوي والقاهرة، دخل مدرسة الألسن فأتّم بها دروسه نبع في معرفة اللغات، واختاره خدوي مربياً أولي العهد، فكان مستشاراً في المحاكم المختلطة توفي بالقاهرة، من مؤلفاته الدر المنتخب من لغات الفرنسيين والعثمانيين والعرب، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الدر النفيس في لغتي العرب والفرنسيين. - ينظر: خير الدين بن محمود الزركلي - المرجع السابق - ج 07 - ص1.

² - محمد أبو زهرة: من (1316هـ / 1898م) إلى (1394هـ / 1974م)

هو محمد بن أحمد أبو زهرة أثر علماء الشريعة الإسلامية في عصره مولده بمدينة المحلى الكبرى وتربى بالجامع الأحمدى، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي (1916م / 1925) تولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات، وعلم في المدارس الثانوية سنتين ونصف، عين أستاذاً محاضراً للدارسات العليا في الجامعة (1935م) وعضو للمجلس الأعلى للبحوث العلمية، ولقد ألف أكثر من 40 كتاب ومن المطبوعات الآتية: (خطابة) و (تاريخ الجدل في الإسلام)، (أصول الفقه) و (الأحوال الشخصية). - ينظر: خير الدين بن محمود الزركلي - المرجع السابق - ج 6 - ص 26.

³ - لم نجد ترجمته

وكتاب (الأحوال الشخصية لغير المسلمين) لأحمد سلامة¹ وغيرها من الكتب. كما وقد صدرت قوانين وتشريعات عربية كثيرة بهذا الاسم، منها (قانون الأحوال الشخصية المصري) الصادر سنة(1929م) و (قانون الأحوال الشخصية السوري) الصادر (1953م) و (مجلة الأحكام التونسية) في سنة (1956م) وغير ذلك². ومن هنا نصل إلى أنّ مصطلح الأحوال الشخصية كمصطلح حديث، ولكن مضمونه وما يعالجه من مسائل قديم.

المطلب الثالث: مؤلفات الأحوال الشخصية

يعد أول من ألف في الأحوال الشخصية بهذا المصطلح هو الشيخ العلامة محمد قدري باشا في كتابه (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)، حيث يعتبر الحجر الأساس لدخول هذا المصطلح واشتهار التأليف فيه، ولقد توالى بعده التأليف في الأحوال الشخصية بهذا العنوان من طرف العديد من العلماء والباحثين، وفيما يلي سنذكر بعض المؤلفات التي تم تأليفها في الأحوال الشخصية:

ـ رفعت خفاجي - رابح لطفي جمعة -قضاء الأحوال الشخصية - مكتبة النهضة المصرية (1960م).

ـ أحمد سلامة -الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين - دار الفكر العربي - (1915م) -ط4.

ـ أحمد نصر الجندي - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية - دار وليد للطباعة الحديثة - (1986م).

¹ -أحمد بن أحمد سلامة: من (1335هـ / 1916م) إلى (1407هـ / 1987م) .

عالم وقاضي وخطيب ولد بمدينة زمار باليمن، أخذ الفقه والحديث والعربية من علمائها، تولى التدريس في بعض المعاهد بصنعاء وقام بالإرشاد في مسجد الصياد، وخطب في جامع صنعاء، رحل إلى مكة المكرمة وأخذ هناك من علماء الحرمين، ثم عاد إلى صنعاء، وقام بالتدريس وهو أمين الجمعية العلمية، ثم كان من كبار المدرسين في المعهد العالي للقضاء، وقد ألف: (توحيد المخالف) و (باب المحاكم الشرعية)-. ينظر: محمد خير بن رمضان بن إسماعيل يوسف - تكملة معجم المؤلفين وفيات (1397هـ / 1767م) - (1415هـ / 1995م) - د بن حزم - بيروت - لبنان - ط1-س(1418هـ / 1997م) -ج1-ص663.

² -رشيد برادة - المرجع السابق ص36.

-أحمد نصر الجندي -الأحوال الشخصية تعليق على نصوص القانون - القاهرة الحديثة للطباعة-(1987م).

-الإدارة العامة للشؤون القانونية بالهيئة- الأحوال الشخصية لغير المسلمين - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية-(1998 م).

-أشرف مصطفى كمال - قوانين الأحوال الشخصية معلقا على نصوصها - دار العدالة -(1990م).

-أشرف مصطفى كمال - موسوعة الأحوال الشخصية -ج4- دار العدالة -(1991م).
-أنور العمروسي - موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين - النصوص، والفقه، ومبادئ النقص -المستشار دار الفكر الجامعي-(2003م).¹

-إيهاب حسن إسماعيل - مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية - دار القاهرة للطباعة -(1957م).

-بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن لأحوال الشخصية - بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-ج1- دار النهضة العربية للطباعة والنشر(1967م).
-توفيق حسن فرج - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - مؤسسة الثقافة الجامعية- (1969 م).

-جلال السيد بنداري -أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين -مكتبة النهضة المصرية-(2005م).

-حسن حسن منصور -المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية -دار الجامعة الجديدة الإسكندرية-(2005م).

-رشدي شحاتة أبو زيد- الاشتراط في وثيقة الزواج من الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية -دار الفكر العربي -(2001م).

رشدي شحاتة أبو زيد - رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دار الفكر العربي -(2003م).

¹ - ينظر : هديل الحوالي المصري- قائمة المصادر حول الأحوال الشخصية - مشروع دعم حقوق المرأة شبكة الجمعيات العاملة في مجال حقوق المرأة - مصر-س(2009م)- ص15/3
- ينظر: كلثوم بوعبد الله - بن عيشة دلال - المرجع السابق- ص43،44.

عبد العزيز عامر-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء -دار الفكر العربي -(1976م).

- عبد العظيم شرف الدين -أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية -الدار الدولية للاستثمارات الثقافية-(2003 م).

-عبد الناصر توفيق العقار - الأسرة وقانون الأحوال الشخصية-المؤسسة العربية الحديثة -القاهرة - (1985م)¹.

-علي منصور-الدين قوانين الأحوال الشخصية - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية -عمر عبد الله -الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية -دار الفكر العربي-(1985م).

-محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية، قسم الزواج -دار الفكر العربي ط1-(1950م).

-محمد زيد الابياني -شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - مكتبة النهضة-بيروت-(1924م).

-محمد فتحي نجيب -قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية -دار الشروق-(2002م).

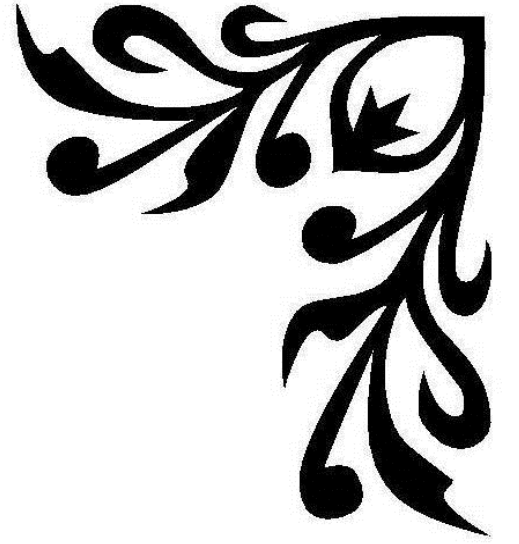
-محمد قدرى باشا - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية -مطبعة التأليف بالفاجلة بمصر-(1895م).

-محمد يوسف مصري -أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التعرض لأحكام القضاء وبيان ما عليه العمل اليوم - دار الكتاب العربي بمصر-(1957 م).

-يسين الشاذلي - تشريعات الأحوال الشخصية للمسلمين - مطبعة التسيير - (1987م)².

¹ - ينظر: كلثوم بو عبد الله -دلال بن عيشة - المرجع السابق -ص43،44.- ينظر: هديل الخوالي -المرجع السابق -ص15/3.

² - كلثوم بو عبد الله- دلال بن عيشة - المرجع السابق -ص43،44.- هديل الخوالي-المرجع السابق -ص15/3.

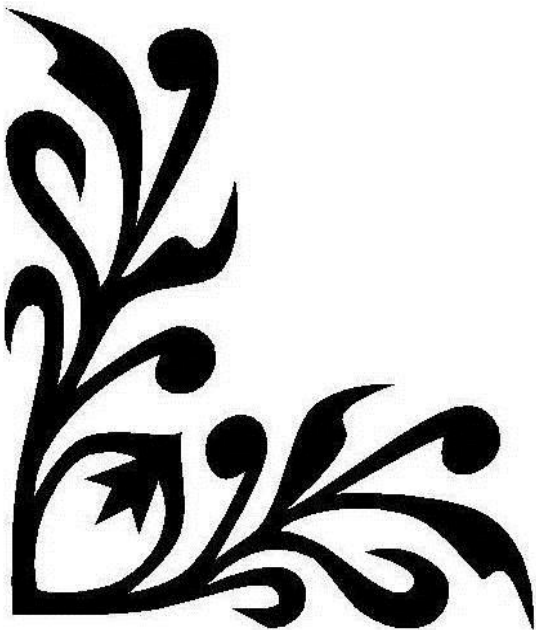


المبحث الثاني: ماهية الأثر الرجعي

المطلب الأول: تعريف الأثر الرجعي

المطلب الثاني: الفرق بين الأثر الرجعي وغيره من المصطلحات

المطلب الثالث: مدى اعتبار الأثر الرجعي في القانون



المبحث الثاني: ماهية الأثر الرجعي.

سننتظر في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث نتحدث في المطلب الأول إلى تعريف الأثر الرجعي، والمطلب الثاني الفرق بين الأثر الرجعي وغيره من المصطلحات، أما المطلب الثالث فنتكلم فيه عن مدى اعتبار الأثر الرجعي في القانون.

المطلب الأول: تعريف الأثر الرجعي.

سنحاول من خلال هذا المطلب التعريف بالأثر الرجعي معرفة مفهومه.

الفرع الأول: تعريف الأثر الرجعي لغة.

حيث سنعرف كل من الأثر والرجعي لغة بالتفصيل ثم الأثر الرجعي في اللغة إجمالاً.

أولاً - تعريف الأثر لغة : من أثر وجمعه آثار وهو ما بقي من رسم الشيء، ومنه علم الآثار، وله عدة معان ¹ منها:

المعنى الأول: النتيجة وهو حاصل الشيء.

المعنى الثاني: العلامة.

المعنى الثالث: الجزء.

وقد يأتي بمعنى النقل يقال: أثرت الحديث أي نقلته.²

ثانياً - تعريف الرجعي لغة: الرجعي نسبة الرجعى، والرجعة في اللغة اسم المرة من رجع، يقال رجع عن الأمر رجوعاً ورجعاً وهو نقيض الذهاب، والرجوع العود إلى ما كان عليه مكاناً أو حالاً أو صفة.³

ثالثاً - تعريف الأثر الرجعي لغة: يمكن تعريف الأثر الرجعي كمركب لفظي بأن الأثر الرجعي للشيء عود ذلك الشيء إلى ما كان عليه مكاناً أو صفة أو حالاً.⁴

¹ - محمد رواس قلعه جي - حامد صادق قنيبي - المرجع السابق ص 28.

² - علي بن محمد السيد شريف الجرجاني - المرجع السابق ص 11.

³ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - ت (817هـ) - القاموس المحيط - تح: محمد نعيم العرقسوسي - مؤسسة الرسالة - لبنان - ط 8 - س (1426هـ/2005) - ص 720.

⁴ - محمود عبد الرحمان عبد المنعم - معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية - د، الفضيلة - القاهرة - د، ط - ج 2 - ص 132.

الفرع الثاني: تعريف الأثر الرجعي اصطلاحاً.

يعتبر مفهوم الأثر الرجعي مصطلحاً حديثاً درج مؤخراً وخاصة عند القانونيين وعند الفقهاء بهذا اللفظ، وإن كان معروفاً لديهم من حيث المعنى، وفيما يلي سنعرض اصطلاحات الفقهاء التي تتفق مع الأثر الرجعي وتغايره في اللفظ¹.

أولاً: الأثر الرجعي في اصطلاح الفقهاء.

حيث سنتكلم عن اصطلاح الأثر الرجعي عند الفقهاء الأربعة

1- الأثر الرجعي في اصطلاح الحنفية.

جاء الأثر الرجعي في الحكم على مذهب الحنفية بمفهوم الاستناد كما ذكره ابن نجيم² (الأشباه والنظائر) وهوباعثه طريقاً من طرق الإثبات الأربعة للأحكام، كالاقتصار كما إذا انشأ الطلاق، والانقلاب، بحيث عرّفه بأنه: انقلاب ما ليس بعلّة علة كالحكم المعلق على الشرط مثاله : كما علق الطلاق على شرط.

الاستناد بمعنى أن يثبت الحكم في حال ثم يستند. مثال: ملك المضمونات حيث تملك عند أداء الضمان ملكاً مستنداً إلى وقت وجود سبب كالمغصوب إذا ضمنه الغاصب ملكه ملكاً مستنداً إلى وقت الغصب.

¹ - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة- الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية - (رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي) - إشراف د: محمد حسن أبو يحيى - كلية الدراسات العليا- الجامعة الاردنية -س(2005)- ص07.

² - ظبيان بن خلف بن نجيم بن عبد الوهاب أبو بكر المالكي الفقيه المتكلم من أهل الإقليم، ولد سنة(926هـ) سكن دمشق وسمع عبد العزيز الكتائي، وأبا الحسين بن مكّي وحدث عن عبد العزيز وسمع منه الدهستاني - وأبو محمد السمرقندي- وكان متورعاً في المعيشة- من مؤلفاته: (المسائل الزينية) و (الفوائد الزينية في الفقه الحنفي) و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) - توفي سنة (970هـ).- ينظر : أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله (إبن العساكر) توفي (571هـ) - تاريخ دمشق -تح : عمرو بن غورامة العمروي - (دار الفكر 1415هـ/ 1995م) - ج25-ص212.

التبيين: أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل كقوله: إن كان زيد في الدار فأنت طالق ثم تبين في اليوم الثاني أن زيدا كان في الدار فيقع الطلاق من ذلك اليوم.¹

2- الأثر الرجعي في اصطلاح الجمهور

جاء مفهوم الأثر الرجعي عند جمهور الفقهاء، وهم (المالكية، والشافعية، والحنابلة) بمفهوم الانعطاف، وفيما يلي بعض النصوص لكل مذهب تدل أنه جاء بمعنى الانعطاف.²

أ- الفقه المالكي:

جاء في متن المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب قوله:

هل يراعى مترقب وقع	يومئذ أو قهقري إذا رجع
لسبب حكم كمتعق ومن	ربح أو أمضى كبيع أعلن
هي التي تدعى بالانعطاف	عكس التي تدعى بالانكشاف

قال الشارح: المترقيات إذا وقعت هل يقدر حصولها يوم وجودها، وكأنها فيما قبل كالعدم، أو يقدر بأنها لم تزل حاصلة من حيث أسبابها التي أثمرت أحكامها وأسند الحكم إليها؟

وهي قاعدة التقدير والانعطاف، ثم أدرج عدداً من الفروع الفقهية التي تتخرج على هذه القاعدة، كبيع الخيار إذا أمضى هل يكون الإمضاء معتبراً من حين العقد أم من حين الصدور، فالأخذ بالقول أنه يكون البيع نافذاً من حين العقد، وهو أحد القولين، فهذا يعني الانعطاف في الصورة.³

¹ - ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم -ت(970هـ)- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة - د، الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط1 - س(1419هـ/1999م) - ص10، 11.

² - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق - ص07.

³ - ينظر: المنجور أحمد بن علي المنجور -ت(995هـ)- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب - تح: محمد الشيخ محمد الأمين - د، عبد الله الشنقيطي - د، ط- ج1- 281/285.

ب-**الفقه الشافعي:** جاء في كتاب الإمام السيوطي ¹ (الأشباه والنظائر) في نية الجماعة في الأثناء، أما في أثناء صلاة الإمام وفي أول صلاة المأموم فلا شك في حصول الفضيلة، لكن هل هي فضيلة الجماعة كاملة أم لا ؟

فإن قالوا بالأول: فقد عادت النية بالانعطاف، أي أن القول بثبوت الفضيلة كاملة لمن نوى الجماعة أثناء الصلاة وليس من ابتدائها.

ج-**الفقه الحنبلي:** جاء في كتاب (القواعد في الفقه الإسلامي) ما نص: من استند تملكه إلى سبب مستقرا لا يمكن إبطاله وتأخر حصول بملك عنه، هل ينعطف ملكه إلى وقت انعقاد السبب ويثبت أحكامه من حين ذلك الوقت أم لا ...؟

فالقول: "...هل ينعطف أحكام ملكه إلى وقت...." يعني ثبوت أحكام الملك عند تمام السبب بأثر رجعي ممتد إلى وقت ابتداء السبب على القول بالانعطاف .

ومن خلال ما تم من عرض النصوص السابقة، يتبين أن جمهور الفقهاء عرفوا الأثر الرجعي بمعنى الانعطاف، بينما خالفهم الحنفية في تعريفهم للأثر الرجعي بمعنى الاستناد، وهذا لكون الحنفية جعلوا الاستناد طريق من الطرق الأربعة لثبوت الحكم الشرعي.

¹ -الحافظ أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمان بن كمال الدين أبي بكر بن عثمان بن محمد السيوطي، ولد في 1 رجب (849هـ) القاهرة، كان يلقب بابن الكتب ختم القراءان وهو لم يتجاوز الثامنة، حفظ عمدة الأحكام ومنهاج النووي، اشتغل بالعلم على عدة مشايخ، أخذ على عدد كبير من المشايخ بلغوا نحو 900 شيخ، برع في تدريس الحديث في المدرسة الشيعونية ومن وأهم مؤلفاته (جمع الجوامع) و (الدر المنثور في التفسير المأثور) و (الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج) ، توفي سنة (911هـ) . -ينظر: عبد بن شيخ بن عبد الله العيدروسي اليمني الهندي و(978هـ) -ت (1038هـ)- النور السافر عن أخبار القرن العاشر -تج: أحمد صالو ، محمود الأرناؤوط ، أكرم البوستي - د، صادر -بيروت ط1-س(2001) ص94/90- وينظر : أحمد بن عبد العزيز بن علي الفارس-الحبائك في أخبار الملائك -(رسالة ماجستير في الحديث وعلومه) -إشراف: د- أحمد بن نافع المورعي-قسم الكتاب والسنة - كلية الدعوة وأصول الدين -جامعة أم القرى - (1429هـ) - 23/6.

كما عرف مصطلح الأثر الرجعي بهذا التركيب اللفظي في الاصطلاح وفي الموسوعة الفقهية الكويتية ومعجم لغة الفقهاء حيث سنقوم بتبيينه كآتي:¹
ثانياً: تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية.

لقد عرف الأثر الرجعي في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: "أن يثبت الحكم في الحال لتتحقق علته ثم يعود الحكم قهقري ليثبت في الماضي لثبوته في الحاضر".
ولقد انتقد هذا التعريف لكونه نطاقاً لسريان الحكم على الماضي، حيث أطلقه ولم يضع لهذا الماضي حداً.²
ثالثاً: تعريف معجم لغة الفقهاء.

لقد عرف الأثر الرجعي في معجم لغة الفقهاء: رجوع الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى الماضي.
وقد انتقد كذلك هذا التعريف بأمرين اثنين هما:

1- هل المقصود بالشرط في التعريف شرط حكم أم شرط سبب أم شرط خارج عليهما ؟

2- التعميم في وقت امتداد أثر الحكم بقوله: إلى الماضي.³
التعريف المختار: ولقد رجح عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة في رسالته (الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية) تعريف الأثر الرجعي بأنه: امتداد أثر الحكم الثابت عند تمام علته إلى وقت ابتداء انعقادها أو قيام محلها.⁴
شرح التعريف:

المقصود من قوله: (عند تمام علته) بمعنى اكتمال العلة باكتمال أوصافها، أو انتفاء مانع من ترتب الحكم عليها ويحمل صورتين من صور العلل التي تثبت أحكامها بأثر رجعي وهما:

¹ - ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق - ص 8.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية - اصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت - ط 2 - (1406هـ/1986م) - ج 4 - ص 107.

³ - ينظر: محمد رواس قلعه جي - حامد صادق قنبي - المرجع السابق - ص 28.

⁴ - ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع نفسه - ص 8.

أ- العلة تخلف وصفها:

مثالها مرض الموت فهو علة للحجر والمنع من التصرفات، إلا أن هذه العلة مرتبطة بوصف منتظر هو الموت فإن تحقق الوصف ثبت الحكم.

ب- العلة التي وجد معها مانع يمنع من ترتب الحكم عليها.

مثالها: البيع بخيار الشرط، فإن خيار الشرط مانع يمنع من ترتب الحكم على علقته أي يمنع خروج المبيع من ملك البائع فمتى زال هذا المانع ثبت حكم البيع من حين العقد. وقوله: (إلى وقت ابتداء انعقادها) أي انعقاد العلة هو قيد لبيان وتحديد الزمن الماضي الذي يسري فيه أثر الحكم الذي ثبت عند تمام العلة.

وقوله: (أو قيام محلها) تقديره وقت قيام العلة محلها أي محل العلة ليدخل في ذلك الأثر الرجعي للفسخ، حيث يمتد أثره إلى وقت قيام المحل لا إلى وقت انعقاد العلة.¹

المطلب الثاني: الفرق بين الأثر الرجعي وغيره من المصطلحات

كما سبق الذكر فإن معنى مصطلح الأثر الرجعي موجود في الفقه الإسلامي إلا أنه توجد عدة معانٍ قريبة من هذا المعنى، والتي قد تلتبس على الدارس ويظن أنها نفس المعنى وهذا ما دفعنا إلى مقارنة معنى الأثر الرجعي والمعاني القريبة منه، وإخراج الفروقات لإيضاح معناه أكثر للدارس، ومن أجل هذا سنقوم بتعريف كل من المعاني المطابقة لمعنى الأثر الرجعي والمعاني القريبة منه.

الفرع الأول: المصطلحات المطابقة لمعنى الأثر الرجعي

وهي الاستناد والانعطف.

أولاً: تعريف الاستناد.

1- لغة: مصدر استند وأصله سند يقال: سندت إلى الشيء واستندت إليه، إذا ملت إليه، واعتمدت عليه والمسند ما استندت إليه من المتاع واستند فلان لجأ إليه في طلب العون.²

¹ - عبد الحافظ عليان أبو حميدة - المرجع السابق - ص 10، 11.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق - ج 4 ص 104.

2- اصطلاحاً: استصحاب الحال المتأخر الزمن المتقدم¹، وبمعنى ثبوت الحكم بأثر رجعي².

ثانياً: تعريف الانعطاف.

1- لغة: مأخوذ من مادة عطف أي مال إليه ورجع عليه³، أو حركة في سمت واحد، لكن لا على مسافة الحركة الأولى بعينها بل خارج ومعوج عن تلك المسافة بخلاف الرجوع⁴.

2- اصطلاحاً: لا يختلف في المعنى عن الاستناد بتعريف الأصوليين بأنه: السريان من المستقبل إلى الماضي عكس الاستصحاب⁵.

الفرع الثاني: المصطلحات القريبة لمعنى الأثر الرجعي

ومن المصطلحات القريبة من مصطلح الأثر الرجعي الاقتصار والانقلاب والتبيين نعرف كلا منها ونتعرض للموازنة بينها وبين الأثر الرجعي فيما يلي:

أولاً: تعريف الاقتصار.

1 - لغة: مأخوذ من كلمة اقتصر يقال اقتصر على الشيء أي اكتفى به ولم يجاوزه⁶.

2- اصطلاحاً: ثبوت الحكم في الحال.

3- الفرق بين الأثر الرجعي والاقتصار.

أ- الاقتصار الحكم فيه لم يتجاوز زمن ثبوته ولم يكن له ثبوت أثر في الماضي، أمّا الأثر الرجعي فيثبت الحكم الحال ثم يمتد أثره إلى الماضي.

ب- الاقتصار أصل في ثبوت الأحكام الشرعية فالعلل متى وجدت تبعثها أحكامها، أمّا

¹ - محمد رواس قلعه جي - حامد صادق قنبي - المرجع السابق ص 47.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية - مرجع السابق - ج 04 - ص 104.

³ - ابن منظور - لسان العرب - المرجع السابق - ج 09 - ص 249.

⁴ - علي محمد السيد الشريف الجرجاني - المرجع السابق ص 35.

⁵ - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق ص 12.

⁶ - ابن منظور - لسان العرب - المرجع نفسه - ج 1 - ص 738.

الأثر الرجعي فهو خلاف الأصل فالحالات التي يكون للحكم فيها أثر رجعي يحدث فيها تراخ وهو خلاف الأصل.¹

ثانياً: تعريف الانقلاب.

1- لغة: تحول الشيء عن وجهه والتصرف فيه.²

2- اصطلاحاً: ثبوت الحكم في وقت لاحق متأخر عن القول.³

3- الفرق بين معنى الأثر الرجعي ومعنى الانقلاب.

في الأثر الرجعي العلة ثابتة إلا أنها مجازية لتخلف وصف من أوصافها اقتضى التراخي بينها وبين حكمها لوجود مانع منع ترتب الحكم، فإذا زال المانع ثبت الحكم حين انعقادها. أما الانقلاب فقد أصبحت العلة علة الحكم بعد أن لم تكن كذلك، فبداية لم تكن ثم انقلبت فأصبحت علة للحكم من حين الانقلاب.⁴

ثالثاً: تعريف التبیین.

1- لغة: تبين الشيء ظهر واتضح، ويقال تبين في أمره تثبت وتأنى.⁵

2- اصطلاحاً: أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل.⁶

3- الفرق بين معنى الأثر الرجعي ومعنى التبیین.

في الأثر الرجعي الحكم لم يكن ثابتاً واقع الأمر في الماضي لعدم تمام علته، ولكن عندما ثبت في الحاضر انسحب على الماضي وثبت أثره فيه. أما التبیین فالحكم ثابت في واقع الأمر لتحقيق علته، غير أنه لم يعلم بثبوته إلا بعد وقت.⁷

¹ - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق ص13.

² - إبراهيم أنيس وآخرون - المرجع السابق - ج2- ص753.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق - ج4- ص108.

⁴ - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع نفسه- ص13.

⁵ - إبراهيم أنيس وآخرون - المرجع نفسه- ج1- ص80.

⁶ - الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع نفسه- ج4- ص108.

⁷ - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع نفسه- ص14.

المطلب الثالث: مدى اعتبار الأثر الرجعي في القانون

- من المعلوم في القانون وحسب المادة (260)، أنّ إلغاء التشريع¹ أو تعديله يترتب عنه حلول قانون جديد محل القانون الملغى أو المعدل، ومن هنا تنثور مشكلة تحديد نطاق القانون القديم والقانون الجديد، أو ما يعرف بتنازع القوانين من حيث الزمان، حيث إنّ تعاقب القوانين يثير بالفعل مشكلة التنازع بين هذه القوانين من حيث انطباقها على الحقوق والمراكز القانونية²، ولا تنحصر مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان في التشريعات فحسب بل تتعداه إلى كل القواعد القانونية³ الأخرى التشريع أو العرف أو القضاء.

¹ - التشريع له معنيان . الأول :وضع القواعد القانونية المكتوبة في صورة مكتوبة من جانب السلطة المختصة في الدولة وفقا للإجراءات التي نص عليها الدستور.

الثاني : القواعد القانونية المدونة الصادرة من السلطة المختصة ذلك بمقتضى الدستور وفقا لإجراءات معينة ومن مهمات القانون الدستوري في كل بلد أن يبين السلطة التي تتولى سن التشريعات التي يقال عنها السلطة التشريعية . ينظر : عمرو طه بدوى محمد - المرجع السابق - ص71، 70.و ينظر: حفيظة عياشي -المرجع السابق ص29.

² - المركز القانوني يعرف بأنه مجموع الحقوق والالتزامات التي يتمتع أو يتحمل بها شخص معين بالمركز القانوني الذي يشغله المواطن العام ، والمراكز القانونية على نوعين : - مراكز قانونية نظامية ويطلق عليها بالمراكز القانونية أو الموضوعية أو التنظيمية للدلالة على عمومية مضمون هذه المراكز - مراكز قانونية فردية يطلق عليها بالمراكز القانونية الشخصية للدلالة على طابعها الشخصي وتتميز هذه المراكز بأنّ مفهومها واحد مختلف من شخص لآخر. - ينظر: زياد خالد المفرجي - الحق المكتسب في القانون الإداري - د، ط ص 03.

³ - القاعدة هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها القانون وتتحلل إلى عنصرين أحدهما مقدمة للآخر، ولا تكتمل عناصرها إلّا بتوافر هذين العنصرين يسمى الأول بالفرض والآخر بالحكم، فالفرض هو الوضع أو الواقعة التي تتحقق بتطبيق الحكم عليها بينما، الحكم هو الأثر أو النتيجة التي تنطبق إذا وجد الفرض بشروطه مثال : نص المادة (163) من التقنين المدني الذي يقضي " كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " هذا النص يتضمن قاعدة قانونية تحل فنجد أنّ الفرض "كل خطأ سبب ضرر للغير" والحكم "الزام مرتكبها بالتعويض ". ينظر: زياد خالد المفرجي -المرجع السابق ص07/06.

-فالتشريع يصبح نافذا وملزما من تاريخ محدد محسوب على أساس يوم نشره في الجريدة الرسمية، ومن هنا يوجد فاصل زمني يحدد بين التشريع القديم والتشريع الجديد يسمح بنطاق الزمن لكل من هذين التشريعين، بعد أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدوره في الجريدة الرسمية.

-أمّا العرف فهو يتكون ببطء ولا يوجد فاصل زمني واضح يحدد العرف القديم من العرف الجديد.

-وأمّا القواعد القانونية القضائية فهي تسري عادة بأثر رجعي على كل المنازعات المعروضة أمام القضاء وقت إنشاء القاعدة القانونية الجديدة، كما يمكن تحديد الوقت الذي نشأت فيه بدقة.

وهناك حالة أخرى تسري بأثر رجعي في شروط العقد في آثار العقد التي تنص عليها المادة 208 من القانون المدني " إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الإلتزام، إلاّ تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أنّ وجود الإلتزام أو زواله إنّما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

غير أنّه لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه.¹

وما تنازع في تطبيقه من حيث الزمان هو القواعد القانونية للتشريع، وبحسب المادة (118) من دستور سنة (1981م) يظهر أنّ :

-العمل بالقانون الجديد في التشريع يسري بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره إلاّ إذا حدد لذلك معاد.

-لا يسري التشريع الجديد على الماضي ويعرف باسم مبدأ عدم رجعية القوانين و هو وأهم مبادئ تنازع القوانين من حيث الزمان.

-لا يسري التشريع قبل نشره حتى يتسنى للأفراد المخاطبين بحكمة العلم به. يجوز أن يسري التشريع من تاريخ نشره إذا ورد به نص على ذلك ولا يعتبر هذا النص استثناء من مبدأ عدم الرجعية.

¹- القانون المدني -2007- ص34.

من هنا يظهر لنا مبدأ عدم رجعية القوانين الذي هو أصل التنازع ويعد أول ما ظهر هذا المبدأ هو في الخطبة المشهورة التي ألقاها سيسرون¹ في مهاجمته المنشور البريتوري² الذي أصدره البريتور بشأن الوصية وجعل له أثراً رجعياً.

ويعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ هاماً لسببين:

1- أنه يتعلق بالعدل.

2- أنه يتعلق بالنظام.

فأما من ناحية العدل فالأفراد يتصرفون على أساس القانون القائم المعروف لديهم وما يصدر من قانون في المستقبل لا يمكنهم العلم به مقدماً، فإن صدر قانون ينطبق عليهم بأثر رجعي فمعنى ذلك أنهم يخضعون لقانون يستحيل علمهم به وهذا يتعارض مع مبادئ العدل.

وأما من ناحية النظام فمبدأ عدم رجعية القوانين يعد ضماناً لاستقرار المجتمع ولا يكون هناك استقرار إذا كان أصحاب الشأن يستطيعون إبطال المراكز القانونية التي تكونت في الماضي.

¹-سيسرون : (106ق،م/43ق،م) هو ماركس توليوس كيكرو marcus Tullius cicero أمّا شيشرون فهو تعريب لصيغة اسمه الايطالية خطيب وسياسي وأديب روماني كبير بل أشهر خطباء روما تلقى تعليماً ممتازاً في البلاغة والفلسفة، الشهير بالكاهن والقنصل، بدأ سيسرون ممارسة المحاماة عام 81 ق م ،اشتهر بالصدق والنزاهة ، انتخب سيسرون عام -63 ق م قنصلاً رغم معارضة النبلاء ، ألف الكثير من الكتب منها كتاباته في البلاغة من أهم ما وصل منها كتابه (الخطابة) و كتاباته في السياسة والفكر السياسي منها (عن الجمهورية). ينظر الموقع : الموسوعة

العربية -2018/03/13-11:39-<https://www.arb.enag.com/>

² -كلمة البريتور تعني الحاكم الشرعي وهي مستحدثة في العصر الروماني للتنظيم الثقافي في الأمور المدنية وكان البريتور يعين لسنة واحدة ويصدر عند توليه منصبه منشوراً يبين فيه القواعد التي سيسري عليها في قبول الدعاوى والدفع، وكان البريتور يستبقي من منشور سلفه القواعد التي يرى استبقاءها ويعدل بعض القواعد الأخرى وقد تم في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عرف باسم القانون (البريتوري). - ينظر : الموقع الموسوعة

الحرّة -2018/03/13-11:42-<https://ar.m.wikipedia.org/wiki/>

لكن رغم كل ما قيل عن مبدأ عدم رجعية القوانين وعدم قبوله أي لا يسري مسرى العام بل تتخلله استثناءات عدة تجعل مبدأ رجعية القوانين مقبولا أو قد يكون مرغوبا به في بعض الحالات ذلك إذا نص المشرع صراحة عن رجعية القوانين أو كان التشريع يتعلق بالتشريعات التفسيرية أو الجنائية.

ومن خلال ما عرضنا سابقا نصل إلى أنّ تطبيق الأثر الرجعي في القانون أو ما يعرف بـ رجعية القوانين عبر الزمان منتقد من طرف القانونيين غير معتبر، وإن كانت تتخلله استثناءات في بعض الحالات تجعله مقبولا، أمّا الأثر الرجعي في القواعد القانونية القضائية فهو ممكن الوقوع.¹

كما أنّ الأثر الرجعي في آثار العقد في الشرط موجود وهو صريح في المادة 208 من القانون المدني وهو ما نحن بصدد دراسته في مذكرتنا هذه .

¹ -- ينظر: سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية-ص678/646.

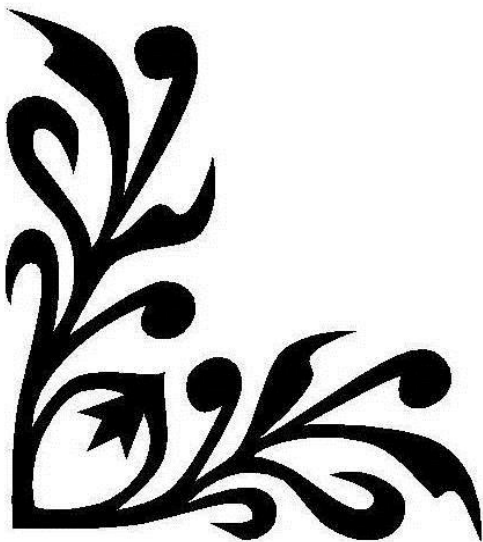


المبحث الثالث

الأثر الرجعي في النصوص القرآنية

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النصوص
القرآنية من الناحية المدنية

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النصوص
القرآنية من الناحية الجنائية



المبحث الثالث: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا عرفنا أنّ مفهوم الأثر الرجعي ثابت عند الفقهاء بمفاهيم أخرى هي الاستناد والانعطاف، حيث يعتبر هذا المفهوم عندهم طريقا من طرق ثبوت الأحكام الشرعية، ولقد بيّن الفقهاء كثيرا من الفروع التي ثبتت أحكامها بأثر رجعي، غير أنّهم لم يتطرقوا إليه من خلال النصوص القرآنية، وهذا لا يعني أنّ المفهوم غير ثابت بالنصوص القرآنية، بل الأمر خلاف ذلك فالدارس والمتتبع لآيات الأحكام وأسباب نزولها يتبين له بوضوح ما يشهد لهذا المفهوم في النصوص القرآنية، وهذا ما سنوضحه من خلال المطلبين الآتين:

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية المدنية

من الناحية المدنية فقد وجدت الكثير من آيات الأحكام، التي سرت أحكامها على وقائع سابقة، وثبتت أحكام هذه النصوص بأثر رجعي وفيما يلي سنقوم بالاستدلال ببعض النصوص كأدلة لثبوت هذا المفهوم في النصوص الشرعية¹

-أولا: في قوله تعالى ﴿فَإِنْ كُنْتُمْ طَائِفَتَانِ مِنَ النَّاسِ فَلَا تَتَّبِعُوا الْآخَرَةَ بِمَا كَانَ بَيْنَهُمَا نِكَاحٌ فَلَهُ بَعْثٌ إِلَىٰ رَبِّهِمْ فَيَقُضَىٰ بَيْنَهُمَا فَتَأْكُلُ أَرْضُكُمْ وَتَأْتِيكُمُ الْخَسْفَةُ فَتَقْتُلُونَ﴾

(النساء/ 03). هذا النص القرآني أباح النكاح غير أنّه قصر هذه الإباحة على أربع نسوة، وقد اتفقوا على حرمة الزيادة وهذا الحكم لازم بمقتضى النص، وبتتبع الأحداث والوقائع والمحتفّة بالنص نجد أن حكمه قد سرى على الوقائع السابقة من الناحية المدنية، حيث امتد الحكم ليشمل الزيجات السابقة التي حدثت قبل الاسلام ومن ذلك:

ما رواه أصحاب السنن عن عمر رضي الله عنهما: أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لي " اختر منهن أربعاً "²

¹-ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق ص16

² - رواه الحافظ محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة-ت: (275/208) -سنن ابن ماجة -تح: محمد فؤاد عبد الباقي -د، الأحياء الكتب العربية - د، ط -كتاب النكاح - باب(39) الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة - (628/2) - (1952) . - محمد بن أحمد بن حنبل (241/164)-مسند أحمد بن حنبل -تح: شعيب الأرناؤوط -مؤسسة الرسالة - بيروت ط1 - (251/08)-(4631).

وما رواه أحمد إبراهيم الذروقي قال: حدثنا هشيم عن ابن أبي ليلى عن حميدة بنت الشمر دل عن قيس الحرث، قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت ذلك له فقال: "خذ منهن أربعاً"¹.

وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر كلاً من غيلان الثقفي وقيس بن الحرث بإمساك أربع نسوة، ومفارقة ما زاد عن ذلك عملاً بالنص القرآني، مع أن زواج غيلان وقيس بن الحرث كان سابقاً لنزول النص، ما دلّ على أنه قد سري حكم النص بأثر رجعي على الوقائع التي كانت قبل النص فأبطل نكاح ما زاد عن الأربع.² ثانياً: في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (النساء/23).

حرّم الله سبحانه وتعالى الجمع بين الأختين في عصمة واحدة وقد سري هذا الحكم بأثر رجعي على أنكحه سابقة للنص ومنه:

ما رواه الضحاك الديلمي بن فيروز عن أبيه قال: قلت: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله إنني أسلمت وتحتي أختان، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لي: "طلق أيتهما شئت"³.

من خلال هذا الحديث يتبين أن حكم وجوب تصحيح النكاح القائم على الجمع بين الأختين، مما يؤكد أن النص السابق سري حكماً بأثر رجعي على حكم الجمع بين الأختين من الناحية المدنية وأما قوله: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ ففيه قولان:

أنفي الرجعية من الناحية الجنائية أي أن من جمع الأختين في النكاح قبل نزول آية التحريم لا عقاب عليه فيه.

¹ -أخرجه ابن ماجه -المرجع السابق- الباب نفسه -(1953)

² -ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان ابو حميدة - المرجع السابق-ص17.

³ -أخرجه الحافظ ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه - المرجع السابق - باب الرجل يسلم وله أختان -(627/01) - (1950).

ب- نفى الرجعية من الناحية المدنية إقرار ما سلف من هذه الأنكحة قبل نزول آية التحريم ولو أدرك أصحابها الإسلام، يقر عليها أصحابها ولا يؤمرون بتصحيحها وهو قول مردود بالحديث السابق الذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الأمر بتصحيح النكاح.

الراجح في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

نفى الرجعية من الناحية الجنائية، أي لا عقاب لمن فعل ذلك قبل ورود النص، لاقوبة إلا بنص، ولا جريمة إلا بنص والله أعلم.

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (النساء/22).

حكم تحريم النكاح انسحب على الماضي ليشمل ما قبله فالنبي عليه الصلاة والسلام لم يطبق الحكم على الوقائع الحادثة إلا بعد نزول النص والعلم به، لكن ترتب عن نزوله التفريق بين الأزواج الذين تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، وأما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

فهو استثناء من لازم معنى النهي، إذ أنه يلزم من النهي من ذلك النكاح العقاب عليه، فيكون معنى ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

لرجعية النص من الناحية الجنائية وليس من الناحية المدنية.¹

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية الجنائية

والمقصود بالأثر الرجعي من الناحية الجنائية هو سريان النص المقرر بالعقوبة على الأحداث والوقائع الجرمية التي وقعت قبل نزول النص، وتطبيق العقوبة التي نزلت في النص على من قام بالجرم قبل نزول النص.²

¹ - ينظر: عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي - الكتاب العربي - د، ط- ج 1- ص (265/263).

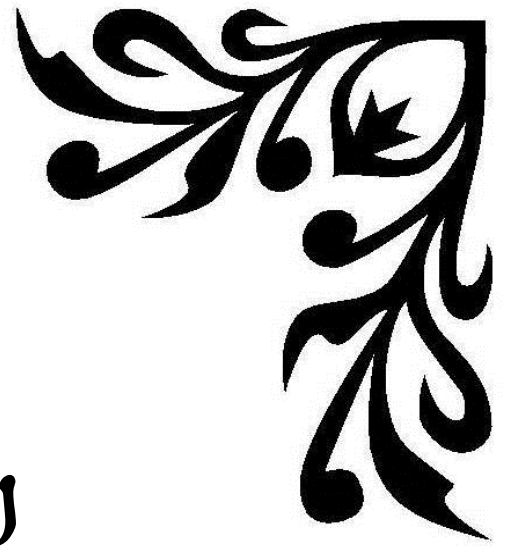
² - عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق ص 17/19.

ومن خلال النصوص التي سبق عرضنا لها رأينا أن النص القرآني قد تسري أحكامه بأثر رجعي من الناحية المدنية أمّا من الناحية الجنائية وترتب العقوبات على الوقائع والجرائم السابقة فمن خلال تتبعنا الآيات الأحكام ذات الصلة ظهر أنه لا رجعية للنصوص القرآنية من الناحية الجنائية، فقد وجدت العديد من الآيات التي صرحت بانتفاء الرجعية الجنائية، كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾

(البقرة / 275). هذه الصيغة فيها نفي المؤاخذه على الذي سبق ارتكابه للأفعال المحرمة التشريع، فإن امتثل لهذا النهي وترك ما كان عليه فإنه لا يعاقب، وبهذا تقررت قاعدة عدم الرجعية الجنائية في النصوص القرآنية.¹

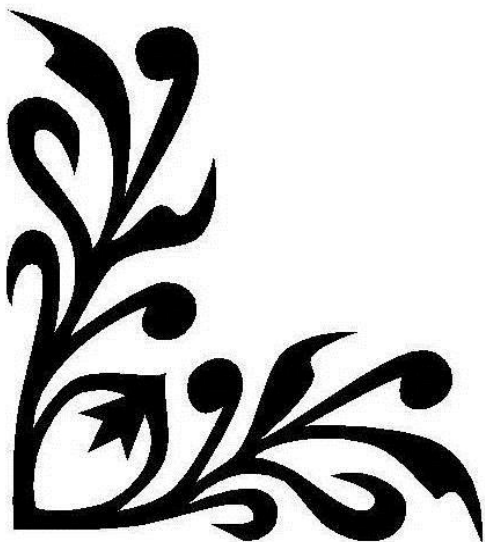
¹ - عبد الحافظ عليان أبو حميدة - المرجع السابق ص 21، 20.



الفصل الثاني:

تصبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية

بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري



تمهيد:

لقد وضع الله سبحانه وتعالى لعباده أحكاما تضبط علاقاتهم، خاصة الأحكام التي تضبط علاقة أفراد الأسرة الواحدة، ذلك أنّ الأسرة أساس بناء المجتمع وهذا الذي جعل المشرع يهتم بها، ومن هذه الأحكام نجد ما يسري بأثر مباشر، كما فيها ما يسري بأثر رجعي، وهذا الأخير موضوع دراستنا، حيث سندرس في هذا الفصل تطبيقات الأثر الرجعي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: وقد قسمنا هذا الفصل إلى خمسة مباحث هي:

المبحث الأول: تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثالث: تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الرابع : تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الخامس: تطبيقات الأثر الرجعي في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

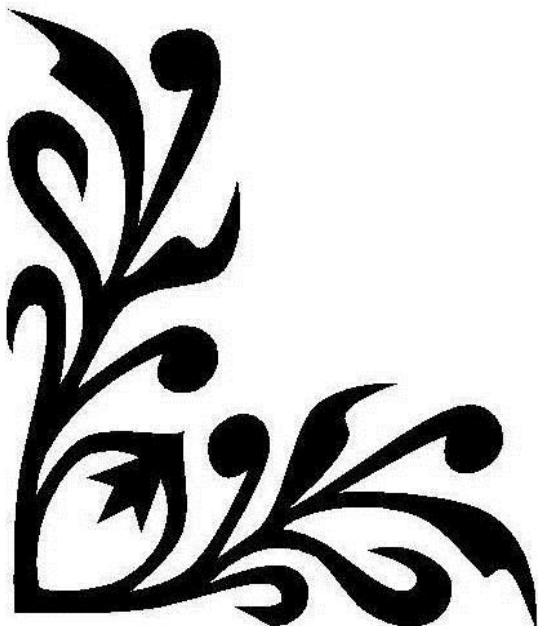


المبحث الأول: تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين
الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون
الجزائري



المبحث الأول: تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

من خلال هذا المبحث سنتناول ثلاثة مطالب، حيث سنتكلم في المطلب الأول عن الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني عن الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري أما في المطلب الثالث فنقوم بموازنة أحكام الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي.

سنتحدث في هذا المطلب عن ماهية الخطبة ثم تطبيقات الأثر الرجعي فيها، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ماهية الخطبة.

حيث سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخطبة ومعرفة ومشروعيتها وأنواعها وفوائدها وغيرها.

أولاً: تعريف الخطبة.

1- لغة: خطب، الخاء والطاء والباء أصلان: أحدهما الكلام بين اثنين، يقال خاطبه خطاباً والخطبة من ذلك في النكاح الطلب أن يزوج.¹

ويقال خطب المرأة خطبة واختطبها، إذا طلب أن يتزوجها،² واختطب القوم فلاناً إذا دعوه إلى تزويج صاحبته.³

¹ - أبي الحسين بن فارس بن زكريا (395) - معجم مقاييس اللغة - تح: عبد السلام هارون - كتاب الخاء - باب الخاء والطاء وما يتلها - د، ط - س (1399هـ/1989م) - د الفكر - ج 2 - ص 198.

² - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - المرجع السابق - ج 1 - ص 81.

³ - ابن منظور - المرجع السابق - ج 1 - ص 361.

و الخطب سبب الأمر: نقول ما خطبك قال الأزهري أي ما أمرك ..؟ ونقول هذا

خطب جليل وخطب يسير وجمعه خطوب.¹

2 - اصطلاحا : نعرفها على حسب ما جاء في المذاهب على النحو التالي:

أ-تعريف الحنفية: طلب التزويج.²

ب-تعريف المالكية: التماس التزويج والمحاولة عليه.

ج-تعريف الشافعية: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة.

د-تعريف الحنابلة: خطبة الرجل المرأة لينكحها.³

ه-التعريف المختار: طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية.⁴

ثانيا: مشروعية الخطبة

لقد ثبتت مشروعية الخطبة في النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، حيث جعل الله سبحانه وتعالى الخطبة تمهيدا للزواج. وفيما يلي ذكر الأدلة على مشروعية الخطبة.

¹ - محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي -المرجع السابق - ص76.

² -بلال فنيش-تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج -(مذكرة لنيل شهادة ماستر) - إشراف د: أحمد الزايدى -قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف - المسيلة - (2016م/2017م)- ص07- فوزية بوجاجي - غنية غوناي - الأحكام القانونية لانعقاد الزواج - (مذكرة لنيل شهادة ماستر)- إشراف: د- فيساح جلول - قسم الحقوق- كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة -(2015م/2016م)- ص6.

³ - خرصي صوراية - الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري-(مذكرة لنيل شهادة الماستر)- إشراف د: لشهب حورية - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر -بسكرة- (2014م/2015م)-ص29.

⁴ - خرصي صوراية -نفسه-ص29.

1- أدلة مشروعية الخطبة

حيث سنقدم أدلة على مشروعية الخطبة من الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة والإجماع

أ- من القرآن الكريم:

في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة / 235].¹

ب- من السنة النبوية الشريفة.

لقد دلت السنة النبوية على مشروعية الخطبة في العديد من الأحاديث فمن السنة

نجد قوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".²

ج- من الإجماع:

فقد أجمع علماء المسلمين قديما وحديثا على مشروعية الخطبة وجوازها.³

¹ - ينظر: بلقاسم شتوان - الخطبة والزواج في الفقه المالكي - (دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري) - د، الفجر - د، ط - ص 13. - الرشيد بن شويخ - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - د، الخلدونية - 5 شارع محمد مسعودي القبة القديمة - الجزائر ط 1 - (1429هـ/2008م) - ص 27.

² - مسلم بن الحجاج - صحيح مسلم - تح: نظر بن محمد الغرياني أبو قتيبة - د، طيبة ط 2 - كتاب النكاح - باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك - 1413/52 - ص 639. - رواه ابن ماجة - المرجع السابق - كتاب النكاح - باب (10) لا يخطب الرجل على خطبة أخيه - 1867 - ص 600. - أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458هـ) - السنن الكبرى - تح: محمد عبد القادر عطا - د، الكتب العلمية - بيروت لبنان - ط 2 - (1424هـ/2003م) - كتاب النكاح - باب (171) لا يخطب الرجل على خطبة أخيه - 7/14029 - ص 291.

³ - خرصي صوراية - المرجع السابق - ص 31.

ثالثاً: حكم الخطبة

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة إلا أنهم اختلفوا في حكمها على ثلاثة أقوال:
الفريق الأول: القائلون بأنها تأخذ حكم النّدب.

ذهب إلى هذا القول المالكية والرملي¹ من الشافعية حيث قال: إنّها سنّة مطلقة ودليلهم: فعل النبي عليه الصلاة والسلام من خطبة عائشة² رضوان الله عليها.

الفريق الثاني: القائلون بالإباحة.

وهو قول الشافعية واستدلوا بفعل الصحابة رضوان الله عنهم بعد الرسول صلى الله عليه وسلم، وقد أمر النبي عليه الصلاة والسلام بتتبع سنّة الخلفاء الراشدين بعده حيث قال عليه الصلاة والسلام: "عليكم بسنّتي وسنّة الخلفاء الراشدين المهديين بعدي، عضو عليها بالنّواجذ".³

الفريق الثالث: تأخذ الخطبة حكم الزواج

ذهب هذا الفريق إلى أنّ الخطبة تأخذ حكم الزواج؛ فإن كان الزّواج واجبا كانت الخطبة واجبة؛ وإن كان الزّواج مستحباً كانت الخطبة مستحبة وقد ذهب إلى هذا القول: البجيرمي⁴ والجمل في حاشيته

¹ - الرملي (919هـ-1004هـ) - محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملي - فقيه الديار المصرية ويعتبر مردعها في الفتوى اشتهر بلقب الشافعي الصغير، قيل هو مجدد القرن العاشر جمع فتاوى أبيه، صنف شروحا وحواشي، من مؤلفاته (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج) - (غاية البيان شرح زيد بن رسلان) - ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق - ج1 - ص352.

² - عائشة-(9ق،هـ - 58هـ) : هي عائشة الصديقة بنت أبي بكر الصديق القرشية التيمية المكية أم المؤمنين زوج النبي عليه الصلاة والسلام أفقه نساء الأمة على الإطلاق كنية بأُم عبد الله اتفق لها البخاري ومسلم على 174 حديث لها مسند يبلغ 2210 حديث- ينظر: سير أعلام النبلاء - المرجع السابق - ج2 - ص135.

³ - رواه ابن ماجه - المرجع السابق-باب(04) اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين - ح/43- ص16.

⁴ - البجيرمي (1131هـ/1221هـ) - هو سليمان بن محمد عمر البجيرمي فقيه شافعي من بجيرم بمصر تعلم في الأزهر ودرس له (التجريد) وهو شرح على المنهج و(تحفة الحبيب) وهو حاشية على شح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق - ج1 - ص343.

دليلهم: "أنّ الخطبة وسيلة من وسائل الزواج، والوسائل تأخذ حكم المقاصد".¹

رابعاً: أنواع الخطبة

الخطبة نوعان وهي:

الخطبة بالتصريح: هو الذي يكون بعبارة صريحة لا تحتل غير طلب الزواج من المرأة المقصودة مثل أن يقول: إنني أريد أن أتزوجك.

التصريح أيضاً إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما شابه ذلك.

مثل القول: تزوجيني إذا حللت.

الخطبة بالتعريض: وهي التي تكون بعبارة لا تدل على الخطبة، ولكن يفهم من

عرضها وجانبها قصد الخطبة بالقرائن، كما لو قال الرجل لمن يريد لها زوجة: إنك مهذبة، أو وددت لو يسر الله لي زوجة صالحة.²

خامساً: شروط الخطبة

يشترط لجواز الخطبة شرطان هما:

1- أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية، أو كل مانع يحول دون الزواج، كأن تكون من المحرمات شرعاً، سواء تحريماً مؤبداً كالأخت والعمة والخالة، أو من المحرمات المؤقتة كزوجة الغير و المعتدة من طلاق أو وفاة زوجها، فالمعتدة من الطلاق الرجعي لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً مادامت في فترة العدة، وهذا ما أجمع عليه العلماء وما اختلف فيه هو المعتدة من طلاق بائن بينونة.³

¹ - ينظر: خرصي صورية - المرجع السابق - ص31-32. - ينظر: بلقاسم شتوان - مقياس فقه الأسرة - الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي لطلبه LMD - جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - كلية أصول الدين والشريعة والحضارة - قسم الشريعة والقانون - س(2013م، 2014م) - ص6.

² - ينظر: ناجي بن حسين بن براهيم الكلاي - أحكام خطبة النساء في الإسلام - الجامعة الإسلامية المدينة المنورة - د، ط - س(1431هـ / 2010م) ص31، 32. - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ج7 - ص10. - ينظر: خرصي صورية - المرجع نفسه - ص32، 33.

³ -- ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص27.

صغرى أو كبرى، حيث يرى الأحناف أنه¹ لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً؛ بينما يرى المالكية والشافعية في قول لهم والحنابلة والجعفرية جواز خطبتها تعريضاً؛ لأنّ الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج بزوجته، وأمّا المعتدّة من وفاة فيجوز خطبتها تعريضاً فقط بدليل النصّ القرآني السابق الذي أباح الخطبة تعريضاً.

2- أن لا تكون المخطوبة قد سبق خطبتها خطبة شرعية؛ لأنّ خطبتها بهذه الصورة² تعتبر اعتداء على حق الخاطب الأول ففي حديث أبي عمر رضي الله عنه قال: نهى النبي عليه الصلاة والسلام "على أن يبيع بعضكم على بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".³ فالحديث يدل أن الشريعة الإسلامية تحرم خطبة المرء على خطبة أخيه.⁴

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ -المرجع السابق-ص27. - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي الميسر أحكام الأسرة - د، الكلم الطيب - دمشق-بيروت - د، ط-س(1421ه/2010م) - ج3- ص 20. - ينظر : ناجي بن حسين بن براهيم الكلابي - المرجع السابق-ص36/39.ينظر : بلال فنيش - المرجع السابق - ص10-11.

² - ينظر: بلقاسم شتوان - الخطبة والزواج في الفقه المالكي - المرجع السابق - ص 21. - ينظر بلقاسم شتوان مقياس فقه الأسرة الخطبة والزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري لطلبه LMD المرجع السابق - ص 10/12. - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - ص27.

³ - محمد بن إسماعيل البخاري (194ه/556م) - صحيح البخاري - د، ابن كثير - دمشق - ط1- س (1423ه/2002م) - كتاب النكاح - باب (54) لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع - 5124- ص 311.

⁴ - ينظر: بلقاسم شتوان -الخطبة والزواج في الفقه المالكي - المرجع نفسه- ص 21. -ينظر بلقاسم شتوان مقياس فقه الأسرة الخطبة والزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري لطلبه LMD المرجع السابق -ص 10/12.ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه- ص27. - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي الميسر أحكام الأسرة- المرجع السابق - ص20. - ينظر: ناجي بن حسين بن ابراهيم الكلابي - المرجع نفسه- ص 36/39. -ينظر: بلال فنيش - المرجع السابق - ص10-11. -ينظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (1173ه-1250ه) -نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار - تح: طارق بن عوض الله بن محمد - دار ابن القيم -الرياض - ط1 -) 1426ه/2005م)- ص532، 533.

سادسا: فوائد الخطبة.

1- إعطاء أهل المخطوبة الفترة الكافية للسؤال عن الخاطب ومعرفة سيرته، ومعرفة أحواله من صلاح أو فسق.

2- إعطاء فرصة للخاطب لمعرفة أخلاق المخطوبة ودينها حتى يستطيع إكمال عقد النكاح لكن بالقدر المسموح به شرعا.¹

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي.

حيث سنتكلم في هذا الفرع عن الأثر الرجعي في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي.

الأثر الرجعي في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

تعتبر الخطبة هي مقدمة عقد الزواج، وقد يعقبها تقديم المهر أو تقديم الهدايا من أجل تقوية الأوصال وتأكيد العلاقات وقد يحدث أن يعود أحد الخطيبين عن الخطبة فهل يجوز ذلك....؟ وما هو مصير ما قدم من مهر أو هدايا بعد العدول...؟
وما الأثر المترتب من التعويض عن الضرر الناتج عن العدول...؟²

لم يخالف أحد سواء في الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية في جواز العدول عن الخطبة، فهو لا يتعدى كونه وعدا غير ملزم، ولكن ما أولاه رجال الشريعة والقانون اهتمام وتحدثوا عنه هو مسألة العدول عن الخطبة وما ينتج عنها من آثار عن تقديم المهر والهدايا وحق الاسترداد له بعد الفسخ من عدمه كالتعويض المترتب عن الضرر الناتج عن الفسخ.³

¹ - ينظر : خرصي صوراية - المرجع السابق - ص33.

² - عبد القادر مدقن - شرح وجيز قانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي - المطبعة العربية - نهج الطالبين أحمد غرداية - ص37.

³ - محفوظ بن صغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - د، الوعي - ط2، - (1436هـ/2015م) - ص63.

أولا - حكم العدول عن الخطبة وأثره في المهر والهدية.

إنّ العدول عن الخطبة يعني تخلي أحد الطرفين عن مشروع الزّواج من الطرف الآخر، وإيقاف إجراءات عقد النّكاح؛ ولأنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزّواج، فإنّه من الممكن العدول عنها في أي وقت، ولا يستطيع الطرف الآخر من الخطبين إن لم يقبل بالعدول طلب الحكم بإلزام الطرف العادل باستمراره بالخطبة، ذلك أن الخطبة ليست عقدا ملزما فهي وعد وليس بالوعد قوة الإلزام، لكن ينبغي أن لا يعدل المرء في الخطبة نتيجة هوى عارض أو تصرف طائش ففعل كهذا يتعارض مع ما تقتضي المروءة الانسانية.

والذي نسعى إليه في هذا الجزء هو بيان حكم ما يقدمه الخاطب من مهر وهدايا للمخطوبة، وكذلك ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا فسخت الخطبة برجوع أحدهما أو رجوعهما معا.¹

اتفق الفقهاء على أنّه إذا عدل أحد الطرفين أو كلاهما، فعلى المخطوبة أن ترد ما أخذته من الصداق فترده بعينه إن كان قائما، فإن لم يكن قائما ردت إليه مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، فالمهر لا يجب إلّا بالعقد ومدام العقد لم يتم فإنّ العقد يبقى ملكا له.

إلّا أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم ما يقدمه الخاطب للمخطوبة من هدايا على أقوال.

أ- **الحنفية:** أنّ هذه الهدايا تعد هبة فيكون حكمها حكم الهبة وجواز الرجوع فيها مالم يقم مانع يمنع من الرجوع فيها كالهلاك والاستهلاك، والخروج عن الملك، ولم يفرق فيها ما إن كان الرجوع عن الخطبة من الرجل أو المرأة ومن هنا يكون حق استرداد

¹ - ينظر: محفوظ بن صغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق-ص63.

الهبة سار بأثر رجعي على الهبة في فترة الخطوبة إلا إن كانت هالكة فلا ترد بأثر رجعي¹.

ب- الشافعية: للمهدي أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة،² وب عوضها إن كانت هالكة، فالإهداء كان على أساس الزواج، فإن زال سبب الحمل على الإهداء كان له حق الاسترداد ويسري فيها استرداد الهدية بأثر رجعي على الهدية المقدمة في فترة الخطبة سواء كانت قائمة وترد بعينها أو هالكة وترد بقيمتها.³

ج - الحنابلة: ذهبوا إلى عدم رجوع الخاطب في شيء مما أهداه، سواء كانت الهدية قائمة أو هالكة؛ لأنها هبة ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة إلا هبة الأب لابنه.

د- المالكية: فرقوا بين رجوع الخاطب عن الخطبة ورجوع المخطوبة عنها فإن كان العدول من طرف الخاطب لم يسترد شيئاً مما أهداه، أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة كان للخاطب الحق في استرداد ما قدم من الهدايا ويسري الاسترداد بأثر رجعي فيأخذها بعينها إن كانت قائمة، ومثلها إن كانت هالكة في المثلي بقيمتها في القيمي.

الترجيح: لعل ما يفتى به هو مذهب لمالكية لما فيه من إنصاف للطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة وزجر الطرف المتسبب في الخطبة. والله أعلم.⁴

¹ — ينظر شرح تعريف الأثر الرجعي في قوله: (أو قيام محلها) سبق ذكره ص 17.

² ينظر — محفوظ بن الصغير — أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المرجع السابق — ص 65. — ينظر: محمد أبو زهرة — محاضرات في عقد الزواج وأثاره — د، الفكر العربي — د، ط — ص 65. — ينظر: عادل بن يوسف العازي — تمام المنة في فقه الكتاب وصحيح السنة — (كتاب النكاح) — مؤسسة قرطبة — ط 1 — س (1424هـ/2004م) — ص 19.

³ — ينظر — محفوظ بن الصغير — المرجع نفسه — ص 65 — ينظر: محمد أبو زهرة — المرجع نفسه — ص 65.

⁴ — ينظر: محمد أبو زهرة — المرجع نفسه — ص 65. ينظر: محفوظ بن الصغير — المرجع نفسه — ص 66. — ينظر: وهبة الزحيلي — الفقه الإسلامي وأدلته — المرجع السابق — المجلد 7 — ص 26، 27.

ثانيا -حكم التعويض عن الضرر الناتج عن العدول في الفقه الإسلامي
نحاول أن نفصل فيه في حكم التعويض عن الضرر الناتج عن العدول في الفقه الإسلامي القديم والفقه المعاصر.

أ-التعويض في الفقه الإسلامي القديم:

لم يتعرض فقهاء المذاهب الاجتهادية القدماء لمسألة التعويض عن الضرر عند العدول، ولم توجد هذه القضية في كتب الفقه القديمة، ويرجع ذلك لأسباب منها:
أ-أنّ هذه القضية كانت تسري في زمان الفقهاء القدماء على نحو يسير، ولم تكن تستمر الخطبة فترة طويلة، والتعفف الموجود في ذلك الزمان عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم يفسح المجال لطلب التعويض القضائي.

ب-العلم المسبق لكل من الطرفين المخطوبين أنّ حق العدول مقرر له شرعا، وتوقع كل طرف العدول من الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له وليس اعتداء على حق أحد.

ج-الزّواج لا يتم إلا برضى تام من كل من الرجل والمرأة، فلو كان الحكم بالتعويض عن العدول لازما لاعتبر هذا إلزاما ضمنيا للخاطب بالزّواج من مخطوبته مع رغبته عنها وهذا لا يجوز في العقود مطلقا لاسيما عقد النّكاح.¹

2-التعويض في الفقه الاسلامي المعاصر.

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التعويض عن الضرر الحاصل من العدول عن الخطوبة، وتباينت آراؤهم بين مؤيد للتعويض مطلقا، ومعارض للتعويض، ومن فصل في وجوب التعويض، كما سنفصل في التالي:²

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المرجع السابق ص76/74.

² - ينظر: محفوظ بن الصغير - نفسه - ص76/74.

القول الأول: عدم التعويض

ذهب إلى هذا الرأي محمد بخيت المطيعي¹، حيث قال في إحدى فتاويه لأحد السائلين: "...ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض؛ لأن كل واحد منهم ألا يفوت عن الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن يشاء".

القول الثاني: وجوب التعويض مطلقا

ذهب إلى هذا القول محمود شلتوت²، فإذا أصاب أحد الطرفين الضرر بسبب عدول الطرف الآخر عن الزواج؛ ولأن المقرر في الشريعة أنه "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "الضرر يزال" وطريقة إزالته هو التعويض، فالخطبة وإن لم تكن عقدا إلا أنها ارتباط قد ينشأ فيه تصرفات يتحمل بسببه مغارم مالية؛ ولأن التعويض لا يكون بسبب العدول المجرد وإنما لسبب الضرر الناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب.³

¹ - محمد بخيت بن حسين المطيعي الحنفي من (1271هـ/1854م) إلى (1354هـ/1935م): هو الشيخ العلامة المحرز بالمطبعة اشتغل بالطب في الأزهر سنة (1281م) أخذ عن عبد الرحمان والبحراوي وجمال الدين الافغاني، من مؤلفاته شرح جمع الجوامع في أصول الفقه، و ارشاد الأمة الى احكام بين أهل الذمة. ينظر: محمد بن الحسن العربي الجعفري(1376) - الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي-الكتب العلمية -بيروت-لبنان - ط(1416هـ/1995م) - ج2-234. ينظر: الموقع الموسوعة الحرة -15/04/2018م- 15:21- <https://ar.m.wikipedia.org.wiki>

² -محمود شلتوت: فقيه مفسر مصري، ولد في مدينة بني منصور (بالبحيرة)، وتخرج بالأزهر(1918م)، تنقل بالتدريس إلى القسم العالي بالقاهرة (1927م)، وكان داعية صلاح نبر الفكرة - يقول : بفتح باب الاجتهاد، عمل بالمحاماة (1931/1935م)، ثم عين وكيلا لكلية الشريعة، ثم عضو أعضاء كبار العلماء وفي(1958) عين شيخا للأزهر إلى وفاته وله 26مؤلفا مطبوعا . -ينظر: محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي-المرجع السابق-ج7- ص173.

³ - الرشيد بن شويخ -المرجع السابق - ص 34.

القول الثالث: التعويض عن الضرر مع التفصيل

ذهب إلى هذا القول محمد أبو زهرة¹ حيث فرق في التعويض، بين إن كان²

هناك تغريرا أو اغترارا، فإن كان هناك تغريرا بحيث غرر طرف بالطرف الآخر هنا يجب التعويض، ويسري التعويض بأثر رجعي عن الضرر المترتب في فترة الخطبة قبل الفسخ أما إذا كان هناك اغترار كأن أقدم أحدهما بتجهيز نفسه دون أن يطلب منه ثم حدث العدول فلا ضمان ولا يسري الحكم بأثر رجعي.

وقد ذهب إلى هذا الرأي أيضا الدكتور محمد مصطفى شلبي³ حيث قال : " ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه، بسبب حصل منه حكم بالتعويض، كما لو تركت المرأة وظيفتها بتحريض من طرف الخاطب، لتتفرغ لشؤون البيت، أو قامت بإعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه، ثم عدل عن الخطبة فحينها يلزمه التعويض⁴.

وكما لو قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من المخطوبة ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض⁵.

¹ - تمت ترجمته - ص 08.

² - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 34.

³ - هو الشيخ محمد مصطفى شلبي رحمه الله - رئيس قسم الشريعة بجامعة الإسكندرية وبيروت العربية سابقا، وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف من أهم مؤلفاته (أحكام الأسرة في الإسلام) - (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي) - (السنة ومذهب الجعفرية والقانون) - (أصول الفقه الإسلامي). - ينظر: إنعام الحق بن الشاطئ - تعليل الأحكام لمحمد مصطفى الشلبي -

<https://enam13.blogspot.com/plog-post/-17:21م-2018/04/01>

⁴ - ذهب إلى نفس ما ذهب إليه محمد أبو زهرة

⁵ - الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - ص 35، 34.

الترجيح:

ومن خلال الآراء السابقة في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، يظهر أنّ الرأي الراجح والله أعلم هو الرأي الثالث ذلك أنّه الرأي الذي يتفق مع مقاصد الشريعة وما تقتضيه المصلحة والقواعد الشرعية، فضلا على أنّ العادل الذي نشأ الضرر بسببه يصير مُغررا للمعدول عنه، والتغدير موجب للضمان.¹

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

سنتحدث في هذا المطلب عن فرعين، حيث سنتكلم في الفرع الأول عن ماهية الخطبة بالنسبة للقانون الجزائري، بينما نتحدث في الفرع الثاني عن تطبيق الأثر الرجعي في الخطبة من الناحية القانونية.

الفرع الأول: ماهية الخطبة

أولا: تعريف الخطبة في القانون الجزائري.

لقد عرفتها المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "وعد بالزّواج ولكل من الطرفين العدول عنها".² ونلاحظ أنّ المشرع لم يعط الخطبة تعريف دقيق، وإنّما اكتفى ببيان طبيعتها القانونية.³

ثانيا: الأحكام القانونية للخطبة:

تعتبر الخطبة من مقدمات عقد الزّواج فهي من المراحل التمهيديّة لهذا العقد المبجل، ولذلك نجد أنّ الشرع والقانون قد اهتمتا بتنظيمها، فمن النّاحية القانونية نجد

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص 65-66.

² - ينظر: بن شويخ الرشيد - المرجع السابق - ص 26.

³ - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع نفسه - ص 59.

قانون الأسرة قد نظم أحكام الأسرة في المادتين 05 و 06 اللتين نتعرض من خلالهما لحكم الضرر المترتب عن العدول وحكم الهدايا المقدمة بعد العدول¹.

ثالثا: الطبيعة القانونية للخطبة:

اعتبرت الفقرة 1 من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري، الخطبة على أنها وعد بالزواج التي ينص عليها النص الآتي: "الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

ومن خلال هذا النص يتضح أنه جعل الخطبة وعدا بالزواج من جهة، واعتبر هذا الوعد غير ملزم من جهة أخرى، بمعنى أنه أجاز لكلا الطرفين العدول عنها. وهنا قد خالف قانون الأسرة القاعدة في القانون المدني التي تنصها المادة 72 التي تقول: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". حيث يجعل الوعد ملزما، ومما سبق من تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائري وتعريف الوعد في القانون المدني، نرى أن تطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، وتوحيد المصطلح القانوني هو مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية، لذا يرى البعض العدول عن هذه الصيغة في قانون الأسرة وإيجاد صيغة بديلة عنها،² وهناك من قال خلاف ذلك حيث ذهبوا بالقول إلى القاعدة القانونية المعتمدة عند فقهاء القانون: "الخاص يقيد العام"، فالقانون المدني عام، وقانون الأسرة خاص، فيكون هذا الحكم بالأحوال الشخصية في هذه المسألة للنص، وإعمال النصين أولى من إهمال أحدهما.

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ- المرجع السابق-ص30.

² - ينظر: نفسه - ص 30.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري أولاً: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض " حيث يسري التعويض بأثر رجعي عن الضرر الحاصل في فترة الخطوبة قبل الفسخ.

ويتضح من خلال هذه الفقرة أنها جعلت الحق في طلب التعويض لمجرد العدول، فقد أعطت من جهة الحق للخاطب في العدول، ومن جهة أخرى مطالبتة بالتعويض عما يترتب عن العدول من نتائج، فالعدول هنا حق مقرر قانوناً فمادام لم يوجد هناك عقد فلا التزام فيه ولا يترتب عنه شيء.¹

ثانياً: حكم العدول عن الخطبة وأثره على المهر والهدايا.

1- بالنسبة للهدايا:

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري بعد تعديلها بموجب الأمر 5-2 على أنه "لا يسترد الخاطب من مخطوبته شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته²، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته".

¹ -ينظر: محفوظ بن الصغير -أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص 62. - ينظر الرشيد بن شويخ - المرجع السابق- ص 33.

² - يسري استرداد الهدية من طرف المخطوبة بأثر رجعي عن فترة الخطبة قبل الفسخ سواء كان قائماً ويكون بذاته أو هالكا، ويكون بقيمته هذا إن كان العدول من الخاطب. أمّا إن كان العدول من المخطوبة فللخاطب استرداد ما أهداه بأثر رجعي على فترة الخطوبة.



ومما سبق يتضح بأن قانون الأسرة الجزائري قد فرق بين الحالة التي يكون فيه العدول من الخاطب وإرادته، وبين الحالة التي يكون العدول من المخطوبة وإرادتها هي وحدها، كما فرق أيضا بين ما استهلك من الهدايا وبين ما لم يستهلك.

ولقد أخذ على المشرع أنه لم يفرق بين ما إن كان العدول من أحد الطرفين المخطوبين عدولا اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنه هو المتسبب في العدول، وكان لابد على المشرع الجزائري مراعاة السبب في العدول إن كان من الخاطب أو المخطوبة.¹

2- بالنسبة للمهر:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين عن الخطبة؛ لأنّ الصداق لا يجب للمرأة إلاّ بعقد صحيح وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، فإذا قدم الخاطب أثناء فترة الخطوبة بعض المهر أو كله، ثم عدل عن الخطبة كان له حق استرداد ما دفعه ما لم يستهلك، فإن هلك استرد قيمته إن كان قيميا، ومثله إن كان مثليا.² ويسري استرداد المهر بأثر رجعي عن فترة الخطبة قبل الفسخ وما نصت عليه المادة 14-15-16 من قانون الأسرة الجزائري، كان على أساس المعاوضة، ذلك أنّ الصداق

دفع لغرض معين هو الزواج، ولم يتم هذا الغرض فوجب استرداد الصداق؛ لأنّ الخطبة مجرد وعد بالزواج.³

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص 67، 68. ينظر: فوزية بوجاجي - غنية غوناي المرجع السابق - ص 13/15.

² - محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المرجع نفسه - ص 69.

³ - ينظر: فوزية بوجاجي - غنية غوناي - المرجع نفسه - ص 14، 15.

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

من خلال ما تقدمنا إليه من دراستنا، نجد أنّ المشرع الجزائري قد اتبع الشريعة الإسلامية في عدة أحكام في الخطبة، حيث نجد أنّه قد عرفها على أنّها: "وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"¹، وهذا ما تضمنته أحكام الشريعة حيث تثبت أنّ الخطبة وعد بالزواج وإن لم يعرفها الفقهاء على أنّها وعدا وجعلوا منها "طلب الرجل النّكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"² غير أنّ الشريعة قد أجازت العدول عن الخطبة ومن هنا نجد أنّ المشرع الجزائري لم يخرج في تعريفه للخطبة عن أحكام الفقه الإسلامي، كما نجد أيضا أنّ المشرع الجزائري قد وضع جزاء للضرر المترتب وهو التعويض عن الضرر الناتج عن فسخ الخطبة، وهذا ما اتفق فيه مع آراء بعض فقهاء الشريعة المعاصرين كمحمد شلتوت³ الذي قال بالتعويض عن الضرر الناتج عن فسخ الخطبة، ومن هنا يكون التعويض بأثر رجعي عن فترة الخطبة. إذن فالمشرع الجزائري جعل التعويض عن الضرر يسري بأثر رجعي عن فترة الخطبة التي كانت قبل الفسخ وهذا الرأي قد خالفه العديد من الفقهاء الآخرين، ففي مقابل هذا الرأي نجد بعض الفقهاء الذين يقولون بعدم التعويض مطلقا، بينما ذهب البعض الآخر للنظر إلى الضرر الناتج عن العدول إن كان فيه اغترارا فلا يكون هناك تعويض، أمّا إذا كان فيه غرر طرف بالطرف الآخر فيكون فيه تعويض ويعود بأثر رجعي عن الضرر الناتج أثناء الخطبة قبل الفسخ.

كما نرى أنّ قانون الأسرة الجزائري قد جعل حكم الرجوع في الهدية عند فسخ الخطبة يجوز، فإن كان العدول من المخطوبة فللخاطب استرداد هديته بأثر رجعي عن فترة الخطبة بذاتها، إن كانت قائمة، أو بقيمتها إن كانت هالكة، أمّا إذا كان العدول من

¹ - الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 26.

² - خرصي صوراية - المرجع السابق - ص 29.

³ - سبقت ترجمته - ص 43.

طرف الخاطب، فلا يحق له استرداد ما أهدها وللمخطوبة حق استرداد ما أهدته بأثر رجعي عن فترة الخطبة، وهنا نجد أنّ المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية في حكم استرداد الهدية عند العدول عن الخطبة، كما وقد أخذ المشرع الجزائري بحكم علماء الفقه الإسلامي في المهر حيث أعطى للخطب الحق في استرداد ما أعطاه للمخطوبة من مهر سواء بعضه أو كله مالم يكن هناك عقد نكاح وهذا ما اتفق عليه علماء الشريعة



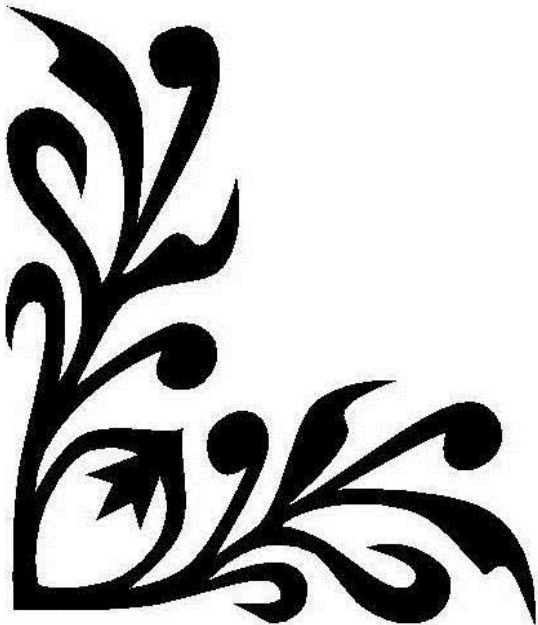
المبحث الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين

الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه
الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الرضاع في قانون
الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الرضاع بين الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري



المبحث الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يحتوي هذا المبحث على ثلاثة مطالب حيث يتحدث المطلب الأول عن الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني عن الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري، بينما سنقوم في المطلب الثالث بالموازنة بين الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي

سننطلق في هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتحدث في الفرع الأول عن ماهية الرضاع، وفي الفرع الثاني عن تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع.

الفرع الأول: ماهية الرضاع

سننحدث في هذا الفرع عن تعريف الرضاع، وحكم الرضاع.

أولاً: تعريف الرضاع

1- الرضاع لغة: الرضاع من رضع الصبي أمه بالكسر، إرضاعاً بالفتح وأرضعته أمه، وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه¹.

-مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية، سواء قليلاً أو كثيراً، ولو وقعت في مرة واحدة في وقت مخصوص، هو مدة الرضاع أو الصغر².

-الرضاع بكسر الراء وفتحها، وهو مصدر رضع الثدي، وهو اسم لمص الثدي وتسرب لبنه³.

¹ينظر: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي- المرجع السابق- ص 143.

²ينظر: بلحاج العربي- أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا - د، لثقافة - الجزائر - ط 1- س (2012م) - ص 231.

³-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - المرجع السابق- ج 3- ص 30.

2- الرضاع شرعا: عرفه بعض فقهاء المسلمين بأنه: "اسم لحصول لبن امرأة، أو ما جعل منه في معدة طفل أو دماغه".¹

وهو "مص لبن أو شربه ونحوه ثاب-أي اجتمع-من حمل أو ثدي امرأة".²
فالرضاع يعد من مسائل الأحوال الشخصية التي يتم الكلام فيها من ناحيتين:
- باعتباره سبباً من أسباب التحريم.
- من حيث أهميته للطفل، وحكم استحقاق المرضعة أجره الرضاع.

ثانيا: حكم الرضاع

حكم الرضاع أنه: يحرم الرضاع ما حرمه النسب بدليل:

1- من القرآن الكريم:

- قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرِّضْعَةِ﴾ (النساء/23).

فالآية تدل على أن الأصول المحرمة من النسب قد حرمت كذلك بسبب الرضاع.

2- من السنة النبوية:

فيما روي عن عائشة³ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".⁴

¹ - ينظر: الشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني -ت: (997هـ) - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - د، الفكر-بيروت - د، ط - ج 3 - ص 414.

² - ينظر: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي -كشاف القناع عن متن الإقناع-د، عالم الكتب - د، ط - د س- ج 5- ص 442.

³ - تمّ ترجمتها سابقا-ص 34.

⁴ - يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي (152هـ، 244هـ) -الموطأ-تح: بشار عواد معروف -د، العرب الإسلامي -د، ط -س (1417هـ، 1997 م) -كتاب الرضاع-باب جامع ما جاء في الرضاعة-ح (1287) - ج 2 - ص 606.

وبما روي عن أم حبيبة¹ أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إنا نحدث أنك تريد أن تتكح بنت أبي سلمة، قال: "بنت أم سلمة ؟!، قالت: نعم، فقال: "لو أنها لم تكن ربيبتني في حجري ما حلت لي، إنها لابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبا سلمة ثوية، فلا تعرض علي بناتكن ولا أخواتكن".²

3-الإجماع دليل على أن تحريم الرضاع مثل تحريم النسب.³

ثالثا: حكم إرضاع الأم ولدها

يجب على الأم المتزوجة بأبي الرضيع، أو الرجعية، إرضاع ولدها من ذلك الزوج بلا أجره تأخذه من الأب، ودليل وجوب الإرضاع على المتزوجة ما يلي:⁴

1 - قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضْعَةَ﴾ (البقرة/ 233).

2-والآية عامة في ذات الزوج، والمطلقة معسر الأب.

3-تأخيرته صلى الله عليه وسلم إقامة الحد على الغامدية حتى أتمت رضاع ولدها من الزنا فدل ذلك على تعيين الأم للرضاع.

4-العرف الجاري والمستمر عند المسلمين على توالي الأعصار واختلاف الأمصار، وأن الأمهات يرضعن أولادهن من غير أجره، وأما دليل وجوب الإرضاع على

¹ - (أم المؤمنين)، السيدة المحبّة: رملة بنت أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية، في مسندها خمسة وستون حديثا، واتفق لها البخاري ومسلم على حديثين، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بالحبشة سنة6هـ-ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية -المرجع السابق- ج 1 ص 216.

² - رواه أبو داود -المرجع السابق-كتاب النّكاح -باب (7)يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب - ح (2056) -ص356.

³-ينظر: الحبيب بن طاهر-الفقه المالكي وأدلته - مؤسسة المعارف - بيروت -لبنان -ط2 - (1426هـ، 2005م) - ج 4-ص 237.

⁴-فاروق عبد الله كريم -الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي-طبع جامعة السليمانية- د، ط س(2004م) ص261.

الرجعية، أنها ما دامت لم تخرج من العدة فهي باقية على العصمة وحكمها حكم الزوجة، فوجب الإرضاع عليها بحق العصمة.¹

رابعاً: مدة الرضّاع ومقداره.

سنتحدث في هذا الجزء على مدة الرضّاع، ومقداره.

1-مدة الرضّاع

يقصد بالمدة: أي السن الذي يكون فيه الرضّاع، فلا خلاف بين الفقهاء في أن الرضّاع في الحولين يتعلق به التحريم، حيث إنّ الخلاف فيما إذا رضع الطفل وعمره قد تجاوز الحولين على الأقوال الآتية²:

أ -القول الأول: ما ذهب إليه أبو حنيفة³ -رحمه الله- إلى أن زمن الرضّاع هو ثلاثون شهراً، أو بزيادة ستة أشهر على الحولين⁴.

وقد استدل على ذلك بمايلي:

من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلْفَحَ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾ (النساء/23).

فالآية قد أثبتت حرمة الرضّاع، دون التعرض للزمن ومدة الرضّاع.

¹ -ينظر: الحبيب بن طاهر-المرجع السابق - ج 4-ص 280، 281.

² - محمود علي السرطاوي -المرجع السابق-ص358. - وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-المرجع السابق-ج 7-ص 146.

³ -تمّ ترجمته ص 07.

⁴ - ينظر: وهبة الزحيلي-المرجع نفسه-ج 7-ص 146.

من السنة النبوية:

ما رواه عبد الله بن مسعود-رضي الله عنه-¹، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا رضاعة إلا ما نشذ العظم وأنبت اللحم ² ...

ب-القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة: إلى أن الرضاع الذي يقتضي التحريم هو ما كان في الحولين³، وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود... وقد استدلووا على ذلك بما يلي:

من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضْعَةَ ﴾ (البقرة 233/

فالآية قد جعلت تمام الرضاع في الحولين، وليس وراءه أو بعده شيئاً، أي فلا حكم للرضاع بعد الحولين.

من السنة النبوية:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال: " من هذا الرجل؟، قلت: أخي من الرضاعة، فقال: "يا عائشة انظرن من إخوانكن من الرضاعة فإنما الرضاعة من المجاعة"⁴، متفق عليه فقد دلّ الحديث أن تثبت الحرمة هي من حيث يكون الرضيع طفلاً يسد اللبن جوعته، على عكس ما إذا زاد سنة عن الحولين.

¹ ابن غافل بن حبيب بن شمع بن فار بن مخزوم بن صاهلة بن تميم بن سعد، الإمام الحبر، فقيه الأمة، شهد بدرا، وهاجر الهجرتين، روي علماً كثيراً أسلم اثني وعشرين، وكان أول من جهر بالقرآن بمكة بعد النبي صلى الله عليه وسلم. - ينظر: سير أعلام النبلاء-المرجع السابق -ج16-ص 462.

² رواه أبو داود-المرجع السابق-كتاب الزواج-باب (9) في رضاعة الكبير-ح(2059) -صحيح-ص356.

³ - ينظر: شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-د، الفكر-بيروت-د-ط2-ص503. - ينظر: عبد الله ابن أحمد بن قدامة المقدسي-المغني-د، الفكر - بيروت - لبنان -د، ط-س(1405ه) -ج8-ص177.

⁴ - رواه أبو داود -المرجع نفسه-(9) باب في رضاعة الكبير-ح/(2058)- صحيح-ص356.

ج - القول الثالث:

ذهب نفر من الحنفية إلى أنّ مدة الرضّاع ثلاث سنوات: أي بزيادة سنة على الحولين.¹
أدلتهم:

أ- من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضْعَةَ﴾.
(البقرة/ 233).

فهذا دليل على أنّ مدة الرضّاع حولان في حق من أراد تمام الرضّاعة، وعليه فلا ينبغي أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضّاع في حق الزيادة عليه، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أدرك عرفة فقد تمّ حجه"، أي لم يمنع زيادة الفرض عليه.²

وسبب الخلاف بين الفقهاء في مدة الرضّاع ما يظن من معارضة آية الرضّاع، وهي قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضْعَةَ﴾.
(البقرة/ 233). لحديث عائشة: "إنما الرضّاعة من المجاعة"، فالحديث يقتضي بعمومه أنّ الطفل مادام غداؤه اللبن فهو الرضّاع.³

الترجيح: ما يترجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور في أنّ مدة الرضّاع حولان دون زيادة وذلك:

أ- الآية الكريمة دلت على أنّ مدّة الرضّاعة حولان فقط دون زيادة على ذلك.

¹ - ينظر: الحبيب بن طاهر-المرجع السابق- ج 4- ص 286.

² - ينظر: وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته -المرجع السابق- ج 7- ص 146

³ - ينظر: محمد بن رشد(الحفيد)-بداية المجتهد ونهاية المقتصد-مكتبة الكلية الأزهر-مصر-د، ط- س(1982م) -ج 2- ص 43.

- أن قول أبي حنيفة أن الذي زاد ستة أشهر على الحولين يستحسن بقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر، قال الكاساني¹ في "بدائع الصنائع" وإلا أن أبا حنيفة استحسن في تقديره مدة الرضاع، بقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لأنه أقل مدة تغير الولد، فإن الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها، ثم ينفصل فيصير أصلاً في الغذاء، فالاحتياط ليس في الزيادة على الحولين².

2- مقدار الرضاع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في المقدار الذي يحرم به الرضاع. ذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع أو كثيره سواء في التحريم، فلم يشترطوا مقدارا معينا، وحجتهم في ذلك: أن النصوص الدالة على الرضاع مطلقة ولم تقيد بعدد معين من الرضعات.³

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: أن إنبات اللحم وانتشار العظم لدى الرضيع لا يتحقق إلا بإرضاع يوم كامل على الأقل، لذا يثبت التحريم بخمس رضعات فأكثر، واستنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تحرم المصة والمصتان"⁴.

¹ - (...، 587هـ)، علاء الدين منسوب إلى كاسان أو قشان بلدة بالتركستان خلف نهر سيحون، من أهل حلب ومن أئمة الحنفية كان يسمى "ملك العلماء" أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور "تحفة الفقهاء"، تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهير، توفي بحلب من تصانيفه (البدائع) وهو شرح تحفة الفقهاء، و(السلطان المبين في أصول الدين). - ينظر: خير الدين الزركلي- المرجع السابق - ج 2-ص46.

² - ينظر: علاء الدين الكاساني-بدائع الصنائع- دار الكتاب العربي - بيروت-لبنان - ط2، (1992م) - ج 4-ص 6.

³ - ينظر: تقي الدين بن تيمية-أحكام الزواج -د، الكتب العلمية لبنان-ط1-س(1988م) -ص 30. - ينظر: فاسي عبد الله-الرضاع وأثره على حرمة النكاح-جامعة طاهري محمد بشار-العدد الخامس عشر (01 جوان 2016 م) -ص7.

⁴ - رواه أبو داود-المرجع السابق-كتاب النكاح -باب هل يحرم ما دون خمس رضعات - ح (2023) - ص 356.

قال القرطبي¹ - رحمه الله -: " لا فرق بين قليل الرضاع وكثيره عندنا إذا وصل إلى الأمعاء، ولو مصة واحدة "، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَعَةِ﴾. (النساء/23).

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاع"².

خامسا: استحقاق الأم أجره الرضاع ومدة استحقاقها

إذا أرضعت الأم ولدها بنفسها أو أجبرها على الرضاع القضاء، فهل تستحق أجره على الرضاع ؟

-الحنفية والشافعية والحنابلة: لا تستحق الأم أجره الرضاع في حال الزوجية أو أثناء العدة من الطلاق الرجعي، لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع، حتى لا يجتمع عليه واجبان النفقة والأجرة في آن واحد، فهذا غير جائز لكفاية النفقة الواجبة على الزوج.³

-المالكية: فقد وافقوا على هذا الرأي إذا كان الرضاع واجبا على الأم، أما إذا كان الرضاع غير واجب على الأم كالشريعة القدر فإنها تستحق الأجرة على الرضاع، و تستحق الأم الأجرة على الإرضاع في العدة إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، وهو ما

¹ -محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأندلس من أهل قرطبة الأنصاري من كبار المفسرين، اشتهر بالصالح والتعبد رحل إلى المشرق واستقر بمنية بن الخصيب وبها توفي، من تصانيفه: (الجامع لأحكام القرآن)، (التذكرة في أمور الآخرة)، و(الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى).- ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية- المرجع السابق -ج 2- ص419.

² - سبق تخريجه في ص53.

³ - ينظر: وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته-المرجع السابق-ج 7-ص 698.

ذهب إليه الحنفية والمالكية، أما المعتدة من طلاق بائن، فلها الأجرة على الرضاع عند المالكية والحنفية في رواية لأنّ النكاح قد زالف صارت كالأجنبية.¹

أما الشافعية والحنابلة فقد قالوا: إنّ المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً تستحقّ أجرة على الرضاع² أمّا في حالة الرضاع بعد انتهاء العدة فلا خلاف بين الفقهاء في أنّ الأم المطلقة إذا انتهت عدتها، فإنّها تستحقّ أجرة على إرضاع الطفل.³

مدة الاستحقاق:

اتفق الفقهاء على أنّ مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط، فمتى أتمّ الطفل حولين كاملين ليتمكن للرضع الأم الحق في المطالبة بأجرة الرضاع، لقوله تعالى: ﴿وَالْوِلْدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضْعَةَ﴾ (البقرة / 233).

فدلّت الآية على أنّ الأب يلزم بنفقة الرضاع في مدة سنتين فقط.⁴

بدأ الاستحقاق:

تستحقّ المرضع غير الأم المسماة "ظئراً"، وكذا الأم بعد انتهاء الزوجية الأجرة على الرضاع من تاريخ العقد؛ لأنّها مستأجرة الرضاع فلا تستحقّ الأجرة إلاّ من يوم العقد، أما الأم المرضع في حال قيام الزوجية وأثناء العدة من الطلاق الرجعي، فتستحقّ الأجرة بالإرضاع في المدة مطلقاً بلا عقد إجارة عند المالكية، وأمّا عند الحنفية فعلى

¹ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ص 699.

² - ينظر: محمود علي السرطاوي - المرجع السابق - ص 356. ينظر: وهبة الزحيلي - المرجع نفسه -

ج 7 - ص 699. ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة - المرجع السابق - ص 149.

³ - ينظر: محمود علي السرطاوي - نفسه - ص 356.

⁴ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع نفسه - ج 7 - ص 702.

الراجح من تاريخ قيامها بالإرضاع وقيل من وقت طلبها الأجر،¹ ولا تسقط الأجرة بموت الأب بل تكون دائنة له أسوة بغرمائه، فليست الأجرة نفقة وإنما هي دين يستحق في التركة.²

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي

سنتحدث في هذا الفرع على الإقرار والبيّنة في ثبوت الرضاع وفسخ النكاح بسببه.

أولاً: اثبات الرضاع وفسخ النكاح بسببه

يفسخ النكاح وجوباً بين الزوجين المكلفين، بدون طلاق قبل الدخول وبعده، ويثبت الرضاع بأحد الأمرين: الإقرار والبيّنة.

1- ثبوت الرضاع بالإقرار

أ- ماهية الإقرار

1- تعريف الإقرار

الإقرار لغة: الاعتراف بما يوجب على قائله بشرطه.³

والإقرار خبر كالدعوى والشهادة والفرق بينه وبينهما أنّ الأخبار إذا كان مقصوراً على قائله فهو إقرار.⁴

¹ - ينظر: محمد أمين - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) - تح - عدل أحمد عبد الموجور - علي محمد معوض - د، عالم الكتب - الرياض - د، ط - س (1423هـ/2003م) - ج 2 - ص 932. - ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن سالم السقارينيّ النَّابُسيّ الحنبليّ (1114هـ-1488م) - كشف اللثام شرح عمدة الأحكام - تح: نورالدين طالب - د، النوادر - بيروت - لبنان - ط 1 - س (1428هـ، 2007م) - المجلد السادس - ص 33.

² - ينظر: حاشية ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 2 - ص 932. - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع نفسه - ج 7 - ص 707.

³ - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - د، المعارف - القاهرة - د، ط - ج 3 - ص 525.

⁴ - نفسه - ص 525.

الإقرار اصطلاحاً: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه¹.

أ) 2- حجية الإقرار

- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة / 282). وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (النساء / 135).

من السنة النبوية: قوله عليه الصلاة والسلام: "وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها..."²

من الإجماع: أجمع السلف والخلف على حجية الإقرار.³

ب- ثبوت الرضاع بالإقرار وفسخ عقد النكاح به بأثر رجعي

- ويكون الإقرار باعتراف الرجل والمرأة معاً، أو أحدهما بوجود الرضاع المحرّم بينهما فإن أقر الرجل والمرأة بالرضاع قبل الزواج، بأن اعترف أب أنّهما أخوان من الرضاع، فلا يحل لهما الإقدام على الزواج، وإن تزوجا كان العقد فاسداً، ولا يجب للمرأة شيء من المهر، وأما إذا كان الإقرار بعد الزواج وجب عليهما الافتراق، فإن لم يفترقا اختياراً وجب على القاضي أن يفرقهما جبراً لبيان فساد العقد، ويجري افتراق الزوجين بفسخ عقد نكاحهما بأثر رجعي على الرضاع الذي في الماضي قبل بلوغهما

¹ ينظر: محمد الخطيب الشربيني-المرجع السابق-ص238.

² - رواه الترمذي - (الحافظ بن عيسى محمد بن عيسى الترمذي-الجامع الكبير(سنن الترمذي)-تح: بشار عواد معروف-د، الغرب الإسلامي-بيروت- ط 1-س(1996م)-ط2-س(1998م)-كتاب الحدود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب ما جاء في الرجم على الثيب- ح(1433)-ج4-ص31.

³-ينظر: محمد الخطيب الشربيني-المرجع نفسه -ص238.

حولين. ويجب للمرأة الأقل من المسمى ومهر المثل، وإذا كان الإقرار من جانب الرجل وحده كأن يقول: هي أُمِّي أو أُختي أو ابنتي في الرضاع، فإن كان الإقرار قبل الزواج فلا يحل التزوج بها، وإن كان بعده وجب عليه أن يفارق المرأة، فيكون للمرأة في التفريق قبل الدخول نصف المهر المسمى، وبعد الدخول يكون لها جميع المهر المسمى¹.

أما الإقرار من جانب المرأة وحدها: فإن كان قبل الزواج فلا يحل لها أن تتزوجه، ولكن يحل له أن يتزوجها إذا وقع في قلبه كذبها على المفتي به لأنّ الطلاق له وليس لها.²

فيثبت الرضاع عند الملكية بإقرار الزوجين معاً، فإذا حدث الفسخ قبل الدخول بها فلا شيء لها، وإن حدث الفسخ بعد الدخول فلها المهر المسمى جميعه إلا إذا علمت المرأة بالرضاع قبل الدخول، ولم يعلم هو.³

2- ثبوت الرضاع بالبينة

أ- ماهية البينة.

1(أ) - تعريف البينة

- البينة لغة: عرفها الراغب⁴ بأنها: "الدلالة الواضحة عقلية أو محسوسة".⁵

¹ - علال برزوق أمال - أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي - دراسة مقارنة - (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص) - إشراف: د-تشوار جيلالي - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - س(2014م، 2015م) - ص 136.

² - ينظر: الحبيب بن طاهر - المرجع السابق - ج 4 - ص 250.

³ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ج 7 - ص 715.

⁴ - الراغب الأصفهاني (...، 502هـ): هو الحسين بن محمد بن المفضل أبو القاسم الأصفهاني أديب لغوي حكيم مفسر من أهل أصفهان سكن بغداد واشتهر حتى كان يقرن بالإمام الغزالي ومن تصانيفه (الذريعة إلى مكارم الشريعة) - (حل متشابهات القرآن) ، (جامع التفسير والمفردات في غريب القرآن) - ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق - ج 6 - ص 347.

⁵ - نفسه - ج 26 - ص 216.

-البينة اصطلاحاً: هي البرهان على وقوع الواقعة أو حدوث العمل القانوني في الكيفية المأخوذ بها قانوناً، وهي أيضاً المتبعة لإقامة الحجة.¹

أ) 2-أنواع البينة

توجد عدة أنواع من البينة فقد تكون البينة مباشرة أو غير مباشرة، كما وقد تكون بالتسامع أو بالشهرة العامة.

أمّا الشهادة المباشرة: وهي التي يقر فيها الشاهد في مجلس القضاء، ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كما لو وقعت أمامه واقعة معينة فيسرد الواقعة كما شاهدها، والشهادة غير المباشرة: فهي أن يشهد شخص ما برواية قد سمعها عن الغير، فيشهد أنه قد سمع شخصاً آخر يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فالشاهد لم ير الواقعة بنفسه، إنما سمعها عن الغير، ولهذا تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة.

أمّا الشهادة بالتسامع: وهي شهادة تنصب على الرأي الشائع عند جماهير الناس في الواقعة؛ لأنّ الشاهد فيها لا يروي عن شخص معين بالذات ولا على واقعة معينة بالذات، إنما يشهد بما شاع بين الناس بهذه الواقعة.

وهذا النوع وإن كان في الأصل لا يجوز للشاهد أن يشهد بما لا يعاينه بالعين أو بالسمع، إلاّ أنهم استثنوا من هذا الأصل مسائل منها النسب، فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس من أجل حفظ المصالح ورفع الضرر.²

الشهادة بالشهرة العامة فهي لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح إنّما هي عبارة عن ورقة مكتوبة ومحررة أمام الجهة الرسمية، يشهد بها شهود يعرفون وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة، شرط أن تكون لهم معرفة شخصية لهذه الوقائع وهي مقبولة في النسب.³

¹-ينظر: الرشيد بن شويخ -المرجع السابق - 234.

²-ينظر: علال مرزوق أمال - المرجع السابق - ص 170/167.

³-نفسه - ص 170/167.

ب- ثبوت الرضاع بالبينة وفسخ عقد النكاح بها بأثر رجعي

وتكون البينة بالإخبار في مجلس القضاء بحق الشخص على الغير، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ثبوت الرضاع بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين من أهل العدالة، واختلفوا في ثبوت الرضاع بشهادة رجل واحد، أو امرأة واحدة ويتتج عن ثبوت الرضاع فيها أحكام ومنها فسخ النكاح كما سبق الذكر في الإقرار ويكون هذا كذلك بأثر رجعي.¹

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في المطلب الثاني إلى فرعين اثنين، حيث سنتحدث في الفرع الأول عن ماهية الرضاع في القانون الجزائري وفي الفرع الثاني سنتحدث عن تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع حسب قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ماهية الرضاع في القانون الجزائري

سنتطرق في هذا الفرع عن الحديث على تعريف الرضاع في القانون الجزائري، وحكم الرضاع، ومقداره ومدته، وكذلك على أجرة الرضاع في القانون الجزائري.

أولاً: تعريف الرضاع في القانون الجزائري.

لم يرد في القانون الجزائري تعريف خاص بالرضاع غير أنه تطرق إلى بعض الأحكام التي تخصه.

¹- ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد-المرجع السابق- ج 2-ص 47. -ينظر: محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني (310هـ، 386هـ) -النوادر الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات- تح محمد عبد العزيز الدباغ - د، المغرب الإسلامي - بيروت - ط 1 -س (1999م) -ج 5 ص 83.

ثانيا: حكم الرضاع بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

يأخذ الرضاع حكم النسب من حيث التحريم، وهذا ما نصت عليه المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري حيث تقول: "يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب"¹ وعلى هذا ومن خلال المادة 27 نجد أنّ يأخذ حكم التحريم في الرضاع في القانون الجزائري هم²:

- أصول الشخص من الرضاع: أي أمه رضاعاً، أمها وإن علت وأم أبيه رضاعاً وأمّه رضاعاً وإن علت.

- فروع من الرضاع: أي ابنته رضاعاً، وابنتها وإن نزلت وبنت ابنه ارضاعاً، وابنتها وإن نزلت.

- فروع أبويه من الرضاع: أي أخواته رضاعاً، وبناتهن وبنات إخوته رضاعاً، وبناتهن وإن نزلن.

- فروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة: أي عماته وخالاته رضاعاً أما بنات أعمامه وعماته رضاعاً، وبنات خالاته وأخواله رضاعاً، فلا يحرم عليه رضاعاً كما لا يحرم عليه نسباً.³

ثالثاً: مقدار ومدة الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

إنّ المشرع الجزائري قد عمل برأي المالكية والحنفية في قولهم: "أنّ قليل الرضاع وكثيره سواء، وأنّ الرضاع مطلق ولم يقيد بعدد من الرضعات"، حيث أنّه لم يفرق بين الرضاعة الواحدة أو المتعددة وفق المادة 29 من قانون الأسرة الجزائري والتي

¹- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العربية -ص8.

²- ينظر: الرشيد بن شويخ-المرجع السابق-ص89.

³-ينظر: نفسه-ص89.

تنص على: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن كثيراً أم قليلاً"¹، ويستنتج من نص المادة 29 شروط يجب أن تتوفر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي²:

- 1- يجب أن تكون المرضعة امرأة.
- 2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام.
- 3- عدم الأخذ بعين الاعتبار كمية اللبن سواء كان قليلاً أم كثيراً.

رابعا: أجره الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادتين 55 و 56 من قانون الأسرة الجزائري على: أن الواجب للأم إرضاع ولدها دون أجر إذا كانت في عصمة أبيه، أو كانت مطلقة طلاقاً رجعيًا، إلا أن يكون مثلها لا يرضع لعلو قدرها فلا ترضع إلا إذا لم يقبل الولد غيرها، أما المطلقة طلاقاً بائناً يكون إرضاع ولدها بأجرة على أبيه، ولا حد للرضاع وأكثره حولين وذلك³ ما جاء في المادة 55 والتي تنص على: "على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك"⁴.

وكذلك نجد أن القانون الجزائري قد أوجب أجره الإنفاق على الرضيع ولا يتم ذلك إلا بالإنفاق على أمه، وفق نص المادة 56: "أجرة إرضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه"⁵.

¹ - القانون رقم 84-11-المرجع السابق-ص 8.

² - ينظر: محفوظ بن الصغير-أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري-المرجع السابق-ص 330.

³ ينظر: عبد القادر مدقن-المرجع السابق-ص 139.

⁴ -قانون الأحوال الشخصية 1959 م - رقم "188" و تعديلاته-ص 9.

⁵ -القانون رقم 84-11 -المرجع نفسه- ص 28.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

أولاً: ثبوت الرضاع وفسخ النكاح بسببه بأثر رجعي

لقد نصت المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري على: " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولداً للمرضعة وزوجها وأخاً لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه " ¹

فيتضح من خلال هذه المادة: أنّ الشهادة على الرضاع لابد أن يكون فيها شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، ويثبت الرضاع بأحد الأمرين: الإقرار أو البيّنة².

يفسخ النكاح عقد الزواج قبل الدخول أو بعده، فإذا لم يدخل الزوج بزوجه فيجب عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما، وإلاّ فرق القاضي بينهما لفساد العقد، أمّا إذا تمّ الدخول فيفسخ العقد دون طلاق وتحكم المحكمة ببطان الزواج مطلقاً، أو بطلب من كل ذي مصلحة أي متى تبين وجود المانع بسبب الحرمة وجب الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده³، وفق المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "كلّ زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجود الاستبراء". ⁴

المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يستوف الرضاع حقه الكامل ولم يتطرق إلى كل تفاصيله كما فعل الفقه الإسلامي، فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع لم يضع للرضاع تعريفاً، غير أنّه احتوى على بعض أحكام الرضاع ووضع لها قوانين، فنجد

¹ - القانون رقم 84-11-المرجع السابق -ص 28.

² -ينظر: الرشيد بن شويخ -المرجع السابق-ص 91.

³ -ينظر: يوسف كهيّنة -ولامي ليلي- عقد الزواج وفقاً للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري - (مذكّرة تخرج ماستر في القانون الخاص - تخصص: القانون الخاص) - إشراف: مقنّاة مبروكة-قسم القانون الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبدالرحمان ميرة بجاية-س (2013/2014م)-

ص 76.

⁴ -القانون رقم 84-11-المرجع نفسه-ص 6.

مثلا المشرع قد أخذ بحكم التحريم في المادة 27 التي تنص على أنه: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "¹ وهذا استنباطا من أحكام الفقه الإسلامي التي تحرم من الرضاع ما تحرم من النسب مصداقا لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُ النِّسَاءِ الَّذِينَ أَزْوَجْتُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ أَلْزَمَ اللَّهُ الْكُرْبَىٰ وَالْكَرْبَىٰ لِلْزُرْعَةِ ﴾ . (النساء / 23) . كما نجده أيضا قد اتبع قول المالكية والحنفية في تحديد مقدار الرضاع بحيث جعل قليل الرضاع وكثيره سواء وأن الرضاع مطلق غير مقيد بعدد من الرضاعات، كما اتفق مع أحكام الشريعة في مدة الرضاع التي لا تتجاوز حولين وقد وافق المشرع الجزائري المالكية في حكم الأخذ بأجرة الرضاع وفق المادة 55 التي نصت على: " أن الواجب للأم ارضاع ولدها دون أجر إذا كانت في عصمة أبيه أو كانت مطلقة طلاق رجعي إلا أن يكون مثلها لا يرضع لعلو قدرها فلا ترضع إلا إذا لم يقبل الولد غيرها، وخالفوا المالكية في كون المالكية قالوا بأن المرأة الشريفة عالية القدر تستحق الأجرة على الرضاع، بينما المشرع قال بعدم إرضاعها للولد إلا إذا أبى أن يرضع غيرها، كما وقد وافق المشرع الجزائري أيضا أحكام الفقه الإسلامي في تحريم النكاح من الرضاع وفسخ عقد النكاح به سواء قبل الدخول أو بعده وهذا ما نصت عليه المادة 34 في أن: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجود الاستبراء "²، ويسري الفسخ أو إبطال النكاح بعد الدخول بأثر رجعي عن الرضاع بحيث يفرق بين الزوجين حتى وإن نتج عن هذا النكاح أولاد لفساد العقد.

¹ - قانون 84-11 -المرجع السابق – ص 5.

² -نفسه ص6.



المبحث الثالث: تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النسب في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: الموازنة في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.



المبحث الثالث: تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

حيث سنقوم في هذا المبحث بالحديث عن ثلاثة مطالب، بحيث نتناول في المطلب الأول الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي، أمّا في المطلب الثاني فنتحدث عن الأثر الرجعي في النسب من الناحية القانونية، بينما سنخصص المطلب الثالث للموازنة بين المطلبين الأولين.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي

ندرس هذا المطلب في فرعين، حيث نخصص الفرع الأول لمعرفة ماهية النسب، أمّا الفرع الثاني فندرس فيه تطبيق الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: ماهية النسب

حيث سنخرج في هذا الفرع إلى تعريف والأسباب المنشئة.

أولاً: تعريف النسب.

1- النسب لغة: نسب، النون والسين والباء كلمة واحدة، قياسها اتصال شيء بشيء منه، سمي لاتصاله والاتصال به، ومنه النسيب في الشعر إلى المرأة كأنه ذكر يتصل بها.¹

والنسب القرابة، أو هو في الآباء خاصة وقيل النسب مصدر الانتساب والنسبة ويكون من الأب والأم، وقيل أيضاً: هو أن تذكر الرجل بالقول: هو فلان ابن فلان أو تتسبه إلى قبيلة أو بلد أو صناعة.²

¹ - أحمد بن فارس بن زكرياء - المرجع السابق - ج5 - كتاب النون - ص424، 423.

² - محمد بن أحمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي - تاج العروس من جواهر القاموس - طبعة الكويت - ط2 - ج4 - باب الباء - ص261.

2- النسب اصطلاحاً: هو "القربة وهو الاتصال بين إنسانين في الاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة. ومن الألفاظ التي لها صلة بالنسب الرضاع والمصاهرة".¹

ثانياً: الأسباب المنشئة للنسب

قد يثبت نسب الولد من أبيه أو من أمه، فنثبت نسب الولد من أمه يكون بمجرد الولادة، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو زواج فاسد كالزنا أو زواج الشبهة أمّا ثبوت النسب من أبيه لا يتم إلا لأسباب معينة هي كالآتي:

أ- النسب بالفراش:

ونقصد بالفراش أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد وتكون بعقد صحيح، أمّا إذا كانت بعقد فاسد فهذا يسمى شبهة الفراش ويكون هنا العقد باطلاً وهذا الأخير لا يثبت به النسب، فإذا حملت المرأة بالولد وكانت الزوجية قائمة بعقد صحيح ينسب الولد لزوجها صاحب الفراش، دون الحاجة للإقرار منه بذلك، لقوله عليه الصلاة والسلام " الولد للفراش وللعاهرة الحجر"²

ب- النسب بالتلقيح الاصطناعي :

والمقصود بالتلقيح الاصطناعي هو إدخال حيوانات منوية³ تستخرج من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب، بحيث لا يتم ذلك عن طريق

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير- أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق ص399.- ينظر : لينة بن دادة - إثبات النسب بالوسائل العلمية - (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - قانون الأسرة) -إشراف: أ-عتيقة بلجبل - قسم الحقوق- كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة - ص9.

² - رواه البخاري-المرجع السابق - كتاب البيوع (34) -باب تفسير المشبهات -ج3-ص 495 -ح/2053.

³ -الحيوانات المنوية أو النطفة في الخصيتين وهي تشكل ما بين نصف وواحد بالمائة من مجموع المنى وهو إفرازات البروستات و الحويصلة المنوية وغدد كوبر وغيرها وقد ذكرت في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الَّذِي يُنْفِثُ نَفْثَهُ مِنْ مِّمِّي ثَمْنِي﴾ (القيامة/26). ينظر: النحوي سليمان - التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن -(شهادة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية) -إشراف: د- فركوس دليلة -كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1- س(2010/2011م) ص 269.

الممارسة الجنسية المباشرة بين الزوج والزوجة، وإنما يكون بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن المتخصص لذلك.¹

(ب) 1- صور التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي:

جعل المجمع الفقهي الإسلامي حين اقام مؤتمره الثالث بعمان التلقيح الاصطناعي سبعة صور وتعتبر أهم الطرق المستعملة فيما يلي:

(ب) 1- 1 صور التلقيح الصناعي المحظور:

- أن يجري التلقيح بين بيضة² الزوجة ونطفة رجل غير الزوج ثم تزرع تلك اللقحة في رحم الزوجة.

- أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من الزوج، وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع اللقحة في رحم زوجته.

- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل وامرأة أجنبيين، ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة.

- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقحة في رحم زوجة أخرى.

- أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة متطوعة بالحمل.³

¹ -محفوظ بن الصغير -أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - 404.

² - بيضة الزوجة أو البويضة (egg cell) هي الخلية الجنسية الأنثوية أي المشيج المؤنث. حيث تمتلك الحيوانات والنباتات البذرية مبيضا أو أكثر عادة ما تكون البويضة أكبر بكثير من الحيوانات المنوية وعندما تندمج البويضة مع الحيوان المنوي، ينتج عن ذلك بويضة مخصبة والتي تتطور تدريجيا لتكوين الكائن الحي

- ينظر: الموسوعة الحرة <https://ar.wikipedia.org/wiki/20:11> - 2018/05/13

³ - ينظر: محفوظ بن الصغير - المرجع نفسه - ص 404/399. ينظر: النحوي سليمان - المرجع السابق - 66.

(ب) 1-2 صورتا التلقيح الصناعي المباح شرعا:

- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في رحم زوجته، ويتم التلقيح داخليا.
- أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته، ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة.

(ب) 2-موقف الفقه المعاصر من التلقيح الصناعي:

اتفق أغلب الفقهاء المعاصرين على حرمة الصور الخمسة الأولى، فكون البيضة تلقح بماء رجل أجنبي، أو تلقح ببيضة أجنبية بماء الزوج، وزراعة بذرتي الزوجين في رحم أجنبية يجعل من الطفل المنتج من العملية ابن زنا فلا يثبت له نسب. كما أنهم قد وضعوا للصورتين الأخيرتين شروطا حتى تكون العملية شرعية ومباحة شرعا، من أجل الحفاظ على النسب وحماية شرف الإنسان من الفساد وفيما يلي نعرض الشروط التي وضعها المجمع الفقهي لتمام عملية التلقيح الصناعي.¹

(ب) 3-شروط المجمع الفقهي في التلقيح الاصطناعي المباح

- وقد وضعت هذه الشروط للحماية لخشية الشبهة والاختلاط
- أن لا يلجأ لهذه العملية إلا في حالة الضرورة القصوى.
 - أن لا تتم العملية إلا بمنتهى الحذر والحيطه من اختلاط النطف واللقائح.
 - أن لا تتم العملية إلا عند أطباء ثقات ومعروفين بأنهم ثقات في ميدان الطب.²
 - الحرص أن لا تكشف عورة المرأة إلا طبيبة مسلمة أو رجل عند عدمها والضرورة قائمة.

- أن يكون هناك رضا للزوجين بإجراء عملية التلقيح.

- أن يكون التلقيح حال قيام الرابطة الزوجية.³

¹ - ينظر النحوي سليمان - المرجع السابق - ص 66.

² - ينظر نفسه - ص 138/124. - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص 407، 408.

³ - النحوي سليمان - المرجع نفسه - ص 138/133. - ينظر: محفوظ بن الصغير - المرجع نفسه - ص 407، 408.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي

حيث سنتحدث في هذا الفرع عن حالات ثبوت النسب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتطبيق الأثر الرجعي في النسب.

أولاً: حالات ثبوت النسب

إن الشرع الحنيف قد وضع حالات يثبت بها النسب للولد وهذا كله من أجل الحفاظ على مصالح الطفل وضمان حقوقه، ولكن مع تطور الحياة الاجتماعية تطور العلم والطب الحديث وظهرت طرق علمية حديثة تساعد على إثبات النسب وإن اختلفت آراء العلماء حوله، وفيما يلي سيتم ذكر حالات ثبوت النسب ونفيها.¹

1- حالات ثبوت النسب بالطرق الفقهية المشروعة

أقر الفقهاء بأن النسب يثبت بالزواج والإقرار والبيئة وفيما يلي سيتم عرضها:

أ- ثبوت النسب بالزواج

كما سبق الذكر فإن نسب الولد يثبت من الأم في جميع الأحوال، سواء كان من علاقة شرعية أو من علاقة غير شرعية، فهي التي حملته ووضعته وبالتالي تسري بينهما جميع الحقوق من نسب ورعاية وغيرها ...

أما ثبوت النسب من الأب فقد ذهب الفقهاء إلى أنه لا بد أن يكون الطفل قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها، فأما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء

على أنها لا تقل على ستة أشهر استنتاجاً من الآيتين الكريمتين في قوله تعالى:

﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾. (الأحقاف/15)

. وقوله تعالى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾. (لقمان/14).

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ-المرجع السابق -ص230، 231. - ينظر: محفوظ بن الصغير -أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري-المرجع السابق-403/401. -ينظر: مراد بن صغير - حجية البصمة الوراثية ودورها في اثبات النسب - دراسة تحليلية مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية الجزائري مع الفقه الإسلامي -جامعة ابي بكر بلقايد - تلمسان - ص257.

ويبدأ الحساب من يوم الدخول لأنّ العبرة هي تلاقي الزوجين.¹
أمّا بالنسبة إلى أقصى مدة للحمل فقد اختلفت آراء العلماء فيه من تسعة أشهر وهناك من أوصلها إلى سبعة سنوات، والرأي الأخير خالفه العديد من العلماء منهم القرافي² والليث بن سعد³ حيث يرى أنّها باب إفساد للنساء اللاتي يغيب أزواجهن بالطلاق أو الوفاة أو السفر. وما أخذ في قانون الجزائر هو أطول مدة الحمل عشرة أشهر.⁴

ب: ثبوت النسب بالإقرار⁵:

يعتبر الإقرار هو الطريق الثاني لإثبات النسب، ولذلك جعله الفقهاء حجة قاصرة أي لا يسري إلّا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة أما في غيرها فلا يسري على الغير إلّا بالتصديق.⁶

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ-المرجع السابق-ص231،230. - ينظر: محفوظ بن الصغير -أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق-ص 403/40. - ينظر: مراد بن صغير - حجية البصمة الوراثية ودورها في اثبات النسب - دراسة تحليلية مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية الجزائري مع الفقه الإسلامي- المرجع السابق-ص257.

² - القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي، من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من بربرة المغرب) وإلى فرقة المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة ، من مؤلفاته في الفقه والأصول (أنوار البروق في أنواء الفروق) و (الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام) و (الذخيرة) توفي (684هـ/1285م). خير الدين الزركلي - المرجع السابق -ج1-ص94،95.

³ -الليث بن سعد: ت، (175/94) ، هو الليث بن سعد بن عبد الرحمان الفهمي بالولاء أبو الحارث، إمام أهل مصر في عصره، قال ابن التبري بردي : " كان كبير الديار المصرية و أمير من بها في عصره، أصله من خرسان ومولده في قلقشندة ، ووفاته بالقسطاط " . - ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية - المرجع السابق -ج2-ص 368.

⁴ - ينظر: الرشيد بن شويخ-المرجع السابق - ص231/233 -ينظر: عبد القادر مدقن -المرجع السابق - ص149-150

⁵ -سبق التطرق إلى ماهية الإقرار - ينظر: ص61.

⁶ - ينظر: مراد بن صغير - المرجع السابق - ص258.

فإذا كان الإقرار بالنسب على نفس المقر كأن يدعي بنوة أو أبوة أو أمومة، فهذا الإقرار يصح ولو كان المقر في مرض الموت إلا أنه يشترط في ذلك:

- أن يكون المقر له مجهول النسب أما إذا كان معلوم النسب فلا يسري فيه الإقرار.

- أن يصدقه العقل والحس ذلك بأن يكون فرق السن بينهما يسمح بالادعاء.

أما الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة فلا يسري على غير المقر إلا بتصديقه من طرف له فقط.¹

ج: ثبوت النسب بالبينة².

البينة هي ثالث الطرق لثبوت النسب وتعتبر البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، فلو استطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب ثبت شرعا وقانونا، وتكون البينة في العادة مطلوبة في حالة إنكار الزوج أو الآخرين، فلو ادعت امرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك الزوج وجب عليها أن تأتي بالبينة وكذلك لو ادعى الزوج أن الحمل أو الطفل المولود لا ينسب إليه كان عليه إقامة البينة وتكون إقامة البينة بمختلف الطرق المؤدية إليها وقد تتم بالوسائل العلمية الحديثة أيضا.³

2- ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة

ونتناول في ثبوت النسب بالبصمة الوراثية وفصائل الدم

أ- ثبوت النسب بالبصمة الوراثية

من خلال هذا العنصر سنتطرق إلى مفهوم البصمة الوراثية ومدى ثبوت النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي.

أ) 1- ماهية البصمة الوراثية

سنعرف في العنصر البصمة الوراثية ونذكر خصائصها وثبوت النسب بها

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ- المرجع السابق- 234. - ينظر: مراد بن صغير - المرجع السابق- ص258.

² - سبق التعريف بالبينة - ينظر ص63.

³ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه ص236.

أ) 1-1- تعريف البصمة الوراثية

البصمة: لغة: هي لفظ عامي يعني العلامة وهي مشتقة من البصم وهو ما بين طرف¹ الخنصر إلى طرف البنصر وهي أيضا أثر الختم بالأصبع

الوراثة: لغة: من الإرث وهي البقاء والانتقال وهي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال.²

البصمة الوراثية اصطلاحاً: سنحاول عرض بعض المحاولات الفقهية الجادة التي عرفت البصمة الوراثية اصطلاحاً.

المجمع الفقهي في دورته الـ 16 عرفها: "البنية الجينية نسبة للجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان"

المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها العلمية حول الوراثة والهندسة الوراثية عرفتها: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه".³

أ) 1-2- مجالات العمل بالبصمة الوراثية.

ويعتبر مجال العمل بالبصمة الوراثية مجالاً واسعاً يدخل ضمنه تحديد هوية المجرمين في حالة ارتكاب الجريمة ويدخل فيه أيضاً مجال النسب ويندرج تحته إثبات النسب ونفيه اعتماد الأدلة وإبطالها والترجيح بينهما عند التنازع عن المولود.⁴

خصائص البصمة الوراثية:

عدم التوافق والتشابه بين كل فرد وآخر عند تحليل البصمة الوراثية حيث من المستحيل أن تجد تطابق بصمة شخص بآخر إلا في التوأم الحقيقي.

¹ - ابن منظور - المرجع السابق - ج 1 - ص 423.

² - نفسه 1 - ج 1 - ص 423.

³ - ينظر: لينة بن دادة - المرجع السابق - ص 23.

⁴ - ينظر: نفسه - ص 23.

للبصمة الوراثية والحمض النووي ميزة القدرة على الاستنساخ زمن تعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.

لا تغير البصمة الوراثية من مكان لآخر في الجسم إنما البصمة الموجودة في أي جزء تطابق البصمة الموجودة في الجزء الآخر.¹

من الناحية العلمية فالبصمة الوراثية هي وسيلة لا تخطئ في التحقق من الشخصية، أو التحقق من الوالدية فالخطأ ليس واردا من حيث هي إنما الخطأ إن حصل فبسبب الجهل البشري أو عوامل التلوث.²

أ) 1-3 - اثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية:

لقد شرّع الله سبحانه الله وتعالى حد القذف لمن يرمي الناس بالزنا ، بينما شرع اللعان بين الزوجين إذا أراد الزوج نفي الولد أو إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ولم يكن معه شهود، ويجوز التحاكم بالبصمة الوراثية إن كان الطلب من الزوجة، أما إن كان من الزوج فلا يجاب إليه إلاّ إن أجابت الزوجة لأنه يصير حقها في الستر الذي يكون باللعان حيث قال الدكتور يوسف القرضاوي بهذا الشأن : "شرع الله حد القذف لمن رمى انسانا بالزنا رجلا كان أو امرأة-ولم يقم بينة على ذلك والبينة أن يأتي بأربعة شهداء شاهدو عملية الزنا وهي تحدث دون تجسس منهم على الزاني ومن يزني بيها قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (النور/04) .

ولكن القرآن استثنى من هذا الحكم الأزواج الذين يرمون زوجاتهم ولم يكن شهداء إلاّ انفسهم فمن اتهم امرأته بالزنا، فقد جعل الله له بديلا عن الشهود الأربعة أربع شهادات

¹ - ينظر: لينة بن دادة - المرجع السابق - ص29/23.

² - ينظر: مراد بن صغير -المرجع السابق - ص 253/251.

بأنه إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين كما فصل القرآن ذلك في سورة النور.

ولقد شرع اللعان من أجل أن يفترقا الزوجان و ينسب الطفل إلى أمه وهذا فيه ستر لشرف المرأة وعرضها حيث لا يعرف إن كانت هي الكاذبة أو هو الكاذب وفي هذا أيضا حفظ لمصلحة الولد حيث لم يجعله الشارع الحكيم ابن زنا ، وبعد تطور العلم

الحديث وظهور البصمة الوراثية أصبح من الممكن معرفة الولد إن كان ينسب إلى هذا الرجل أو لا ، ولقد اتفق العلماء على أن الزوج إن طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لا يجب له وهذا لحفظ الحقوق التي أعطاه الله سبحانه وتعالى للزوجة من الستر عليها هي وولدها ، أما إذا كان طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية من الزوجة فقد اختلف العلماء بين مجيز ومانع غير أن ما ذهب إليه أكثر العلماء هو : ان لا يجب لطلبها ويكتفي باللعان فهو ما شرعه الله سبحانه وتعالى في مثل هذه الحالة والله أعلم.¹

ب-ثبوت النسب بالفصيلة الدموية

حيث سنعرف في هذا العنصر الفصائل ونذكر مكوناتها ووظائفها وثبوت النسب بها.

ب(1)- ماهية الفصائل الدموية

ب(1) - 1- مفهوم الدم: سائل لزج أحمر اللون يملأ القلب والأوعية الدموية المتصلة به، ويقوم هذا السائل بإمداد جميع الخلايا أنسجة الجسم المختلفة بالأكسجين ، وتبلغ كميته في الجسم بمعدل 70 مليلتر كلغ .

ب(1) - 2- مكونات الدم:

البلازما، كريات الدم الحمراء، كريات الدم البيضاء، الصفائح الدموية

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير -أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص436/438.

(ب) 1-3 وظائف الدم:

التنفس، التغذية، الإخراج التوازن المائي، تجلط الدم، تنظيم حرارة الجسم.¹

(ب) 1-4-إثبات النسب عن طريق تحليل فصيلة الدم.

ما أثبتته العلم الحديث أنّ فصيلة دم الابن تتأثر بفصيلة دم الأبوين سواء كان الأبوان من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، فكل إنسان يرث من أبويه الصفات الوراثية ومن هنا واستنادا لهذه القاعدة الوراثية الثابتة فأن فصيلة دم الابن لا تخرج عن فصيلة دم الأبوين، فمن خلال معرفة فصيلة دم الأبوين يمكن معرفة فصيلة دم الابن.²

(ب) 1-5-حكم الشرع في إثبات النسب عن طريق تحليل فصيلة الدم.

إنّ فحص فصيلة الدم التي ينتسب إليها دم الأبوين والابن يمكن أن يوصل إلى فرضيين اثنين:

الفرض الأول: أن تظهر فصيلة دم الابن مخالفة لمقتضيات دم الزوجين، مما يعني أنّ الزوج ليس الأب الحقيقي على وجه التأكيد.

مثل: فصيلة دم الزوجة A وفصيلة دم الابن الطفل B أو AB فهذا دليل أنّ الطفل هو من غير الزوج.

الفرض الثاني: أن تظهر فصيلة دم الابن موافقة لمقتضيات، مما يعني أنّ الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون الأب الحقيقي مما يدل أنّها ظنية الإثبات فلا يؤخذ بها في الشرع.³

¹ - ينظر: لينة بن دادة -المرجع السابق ص32/34.

² -ينظر: نفسه - 37،38.

³ - ينظر- نفسه -ص37،38.

ثانيا: حالات نفي النسب.

1-نفي النسب عن طريق إنكار الولادة.

يجوز للزوج إنكار ولادة زوجته إن كان يعلم أو لم يعلم في غيابه بحمل زوجته قبل ولادتها، أو يقيم الدليل لعدم ولادتها وإن عجز فالقول قول الزوجة ولها أن تقيم الدليل بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى.¹

2-نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب.

إذا تبين للزوج أنه عقيم أو لا يستطيع الإنجاب لسبب من الأسباب، كأن يكون مصابا بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه أو شيخا كبيرا لا يقوى على الإنجاب جاز له نفي النسب، فإن وضعت الزوجة مولودا كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، غير أنه يستحسن ألا ينفي النسب إلا بخبرة احتياطية.

ولكن لو تبين بعد مدة على زواجه، وبعد أن انجبت العديد من الأولاد بأنه غير قابل للإنجاب بدليل علمي غير قابل للشك، فما هو مصير نسب الأولاد وهل ينفي نسب الأولاد بأثر رجعي؟..

إذا تأكد الزوج من عدم إمكانية إنجابه للأولاد من خلال الطب الحديث غير القابل للشك فلزوج الحق أن ينفي الأولاد السابقين بأثر رجعي إلا إذا قرر الزوج نفسه نفي الحمل دون الولادات السابقة فله ذلك والله أعلم.²

¹ -ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق ص 238، 239.

² - ينظر: نفسه ص 238، 239.

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النسب في قانون الأسرة الجزائري
نتكلم في هذا المطلب عن فرعين، ففي الفرع الأول سنتناول ماهية النسب من الناحية القانونية أما الفرع الثاني فنتكلم فيه عن تطبيق الأثر الرجعي في النسب في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ماهية النسب في القانون الجزائري
في هذا العنصر سنعرف النسب ونذكر الأسباب المنشئة له.
أولاً: تعريف النسب في القانون الجزائري:
لم يرد تعريف دقيق للنسب في قانون الجزائري لكن نصت عليه المادة 32 من القانون الجزائري حيث جاء في فحواها ما يلي:
" تتكون الأسرة من ذوي قرباه وتعتبر من ذوي قربي كل من يجمعهم أصل واحد".¹
ثانياً: الأسباب المنشئة للنسب في قانون الأسرة الجزائري.

وتتمثل فيما يلي:

1- قيام الزوجية

هناك علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج حيث يعتبر الزواج سبب لثبوت النسب فمتى نتج عن المخالطة الزوجية مولود ينسب إليهما وفي قانون الأسرة الجزائري تنص المادة 36 منه على ما يلي: " يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة...."

ومن هنا وما دامت الزوجية قائمة فهذا سبب في ثبوت النسب.²

2- التلقيح الاصطناعي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، غير أنه أخضعه في الفقرة الثانية للشروط التالية:

¹ - ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص 141.

² - ينظر: علال برزوق أمال - المرجع السابق - ص 17.

- أن يكون الزواج شرعيا.
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
 - أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
 - لا يجوز اللجوء إلى التلقيح باستعمال الأم البديلة.
 - الآثار المترتبة عن تخلف شروط عملية التلقيح الاصطناعي قانونيا.
- كما سبق الذكر فإنّ المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي وربطها بشروط، غير أنّه لم يتعرض للجزاء المترتب عن تخلف إحدى هذه الشروط الواردة في المادة 45، فلو تمت عملية التلقيح الاصطناعي من غير مني الزوج أو من غير عقد زواج شرعي أو بتخلف أحد الشروط فما هو أثر ذلك... ؟ وما موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة..؟

ورغم أنّ المشرع الجزائري وضع إطارا قانونيا لهذه المسألة غير أنّه لم يوضح ما ترتبه تخلف شروطها من آثار على العلاقة الزوجية من جهة، وبالنسبة لثبوت ونفي النسب من جهة أخرى.¹

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في قانون الأسرة الجزائري

نتكلم فيها عن ثبوت النسب بالطرق الشرعية وثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة.

أولا: حالات ثبوت النسب بالطرق الشرعية في قانون الأسرة الجزائري.

المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري تنص كما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبيّنة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبق للمواد 32-33 من هذا القانون.

¹ - محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص 405، 406.

1- ثبوت النسب بالزواج:

تنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، فالزواج الصحيح الذي توافرت أركانه من رضى الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّق¹."

وتنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري وكما هو مقرر في الفقه الإسلامي أنّ الشارع لا يربط حقوقا شرعية على أي عقد من العقود إلّا إذا استوفى العقد شروط انعقاده وشروط صحته، وثبوت البنية الشرعية هي التي يتبع فيها الولد والده، مما ينبني عليه أحكام الميراث وتترتب عنه واجبات أبوية وبنوية، وهذا الذي استقرت عليه المحكمة العليا بقرارها المؤرخ 1984/10/08م ملف رقم 34137 بقولها: "من المقرر شرعا أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثمة فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية". وهذا الاتصال المنصوص في المادة 41 فالولد للفرّاش بشرطين:²

1- إن مضى على عقد الزواج أقل من مدة الحمل.

2- إن لم يثبت عدم التلاقي بصورة محسوسة، كما لو كان غائبا عن زوجته غيبة طويلة لم يتأتى فيها الاتصال عن مدة تزيد عن مدة الحمل، ولم ينفه بالطرق المشروعة كما لو ادعى الزوج أنّ المولود ليس من صلبه.

¹ - ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص 145.

² - ينظر: سولاف بو مجان- إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري-(مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)- اشراف - لم نجده - دق، د-ج- ص7.
ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع نفسه- ص 145/140.

ولقد نصت المادة 42 على أنّ أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، وهو ما ثبت في كتاب الله وقد أثبتّه الطب الحديث.¹

كما نصت المادة 43 على أنّه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".²

فلو وضعت الزوجة مولودها قبل مدة ستة أشهر من التلاقي بينها وبين زوجها وهي أقل مدة الحمل فلا ينسب الولد إلى الزوج، كما لو زادت مدة الحمل عن 10 أشهر من تلاقي الزوجين وهي أقصى مدة الحمل في القانون الجزائري لا ينسب الولد للزوج كذلك.

2 - ثبوت النسب بالإقرار

نعرف في هذا العنصر الإقرار ونتكلم عن أنواعه ومدى اعتباره في قانون الأسرة -تعريف الإقرار في القانون الجزائري.

الإقرار حسب المادة 341 هو: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".³

ب- مدى اعتبار الإقرار في القانون الجزائري

يعتبر حجة قاطعة وهذا ما نصت عليه المادة 342 من قانون الأسرة الجزائري في النص الآتي: "الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا أقام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".⁴

¹ - ينظر: عبد القدر مدقن - المرجع السابق - ص 145. - ينظر: سولاف بو مجان، المرجع السابق - ص 10، 11.

² - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزّواج في الاجتهاد الفقهي - المرجع السابق - ص 412.

³ - ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع نفسه - ص 141.

⁴ - ينظر: نفسه - ص 141. ينظر: سولاف بو مجان - المرجع نفسه - ص 28.

ج-أنواع الإقرار

ج1-1-الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة: يثبت بهذا الإقرار متى صدقه العقل أو العادة، كما نصت المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت، متى صدقه العقل أو العادة".

ج1-2-الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة: ولا يسري إلا بتصديقه، وهذا ما نصت عليه المادة 45: " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ". فهو اعتراف الشخص أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء سير الدعوى، وتعتبر حجة ذلك أن المتهم لا يعترف بالجريمة التي ارتكبها إلا نادرا، إما بسبب الضمير أو انهزامه أمام الأدلة القاطعة، وقد يحمل المتهم على الاعتراف بجريمة لم يرتكبها تحت تأثير عوامل مختلفة كالإكراه أو تهديد وغيرها. وهنا للقاضي الحق في تقدير الاعتراف وهذا ما نصت عليه المادة 212 من القانون الجزائري.¹

3-ثبوت النسب بالبينة

فلو استطاع أحد الزوجين إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب ثبت شرعا وقانونا، كون البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب، وتكون عادة البينة مطلوبة في حالة إنكار الزوج أو غيره للنسب، وتثبت البينة بكافة الطرق المؤدية إليها وكثيرا ما يتم اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب أو نفيه إضافة إلى الوسائل المنصوص عليها في القانون، ولقد نصت الفقرة 2 من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة على أنه " يجوز اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب " وهذا الأمر لم ينص عليه في النص القديم.²

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 151. - ينظر: علال برزوق أمال - المرجع السابق - ص 141.

² - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - ص 236، 237.

ثانيا: اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في قانون الأسرة الجزائري

أجازت الفقرة الثانية من المادة 40 للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع اللجوء في مثل هذه الحالات إلى كافة الطرق العلمية المثبتة للنسب بما في ذلك ما يسمى بالحمض النووي.¹

ثالثا: إنكار النسب لعدم امكانية الإنجاب

لو اكتشف الزوج بعد مدة من على زواجه، وبعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه عقيم وغير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك فما مصير نسب الأولاد وهل ينفي نسب الأولاد السابقين بأثر رجعي أم لا...؟

لقد أشارت المادة 41 السابقة ذكرها إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة بحيث يمكن إدخال هذه الحالة ضمنها؛ لأنّ التأكد من عدم الإنجاب هو أمر باستطاعة الطب الحديث إثباته وهي وسيلة مشروعة صالحة للنفي إلاّ إن قرر الزوج نفي الحمل فقط دون الولادة السابقة وهذا أمر جائز كذلك.²

المطلب الثالث: الموازنة في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

لقد جعل المشرع الجزائري النسب هو تكوين الأسرة من ذوي قرباه وتعتبر من ذوي قربي كل من يجمعهم أصل واحد³، ولم يعط النسب تعريفا دقيقا كما فعل علماء الفقه الإسلامي الذين عرفوه بأنه "القربة و الاتصال بين إنسانين في الاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"⁴، غير أنّ المشرع الجزائري قد اتفق مع الفقه الإسلامي في الأسباب المنشئة للنسب حيث جعل الأسباب المنشئة للنسب هي قيام الزوجية والتلقيح الاصطناعي الذي أجازته بعض العلماء في الشريعة ولكن بتقيده بشروط، أما في القانون الجزائري فنجد المادة 45 تنص على التلقيح الاصطناعي حيث جاء في فحواها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"⁵ واتفق أيضا قانون الأسرة الجزائري

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص412. ينظر: سولاف بو مجان - المرجع السابق - ص39.

² - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص238، 239.

³ - عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص 141.

⁴ - محفوظ بن الصغير - المرجع نفسه - ص 399.

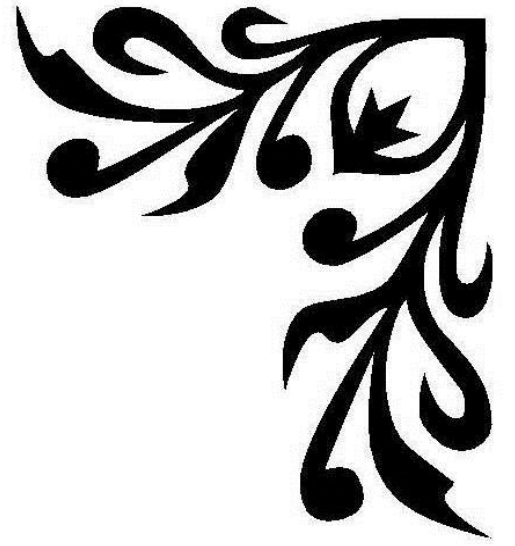
⁵ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 238/239.

مع الفقه الإسلامي في حالات ثبوت النسب بالطرق المشروعة من زواج وإقرار وبينة حيث نصت المادة 40 على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة ..."¹ وهي الطرق التي يأخذ بها الفقهاء بإثبات النسب ولقد أجاز المشرع إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة لما جاء في المادة 40 " للقاضي الذي يعرض عليه نزاع من هذا النوع اللجوء في مثل هذه الحالات إلى كافة الطرق العلمية² المثبتة للنسب " وهذا ما خالف فيه الفقه الإسلامي حيث أجمع الفقهاء أن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة كالحمض النووي غير جائز إن كان الطلب من الزوج ذلك أن الله تعالى شرع اللعان من أجل أن يفترقا الزوجان وينسب الطفل لأمه لضمان حقه، وما اختلف فيه الفقهاء كون الطلب يكون من المرأة لإثبات النسب بالطرق الحديثة، فهناك من الفقهاء من أجاز ذلك غير أن ما رجحوه عدم الأخذ به في حالة إنكار الزوج للولد، ويؤخذ بحكم الملاعة أمّا إذا ثبت للزوج بأنه عقيم بالطرق الحديثة و أنه لا يستطيع إنجاب الأولاد من خلال الطب الحديث الذي لا يقبل الشك فقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في كون الزوج له حق نفي السابقين بأثر رجعي كما له حق نفي الحمل دون الولادة السابقة . والله أعلم³.

¹ -ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق- ص 145.

² - ينظر: محفوظ بن الصغير -المرجع نفسه - ص 412.

³ - ينظر: الرشيد بن شويخ -المرجع نفسه-ص 238،239.

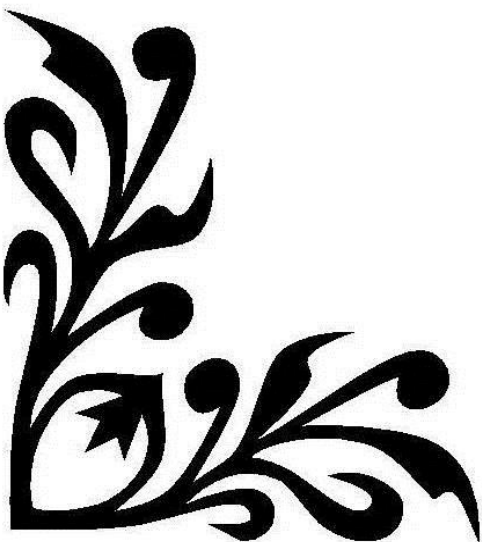


المبحث الرابع: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الطلاق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة
الجزائري

المطلب الثالث: الموازنة في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون
الجزائري



المبحث الرابع: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من خلال هذا المبحث سندرس ثلاثة مطالب، حيث نتحدث في المطلب الأول عن الأثر الرجعي في الطلاق من الناحية الفقهية، أمّا في المطلب الثاني فنتحدث عن الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، في حين سنقوم في المطلب الثالث بالموازنة بين الأثر الرجعي في الفقه الإسلام والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في الطلاق في الفقه الإسلامي

حيث سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين: ففي الفرع الأول سنتحدث عن ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي، أمّا الفرع الثاني فنتحدث عن تطبيق الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي

في هذا الفرع سنتحدث عن تعريف الطلاق، ومشروعيته، وحكمه، وأنواعه، وأقسامه.

أولاً: تعريف الطلاق

1- لغة: الطلاق والإطلاق رفع القيد مطلقاً سواء حسياً أو معنوياً وهو الإرسال والترك،

نقول: أطلقت الأسير إذا حلت قيده وأرسلته، أطلق المرأة حررها من قيد الزواج.¹

2- اصطلاحاً: عُرف في اصطلاح الفقهاء بما يلي: "رفع قيد النكاح في الحال²

والمال³ بلفظ مخصوص⁴ سواء كان هذا اللفظ منطوقاً أو مكتوباً أو مشاراً إليه".

¹ - ينظر: إبراهيم أنيس وآخرون - المرجع السابق - ج 1 - ص 563.

² - فالحال: يكون بالطلاق البائن.

³ - المال: أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي.

⁴ - بلفظ مخصوص أي الصريح كاللفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها.

3-الطلاق شرعا:

- نتعرض لتعريف الطلاق شرعا عند المذاهب على النحو التالي:
- أ-الطلاق عند الحنفية: " دفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي".¹
- ب-الطلاق عند المالكية: " الطلاق صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه".²
- ج-الطلاق عند الشافعية: " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".³
- د-الطلاق عند الحنابلة: " هو حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية".

ثانيا: مشروعية الطلاق

وردت مشروعية الطلاق في الكتاب الكريم، والسنة النبوية، والإجماع:

-من الكتاب:

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾. (البقرة/229).

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾. (الطلاق /1).

¹ -ينظر: بركات رابح - ازدواجية الطلاق وأثره على احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري - مذكرة لنيل شهادة الماستر : أحوال الشخصية) - إشراف -د: ميلود سرير- قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الجبالي بونعامة - خميس مليانة -س (2014م،2015م)- ص 8، 9. - ينظر الرشيد بن شويخ - المرجع السابق -ص 172.

² - بنظر: بركات رابح - المرجع نفسه - ص9. - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - 172.

³ - ينظر: بركات رابح - المرجع نفسه- ص 9.

-من السنة النبوية:

عن عبد الله بن عمر¹ رضي الله عنهما أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد النبي عليه الصلاة والسلام فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تتطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"².

وقول النبي صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلوهن جد النكاح والطلاق والرجعة"³.

-من الإجماع: أجمع أهل العلم على مشروعية الطلاق من عهد النبي عليه الصلاة والسلام إلى يومنا هذا⁴. ثالثا: حكم الطلاق

يختلف باختلاف الأحوال والظروف؛ فأحيانا يكون مباحا، وأحيانا مكروها، وقد يكون مستحبا، أو واجبا، أو حراما، وفيما يلي تفصيل فيه:

1-المباح: وهذا إذا احتاج إليه الزوج لسبب من الأسباب كسوء خلق المرأة، والتضرر بينها مع عدم حصول الغرض من الزواج مع البقاء عليه.

¹ - عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل بن العزى، الإمام القدوة، وشيخ الإسلام أبو عبد الرحمن القرشي، أسلم مع أبيه ثم هاجر مع أبيه و قبل البلوغ كانت أول غزواته الخندق، وهو ممن بايع تحت الشجرة، روى علما كثيرا، نافعا عن النبي عليه الصلاة والسلام، وعن أبيه، وأبي بكر، وعثمان، وعلي وعائشة، وغيرهم رضوان الله عليهم، قال فيه أبي حنيفة: كان ابن عمر خير هذه الأمة، وقال مالك: كان إمام الناس عندنا بعد زيد بن ثابت. قال ضمير بن ربيعة مات ابن عمر سنة ثلاث وسبعين وقال أبوبكر توفي بمكة بذي طوى ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي- ج3- ص 232/203.

² -رواه البخاري-المرجع السابق - كتاب الطلاق - (2) باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق - ح (5251) - صحيح - ص 1338.

³ -رواه أبو داود - كتاب الطلاق -باب في الطلاق على الهزل - ح (2194) -ج2 -ص125.

⁴ -ينظر: ابتسام محاتفي -الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - (مذكرة لنيل شهادة ماستر الأكاديمي) -إشراف: د -نجية رحمانى - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف - المسيلة -س(2016م، 2017م)- ص 16. - ينظر: صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان - الملخص الفقهي - د، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الرياض - مملكة عربية السعودية - ط1-س (1423هـ) - ج2-ص387.

2-المكروه: إذا كان لغير حاجة كان تكون حالة الزوجين مستقيمة، وهذا لقوله عليه الصلاة والسلام: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"¹.

3-المستحب: حالة عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته، أو يكون بقاء الزوجية سببا في ضرر الزوجة، وأيضا إذا كانت الزوجة سليطة اللسان مؤذية لزوجها، ولأهله فهنا يندب الطلاق.

4-الواجب: يؤخذ بهذا الحكم إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه كأن تكون الزوجة غير مستقيمة في دينها كما لو أشركت أو كانت غير نزيهة في عرضها، فهنا يجب الطلاق بينهما لعدم تحقيق هدف التحصين.

5-الحرام: ويكون في الطلاق البدعي الذي يكون في حيض أو في طهر مسها فيه وقد اتفق الفقهاء على حرمة وفاعله آثم.²

ثالثا: أنواع الطلاق

الطلاق نوعان: السني والبدعي.

1-الطلاق السني: هو الطلاق كما أوجبه الشارع الحكيم والسنة النبوية ويكون بطلقة واحدة وفي طهر لم يمسه (طلاق شرعي)،³ وله قيدان:

أ-العدد أي أن لا يزيد على الواحدة ولا فرق بين المدخول بيها وغير المدخول.

ب-أن تكون المرأة في طهر لم يمسه الزوج فيه.

¹ - رواه ابن ماجه - المرجع السابق - كتاب الطلاق - باب(9) حدثنا سويد بن سعيد - ح (2018) ج-1ص 650.

² - ينظر: صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان-المرجع السابق - ج2-ص 386، 387 -ينظر: ابتسام ابتسام محاتفي - المرجع السابق - ص15، 14. - ينظر: حياة خطاب - الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري - (مذكرة ماستر في الحقوق - الأحوال الشخصية)- إشراف :أ- جميلة مدور - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة - س(2014م، 2015م)-ص 18.

³ -ينظر: مصطفى بن العدوى-أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - مكتبة ابن تيمية القاهرة ط1 - س(1409 هـ/1988م)- ص 14.

-حكم الطلاق السني:

مستحب شرعا أي أن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة حتى يخرج من الخلاف فإن جمعت الطلقات الثلاث في طهر واحد، ولا يحرم.¹

2-الطلاق البدعي:

ما كان مخالفا للكتاب، والسنة، وصورته: أن يطلق الرجل امرأته في الحيض أو في طهر جامعها فيه ولم يتبين أمرها أحملت أم لا.²
أ-حكم الطلاق البدعي: وهو إما مكروه أو حرام.

أ)1-البدعي المكروه: هو الذي يكون في طهر مسها فيه، أو في عدة من طلاق رجعي سابقة، وعلة الكراهة: هي التباس العدة على المرأة هل تكون بالقروء أو بوضع الحمل لاحتمال كونها قد حملت من ذلك الوطء.

أ)2-البدعي الحرام: وهو الذي يكون إما في حيض أو نفاس، وعلة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو: تطويل العدة على المطلقة بكون المطلق إذا طلق زوجته أثناء الحيض يكون زيادة في العدة أيام الحيض.³

رابعا: أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى قسمين طلاق رجعي وطلاق بائن:

1-الطلاق الرجعي: هو الذي يكون للزوج فيه حق بإرجاع المطلقة إلى الزوجية دون الحاجة إلى مهر وعقد جديدين مادامت في العدة، سواء كان ذلك برضا الزوجة أو بغير رضاها. ويعتبر الطلاق الرجعي أصل الطلاق لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَتُ يَرْجِعُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبَعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (228)

¹ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ج 7-ص 426.

² - ينظر: مصطفى بن العدوى - المرجع السابق- ص 14.

³ - ينظر: ابتسام محاتفي -المرجع السابق -ص18.

الطَّلَقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَصْرِيحُ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ

(البقرة/229، 228)، ومنه يكون كل طلاق هو طلاق رجعي إلا ما كان قبل الدخول، غير أن المالكية والحنفية جعلوا الطلاق يكون رجعيا في حالتين:

- إذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق إذا كان واحدا أو اثنين.

- إذا استخدم ألفاظ لكناية التي لا تفيد معنى الشدة مثل اعتدي أو استبرئي رحمك.¹

أ- حكم الطلاق الرجعي

ينعقد الطلاق الرجعي سببا لزوال الملك في الحال، ويتم عليه عند انعقاد العدة فمادامت العدة لم تنقض فالزوجية قائمة حكما، ومنه يكون للزوج حق المراجعة إذا أراد ذلك، وكذلك تبقى الحقوق ثابتة بينهما، ويثبت التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة.²

ب- آثار الطلاق

- نقص عدد الطلاقات.

- حلية الزوج التمتع بزوجه قبل انتهاء العدة.

- ثبوت الإرث لكل واحد منهما عند موت صاحبه.³

- ثبوت حق الإنفاق على الزوجة مادامت في العدة.

- حرمة إمساك الزوج بزوجه قصد الإضرار بها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا

لَعَنَدُوا﴾ (البقرة/231).⁴

¹ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص 424.

² - ينظر: بركات رابح - المرجع السابق - ص 36، 37.

³ - ينظر: وهبة الزحيلي - المرجع نفسه - ص 438. - ينظر: بركات رابح - المرجع نفسه - ص 37.

⁴ - ينظر: وهبة الزحيلي - المرجع نفسه - ص 438. - ينظر: بركات رابح - المرجع نفسه - ص 37.

2-الطلاق البائن: هو الذي لا يملك فيه المطلق حق مراجعة طليقته إلاّ بعقد جديد ومهر جديد وهو نوعان

أ-الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي يستطيع الزوج فيه مراجعة زوجته بمهر وعقد جديدين، ويكون في الطلقة الأولى والثانية.¹

أ) 1-أثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

-لا يتوارث الزوجان.

-لا يجوز الاستمتاع

-لا تجب لها النفقة

-ينقص عدد الطلقات.²

ب-الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو أن يطلق الرجل زوجته الطلقات الثلاث حيث يفقد الزوج بعدها الحق في استرجاع طليقته إلى الزوجية حتى تنكح زوجا غيره، زواجا شرعيا صحيحا مقصودا لذاته لا لمجرد تحليله على الزوج الأول³ وذلك لقوله

تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ﴾
(البقرة/229).

ب) 1-أثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

-زوال الملك والحل معا.

-عدم البقاء للزوجية أثر سوى العدة وما يتبعها.

-عدم التوارث بين الزوجين إلاّ إذا كان الطلاق فرارا.

-فقدان الزوج حق استرجاع طليقته حتى تنكح زوجا غيره.⁴

¹ -ابتسام محاتفي - المرجع السابق - ص 14، 15.

² ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته- المرجع السابق-ص 434.

³ - ينظر: بركات رابح - المرجع السابق -ص 40.

⁴ - ينظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته -المرجع نفسه- ص 35.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي للطلاق في الفقه الإسلامي.

أولاً- ما يقع به الطلاق في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء على أنّ الطلاق يقع على المطلقة إن كان لفظاً صريحاً فإذا ذكر المطلق لفظ الطلاق أو ما يدل عليه بثلاث يكون بائناً بينونة كبرى، أمّا إذا كان بلفظ الطلاق أقل من ثلاث فيكون طلاقاً رجعياً مالم ينو البينونة فيها على حسب نيته، وكذلك يقع الطلاق بالكناية كأن يقول لها استبرئي رحمك ونيته الطلاق ويكون طلاقاً رجعياً مالم ينو البينونة كما تقدم، وقد اختلف الفقهاء في وقت وقوع الطلاق إذا كان الطلاق معلقاً بشرط، كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق إذا ذهبت إلى مكان كذا أو يأتي بصيغة مضافة إلى المستقبل : كأن يقول لها أنت طالق غدا وهنا قال فيها مالك وأبو حنيفة تقع في الحال.¹

ثانياً: تطبيق الأثر الرجعي في الطلاق في الفقه الإسلامي

1- الأحكام التي تلحق الطلاق الرجعي

أ- أحكام العدة: والعدة هي: "الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو حدثت الوفاة إذ يتوجب مراعاة العدة الشرعية"، والحكمة منها أنّها شرعت لمرجعة الزوجين نفسيهما، وإصلاح شؤونهما بعيداً عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق، كذلك أو حدثت الوفاة إذ يتوجب مراعاة العدة الشرعية.

ب- أحكام الميراث في الطلاق الرجعي:

إذا توفي أحد الزوجين أثناء العدة من طلاق رجعي فإن الزوج الباقي على قيد الحياة يرث نصيبه من الزوج الذي توفي.

¹ - ينظر: محمد أبو زهرة-المرجع السابق-ص347.

ج- أحكام النفقة في الطلاق الرجعي

تجب النفقة على الرجعية باتفاق الفقهاء لأنها في حكم الزوجة حيث تدوم النفقة إلى غاية انتهاء المطلقة من العدة أما بالنسبة إلى الحامل فتبقى نفقتها إلى أن تضع حملها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق/06).¹

د- أحكام الخطبة في الطلاق الرجعي

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز خطبة المعتدة من طلاق رجعي تصريحاً ولا تعريضاً حيث أنها لا تزال محبوسة للزوج الأول وهو الأحق بها لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَيُعَوْلُنَّ أَحَقُّ بِرِجْهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ (البقرة/228).²

فلو عقد الخاطب على المرأة المعتدة في عدتها باتفاق الفقهاء على عدم جواز العقد فيفسخ العقد ويفرق بين العاقد والمرأة المعقود عليها لأن العقد فاسد. والعاقد يكون خاطب من الخطاب بعد انتهاء العدة وهذا بالأخذ بقول الحنفية والشافعية والحنابلة في قول لهم أمّا في قول المالكية وقول ثاني للحنابلة يتأبد التحريم بينهما.³

2- الأحكام التي تلحق الطلاق البائن:

أ- أحكام العدة من الطلاق البائن:

تعد المرأة من الطلاق البائن بينونة كبرى ثلاثة قروء من أجل براءة رحمها، وحفظ النسب من الاختلاط، مالم تكن حاملاً، فتكون عدتها حينئذ وضع حملها لقوله تعالى:

﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ (4)

¹ - ينظر: محمد أبو زهرة-المرجع السابق- ص 347/384.

² - ينظر: شلابي خير الدين-أحكام العدة وأثارها على الحقوق المالية والمعنوية للزوجة -(مذرة لنيل الماستر - حقوق - قانون جنائي)-إشراف: أ- بو سطلة شهرزاد - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة -س (2015 م، 2016م) - ص 71.

³ -ينظر: سميرة عبد المعطي محمد ياسين -أحكام في الفقه الإسلامي دراسة فقيه مقارنة (مذكرة ماجستير - الفقه المقارن) -إشراف: د- ماهر أحمد السوسي - قسم الفقه المقارن - كلية الشريعة والقانون - الجامعة الإسلامية - غزة -س (1428هـ، 2007م) -ص 119، 120.

(الطلاق/04). وكذلك اليائسة، أو التي لم تحض فعدتها ثلاثة أشهر، قال الله تعالى:

﴿وَالَّذِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَا يَحِضُّ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ

أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ۝٤﴾

(الطلاق/04).

(ب) - أحكام الميراث من طلاق بائن:

لا يرث الحي في الطلاق البائن إلا إذا أعتبر الميت بإحداثه الفرقة فار من الميراث كما لو فسخ الزوج النكاح في مرض موته ويموت في العدة¹ وهذا ما ثبت عن الصحابة رضوان الله عليهم حين قام سيدنا عبد الرحمان بن عوف بطلاق زوجته تماضر في مرضه الذي مات فيه حكم لها سيدنا عثمان رضي الله عنه بميراثها².

(ج) - أحكام النفقة في الطلاق البائن

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة أثناء العدة على المطلقة طلاق بائن إن كانت بالحمل وأجلها إلى أن تضع حملها وما اختلف فيه الفقهاء هو ثبوت النفقة للمطلقة من طلاق بائن حيث أوجب الحنفية لها النفقة بأنواعها الثلاثة وذلك كونها محتبسه أثناء العدة لحق الزوج ونفقتها كنفقة الزوجية تماما، وثبت دينا بمجرد الامتناع مع الوجوب وإذا صارت دينا لا يسقط إلا بالأداء أو الاستبراء حيث تثبت بأثر رجعي على فترة العدة، أما الحنابلة فلم يجعلوا لها أي نفقة لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يجعل لفاطمة بنت قيس نفقة حينما طلقت البتة.

¹ - ينظر: محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية - المرجع السابق - ص 382. - ينظر: محمود علي

السرطاوي - المرجع السابق - ص 347.

² - ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص 174.

المالكية والشافعية توسطوا فأوجبوا لها السكنى فقط لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ (البقرة/149).¹

د) - أحكام الخطبة في الطلاق البائن

- زواج المطلقة ثلاثا:

يحل للمرأة التي طلقها زوجها ثلاثا بعد انتهاء عدتها أن تتزوج زوجا غيره ولا تحل لزوجها الذي طلقها إلا إذا تزوجت زوجا غيره بعد انتهاء عدتها، ويجب أن يكون دخول الزوج الثاني بها دخولا حقيقيا، ويكون الزواج من الزوج الثاني غير مقصود لأجل الرجوع للزوج الأول ثم يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها، وتعتد منه فإذا انتهت عدتها، وتحققت هذه الشروط جاز للزوج الأول أن يتزوجها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ . (البقرة /230).

المطلب الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى فرعين اثنين حيث سنتحدث في الفرع الأول عن ماهية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بينما نتحدث في الفرع الثاني عن تطبيق الأثر الرجعي في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: ماهية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
سنتطرق في هذا الفرع إلى عنصرين: الأول في تعريف الطلاق في القانون الجزائري، أما العنصر الثاني على طرق الطلاق.

¹ - ينظر: محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 384، 385.

أولاً: تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الطلاق قانوناً يعتبر سبباً في انحلال الزواج وهذا كما تنص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء في مضمونها "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"¹. ومن خلال هذا نجد أنّ الطلاق هو ما تتحل به الرابطة الزوجية، وهو كما عرفه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري"².

ثانياً: طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لقد تضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي: "الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي من الطرفين، والطلاق بطلب من الزوجة".

1-الطلاق بإرادة الزوج: قد يجد الزوج في زوجته ما يستدعيه لطلاقه، ومن هنا أباح المشرع له الطلاق إن كان السبيل الوحيد لحل مشكلته، وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تستخدم للمصالحة بين الزوجين، والحفاظ على النكاح كما نصت عليه المادة 48: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج"³.

¹ -ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 172.

² - ينظر: عثمان محمد الأمين - إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري - (مذكرة ماستر - حقوق في الأحوال الشخصية) - إشراف: أ-بن شوري الصالح قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر-بسكرة - س(2014،2015م) - ص15. -ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص156- الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - ص172.

³ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه - ص175،176-ينظر: محفوظ بن الصغير - الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - (رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية - في الفقه وأصول) - إشراف: د- عبد الكريم حامدي - قسم الشريعة- كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية - جامعة الحاج لخضر - باتنة - س(2008، 2009م) - ص523.

2-الطلاق بتراضي الزوجين: بحيث يرفع الحرج عن الزوجين معا فإذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يجدا سبيلا لهما غير الطلاق بعد كل المحاولات، والطرق التي قاما بها من أجل الحفاظ على الزوجية جاز لهما أن يفترقا بالتراضي.

3-الطلاق بطلب من الزوجة: إذا أصاب الزوجة ضرر من زوجها أرادت الطلاق؛ فإنّها ترجع إلى القاضي لطلب الطلاق مقدمة جملة من المبررات من أجل أن يحكم القاضي بتطليقها، وفراق زوجها وهذه المبررات نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 52 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالخلع.¹

ثالثا: أقسام الطلاق

1-الطلاق الرجعي:

هو الذي يملك فيه الزوج حق استرداد زوجته دون عقد ومهر جديدين؛ ما دامت في العدة والأصل في الطلاق هو الذي يوقعه الزوج ليكون رجعيا، وهذا في الطلقة الأولى، والثانية ولم نجد في القانون الجزائري مادة تنص على الطلاق الرجعي بوضوح، وإنما كل ما وجدناه هو مواد تشير إلى الطلاق الرجعي فنجد في نص المادة 49 " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"²

والمادة 50 التي تنص كما يلي " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "ويعاب على المشرع أنه لم يعتبر العدة في إثبات استرداد الزوجة بعقد جديد إنما نظر إلى حكم القاضي بالطلاق وجعله هو ما يثبت به العقد الجديد.³

¹ -ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق- ص175،176.

² -ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص179.

³ -ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع نفسه- ص 177. - ينظر: محفوظ بن الصغير - الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق -ص523.

2- نفقة المطلقة من طلاق الرجعي

تثبت النفقة للمطلقة طلاقاً رجعياً بكل مشمولاتها وذلك طمأ نصت المادة 61 من قانون السرة الجزائري حيث جاء في مضمونها: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في نفقة عدة الطلاق"¹.

2-الطلاق البائن: وهو نوعان

أ-الطلاق البائن بينونة صغرى

وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج فيه استرداد زوجته بعقد ومهر جديدين لأنّ الزوجية انتهت بمجرد انتهاء العدة.²

ب-الطلاق البائن بينونة كبرى

وهو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته بثلاث طلاقات حيث يحرم عليه نكاحها إلا أن تتزوج زوجاً غيره ويدخل بها فإن طلقها بعد ذلك الزوج الثاني أو توفي عنها بعد الدخول وانتهت عدتها جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد ومهر جديدين وهذا ما نصت عليه المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء في مضمونها: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "³.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الطلاق في القانون الجزائري

سنتطرق في هذا الفرع إلى الحديث عن ثبوت الطلاق، والأحكام التي تترتب عن حكم القاضي إذا كان حكمه منشأً.

¹ ينظر: كبان سميرة – مؤمن الحاج – الطلاق التعسفي في القانون الجزائري – (مذكر ماستر في الأحوال الشخصية) – إشراف: د-الرشيد بن شويخ – قسم الحقوق – كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة- س(2014م، 2015م) – ص 171.

² -ينظر: الرشيد بن شويخ –المرجع نفسه-ص 177.

³ - ينظر: نفسه- ص 177، 178. -ينظر: عثمان محمد الأمين - المرجع السابق -ص 15.

أولاً: أحكام ثبوت الطلاق

لقد نصت المادة 49 المعدلة على أنه: " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "، ومن خلال هذا التعديل الذي قام به المشرع أقر بضرورة إجراء محاولات صلح ويتعين على القاضي الذي يجري الصلح أن يحرر محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين وكاتب الضبط فإن لم يفلح القاضي بعد هذه المحاولات من الصلح يصدر حكمه بالطلاق.

ومن خلال هذا النص المعدل نلاحظ أنّ الطلاق لا يعتد به إلاّ إذا صدر بشأنه حكم قضائي غير أنّ ما يثير تساؤلاتنا هو مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة؟

كما أنّ نص المادة 49 لم يشر فيه إلى طبيعة حكم القاضي هل يكون منشئاً للطلاق على الرغم من أنّ الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة أم يكون حكماً كاشفاً لطلاق الزوج؟

والذي يبدو لنا أنّ حكم القاضي يكون منشئاً للطلاق، ذلك أنّ القاضي قد أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم خلال ثلاثة أشهر فاستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق فلو كان حكم القاضي بالطلاق كاشفاً لكان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة إلاّ في الطلاق الرجعي فقط حيث يكون الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق.

وعليه فإنّنا إذا أخذنا بحكم القاضي في الطلاق على أنّه حكم منشئ سيترتب عنه عدة أحكام تتعارض قطعاً مع أحكام الفقه الإسلامي،¹ حيث إنّ العدة الشرعية من الطلاق

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 180، 179، 225.

الرجعي في الفقه الإسلامي تبدأ من يوم تلفظ الزوج، أما قانوناً فتبدأ من صدور الحكم بالطلاق.¹

1- الأحكام التي تترتب عن حكم القاضي إذا كان الحكم منشأ

أ- أحكام العدة

تنص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".²

ففي هذه المادة نلاحظ أنّ القانون الجزائري قد أخذ بحكم الفقه الإسلامي في العدة ولكن إذا أخذنا بالقول: أنّ حكم القاضي في الطلاق حكم منشأ، سيكون حساب العدة من يوم حكم القاضي دون أن يسري بأثر رجعي إلى يوم تلفظ الزوج بالطلاق مع العلم أنّ حكم القاضي قد يتأخر بمدة تقارب مدة العدة، وهذا أمر متعارض مع أحكام الشريعة فتأخر العدة قد يسبب ضرراً لكل من الطرفين.³

ب- أحكام الخطبة والنكاح للمطلقة رجعيًا

القول بأنّ حكم القاضي بالطلاق حكم منشأ ينتج عنه أنّ المطلقة لا تستطيع الخطبة والنكاح إلى شخص آخر إلاّ بعد مضي زمن العدة بعد حكم القاضي، كما تنص المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة "⁴ والمادة 30 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء في

¹ - ينظر: محفوظ بن الصغير - الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق ص523.

² - ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق - ص209.

³ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 225.

⁴ - ينظر: شلابي خير الدين - المرجع السابق - 72.

فحواها " يحرم من النساء مؤقتا: ... المعتدة من طلاق أو وفاة أو المطلقة ثلاثا"¹ وهذا قد يسبب لها ضرر مادي ومعنوي على الزوجة، وطالب يدها للزواج بدون مصوغ شرعي².

ج-حكم الميراث

والقول بأن طلاق القاضي منشئ يعطي لكل من الطليقين الحق بأخذ نصيب ليس من حقه في الطلاق فالمادة 132 تنص على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث "³ فلو توفي أحد الزوجين بعد طلاق رجعي وكانت العدة قد اكتملت في نظر الفقه الإسلامي غير أنها لم تنته بعد حكم القانون الذي أوقفها على حكم القاضي؛ فإن الزوج الحي حينئذ يرث الميت في نصيب ليس له حق فيه شرعاً.

د-حكم النفقة

كذلك النفقة في الطلاق الرجعي حيث ينفق المطلق على المطلقة في زمن العدة بعد حكم القاضي وهذا كما نصت عليه المادة 61 " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في نفقة عدة الطلاق "⁴. فبالرغم من أن المطلقة قد أكملت عدتها من الناحية الفقهية إلا أنه يثبت لها حق النفقة من الناحية القانونية لكون العدة لم تنته بعد حكم القاضي مما يتسبب للزوج بالضرر.

¹ - قانون الأسرة 84-11 - المرجع السابق - ص08.

² -ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق-ص27.

³ -ينظر: شلابي خير الدين - المرجع السابق-ص53.

⁴ - ينظر: كبان سميرة -مومن الحاج -المرجع السابق -ص 171.

ومن هنا، ومن أجل جعل حكم القاضي كاشفا بحيث يسري حكمه بأثر رجعي إلى تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق لابد من تعديل المادة 49 على هذا النحو " لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر، مالم يكن الزوج قد تلفظ بالطلاق فيعتبر، وإن اعتبر حكم القاضي حكما كاشف لابد أن لا توقع جلسات صلح إن كان الطلاق طلاقا بائنا بينونة كبرى بلفظ الثلاث¹ كما تنص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري " .. لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.." ذلك أن جلسات الصلح لا جدوى منها.²

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن مواد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري متناقضة وقاصرة ولا بد من النظر فيها، وتعديل بعض موادها وفقا للشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: الموازنة في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إن الدارس لفرع الطلاق في القانون الجزائري يجد أن الطلاق كتعريف دقيق غير معرف غير أن المشرع قد أشار إليه في المادة 47 من قانون الأسرة التي كما يلي: " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"³، حيث جعل الطلاق هو انحلال الزواج ومنه فإن التعريف القانوني لا يخرج عن معنى الطلاق في الفقه الإسلامي كمضمون الذي عرفه بأنه حل عقد النكاح، كما أن المشرع الجزائري قد جعل للطلاق طرق وهي إما أن يكون بإرادة الزوج، أو برضا الزوجين، أو بطلب من الزوجة أي (الخلع أو التطليق)، وهذا أيضا قد اتبع فيه المشرع أحكام الشريعة وجعل المشرع الجزائري للطلاق أقساما، وهي تتفق مع أقسام الطلاق في الفقه الإسلامي؛ حيث جعل أقسام الطلاق هي الطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى، واتفق مع

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 180، 181.

² - ينظر: نفسه - ص 182، 183.

³ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 172.

فقهاء المذاهب في كون المعتدة من طلاق رجعي تجب لها النفقة والسكنى كما نصت المادة 50 " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها عن السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا بالفاحشة المبينة ولها حق نفقة في عدة الطلاق"¹. ولم يخرج المشرع عن الفقه في الأحكام التي تلحق المطلقة طلاقاً رجعياً كالعدة في الحكم، كحكم العدة في المادة 58 " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق "². وحكم الخطبة في المادتين ³23 و⁴30 التاليتين تبيان عدم صحة الخطبة أثناء العدة إلا في ابتداء العدة، وكذلك حكم الميراث من طلاق رجعي، غير أنّ المشرع قد سكت نقطة جوهرية في موضوع الطلاق وهو كون حكم القاضي بالطلاق حكم كاشف أو منشئ، وما رجحه بعض الدارسين في القانون أنه منشئ، ومنه يكون الحكم بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة غير فعال إلا بحكم القاضي، ممّا يترتب عليه أحكام متنافية مع أحكام الفقه الإسلامي تماماً، حيث يصبح ما ينتج عن الطلاق في الفقه الإسلامي من أحكام عن تلفظ الزوج يتأخر إلى وقت حكم القاضي، ممّا يتسبب في تغيير أحكام العدة التي لا تبدأ إلا من وقت حكم القاضي بالطلاق، والمعروف أنّ حكم القاضي يتأخر مدة زمنية تقارب ثلاثة أشهر وقد يصدر حكم القاضي بعد انتهاء العدة الشرعية، فينتج عن هذا الحكم من القاضي تغيير الأحكام التي تتبع العدة في الطلاق الرجعي كأحكام الخطبة والميراث والنفقة، مما يجعل هذه الأحكام خارجة عن الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى، ولو اعتبرنا حكم القاضي كاشفاً بحيث يعود بأثر رجعي إلى وقت تلفظ الزوج بلفظ الطلاق لتوجب على القاضي عدم إجراء جلسات مصالحة بين الطرفين في الطلاق البائن بينونة كبرى لعدم جدوى ذلك، ومن هنا نلاحظ أنّ القانون الجزائري قاصر

¹ -ينظر: عثمان محمد الأمين - المرجع السابق -ص15.

² -ينظر: عبد القادر مدقن - المرجع السابق -ص209.

³ - ينظر: سميرة عبد المعطي-محمد ياسين -المرجع السابق -ص72.

⁴ - قانون 84-11 - المرجع السابق -ص8.

ويعاب عليه عدم التفصيل في حكم القاضي كونه كاشفاً أو منشئاً، وكذلك لا بد من تعديل بعض مواد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي، ومنه يلزم أن يكون حكم القاضي حكماً كاشفاً مع مراعاة نوع الطلاق بعد تلفظ الزوج به هل هو رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى.¹

¹ - ينظر: الرشيد بن شويخ - المرجع السابق - ص 225.



المبحث الخامس: تطبيقات الأثر الرجعي في النفقة

بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في قانون الأسرة

الجزائري

المطلب الثالث: الموازنة في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري.



المبحث الخامس: تطبيقات الأثر الرجعي في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقد وضعنا في هذا المبحث ثلاثة مطالب تكلمنا في المطلب الأول عن الأثر الرجعي في النفقة في الفقه الإسلامي، أمّا في المطلب الثاني تحدثنا عن الأثر الرجعي في النفقة في القانون الجزائري، أمّا في المطلب الثالث فقد قمنا بالموازنة بين الأثر الرجعي في النفقة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي

تعتبر النفقة من أهم المواضيع التي تفرض على المشرع ابتداء اهتمامه بها، لأنها تعتبر من ضروريات الحياة، فلا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها، فهي كل ما يصرفه على زوجته وعياله وأقاربه من طعام وكسوة وخدمة، وكما لها تأثير على الحياة الأسرية، وخاصة علاقة الزوجين ببعضهما واستقرار حياتهما التي تعتبر اللبنة الأولى لتربية الأولاد ونشأتهم، وتعتبر النفقة من أهم وأبرز مظاهر القوامة، حيث قال المولى عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (النساء/ 34).

الفرع الأول: ماهية النفقة

تحدثنا في هذا الفرع عن تعريف النفقة، ومشروعيتها، وأسباب وجوب النفقة، وشروط استحقاق النفقة، وسنتدرج في الشرح فيما يلي:

أولاً: التعريف النفقة

1- النفقة لغة: النفقة مشتقة من مادة النون والفاء والقاف وهم أصلان صحيحان يدل أحدهما على انقطاع الشيء وذهابه، والآخر على إخفاء الشيء وإغماضه، ومتى حصل الكلام فيها تقارباً.¹

¹ ينظر: الحسين أحمد بن فارس بن زكريا - المرجع السابق-ص454.

وكذلك: تعني الهلاك، والرواج والغلاء ضد الكساد والقلّة والنقص والفناء والذهاب والإطعام وكثرة المشتريين، وسرعة الكفر وإظهار الإيمان والتقشير ووعاء المسك.¹

الإنفاق والإخراج ولا تستعمل إلا في الخير وهي مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك يقال: نفقت الدابة، تنفق نفوقاً أي: ماتت، ونفقت الدراهم أي: نفذت، ونفقت السلعة أي: راجت وأنفق الرجل أي: افتقر وذهب ماله.²

2- اصطلاحاً: عرّفت النفقة بعدة تعاريف نذكر منها على سبيل المثال:

أ- تعريف بن عرفة³ المالكي: ما به قوام معتاد، حال الأدمي دون سرف.⁴

ب- تعريف عبد الرحمان الجزيري⁵ بأنها: إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز وآدم وكسوة وما يتبع ذلك من ثمن ماء ودهن ومصباح ونحو ذلك.⁶

¹ - ينظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي-المرجع السابق-ص673

² - ينظر: محمود علي السرطاوي-المرجع السابق-ص131

³ - محمد بن أحمد بن عرفة المالكي من علماء العربية من دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة (1230 هـ)، درّس في الأزهر من كتبه: (الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك) و(حاشية على مغني)، (حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل). -ينظر: الزركلي - المرجع السابق- ج6 ص 17.

⁴ - والسرف الزائد على العادة بين الناس، بأن يكون زائداً على ما ينبغي فليس بنفقة شرعية، ولا يحكم به الحاكم -ينظر: سيد أحمد الدردير - المرجع السابق -ص 517.

⁵ - عبد الرحمان الجزيري (1299 هـ، 1882 م) - (1360 هـ، 1941 م): فقيه أزهرى من أهل مصر ولد بجزيرة شندويل بمصر، تفقه على يد الإمام أبي حنيفة من (1313 هـ إلى 1326 هـ)، عين مفتشاً لقسم المساجد بوزارة الأوقاف، توفي بخلوان من تصانيفه: (الفقه على المذاهب الأربعة)

- ينظر: الموسوعة الحرة - 11:47 - 2018 /04/19

http://data.bnf.fr/ark:/12148/cb1139093f

- ينظر: محمود علي السرطاوي-المرجع السابق-ص131

⁶ - ينظر: عبد الرحمان الجزيري-مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة -د، المنار-القاهرة-مصر- ط1-س(1999م)-ج3-ص553.

ج- تعريف الدكتور محمد مصطفى شلبي¹ بأنها: ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها مما تعارف عليه الناس وجرى به العرف الصحيح².

د- وهي حق ثابت للزوجة على زوجها باعتبارها من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح مقابل احتباسها وتفرغها للزوج وعدم انشغالها بأي أمر آخر، إلا برضاها وموافقة باستناد التكاليف والواجبات الشرعية³.

هـ- اسم لما يصرفه الانسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، فالمراد بنفقة الزوجة: ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام والكسوة والسكن والخدمة وكل ما يلزم من فرش وغطاء بحسب المتعارف بين الناس⁴.

و- تعريف ابن عابدين⁵ بقوله: الإدرا⁶ على شيء بما فيه بقاؤه⁷.

ز- تعريف الحنابلة بأنها: كفاية من يمونه خبزا وكسوة مسكنا وتوابعها⁸.

¹ - تمّ ترجمته سابقا ص 44 .

² - ينظر: محمد مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون-د، النهضة العربية- بيروت - ط4 -س (1983م) - ص 232.

³ - ينظر: محفوظ بن الصغير-المرجع السابق -ص449.

⁴ - ينظر: عبد القادر مدقن-المرجع السابق-ص233.

⁵ - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين الدمشقي، كان فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) المشهور ب (حاشية ابن عابدين بخمس مجلدات) وابنه محمد علاء الدين صاحب (قرة عيون الأخبار) الذي هو تكملة لحاشية والده السابقة الذكر، من تصانيف ابن عابدين الأب (العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية) و(نسمات الأسرار على شرح المنار في الأصول) و(حواش على تفسير البيضاوي) و (مجموع السائل). - ينظر: الزركلي-الأعلام-المرجع السابق- ج 6-ص 267.

⁶ - الإنفاق.

⁷ - ينظر: محمد أمين بن عابدين-المرجع السابق- ج 3-ص572.

⁸ - ينظر: بن ادريس منصور بن يونس -المرجع السابق- ج 5 -ص459.



ثانيا: مشروعية النفقة

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول.

1- الكتاب الكريم:

- قال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيِّجَعُلَ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾

(الطلاق / 07).

وجه الدلالة: وجوب نفقة الزوجة على زوجها على قدر إمكانه وسعته ومن ضيق عليه رزقه فلينفق مما أعطاه الله على قدر ماله أي لا يكلف نفقة الموسر في هذه الحال.

- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقرة / 233).

وجه الدلالة:

أن نفقة المرضعة طعاما وشرابا وكسوة بالمعروف وذلك حسب حال الأب من الغنى أو الفقر.¹

- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَاتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاَسَرْتُم فَسَرِّضُوهُ لَهَا أُخْرَى﴾ (الطلاق / 6).

¹ - ينظر: أبو بكر جابر الجزائري - أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - ط3 - س (1997م) - ج 1 - ص 221.

وجه الدلالة: أنّ المضارة في السكن والإنفاق وهؤلاء المطلقات طلاقاً رجعياً وهن حوامل أو غير حوامل، فقد وردت الآية بشأن المطلقات فلا رجعة عليهن أي المطلقات بالثلاثة.

2- السنة النبوية:

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبته في حجة الوداع: " فا تقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".¹

وأيضاً ما قاله النبي عليه الصلاة والسلام لهند² زوج أبي سفيان³: " خذي من مال

أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف".⁴

وجه الاستدلال: أنّه أمر أن تأخذ من مال زوجها من غير إذن قدر ما يكفيها وولدها، فلو لم تكن نفقتها ونفقة ولدها منه واجبة على زوجها لما أذن لها في أن تأخذ من ماله

¹ - رواه مسلم - المرجع السابق - كتاب الحج - (19) باب حجة النبي عليه الصلاة والسلام - ح/ 1218-2-558.

² - هند بنت عتبة بن ربيعة العبشمية القرشية الكنانية، أبوها عتبة بن ربيعة زوج أبي سفيان بن حرب، شهدت أحداً، مثلت بحمزة عم الرسول صلى الله عليه وسلم - كانت من النسوة الأربعة اللواتي أهدر الرسول دماءهن يوم فتح مكة، شهدت معركة اليرموك، توفيت في بداية عهد عمر بن الخطاب سنة (13هـ، 636م) - ينظر: موسوعة النابلسي - 14: 45-26/04/2018 -

WWWnabulsi.com/blue/ar.php ?art

³ - أبي سفيان: هو صخر بن حرب ابن أمية بن عبد شمس - بن عبد المناف بن قصي بن كلاب كان أسن من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشر سنين وعاش بعده عشرين سنة كان حمو النبي عليه الصلاة والسلام كان يحب الرياسة والذكر وله سورة كبيرة في خلفه ابن عمه عثمان توفي بالمدينة سنة 31 هـ. - ينظر: أحمد بن عثمان الذهبي - المرجع السابق - ج2-105.

⁴ - أخرجه البخاري - في صحيحه - كتاب النفقات - باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف - ح/ 5364-ج7-ص65.

بغير إذنه¹ لأنه لا يأمر بالاعتداء على أموال الناس، ومنها ما روي عن معاوية² القشيري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: ما تقول في نسائنا؟، فقال: "أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن".³

3-الإجماع:

لقد انعقد إجماع المسلمين على وجوب نفقة الزوجة على زوجها من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن لم يخالف فيها أحد، وبما أن الزوجة تكون بعقد الزواج محبوسة لأجل الزوج تقوم بشؤون البيت ورعاية الأولاد كان عليه أن ينفق عليها.⁴ يقول ابن المنذر⁵: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهم.⁶

¹ - ينظر محمد محي الدين عبد الحميد-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية-المكتبة العلمية، لبنان 2005م، ص 194,195. -ينظر: عمر فروخ-الأسرة في الفقه الإسلامي-بيروت-ط1-س (1370هـ، 1951م) ص 113.

² - معاوية بن حيدة بن معاوية بن قشير بن كعب بن ربيعة بن عامر من صعصعة القشيري، يكنى بأبي حكيم، غزا خرسان ومات بها، أسلم عندما وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم مع أصحابه، روى عنه الزهري، وحماد بن سلمة والثوري، إسناده صحيح. -ينظر: موسوعة الحديث /.../WWW.Sahara ra soolona.com/sahaby- 14:45-2018/04/26

³ - رواه أبو داود-المرجع السابق-كتاب النفقات - باب في حق المرأة على زوجها-ح(2144) - حديث صحيح-ص372.

⁴ -ينظر: مصطفى شلبي -المرجع السابق-ص439.

⁵ -محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، يكنى أبا بكر بن المنذر حدد الزركلي مولده (242هـ)، وإن كان معظم المصادر التي بين أيدينا لم تحدد تاريخ مولده وقد قال مؤرخ الإسلام الإمام الذهبي في حدود موت أحمد بن حنبل ولم يذكره الحاكم في تاريخ بغداد ولا في تاريخ دمشق، ينظر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: ت (319 هـ) -الإجماع -تح: محمد فؤاد عبد المنعم أحمد-د، المسلم-ط1-س(1425هـ، 2005 م)-ص7 ، 8.

⁶ - ينظر: ابن قدامة - المرجع السابق - ج 9-ص231.

4-المعقول:

لأنّ الزوجة محبوسة المنافع على زوجها وممنوعة التصرف لحقه في الاستمتاع بها، فوجب لها مؤنتها ونفقتها كما يلزم الإمام في بيت المال نفقات أهل النفير لاحتباس نفوسهم على الجهاد¹، ولأنّ النفقة تجب جزاء الاحتباس ومن كان محبوسا لحق شخص كان نفقته عليه كالوالي والعامل في الصدقات².

ثالثا: أسباب وجوب النفقة

اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وهل تجب بالعقد وحده أم بالعقد والتمكين والتسليم التام؟ على ثلاثة أقوال:

1-القول الأول:

تجب باستحقاق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح في عقد الزّواج الصحيح، وهذا هو مذهب جمهور الحنفية، وهو قول الشافعي³ في القديم⁴.

وقد استدلوا بما يلي:

قال بن عابدين⁵: فلا نفقة على مسلم في نكاح فاسد، لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح وكذلك في عدته⁶.

¹ -ينظر: أبي الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي (324هـ، 450هـ) -الحاوي الكبير-تح: محمود طرجي- د، الفكر بيروت- لبنان- د، ط-س (1414هـ، 1994م) -ج-15ص-524.

² ينظر: علاء الدين الكساني-المرجع السابق-ج-4ص-16. - ينظر: بن قدامة -المرجع السابق- ج-9-ص-230.

³ - الشافعي(150هـ/204هـ): هو محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع أحد أئمة المذاهب الأربعة جمع إلى علم الفقه والقراءات والأصول والحديث والشعر نشر مذهبه في الحجاز والعراق انتقل إلى مصر 199هـ وتوفي بها من مؤلفاته (الأم) في الفقه، (الرسالة) في أصول الفقه (أحكام القرآن) -ينظر: سير أعلام النبلاء - ج-5ص-421.

⁴ - ينظر: محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (631هـ، 632هـ) -منهاج الطالبين وعمدة المفتين -تح: محمد طاهر شعبان د، المنهاج - بيروت -لبنان-ط-1 -س (1429هـ/2005م)-ج-4-ص-74.

⁵ - تمت ترجمته-ص-114.

⁶ -ينظر: محمد أمين ابن عابدين-المرجع السابق-ج-2ص-644.

قال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُئْتِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيِّجَعُلَ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾

(الطلاق / 07). فقد أمر الله عز وجل بالإنفاق عليهن دون تقييد مؤقت، فهذا دليل على وجوب النفقة من حين العقد.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹. وبما أن حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لأنها ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائدا عليه.²

2- القول الثاني:

لا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا بالتمكين من نفسها بعد العقد الصحيح، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (المالكية والحنابلة وهو قول الشافعي في الجديد). قال صاحب الشرح الصغير: تجب النفقة الممكنة من نفسها مطيعة للوطء بلا مانع بعد أن دعت هي أو مجبرها للدخول ولو لم يكن عند حاكم بعد مضي زمن يتجهز فيه كل منهما عادة.³

قال ابن قدامة⁴: إن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليه فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن.

¹ -سبق تخريجه-ص116.

² ينظر: علاء الدين الكساني-المرجع السابق- ج 4-ص 16.

³ ينظر: سيد أحمد الدردير -المرجع السابق- ج 2-ص 508.

⁴ - ابن قدامة (597 , 672هـ): هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة أبو الفرج المقدسي الجماعي الأصل ثم الدمشقي الصالحي، لحنبلي، فقيه محدث أصولي، روي عنه محي الدين النووي وتقي الدين بن تيمية، ولي القضاء مدة تزيد على اثني عشرة سنة، من تصانيفه: (شرح المقنع)، (المغني في شرح مختصر الخرقي)، (روضة الناظر). -ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية-المرجع السابق-ج 1-ص333.

وأدلتهم على ذلك بما يلي:

"أنّ النبي صلى الله عليه وسلم عقد على عائشة¹ - رضي الله عنهما - وهي بنت ست سنين، ولم ينفق عليها إلّا بعد أن دخل بها"، فيدل ذلك على أنّ النفقة إنّما تجب بالتمكين لا بالعقد، إذ لو كانت حقا لها لما منعها إياها، ولو كان قد أنفق عليها لنقل إلينا، فهذا دليل على عدم الوجوب، ولأنّ العقد يوجب المهر، فلا يوجب عوضين مختلفين²، وبما أنّ النفقة مجهولة والعقد لا يوجب مالا مجهولا فدلّ هذا على أنّ النفقة لا تجب بالعقد وحده، ولأنّها تجب في مقابلة الاستمتاع في عقد نكاح صحيح، فإذا وجد التسليم وجب لها النفقة في مقابلته³.

3- القول الثالث:

وهو القديم عند الشافعية: أنّ النفقة تجب بالعقد وتستقر بالتمكين⁴.

رابعاً: شروط استحقاق الزوجة النفقة

هناك آثار في عقد الزواج لا تجب بمجرد العقد، بل هناك أمور لا تستحق إلّا إذا توفرت شروط معينة زيادة على العقد.

وقد اتفق جمهور الفقهاء عدا المالكية على شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ويمكن توضيحه فيما يلي:

1- شروط وجوب النفقة عند جمهور الفقهاء: فقد اشترط كل من -الحنفية- الشافعية- الحنابلة ما يلي:

¹ - سبقت ترجمتها ص 53.

² ينظر: بن قدامة المقدسي-المرجع السابق- ج 9- ص 230.

³ ينظر: وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-المرجع السابق- ج 7- ص 771.

⁴ ينظر: بن قدامة المقدسي-المرجع نفسه- ج 9- ص 231.

أ- أن يكون الزّواج صحيحاً: لأنّ سبب الوجوب هو الحبس الثابت للزوج، فإن كان الزواج فاسداً فلا نفقة للزوج، فيجب تصحيح العقد¹، أمّا إذا حكم القاضي للزوجة بالنفقة على زوجها على أساس أنّ عقد الزواج صحيح، ثمّ ظهر أنّه فاسد كان للزوج أن يرجع عليها بما حكم به القاضي عليه من نفقة عليها ووصلها ذلك منه، فإنّ أنفق برضا وبدون حكم الحاكم ثمّ ثبت فساد النكاح فلا يرجع بما أنفقه عليها في هذه الحالة.²

ب- أن تمكن المرأة نفسها لزوجها تمكيناً تاماً: وذلك بتسليم نفسها، أو بإظهار استعدادها له، بحيث لا تمتنع عند الطلب سواء دخل بها أو لم يدخل، حتى وإن أقاما زمناً، فالنّبي صلّى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنهما ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلّا بعد دخوله...³

2- شروط وجوب النّفقة عند المالكية: فقد اشترط المالكية شروطاً قبل الدخول وبعده.

أ- شروط وجوب النّفقة قبل الدخول:

- التمكين من الدخول: بأن تدعوا المرأة زوجها بعد العقد الى الدخول بها أو يدعوه وليها المجر، فإن لم تحصل الدعوة أو امتنعت من الدخول لغير عذر فلا نفقة لها.

- أن تكون الزوجة مطيقه للوطء، فإن كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للدخول بها فلا نفقة لها.

ب- أن يكون الزّوج بالغاً.⁴

¹ - ينظر: عبد القادر حرز الله-الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-د، الخلد ونية-الجزائر-ط1-س(2007م)-ص343.

² - ينظر: عبد الكريم زيدان-المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية-مؤسسة الرسالة-بيروت -ط3-س(1997م)- ج 7-ص156. ينظر: عبد الوهاب خلاف-أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية-د، القلم-الكويت-ط2-س(1410ه-1990م) -ص 104.

³ - ينظر: وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-المرجع السابق - ج 7-ص789.

⁴ - ينظر: عبد القادر حرز الله-المرجع نفسه -ص384.

ب- شروط وجوب النفقة بعد الدخول:

- أن يكون الزوج موسراً: وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه، فلو كان معسراً فلا نفقة عليه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾.

(البقرة/ 286).

- ألا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون مسوغ شرعي: فلو فوتت ذلك بالنشوز، وخرجت عن طاعة زوجها فلا نفقة لها.¹

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النفقة في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في حكم نفقة الزوجة عن المدة السابقة للتقاضي أو التراضي، على قولين:

- القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء-المالكية، والشافعية، والحنابلة-في أظهر الروايتين: إلى أن الزوجة تستحق النفقة من قبل فرضها، فلو طالبت بنفقة عن مدة ماضية وثبت عدم إنفاق الزوج عليها خلالها حكم لها²، وأن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة، والزوجة المطالبة بما أنفقت على نفسها لإثبات امتناع الزوج عن الإنفاق، حيث تصبح النفقة أثناء ذلك ديناً في ذمة الزوج؛ لأن نفقة الزوجة تعود بأثر رجعي من يوم الفرض، أو حكم القاضي إلى يوم توقف الزوج عن النفقة، ومن ثم جاز المطالبة بها قضاءً.³

¹ -ينظر: وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-المرجع السابق-ج 7-ص 778/783.

² -ينظر: محمود علي السرطاوي-المرجع السابق-ص 142.

³ -ينظر: عبد الحافظ يوسف علبان أبو حميدة-المرجع السابق-ص 142.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

- أن عمر بن الخطاب¹ "رضي الله عنهما": كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى، وأنّ النفقة عندهم دين قوي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ولأنّ النفقة مال يجب على سبيل البذل في عقد معاوضة، فلا تسقط بمضي الزمن، كالأجرة والمهر.²

- نفقة الزوجة تجب في حال اليسار والاعسار، فلا تسقط النفقة بمضي المدة قياس على أجرة العقار وسائر الديون.³

- القول الثاني:

ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في الرواية الثانية: إلى أنّ الزوجة تستحق النفقة من تاريخ الفرض، ولا تستحق الزوجة شيئاً منها قبل فرضها قضاءً أو رضا؛ فقد ذهب الحنفية إلى أنّ نفقة الزوجة لا تعود بأثر رجعي إلى يوم توقف الزوج عن النفقة، بل يكون الأداء من يوم فرضها قضاءً أو على مدة أقصاها شهر، لأنّ النفقة عندهم صلة لا تتأكد إلا بالفرض، وفي رواية عنده إذا كانت المدة التي مضت أقل من شهر فإنّها تستحق النفقة عنها لأنّها مدة قصيرة،⁴ وأنّ النفقة تسقط عن الزوج ولا تصبح ديناً في

¹ - عمر بن الخطاب (40 ق هـ/23هـ): هو عمر بن الخطاب بن نفيل أبو حفص الفاروق، صاحب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأمير المؤمنين وثاني الخلفاء الراشدين، كان النبي -صلى الله عليه وسلم- يدعو أن يعز الإسلام بأحد العمرين فاسلم هو وكان إسلامه قبل الهجرة بخمس سنوات، لازم النبي -صلى الله عليه وسلم- نشر الإسلام حتى قيل أنّه انتصب في عهده اثنا عشر ألف منبر، وضع التاريخ الهجري ودون الدواوين، قتله أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الصبح، ينظر: الزركلي-المرجع السابق-ج5-ص204.

² ينظر: جميل فخري محمد جانم-أثار عقد الزواج في الفقه والقانون-د، حامد -الأردن-عمان-ط1-س(2009 م)-ص258.

³ -ينظر: بن قدامة المقدسي -المرجع السابق-- ج7-ص578

⁴ ينظر: جميل فخري-المرجع السابق-ص259.

ذمتها، كأن أنفقت الزوجة على نفسها لامتتاع الزوج عن الانفاق، ففي هذه الحالة لا تكون النفقة ديناً عليه، ومن ثم لا يحق للزوجة المطالبة بها قضاءً.¹

وقد استدلووا بما يلي:

1-أنّ نفقة الزوجة ذات طبيعة مزدوجة فهي تحمل معنى الصلة من جهة، ومعنى العوض من جهة ثانية.

2-أنّ النفقة الماضية لا تجب إلاّ بالقضاء أو الرضا بأن صالحت الزوج على مقدار منها، لأنّ النفقة تجب يوماً بيوم، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم، كنفقة الأقارب، ولأنّها صلة فلا تملك إلاّ بالقبض، ولأنّ نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضي وقتها فتسقط.

3-إذا مات أحد الزوجين سقطت النفقة التي حكم القاضي بها عن المدة الماضية لأنّها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والجزية، هذا إذا لم يكن القاضي قد أمر بالاستدانة، فإذا كان قد أمرها بالاستدانة لم تسقط بموت أحدهما لأنّ لها شبه بالدين والديون لا تسقط بالموت.²

المطلب الثاني: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

تناولنا في هذا المطلب فرعين حيث تكلمنا في الفرع الأول عن ماهية النفقة في قانون الأسرة الجزائري، بينما تطرقنا في الفرع الثاني إلى تطبيق الأثر الرجعي في النفقة.

الفرع الأول: ماهية النفقة

يحتوي هذا الفرع على التعريف بالنفقة في قانون الأسرة الجزائري، وأنواعها في قانون الأسرة الجزائري، ودراستها من الناحية الإجرائية.

¹ ينظر: عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة -المرجع السابق- ص 142

² -ينظر: محمود علي السرطاوي-المرجع السابق-ص142.

أولاً: تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري لا يعرف النفقة على غرار قوانين الأحوال الشخصية العربية لكن نجد شراح هذا القانون تناولوها بالتعريف حيث عرّفها الأستاذ فضيل سعد¹ بأنها: "مجموعة الرسائل الضرورية لضمان حياة شخص وحفظ صحته وكرامته".²

تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".³ وعليه قانون الأسرة الجزائري لم يعرف النفقة فترك المهمة للفقه لأن هذا الأخير هو المختص أصلاً بوضع التعريفات لذا اكتفى القانون بتعداد أنواع النفقة من خلال المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر أعلاه، ولكن هذا التعداد على سبيل المثال.⁴

ومن خلال هذا يمكن أن نقول: أنّ النفقة هي الشيء الذي ينفقه الانسان على زوجته، وأولاده، وأقاربه، وتشمل الطعام والكسوة والسكن أو أجرته والعلاج وما يعتبر ضروري في الحياة.

ثانياً: أنواع النفقة في قانون الأسرة الجزائري

لقد اتفق الفقهاء، وكذلك ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، أنّ النفقة تشمل الغذاء والكسوة، فهي تتعلق بالمسائل المالية وترتبط أساساً بالواقع الاجتماعي، فعند كلامنا على هذه الأنواع يتبين لنا أنّ نفقة الزوجة ليست مقصورة على نفقة الطعام والكسوة

¹ - لم نجد ترجمته.

² ينظر: فضيل سعد-شرح قانون الأسرة الجزائري-المؤسسة الوطنية للكتاب -الجزائر-س (1986 م) -ج 1 ص 177.

³ -القانون رقم 84 - 11 - المرجع السابق-ص 11.

⁴ -ينظر: عيساوي سارة-مدور نبيل-النفقة في قانون الأسرة الجزائري - (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق) - إشراف :أ- مقننة مبروكة - قسم الحقوق الخاص -كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-س(2013م، 2014 م)- ص 7.

والمسكن، بل لها توابع أخرى التي هي محل خلاف بين الفقهاء من جهة وجوبها على الزوج كالعلاج وغيرها، فهل أخذ المشرع الجزائري بها أم أنه أخذ بعين الاعتبار التطورات، ومراعاة ظروف المكان والزمان والأعراف.¹ وللإجابة على هذا يمكن القول:

أنّ المشرع الجزائري قد تعرض إلى مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على: "تشمل نفقة الزوجة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"،² والتفصيل فيها كالآتي:

1- نفقة الغذاء والكسوة والعلاج:

لقد أورد المشرع الجزائري هذه النفقات لأنها تعتبر من الضروريات حيث أدرجها في القائمة الأولى التي تشمل النفقة، فعلى الزوج أن يوفرها لزوجته بقدر وسعه وبحسب ما هو متعارف لدى المجتمع، وبهذا فقد أحسن المشرع وسائر متطلبات الحياة في العصر الحالي عند إضافته لنفقة العلاج، لأنّ هذا الأخير أصبح ضرورة من ضرورة الطعام والشراب، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة في "10 / 02 / 1982م" ملف رقم 39394، والذي قضى بأنّ نفقة علاج الزوجة واجبة على الزوج كغيره من النفقات الضرورية الأخرى، ويتوقف ذلك على حدود طاقة الزوج، وعليه فإنّ المشرع الجزائري قد أحسن عندما أوجب نفقة الدواء على الزوج، حيث لا يمكن التفريق بين الطعام والعلاج لأنهما شيئان متلازمان..

¹ ينظر: نويوة بلال-أحكام النفقة في التشريع الإسلامي (رسالة لنيل شهادة الماستر في الحقوق الأسرة) - إشراف: د-طيار السعيد-قسم الحقوق-كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة محمد خيضر- بسكرة - س(2014م، 2015م) -ص41 .

² - القانون رقم 84 -المرجع السابق -ص14.

2- نفقة السكن وأجرته:

اعتبر المشرع الجزائري المسكن من مشتملات نفقة الزوجة فيجب على الزوج أن يوفره لها وفق شروط حيث استقرت المحكمة العليا في القرار الصادر: 10/15/2010 م، رقم (544808) أن السكن وأجرته يعدان وفق المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

3- ما يعتبر ضروري من ضروريات العرف والعادة:

فالمشرع قد أحسن صنعا عندما حكم الشرع والعرف ببيان الأمور الضرورية في النفقة في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية، مع مراعاة حدود استطاعة الزوج بلا اسراف ولا تقتير.¹

وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري عند تعداده لعناصر نفقة الزوجة في هذه المادة إنما أوردها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فلم يحدد مشتملات النفقة تحديدا جامعا، وإنما فسح المجال لتشمل النفقة كل ما يقضي به الشرع والعرف، فهو من الضروري شريطة أن تتناسب الوضعية المالية لنفقة الزوجة التي أخضعها المشرع للسلطة التقديرية للقاضي لأن عادات الناس تختلف من زمن لآخر، ومن بلد لآخر.²

ثالثا: دراسة النفقة من الناحية الإجرائية:

1- سلطة القاضي في تقدير النفقة: من الأمور التي يمكن مراعاتها في تقدير النفقة كل دخل ملزم، وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط التي تفرض فيه النفقة، وكذلك ما اعتمدت عليه المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحجمهما مراعية أحكام المادتين 189- 85 ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك، وتعيين البحث في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهرا

¹ - ينظر: بلحاج العربي-المرجع السابق -ص 346.

² - ينظر: نفسه-ص 346.

واحداً، حيث نجد أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية هي تحديد مبلغ النفقة وفق معايير أوجبها المشرع يجب الأخذ بها، وكذا ما أكدته المجلس الأعلى الصادر في 16/ 01/ 1989م، الذي قضى بموجبه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن تقدير النفقة يكون على حسب وسع الزوج، إلا إذا تبين نشوز الزوجة"، ومن المقرر أيضاً أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من تاريخ صدور الحكم.¹

2- **استيفاء النفقة:** بعد استقراء أحكام النفقة الواردة في قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري، لم يذكر بصريح العبارة على طرق الحصول على النفقة وهذه الطرق معروفة لدى الفقهاء:

أ- **طريقة التمكين:** أي: تمكين الزوجة واعداد ما طلبه المشرع لها في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، من غذاء وكسوة ومسكن، حتى يقوم بواجب اتجاهها، ويعتبر قد أدى لها حقها، فهي العلاقة الحقيقية للزوجين القائمة على المحبة والثقة والوفاء.²

ب- **طريقة التملك:** هذه الطريقة خلاف الأصل في استيفاء النفقة، حيث يكون حال الاختلاف مع الزوج، أي عندما لا يقوم الزوج بتوفير ما يلزمها من نفقة فعندئذ تقوم الزوجة بطلب حق فرض النفقة لها، فإن لم يجبها الزوج فعليها رفع الأمر إلى القاضي ليقرر نفقتها، فللزوجة الحق أن تملك النفقة وتتصرف فيها، وتكون النفقة المفروضة على الزوج لزوجته بالتراضي أو بقضاء القاضي.³

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النفقة في قانون الأسرة الجزائري

يضم هذا الفرع على عنصرين: حيث يحتوي العنصر الأول على موقف القانون الجزائري عند امتناع الزوج عن تسديد النفقة، أما العنصر الثاني فيحتوي على موقف القانون الجزائري من تاريخ استحقاق النفقة، وهذا ما سنقوم بتوضيحه كالاتي:

¹ - ينظر: حفصيه دونه- أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري - (رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية)-إشراف: د- المكي الدراجي- قسم الحقوق- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حمه لخضر- الوادي-س(2014م، 2015م)- ص149.

² ينظر: جميل فخري-المرجع السابق-ص247.

³ -ينظر: عيساوي سارة -المرجع السابق-ص31.

أولاً: موقف القانون الجزائري عند امتناع التسديد

اتفق الفقهاء على أنّ النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا إسراف ولا تقتير في الحدود المعروفة ومع مراعاة طاقة الزوج، وذلك وفق المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، وعليه فإن تقدير النفقة من خلال نص المادة، فإنه يخضع للسلطة التقديرية اعتباراً من يوم الطلب وفق المادة 80¹: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

فالمشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب عن الامتناع عن تسديد النفقة الواجبة للزوجة عند صدور الحكم إلا في المادة 331 من قانون العقوبات، وأيضاً في المادة 53 التي تعطي الحق للزوجة في طلب التطبيق بسبب عدم الإنفاق، وعليه فإنّ أول أثر مترتب عن عدم تسديد النفقة المحكوم بها قضائياً يستوجب العقاب وفق المادة 331 من قانون العقوبات والتي تنص على: "كل من امتنع عمداً لمدة تجاوزت الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليه يعاقب بالحبس والغرامة".

ومتى ثبت صدور الأمر القضائي الاستعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة، وعليه فإنّ الجزاء المترتب عن عدم الإنفاق يتمثل في الجانب الجزائي الذي يعتبر من النظام العام من ناحية، ومن ناحية أخرى الجانب الشخصي الذي يعتبر حق مكتسب للمرأة وفق المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري².

¹ - ينظر: القانون رقم 84 - 11 - المرجع السابق - ص 14.

² - ينظر: محفوظ بن الصغير - أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي والقانون الجزائري - المرجع السابق - ص 460/456.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من تاريخ استحقاق النفقة:

نصت المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري أنه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، وعليه فإنّ تاريخ استحقاق النفقة ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى، وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالنفقة لما قبل رفع الدعوى، ولا بعد صدور الحكم، إلّا في الحالة التي يتضمن فيها حكم القضاء بالطلاق، و استناد حق الحضانة للمطلقة، حيث يجوز الحكم في مثل هذه الحال بنفقة مستقبلية للأولاد، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة أو للأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجراءات المرافعة التي تفصل فيها نهائيا، مع الفصل في موضوع النزاع، وقد أجاز القانون استثناء أن يقدرها القاضي لمدة سابقة عن رفع الدعوى لكي تمنح الفرصة لزوجها لمراجعة نفسه، غير أنّ المشرع منع على القاضي أن يحكم بالنفقة بمدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى، وأن لا يراجع حكمه قبل مرور سنة على الحكم؛ مما يعني أنّ الحكم بالنفقة يسري بأثر رجعي على أن لا تتجاوز المدة سنة، ولكن الحكم فيما قبل الدعوة بسنة يحتاج إلى دليل من المرأة بأن تثبت امتناع الزوج من الإنفاق خلال هذه المدة كلّها؛ حيث لا يسري الحكم بالنفقة على الزوجة بأثر رجعي وإن سري الحكم بأثر رجعي على المدة التي توقف الزوج على الإنفاق فلا يسري إلّا في مدة أقصاها عام، فإن انعدمت البيّنة تعذر القول والإشهاد بادعاء الزوجة لذلك.¹

المطلب الثالث: الموازنة في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لقد أولى المشرع الجزائري النفقة اهتماما كبيرا، فالدراس لقانون الأسرة الجزائري يجد أنّ المشرع الجزائري قد وضع عدة نصوص تنص عليها وقوانين، فالمشرع الجزائري وإن لم يعرف النفقة غير أننا نجد أنّ شراح القانون قد عرفوها حيث قالوا:

¹ - ينظر: بلحاج العربي-المرجع السابق-ص176.

"مجموع الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته"¹، فالناظر المتدبر إلى هذا التعريف يجد أن مضمونه لا يخرج عن مقاصد الشرع، بل هو متتبع للمقاصد الشرع، ولقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في كون النفقة تفرض لذوي القربى وللزوجة، كما وقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه في وجوب النفقة على الزوجة وتكون على حسب قدرة الزوج فنجد نص في المادة 79 على أن: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"² وهو ما يتفق فيه مع أحكام الشرع حيث اتفق الفقهاء على وجوب النفقة على حسب حال الزوج لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ (الطلاق/ 07).

وقد جعل الفقه الإسلامي النفقة على الزوجة بأن يكفيها من مؤونة وكسوة وسكنى بينما أضاف المشرع الجزائري نفقة العلاج وكل ما يعتبر ضروريا من ضروريات العرف والعادة، وهذا وفق المادة 78 التي تنص على أنه: "تشمل نفقة الزوجة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"³ وقد خالف القانون الجزائري جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في أظهر الروايتين في كون الزوجة تستحق النفقة من قبل فرضها إذا ثبت عدم إنفاق الزوج عليها وتعود بأثر رجعي إلى يوم توقف الزوج عن النفقة، حيث جعل المشرع النفقة تؤتى من يوم فرض القاضي لها بأثر مباشر أو على مدة أقصاها عام قبل الفرض بأثر رجعي و من هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري حذا حذو الحنفية.

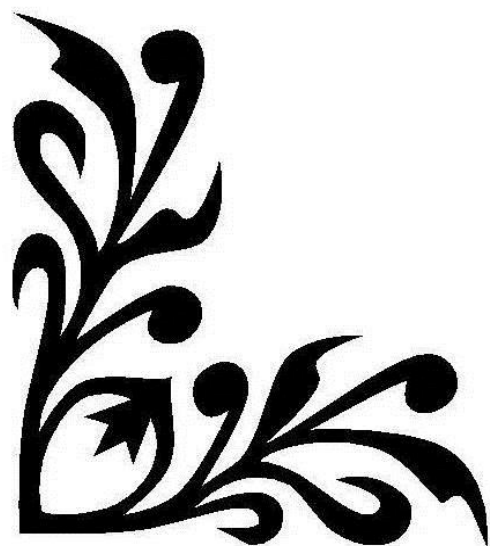
¹ - فضيل سعد - المرجع السابق - ص 177.

² - قانون 11-84 - المرجع السابق - ص 14.

³ - نفسه ص 14.



خاتمة



الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

- 1- مصطلح الأثر الرجعي مصطلح قانوني مستجد إلاّ مضمونه موجود منذ القدم عند الفقهاء بألفاظ أخرى.
- 2- تطبيق الأثر الرجعي في القانون في ميدان التشريع منتقد من طرف القانونيين وغير معتبر وإن تخللته استثناءات في بعض الحالات التي تجعله مقبولا
- 3- تضمنت النصوص القرآنية بعض الأحكام التي تسري بأثر رجعي عن الوقائع السابقة كتحریم الجمع بين الأختين الذي يسري بأثر رجعي.
- 4- تعد الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وعد غير ملزم، إلاّ أنّه تلحقها أحكام في التعويض عن الضرر المترتب عن الفسخ الذي يسري بأثر رجعي إلى فترة الخطبة قبل الفسخ وهذا ما أخذ به القانون الجزائري بينما اختلف فيه الفقهاء.
- 5- للخطاب حق استرداد مهره بعد الفسخ ويسترده بذاته إن كان قائما أو قيمته إن كان هالكا بعينه.
- 6- اختلف الفقهاء في استرداد الهدية المهداة أثناء الخطبة من طرف المهدي بعد الفسخ، إلاّ أنّ المشرع الجزائري قد أخذ برأيي المالكية بالنظر للعادل منهما واسترداد الهدية بأثر رجعي عن إلى فترة قبل الفسخ من الطرف الآخر المعدول عنه.
- 7- يفسخ كل نكاح كان قبل الدخول إذا ثبت رضاع الزوجين، ويسري فسخ النكاح بعد الدخول بأثر رجعي حتى وإن نتج عن هذا النكاح أولاد.
- 8- اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في الأسباب المنشئة للنسب، كما اتفق معهم أيضا في طرق اثبات النسب المشروعة وهي الزواج والإقرار والبينة، إلاّ أنّ المشرع الجزائري خالف الفقه الإسلامي في اثبات نسب بالطرق الحديثة فقد أجازها المشرع فيما يمنعها الشرع إن كان الطلب من الزوج، والراجح عدم الجواز أيضا إن كان الطلب من الزوجة.

9-للزّوج حق نفي الأولاد السابقين بأثر الرجعي إن تأكد عقمه بالطرق الحديثة التي لا تقبل الشك.

13-اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي على وجوب النفقة على الزّوجة وبأنّها تكون حسب حال الزّوج، إلّا أنّ المشرع الجزائري في زاد النفقة على الزّوجة نفقة العلاج وما يعتبر ضروري من ضروريات العرف.

14-ذهب الجمهور إلّا أنّ الزّوجة تستحق النفقة وتسري بأثر رجعي إلى يوم توقف الزوج عن النفقة، إذا ثبت امتناع الزوج عن النفقة، وهذا ما خالفهم فيه المشرع الجزائري بالقول بأنّ النفقة توفى من يوم الفرض بأثر مباشر، أو تسري بأثر رجعي على مدة أقصاها عام.

15-سير المشرع الجزائري منحى الفقه الإسلامي في الأحكام الناتجة عن الطلاق من أحكام عدة وغيرها.

16-الغموض الذي تركه المشرع الجزائري في حكم القاضي بالطلاق، هل يكون منشأ أو كاشفا جعل أحكام القضاء قاصرة، ذلك أنّه قد ينتج عن حكم القاضي خروج بالجملة عن أحكام الفقه الإسلامي في الطلاق إذا ما اعتبر حكم القاضي منشأ ولا يسري بأثر رجعي ليوم تلفظ الزّوج بالطلاق مما يترتب عليه من المفساد ما لا ينكر.

التوصيات:

1-تدعيم وتعزيز الدراسات في الجانب القانوني لاستلهاام روح الشريعة، لأجل الفهم الحسن لنصوص قانون الأسرة مادامت نصوصها مستوحاة من فقه الشريعة الإسلامية.

2-انشاء مراكز للبحوث القانونية والقضائية تهتم بالتشريع المتعلق بالأسرة نظرا لدورها المؤثر في تدعيم الخلايا الاجتماعية.

3-تعديل بعض المواد القانونية بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي خاصة في جانب الأحوال الشخصية.

4-تخصيص دراسات أخرى في الأثر الرجعي في باقي المجالات حيث يعتبر موضوع مهم في الحياة ولا يحتوي على دراسات كافية.
وفي الأخير نحمد الله أن وفقنا لإتمام هذا البحث، وأن يجعله وخالصا لوجهه الكريم.
وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد



الفهارس العامة

فهرس الآيات.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام.

فهرس المصطلحات

فهرس المصادر والمراجع.

فهرس الموضوعات.



فهرس الآيات:

الرقم	طرفا الآية	رقم الآية	اسم السورة	الصفحة
1	﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّنَعْدُوهُنَّ﴾	231	البقرة	60
2	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾	228	البقرة	95
3	﴿إِذَا طَلَّقُ مَرَّتَيْنِ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ﴾	229	البقرة	97
4	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾	230	البقرة	101
5	﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	233	البقرة	115
6	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ﴾	235	البقرة	35
7	﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾	275	البقرة	29
8	﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ﴾	282	البقرة	62
9	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا﴾	286	البقرة	122
10	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبَى فَاذْكُرُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَثَلَاثَ وَرُبْعٍ﴾	3	النساء	26
11	﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾	22	النساء	28
12	﴿وَأَمْهَتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾	23	النساء	27
13	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ﴾	135	النساء	62

			عَلَىٰ	
79	النور	04	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً	14
72	القيامة	26	وَمِنْ- آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ	15
75	لقمان	14	وَفَصَّلَهُ، فِي عَامَيْنِ	16
75	الأحقاف	14	وَحَمَلَهُ، وَفَصَّلَهُ،	17
92	الطلاق	01	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ	18
115	الطلاق	06	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارِزُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ	19
131	الطلاق	07	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِيٍّ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا	20
أ	الروم	37	الْمَالِكِ نُطْفَةٍ مِنْ مَّنِي تُمْبِي	21

فهرس الأحاديث:

الرقم	أطراف الحديث	الراوي الأعلى	المصنف	الصفحة
01	"اختر منهن أربعاً"	عمر بن الخطاب 'رضي الله عنهما'	سنن ابن ماجه	26
02	خذ منهن أربعاً	قيس بن الحارث	سنن ابن ماجه	27
03	"طلق أيّهما شئت"	الضحاك الديلمي	سنن ابن ماجه	27
04	"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"	ابن عمر 'رضي الله عنهما'	صحيح مسلم	35
05	"عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين..."	بن نجيح العرباض بن سارية	سنن الترمذي	36
06	"يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب"	عائشة 'رضي الله عنها'	الموطأ	53
07	"لو أنّها لم تكن ربييتي في حجري..."	أم حبيبة 'رضي الله عنها'	سنن أبي داود	54
08	"لا رضاع إلاّ ما أنشز العظم وأنبت اللحم"	عبد الله بن مسعود 'رضي الله عنه'	سنن أبي داود	56
09	"يا عائشة انظرن من إخوانكنّ من الرضاعة..."	عائشة 'رضي الله عنها'	سنن أبي داود	56

10	"لا ءءرم المصة والمصءان"	عائشة 'رضى الله عنها'	سنن أبى داود	58
11	"وأعد يا أنس إلى امرأة هذا..."	أبى هريرة	سنن الترمذى	62
12	"الولد للفراش وللعاهر الحجر"	عائشة	البءارى	72
13	" امره فليراجعها ثم لىمسكه...."	عمر بن الخطاب	صءىء مسلم	93
14	"ءلاث جدهن جد..."	عمر بن الخطاب	سنن أبى داود	93
15	"أطعموهنّ مما ءأكلون وأكسوهنّ مما ءكءسون..."	معاوية القشبرى	سنن أبى داود	11
16	"فأءقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهنّ ..."	جابر بن عبد الله' رضى الله عنه'	صءىء مسلم	116
	"ءذى من مال أبى سفىان ما ..."	عائشة 'رضى الله عنها'	صءىء مسلم	116

فهرس الأعلام

الرقم	اسم العلم	الصفحة
01	ابن المنذر	117
02	ابن عابدين	114
03	ابن عرفة	113
04	ابن قدامة	119
05	ابن نجيم	14
06	أبو حنيفة	07
07	أبي سفيان	116
08	أحمد سلامة	09
09	أم حبيبة	54
10	البجيرى	36
11	بكر أبو زيد	06
12	بن عمر	93
13	الخطابي	05
14	الراغب الأصفهاني	63
15	الرّملى	36
16	سيسرون	23
17	السيوطى	16
18	الشافعى	118
19	عائشة	34
20	عبد الرحمان الجزيرى	113
22	عبد الله بن مسعود	93
23	عمر بن الخطاب	123

76	القرافي	24
59	القرطبي	25
58	الكاساني	26
76	الليث بن سعد	27
09	محمد أبو زهرة	28
43	محمد بخيت المطيعي	29
08	محمد قدرى باشا	30
44	محمد مصطفى شلبي	31
43	محمود شلتوت	32
117	معاوية القشيري	33
116	هند بنت عتبة	34



قائمة المصادر

والمراجع



قائمة المصادر والمراجع:

1. ابتسام محاتفي-الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (مذكرة ماستر الأكاديمي) - (إشراف: د-نجية رحمانى- قسم الحقوق- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد بوضياف- المسيلة-2016م, 2017م)
2. أبو القاسم علي بن الحسن هبة الله (ت57هـ) -تاريخ دمشق-(تحقيق: عمرو بن غورامة العمروي- دار الفكر- بيروت (لبنان)-د/ط-1415هـ, 1995م).
3. أبوبركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير-الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك-تحقيق: مصطفى كمال وصفي-دار المعارف-القاهرة-د/ط-د/س).
4. أبوبكر جابر الجزائري-أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير-(مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة-ط03-1997م).
5. أحمد بن عبد العزيز بن علي الفارس-الحبائك في أخبار الملائك (مذكرة ماجستير في الحديث و علومه)-(إشراف: أحمد بن نافع المورعي-قسم الكتاب والسنة-كلية الدعوة وأصول الدين-جامعة أم القرى-القاهرة-1429هـ).
6. أحمد بن فارس بن زكريا(ت395هـ) -معجم مقاييس اللغة - (تحقيق: عبد السلام محمد هارون-دار الفكر-د/ب-د/ط-د/س).
7. أحمد بن محمد الفيومي المقرئ-المصباح المنير-(دار العلم-بيروت-د/ط-د/س).
8. بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي(ت458هـ) -السنن الكبرى-(تحقيق: محمد عبد القادر عطا-دار الكتب العلمية-بيروت(لبنان)-ط3-1424هـ, 2003م).
9. بكر بن عبد الله أبو زيد-الحدود والتعزيرات عند ابن القيم - (دار العاصمة - الرياض (المملكة العربية السعودية)-ط2-1415هـ).

10. بلال فتّيش-تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج (مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية-إشراف: أحمد الزايري-قسم الحقوق-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد بوضياف-المسيلة-2016م, 2017م).
11. بلحاج العربي-أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا-(دار الثقافة-الجزائر-ط1-2012م).
12. بلقاسم شتوان-الخطبة والزواج في الفقه المالكي-(دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري-دار الفجر-د/ط-د/س).
13. بلقاسم شتوان-مقياس فقه الأسرة, الخطبة والزواج والطلاق في الفقه المالكي (الطبعة-LMDجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-كلية أصول الدين والشريعة والقانون-2013م, 2014م).
14. تقي الدين بن تيمية-أحكام الزواج- (دار الكتب العلمية-بيروت(لبنان)-ط1-1988م).
15. جميل فخري محمد جانم-أثار عقد الزواج في الفقه والقانون-(دار حامد-الأردن(عمان)-ط1-2009م).
16. الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه(607هـ, 675هـ) -سنن ابن ماجه -(تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي-دار الأحياء الكتب العربية-د/ط-د/س).
17. الحافظ بن عيسى محمد بن عيسى سورة الترمذي(209هـ, 279هـ)-الجامع الكبير-سنن بن ماجه-(تحقيق: بشار عواد معروف-دار المغرب الإسلامي-بيروت-ط1-1996م-ط2-1998م).
18. الحبيب بن طاهر-الفقه المالكي وأدلته -(مؤسسة المعارف- بيروت (لبنان)-ط2-1426هـ, 2005م).

19. الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي (324هـ، 450هـ) - الحاوي الكبير - (تحقيق: محمود حطرجي - دار الفكر - بيروت (لبنان) - 1424هـ، 1994م).
20. حفصية دونه - أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري - (مذكرة ماستر في العلوم القانونية والإدارية - إشراف: مكي دراجي - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة حمه لخض - الوادي - 2014م، 2015م).
21. حفيظة عياشي - محاضرات في المدخل للعلوم القانونية - (النظرية العامة للقانون - مطبوعة للسنة الأولى - قسم العلوم السياسية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيد - د/ط - د/س).
22. حياة خطاب - الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الإسلامي (مذكرة ماستر في الحقوق - تخصص: الأحوال الشخصية) - (إشراف: أ - جميلة مدور - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة - 2014م، 2015م).
23. خرصي صورية - الخطبة وأثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري - (مذكرة ماستر الأحوال الشخصية - إشراف: لشهب حورية - قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر - بسكرة - 2014م، 2015م).
24. خليفة بشابة - فتاوى الشيخ القرضاوي للنساء - الطهارة، الصلاة، الصيام، الزواج، الملبس، الزينة - (دار المجدد - قسنطينة - 2009م).
25. خير الدين محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي (1396هـ) - الأعلام قاموس التراجم بأشهر الرجال والنساء من العرب المستعربين و المستشرقين - (دار العلم للملايين - بيروت (لبنان) - 2002م).
26. رايح بركات - ازدواجية الطلاق وأثره على احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري (مذكرة ماستر - الأحوال الشخصية) - (إشراف: ميلود سرير - قسم الحقوق -

- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الجيلالي بونعامة- خميس مليانة- 2014م، 2015م).
27. رشيد برادة-مصطلح الأحوال الشخصية في تنازع القوانين دراسة في المفهوم والتطور التاريخي (مذكرة ماستر أحكام الأسرة في الفقه والقانون-الفصل الثاني-إشراف: أحمد أد الفقيه-جامعة القرويين-كلية الشريعة-أكادير-د/ط-د/س).
28. الرشيد بن شويخ -شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-دار الخلدونية-5شارع محمد مسعودي القبة-الجزائر-ط1-1429ه، 2008م).
29. زيدان خالد المفرجي-الحق المكتسب في القانون الإداري-د/ب-د/ط-د/س).
30. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم(ت970ه) -الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة - (دار الكتب العلمية-بيروت(لبنان)-ط1-1419ه، 1999م).
31. سليمان النحوي -التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن (مذكرة دكتورا في القانون الجنائي والعلوم الجنائية) - (إشراف: فركوس دليلة-كلية الحقوق-جامعة الجزائر1-2010م، 2011م).
32. سمير تناغو-النظرية العامة للقانون-منشأة المعارف-كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية-د/ط-د/س).
33. سميرة عبد المعطي-محمد ياسين-أحكام العدة في الفقه الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة (مذكرة الماجستير في الفقه المقارن) - (إشراف: د-ماهر أحمد السوسي- قسم الفقه المقارن-كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية- غزة-1428ه، 2007م).
34. سولاف بومجان-إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء-د/ط-د/س).

35. شلابي خير الدين-أحكام العدة وأثرها على الحقوق المالية والمعنوية للزوجة (مذكرة ماستر في الحقوق-تخصص: قانون جنائي)- (إشراف: بوسطلة شهرزاد- قسم الحقوق- كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد خيضر-بسكرة- 2015م, 2016م).
36. شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- (دار الفكر-بيروت(لبنان)-د/ط-د/س).
37. شمس الدين محمد بن أحمد بن سالم السقاريني النابلسي الحنبلي(1414هـ, 1488هـ) - كشف اللثام شرح عمدة الأحكام-(تحقيق: نور الدين طالب-دار النوادر- بيروت(لبنان)-ط1-1428هـ, 2007م- المجلد السادس).
38. شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي(748هـ, 1374م) -سير أعلام النبلاء-تحقيق: شعيب الأرناؤوط-بيروت(لبنان)-ط1-1401هـ, 1981م-ط2-1402هـ, 1982م).
39. الشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني(997هـ) -مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج-(دار الفكر-بيروت-د/ط-د/س).
40. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان-الملخص الفقهي-(دار رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء-الرياض(مملكة العربية السعودية)-ط1-1423هـ).
41. عادل يوسف العزازي-تمام المنة في فقه الكتاب وصحيح السنة- كتاب النكاح- (مؤسسة قرطبة-ط1-1424هـ, 2004م).
42. عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة-الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية (رسالة الدكتوراء في القضاء الشرعي) -إشراف: محمد حسن أبو يحيى-كلية الدراسات العليا-الجامعة الأردنية-2005م).

43. عبد الرحمان الجزيري-مذاهب الفقه على المذاهب الأربعة -(دار المنار- القاهرة(مصر)-ط1-1999م).
44. عبد القادر حرز الله-الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري- (دار الخلدونية-الجزائر-ط1-2007م).
45. عبد القادر عودة-التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي-(دار الكتاب العربي-بيروت-د/ط-د/س).
46. عبد القادر مدقن-شرح وجيز قانون الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي-(المطبعة العربية-نهج الطالبين أحمد -غرداية-د/ط-د/س).
47. عبد الكريم زيدان-المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية- (مؤسسة الرسالة-بيروت-ط3-1997م).
48. عبد الله بن شيخ بن عبد الله العيدروسي اليمني الهندي(978ه،1038م) -النور السافر عن أخبار القرن العاشر- (تحقيق: أحمد صالو-محمود الأرناؤوط-أكرم البوستي-دار صادر-بيروت(لبنان)-ط1-2001م).
49. عبد الوهاب خلاف-أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية-(دار القلم- الكويت-ط2-1410ه،1990م).
50. عثمان محمد الأمين-إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري (مذكرة ماستر في الحقوق-تخصص: الأحوال الشخصية) - (إشراف: بنشوري الصالح-قسم الحقوق-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد خيضر-بسكرة-2014م،2015م).
51. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني(751ه)-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-(دار الكتب العلمية-بيروت(لبنان)-ط2-1406ه،1992م).

52. علال برزوق أمال- أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي-دراسة مقارنة (مذكرة دكتوراء في القانون الخاص)-(إشراف: نشوار جيلالي-قسم القانون الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-2014م, 2015م).
53. عليّ محمد السيّد الشريف الجرجاني(816هـ, 1413هـ)-قاموس المصطلحات وتعريفات علم أصول الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة-(تحقيق: محمد صديق المنشاوي-دار الفضيلة-القاهرة-د/ط-د/س).
54. عمر فروخ-الأسرة في الفقه الإسلامي-(د/د-بيروت-ط1-1951م).
55. -عمرو طه بدوي محمد-نظرية القانون ومدخل لدراسة القانون-(د/د-د/ط-د/س).
56. عيساوي سارة-مدور نبيل-النفقة في قانون الأسرة الجزائري(مذكرة ماستر في الحقوق)-(إشراف: مقنّانة مبروكة-قسم الحقوق الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-2013م, 2014م).
57. فاروق عبد الله كريم- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي-(طبع جامعة السليمانية-د/ط-2004م).
58. فاسي عبد الله-الرضاع وآثره على حرمة النكاح-(جامعة طاهري محمد بشار-العدد الخامس عشر 1 جوان 2016م).
59. فضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري-لسان العرب-(دار الصادر-بيروت-د/ط-المجلد 4).
60. فضيل سعد-شرح قانون الأسرة الجزائري-(المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر-1992م).

61. فوزية بوجاجي-غنية غوناي-الأحكام القانونية لانعقاد الزواج (مذكرة ماستر الأحوال الشخصية)-(إشراف: فيساح جلول-قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة الجيلالي بونعامة-خميس مليانة-2015م, 2016م) .
62. قانون الأحوال الشخصية 1959م-رقم 188 وتعديلاته.
63. قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العربية.
64. كبان سميرة-مومن الحاج-الطلاق التعسفي في القانون الجزائري (مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية) -(إشراف: د- الرشيد بن شويخ- قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة-2014م, 2015م).
65. كلثوم بو عبد الله -بن عيشة دلال-فقه الأحوال الشخصية عند أم المؤمنين عائشة 'رضي الله عنها'- (مذكرة ماستر فقه وأصول-إشراف: شتيح بن يوسف-قسم العلوم الإسلامية-جامعة عمار تليجي-الأغواط-1438هـ, 2017م).
66. لينة بن دادة-إثبات النسب بالوسائل العلمية (مذكرة ماستر في الحقوق-قانون الأسرة)-(إشراف: عتيقة بلجيل-قسم الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد خيضر بسكرة-2014م, 2015م).
67. محفوظ بن الصغير-أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بال أمر 05-02-(دار الوعي - المسيلة-ط2-1436هـ, 2015م).
68. محفوظ بن صغير-الاجتهاد الفقهي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري (شهادة دكتوراء العلوم والعلوم الإسلامية-تخصص: فقه وأصول) - (إشراف: د-عبد الكريم حامدي-قسم الشريعة-كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية- جامعة الحاج لخضر-باتنة-2008م, 2009م).

69. محمد أبو زهرة-محاضرات في عقد الزواج وآثاره - (دار الفكر العربي-د/ط-د/س).
70. محمد أبي بكر عبد القادر الرازي-مختار الصحاح-(مكتبة لبنان-بيروت-د/ط-1986م).
71. محمد أمين بن عابدين-رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار(حاشية بن عابدين)-(تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض-دار عالم الكتب-الرياض-د/ط-1423هـ,2003م).
72. محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري(ت319هـ)-الإجماع- (تحقيق: محمد فؤاد عبد المنعم أحمد-دار المسلم-ط1-1425هـ,2005م).
73. محمد بن أحمد بن حنبل(124هـ,641هـ)-مسند الإمام أحمد بن حنبل-(تحقيق: شعيب الأرناؤوط-مؤسسة الرسالة-بيروت(لبنان)-ط1-1423هـ).
74. محمد بن أحمد بن عبد الرزاق المرتضي الزبيدي-تاج العروس من جواهر القاموس- (طبعة الكويت-ط2-د/س).
75. محمد بن إسماعيل البخاري(194هـ,556م)- صحيح البخاري- (تحقيق: مصطفى ديب البغا-دار بن كثير-بيروت-ط3-1407هـ,1997م).
76. محمد بن رشد(الحفيد)-بداية المجتهد ونهاية المقتصد- (مكتبة الكلية-الأزهر-مصر-د/ط-1982م).
77. محمد بن علي بن حمد الشوكاني(1173هـ,1250هـ)- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار- (تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد-دار بن القيم-الرياض-ط1-1426هـ,2005م).
78. محمد خير بن رمضان بن إسماعيل يوسف-تكملة معجم المؤلفين وفيات- (دار بن حزم-بيروت(لبنان)-ط1-1418هـ,1997م).

79. محمد رواس قلعه جي-حامد صادق القنبيبي- معجم لغة الفقهاء-(دار النفائس- بيروت(لبنان)-ط1-1405هـ,1985م).
80. محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني(310هـ,326هـ) - النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات-(تحقيق: محمد عند العزيز الدبّاح-دار المغرب الإسلامي- بيروت-ط1-1999م).
81. محمد عبد المجيد إبراهيم الأشقر-أحكام النية في مسائل الأحوال الشخصية (مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي-كلية الدراسات العليا-جامعة الخليل-1426هـ,2005م).
82. محمد محي الدين عبد الحميد-الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية-(المكتبة العلية-لبنان-د/ط-2005م).
83. محمد مصطفى شلبي-أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون-(دار النهضة العربية-بيروت-ط4-1983م).
84. محمود عبد الرحمان عبد المنعم- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية- (دار الفضيلة- القاهرة-د/ط-د/س).
85. محمود علي السرطاوي-شرح قانون الأحوال الشخصية- (دار الفكر- عمان(الأردن)-ط3-1431هـ,2010م).
86. محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي(631هـ)- منهاج الطالبين وعمدة المفتين-(تحقيق: محمد طاهر شعبان- دار المنهاج- بيروت(لبنان)-ط1-1426هـ,2005م).
87. مراد بن صغير-حجية البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب (دراسة تحليلية مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية الجزائري مع الفقه الإسلامي)-(جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-د/س).

88. -مسلم بن الحجاج النيسابوري- صحيح مسلم-(تحقيق: نظر بن محمد الغرياني أبو قتيبة-دار طيبة-ط2-د/س).
89. مصطفى بن العدوى-أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية-(مكتبة بن تيمية-القاهرة-ط1-1409هـ,1988م).
90. المنجور أحمد بن علي المنجور(ت995هـ)-شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب-(تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين-(دار عبد الله الشنقيطي-د/ط-د/س).
91. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي-كشف القناع عن متن الإقناع-(دار عالم الكتب-د/ط-د/س).
92. الموسوعة الفقهية الكويتية-إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-(الكويت-ط6-1402هـ,1982م).
93. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي(541هـ,620هـ) - المغني-(تحقيق: عبد الله بن الحسن التركي-عبد الفتاح محمد الحلو-(دار عالم الكتب-بيروت(لبنان)-د/ط-1405هـ).
94. ناجي بن حسين بن إبراهيم الكلابي-أحكام خطبة النساء في الإسلام-(الجامعة الإسلامية-المدينة المنورة-د/ط-1431هـ,2010م).
95. نويوة بلال-أحكام النفقة في التشريع الإسلامي(مذكرة ماستر في الحقوق - الأسرة)-(إشراف: طيار السعيد-قسم الحقوق-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد خيضر-بسكرة-2014م,2015م).
96. هديل الحوالي المصري-قائمة المصادر والمراجع حول الأحوال الشخصية-(مشروع دعم حقوق المرأة - شبكة الجمعيات العاملة في مجال حقوق المرأة-مصر-2009م).

97. وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي الميسر أحكام الأسرة-(دار الكلم الطيب-دمشق-بيروت-د/ط-1421هـ,2010م).
98. وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء الذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها) - (دار الفكر-دمشق-ط1-1404هـ,1984م-ط2-1405هـ,1985م).
99. يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي(156هـ,274هـ)-الموطأ للإمام مالك بن أنس-(تحقيق: بشار عواد معروف-دار العرب الإسلامي-ط2-1417هـ,1997م).
100. يوسف كهيئة-ولامي ليلي-عقد الزواج وفق الأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري (مذكرة ماستر في القانون الخاص) -(إشراف: مقننة مبروكة-قسم القانون الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-2013م,2014م).
101. الموسوعة العربية <https://www.arb.enag.com>
102. الموسوعة الحرة <https://ar.m.wikipedia.org/wiki>
103. الموسوعة الحرة <https://data.bnf.fr/art>
104. موسوعة الحديث... www.sahaba-ra-soolona.com/sahaby
105. موسوعة النابلسي www.nabulsi.com/blue/ar.php?art
106. <https://enam.blogs-pot.com.plog-post>

فهرس الموضوعات

إهداء

كلمة شكر

مقدمة ١

الفصل الأول ماهية الأحوال الشخصية والأثر الرجعي

تمهيد: 2

المبحث الأول: ماهية الأحوال الشخصية 4

المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية 4

الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية لغة 4

الفرع الثاني: تعريف الأحوال الشخصية اصطلاحا. 5

الفرع الثالث: انتقاد مصطلح الأحوال الشخصية 6

المطلب الثاني: نشأة مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي. 7

المطلب الثالث: مؤلفات الأحوال الشخصية 9

المبحث الثاني: ماهية الأثر الرجعي 13

المطلب الأول: تعريف الأثر الرجعي 13

الفرع الأول: تعريف الأثر الرجعي لغة 13

الفرع الثاني: تعريف الأثر الرجعي اصطلاحا. 14

المطلب الثاني: الفرق بين الأثر الرجعي وغيره من المصطلحات 18

الفرع الأول: المصطلحات المطابقة لمعنى الأثر الرجعي 18

الفرع الثاني: المصطلحات القريبة لمعنى الأثر الرجعي 19

المطلب الثالث: مدى اعتبار الأثر الرجعي في القانون 21

المبحث الثالث: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية 26

- المطلب الأول: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية المدنية 26
- المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النصوص القرآنية من الناحية الجنائية 28

الفصل الثاني:

تطبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- تمهيد: 31
- المبحث الأول: تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. 33
- المطلب الأول: الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي. 33
- الفرع الأول: ماهية الخطبة. 33
- الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الخطبة في الفقه الإسلامي. 39
- المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري 45
- الفرع الأول: ماهية الخطبة 45
- الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري 47
- المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. 49
- المبحث الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 52
- المطلب الأول: الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي 52
- الفرع الأول: ماهية الرضاع 52
- الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع في الفقه الإسلامي 61
- المطلب الثاني: الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري 65
- الفرع الأول: ماهية الرضاع في القانون الجزائري 65
- الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الرضاع في قانون الأسرة الجزائري 68
- المطلب الثالث: الموازنة في أحكام الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 68

المبحث الثالث: تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	71
المطلب الأول: الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي	71
الفرع الأول: ماهية النسب	71
الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النسب في الفقه الإسلامي	75
المطلب الثاني: الأثر الرجعي في النسب في قانون الأسرة الجزائري	83
الفرع الأول: ماهية النسب في القانون الجزائري	83
الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في قانون الأسرة الجزائري	84
المطلب الثالث: الموازنة في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	88
المبحث الرابع: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	91
المطلب الأول: الأثر الرجعي في الطلاق في الفقه الإسلامي	91
الفرع الأول: ماهية الطلاق في الفقه الإسلامي	91
المطلب الثاني: تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق في قانون الأسرة الجزائري	101
الفرع الأول: ماهية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري	102
الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في الطلاق في القانون الجزائري	105
المطلب الثالث: الموازنة في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	109
المبحث الخامس: تطبيقات الأثر الرجعي في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ...	112
المطلب الأول: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي	112
الفرع الأول: ماهية النفقة	112
الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النفقة في الفقه الإسلامي	122
المطلب الثاني: الأثر الرجعي في نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري	125
الفرع الأول: ماهية النفقة	125
الفرع الثاني: تطبيق الأثر الرجعي في النفقة في قانون الأسرة الجزائري	129



المطلب الثالث: الموازنة في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	131
الخاتمة:	134
فهرس الآيات:	138
فهرس الأحاديث:	140
فهرس الأعلام	142
قائمة المصادر والمراجع:	145
فهرس الموضوعات	157
ملخص	161

ملخص

(تطبيقات الأثر الرجعي في الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي القانون الجزائري - دراسة مقارنة)

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين
أما بعد.

لقد تضمنت هذه الرسالة مقدمة، وفصلين، وخاتمة، حيث تناولنا في الفصل الأول الجانب النظري، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الجانب التطبيقي. احتوى الفصل الأول على ثلاثة مباحث، حيث تكلمنا في المبحث الأول عن ماهية الأحوال الشخصية، وفي المبحث الثاني تكلمنا عن ماهية الأثر الرجعي، بينما تكلمنا في المبحث الثالث الأثر الرجعي في النصوص القرآنية.

أما الفصل الثاني فقد احتوى على خمسة مباحث، حيث تناولنا في المبحث الأول تطبيقات الأثر الرجعي في الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا تطبيقات الأثر الرجعي في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بينما المبحث الثالث تكلمنا فيه عن تطبيقات الأثر الرجعي في النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الرابع درسنا تطبيقات الأثر الرجعي في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما في المبحث الخامس فقد تناولنا تطبيقات الأثر الرجعي في النفقة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أما الخاتمة فقد أوجزنا فيها أهم نتائج البحث.

Abstract

(Applications of retroactive effect in personal situations between Islamic jurisprudence and Algerian law - comparative study)

Praise be to Allah, Lord of the Worlds, and prayers and peace be upon the supervisors of the messengers, and on his family and companions and those who followed them with charity to the Day of Judgment.

This thesis contains an introduction, two chapters and a conclusion, representing the first chapter on the theoretical side, and the second chapter on the practical side.

The first chapter contains three topics. The first topic consists of three demands. The second topic contains three demands. The third topic contains two demands.

So that we dealt with the first topic, what is the personal situation, the second is what is the reactionary effect, and the third is the reactionary effect in the Qur'anic texts.

The second chapter examines the applications of retroactive effect in the personal situation between Islamic jurisprudence and Algerian law. This chapter contains five topics. We discussed the first topic on the applications of the reactionary effect in the sermon between Islamic jurisprudence and Algerian law. Between the Islamic jurisprudence and the Algerian law, and in the third section on the applications of the reactionary effect in the relation between Islamic jurisprudence and Algerian law, and in the fourth section on the applications of retrospective effect on divorce between Islamic jurisprudence and Algerian law. Retroactive in the expense of the wife between Islamic jurisprudence and Algerian law.

In conclusion, we summarized the main findings of the research.