# الفـهـرس

الصفحـة

مقدمـــة عـامــة.....01

البحث الأول: الكفاءة في عقد الزواج.....02

البحث الثاني: استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب.....28

البحث الثالث: آثار إمتناع الزوج عن النفقة شرعا وقانونا.....55

البحث الرابع: الولاية في عقد الزواج.....77

خـاتمـــة عـامــة.....98

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

# مقدمــة عامــة

إن الزواج هو تلك الرابطة الشرعية والقانونية التي تربط بين الرجل والمرأة لتحقيق أهداف ومقاصد محددة وهي إحصان الزوجين وسبيل الدوام وبقاء الحياة الزوجية غير أن هذه الرابطة قد يعترضها ما يحول دون تحقيق اهداف الزواج وعدم تحقيق هذه الأهداف في بعض الحالات قد يشكل مشاكل وقضايا مازالت تزاحم المحاكم ولهذا ومن هذه المشاكل لابد من فهم الرابطة الزوجية والمبادئ التي تقوم عليها والأسس والمعايير تتماشى مع تطور المجتمع لإبرام عقد الزواج وفي شأنها تحقيق التفاهم وحسن العشرة بين الزوجين والرابطة الزوجية ينجم عنها أولاد فلابد على الزجين أن يعاشرا بعضهما بالمعروف وأن تكون الثقة سلاحهما والتفاهم شعارهما وهذا تحقيقا وحفاظا على الأخلاق والآداب والكرامة وحفاظا على الأنساب فعدم تحقيق الهدف من الزواج قد يرجع إلى بعض الحالات إلى الاكتشافات الحديثة للعلوم الحديثة والتطور الذي ساير المجتمع لاسيما في المجال البيولوجي حيث لعبت البصمة الوراثية دورا كبيرا في العديد من قضايا إثبات النسب فهي تعد دليل قاطع ومميز لشخصية الإنسان ومعمول به في كل بلاد العالم، سواء عند تبيان الحقيقة البيولوجية حين يتعلق الأمر بالنسب الشرعي وغير الشرعي مع احترام المبادئ والخصائص التي تقوم عليها البصمة الوراثية حين نستعملها كدليل الإثبات النسب وذلك بعدم تعرض أسرار البيوت للفضائح أمام العامة ، فإن هذا يسيئ إلى الزوجين ومن ثم إلى الأسرة التي تعد الخلية الأولى للمجتمع، فالنسب من أهم المواضيع التي أعطاها قانون الأسرة أهمية بالغة وإثبات النسب مازال مشكلة يحاول القضاء إيجاد حلول وتغييرات لهذه الظاهرة ومن بين المشاكل التي أعطاها القضاء والشرع أهمية بالغة هي النفقة فتجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد الدخول بها أو دعوتها إليه بالبينة مع مراعاة المبادئ والضمانات القانونية لحق الزوجة في النفقة ، فالامتناع عن النفقة يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون فاعتبارها القانون المدني من الحقوق الممتازة كما نص الشرع عليها في كثير من الأدلة ومن قوله تعالى:" وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف " سورة البقرة، ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم :" ولن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" فلابد من احترام ما نص عليه الشرع وتطبيق ما أقر به القانون.

كما أن مشكلة الولاية في عقد الزواج يعتبر من المواضيع التي نالت الأهمية والجدية فهي تلك السلطة التي تجعل لمن يثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها في حق نفسه أو في حق من هو تحت ولايته من أطفال عند البالغين فالعلة في اشتراط الولاية في عدم البلوغ فتنتفي العلة بالبلوغ سواء بالنية لعقد الزواج أو أي عقد آخر فهي من المواضيع التي قام المشرع الجزائري بتعديلها نظرا للتطور والظروف التي تساير المجتمع الجزائري.

سيتم التعرض لكل موضوع على حدا في شكل بحوث شاملة للمبادئ والأسس التي يقوم عليها كل موضوع ، مع ذكر شروط وخصائص وأهمية كل بحث من ناحية شرعية ومن ناحية قانونية وإبراز دور كل موضوع ومدى تأثيره على الأسرة والمجتمع باعتبارها الخلية الأولى لها.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## البحث الأول: الكفاءة في عقد الزواج

### خطـة البحث

تمهيـد

المبحث الأول: مفهوم الكفاءة وحكمها

المطلب الأول: تعريف الكفاءة

الفرع الأول: لغـة

الفرع الثاني: اصطلاحا

المطلب الثاني: حكم الكفاءة

الفرع الأول: آراء العلماء في حكم الكفاءة

الفرع الثاني: أدلة الفقهاء المتنازعين في الكفاءة

المبحث الثاني: صفات الكفاءة ووقت اعتبارها ومدى استمراريتها

المطلب الأول: صفات الكفاءة

الفرع الأول: الكفاءة في الحسب والنسب

الفرع الثاني: الكفاءة في الدين

الفرع الثالث: الكفاءة في المال

الفرع الرابع: الكفاءة في المهنة أو الحرفة " الصناعة"

الفرع الخامس: الكفاءة في الحرية

الفرع السادس: الكفاءة في السلامة من العيوب

المطلب الثاني: وقت اعتبار الكفاءة ومدى استمراريتها

الفرع الأول: وقت اعتبار الكفاءة

الفرع الثاني: مدى استمراريتها

خاتمة

ملحـق

قائمـة المراجع

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## تمهيـــد

قال الله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ".

أما بعد حمدا لك يا مولى النعم وبارئ الذمم والصلاة والسلام على خير خلقك وخاتم رسلك محمد صلاة تدوم بدوامك وسلام عليه وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين، سبحانك ربي خلقت من كل شيء اثنين ذكر وأنثى وأنعمت عليهم بتشريع يحكم أمر دنياهم وأخراهم وربطت بينهم رباط المودة والرحمة لقوله تعالى: " وجعل بينكم مودة ورحمة "، وخوفا من ارتكاب الفاحشة وصون النفس من الوقوع في الحرام فقد يجد الإنسان نفسه أسير شهواته وعليه كان لابد من وجود رابطة شرعية بين الرجل والمرأة ألا وهي عقد النكاح الذي يعد سبيل الدوام والبقاء، إلا أن هذا التأثير قد تعترضه عوائق وأسباب يصعب على الطرفين تداركها في بعض الأحوال فتجعل الحياة الزوجية مصدرا للشقاء والخصام المستمر بين الزوجين، فتصبح الزوجية جحيما ولتفادي الضرر كان من المفروض إقرار مبادئ كان لها الفضل في الانسجام في الرابطة الزوجية ولعل أهم ما يلفت النظر في شأن هذه الدراسة هو تبيان الأسس والمعايير المعتمد عليها في بناء أسرة سليمة ذات علاقة وطيدة ومتينة وبالتالي تبيان كيفية مواجهة المشاكل التي تثور بسبب انعدام شرط الكفاءة ولتفادي المشاكل المترتبة عن إغفال شرط الكفاءة يجب التركيز على تبيان الأسس والمعايير وبما أن لهذا الموضوع أهمية بالغة خاصة بالنسبة للشباب الذين يقصدون بناء أسرة فاضلة ويأملون بحياة سعيدة إذ أنه أهمل هذا الشرط في اختيار شريك الحياة سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، والنقطة الجوهرية التي يجب أن ينطلق منها الباحث عند التصدي لمشاكل هذه الظاهرة هي كيفية وضع أسس صحيحة التي يعتمد عليها في بناء رباط وثيق وعلاقة طويلة الأمد، التي الطلاق أو الفسخ عن هذا الزواج.

وعلى هذا الأساس تطرقنا في موضوعنا هذا إلى دراسة الكفاءة في الزواج، حيث تتضمن بحثين وكلا المبحثين يتمحور إلى مطلبين وفروع وسنحاول بإذن الله تعالى تناول هذا الموضوع.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المبحث الأول: مفهوم الكفاءة وحكمها

### المطلب الأول: تعريف الكفاءة

#### الفرع الأول: لغـة

الكفاءة مأخوذة من كفى يكفي كفاية، إذا قام الأمر والكفء في اللغة النظير والمثيل والمساوي وكل شيء ساوى شيئا فهو مكافئ له ومنه قوله تعالى: " ولم يكن له كفؤا أحد "[1] وقال(ص): " المسلمون تتكافأ دماؤهم "[2] أي تتساوى في الدية والقصاص أما الحنبلي فعرفها بقوله: " الكفاءة هي المماثلة والمساواة معتبرة في 05 أشياء: الديانة، الصناعة، اليسار، الحرية، النسب.

#### الفرع الثاني: اصطلاحا

هي المماثلة والمساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة ينبني عليها صلاح الزوجية وسعادتها ويترتب على الإخلال بها فشل الحياة الزوجية وعدم استقرارها وتعير الزوجة وأولياؤها بهذا الزواج. وعرّفها الدكتور عبد الرحمان الصابوني بقوله: " الكفاءة هي المساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث يعتبر وجودها عاملا من عوامل الاستقرار الزوجي، كما يعتبر الإخلال بها معكرا أو مفسدا للحياة الزوجية ويؤدي إلى الشقاق والضرر في غالب الأحوال.

### المطلب الثاني: حكم الكفاءة

#### الفرع الأول: آراء العلماء في حكم الكفاءة

لقد اختلف الفقهاء في حكم الكفاءة في الزواج إلى 03 أقوال:

القول الأول: الكفاءة شرط لزوم النكاح وانعقاد النكاح يكون صحيحا مع وجودها، حتى ولو كان الزوج غير كفء إلا أنه غير لازم، أي قابل للفسخ فإذا انعقد مع عدم وجودها برضا المرأة والأولياء كان صحيحا، ومن لم يكن غير راض فله فسخ الزواج وأيضا إذا زوجها الولي من غير كفء فلها حق الاعتراض، أما إذا كانت هي موافقة ودعيت لكفء فلا يجوز للولي العضل، وقد اتبع هذا القول كل من الحنفية والشافعية والمالكية، ففي رواية عن أبي حنيفة أن الكفاءة شرط في صحة النكاح إذا زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها فيبطل النكاح بفقدها، وذهب الشافعية في " الصحيح " أن الكفاءة شرط في صحة النكاح فيبطل إذا كان بغير كفء، لأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف على خلاف الغبطة فلم يصح، كالتصرف في المال على خلاف الغبطة واجب عن ذلك، بأن فقد الكفاءة نقص في الزوج والنقص يقتضي الخيار وليس البطلان.

---

(1) سورة الإخلاص، الآية 04.

(2) رواه أحمد والنسائي وأبو دادو المتقى من أحاديث الاحكام،ص 617.

القول الثاني: الكفاءة شرط لصحة النكاح وقد اتبع هذا القول كل من الإمام أحمد في رواية عنه، وعبد الملك وسفيان وابن الماجشون.

القول الثالث: الكفاءة ليست شرطا في النكاح، فانعقاد النكاح يكون صحيحا ولو كان الزوج غير كفء، إلا أنه لازما إلا أنه خلاف الأولى والمستحب، فكل مسلم يعد بمثابة كفء للمسلمة ما عدا إذا كان فاجرا، وممن اتبع هذا القول الإمامية والحسن الكرخي والشوكاني وصديق حسن خان وابن حزم الذي قال في كتابه المحلى: وأهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن من زنجية بغية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي والفاسق الذي بلغ من الفسق المسلم ما لم يكن زانيا كفؤ للمسلمة الفاضلة، وكذلك الفاضل المسلم كفؤ للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية.

**الفرع الثاني: أدلة الفقهاء المتنازعين في الكفاءة**

أدلة أصحاب القول الأول: استدل أصحاب هذا القول على أن الكفاءة شرط لزوم النكاح حيث أنه اعتبروا الكفاءة في الزواج انتظام المصالح، فالرابطة الزوجية تعني بحكم الشرع وبحكم العادة بأن الزوج هو رئيس الأسرة، يحكم ولايته وقوامته، فإذا فاتت الكفاءة ونزل الزوج عن الزوجة قدرا ومنزلة، فإنها غير خاضعة لرئاسته وقوامته، ولم يكن منها لزوجها لا تقدير ولا احترام ولا يخفي على ما يترتب على ذلك من عدم انتظام المصالح بينهما، ومن المقصود في الزواج توثيق الصلات وربط الأسر وتأسيس القرابات ولا يتم إلا بين الأكفاء، فالأولياء يأتفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم، فعدم اشتراط الكفاءة وجعل الناس سواسية في تلك الناحية هدم لروابط الأسرة، فلا تثمر الزوجة ثمراتها المقصودة من الصحبة والعشرة والألفة وتأسيس القرابات وطيب الحياة وانطلاقا من هذا فحدّ المشرع الأولياء من تزويج المرأة كرها، فابن تيمية يقول: " ليس للعم ولا غيره من الأولياء أن يزوج موليته بغير كفء إذا لم تكن راضية بذلك بإتفاق الأئمة، وإذا فعل ذلك استحق العقوبة التي تردعه وأمثاله عن مثل ذلك، بل لو رضيت بغير الكفء كان لولي آخر غير المزوج أن يفسخ النكاح وليس للعم أن يكره المرأة البالغة بكفء، فكيف إذا أكرهها على التزويج بغير كفء بل لا يزوجها إلا بمن ترضاه باتفاق المسلمين "[1] واستدل أيضا بقوله تعالى: " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف "[2]، والمعروف يدل على أن المرأة لو رضيت بغير المعروف لكان للأولياء العضل، والمعروف تزويج الكفء، فالإسلام يرفض اختيار الرجل الذي فقد التقى والصلاح لجماله أو ماله أو حسبه فحسب، أما في حالة ما إذا كانت هذه الصفات أو بعضها مقرونة بالتقى والصلاح فإن هذا كمال فوق كمال وفضل فوق فضل.

---

(1) مجموع فتاوى شيخ الإسلام 57/32.

(2) سورة البقرة، الآية 232.

- كيف يمكن للمرأة الرقيقة الوادعة تحمّل زوجا غليظا قاسيا ضرابا للنساء ؟

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

- كيف يمكن للمرأة البالغة أعلى الدرجات العلمية بالقبول بجاهل أمي ؟
- كيف يمكن سريان الزواج على الطريق الصحيح إذا كانت الزوجة ابنة ملك أو وزير كانت تعيش قي القصور العالية وكان الزوج زبالا أو كناسا ؟

قالت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى الرسول (ص): " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله (ص): " أتردين عليه حديقته "[1] ، قالت: نعم، قال رسول الله (ص): " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة وفي رواية أخرى قالت: لا أطيقه، وفي رواية البيهقي: " لا أطيقه بغضا " وفي رواية ابن ماجة : " كانت حبيبة بنت سهل عند ثابت بت قيس، وكان رجلا دميما، فقالت: والله لولا مخافة الله إذا دخل عليّ لبصقت في وجهه "، فكيف بإمكان هذه المرأة بأن تعيش مع هذا الزوج بعد أن امتلأ قلبها كرها ؟

إن الرسول (ص) جاءته امرأة تشكو إليه بأن أباها زوجها وهي كارهة، فرد الرسول(ص) نكاحها، وعن ابن عباس أن جارية بكرا أتت الرسول (ص)بأن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله (ص) وجاءت فاطمة بنت قيس تستشير الرسول (ص) في أمر رجال تقدموا لخطبتها وهم معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد، فقال (ص): " أما معاوية فرجل ترب لا مال له وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء "، وقوله (ص): " الناس سواسية كأسنان المشط " ، فمعنى هذا أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات وأمور الدين وفي كل ما يرجع إلى النظام العام، أما الأمور الشخصية والصفات الإنسانية فهي متفاوتة وأي عاقل يسوى بين أصحاب المراكز الرفيعة والثقافات العالية وبين من قعد بهم الحظ فأوقفهم دون ذلك من المراكز والثقافة أو لم يصل بهم إلى شيء أبدا لقوله تعالى: " هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون إنما يتذكر أولى الألباب "[2] وقال أيضا: " يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات "[3].

فيوجد اختلاف بين الناس في الرزق والثروة والعلم وهذا الاختلاف فطرة الله على الناس، فقد فضل بعض الناس على بعض في الشخصية والتكريم ولا يزال الناس مختلفين في منازلهم الاجتماعية ومراكزهم الأدبية.

---

(1) صحيح البخاري 359/9 ورقم الحديث 5273، 5275.

(2) سورة الزمر، الآية 09.

(3) سورة المجادلة، الآية 11.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

إن النكاح يشمل أغراض عديدة كتحقيق المودة والمحبة والألفة وغالبا ما يحصل إلا بين الأكفاء، فالإمام القراني يقول: " إن المطلوب من النكاح السكون والود والمحبة لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة "[1].

وقال الكاساني الفقيه الحنفي: " مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة، لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش، والمرأة تستنكف عن الاستفراش غير الكفء وتغير بذلك فتختل المصالح ولأن الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح، لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة، فلا يدوم مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها " وقال أيضا: " في الكفاءة حق للأولياء، لأنهم ينتفعون بذلك، ألا ترى أنهم يتفاخرون بعلو نسب الختن، ويتعيرون بدناءة نسبه، فيتضررون بذلك " وأيضا أن القتال يتضمن شرط الكفاءة ودليل هذا على ما حدث في غزوة بدر إذ طلب كفار قريش من رسول الله (ص) إخراج إليهم من يكافئهم.

أدلة أصحاب القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول على أن الكفاءة شرط لصحة النكاح، حيث أن الفريق الأول يعتبر أن المرأة وأوليائها غير ملزمين بالموافقة على أول خاطب يتقدم إليهم، ولا يلغون إرادة المرأة، ولا إرادة أوليائها، فالله لم يأذن أن يجبر أحد على النكاح والنزاع بقي مع الفريق القائل بأن الكفاءة حق لله تبارك وتعالى بحيث إذا تزوجت المرأة بغير كفء حتى ولو كان برضاها ورضا أوليائها، فيجب على القاضي أو إمام المسلمين فسخ العقد فأصحاب هذا الاتجاه قد يكون قريبا من الذين يقولون بأن الكفاءة شرط لزوم وقد يكون بعيدا واقعا في الطرف الآخر، فقد يكون قريبا إذا كانت الكفاءة عنده منحصرة في دائرة ضيقة، فالذي يجعل الكفاءة الدين فقط كالإمام مالك لا خلاف بينه وبين موقف الجمهور ويبتعد من يقول بأنها شرط صحة عن موقف الجمهور وسع دائرة الكفاءة فالذي يضيف النسب إلى الدين فإنه يوسع دائرة الخلاف وتزداد دائرة الخلاف اتساعا عند من يضيف إلى الكفاءة خصالا أخرى كالحرية والحرفة والسلامة من العيوب، وقال ابن المنجا في شرحه هذا المذهب وقطع به الخرفي وهو من مفردات المذهب وعلى ذلك تكون الكفاءة حقا لله تعالى وللمرأة والأولياء، وقال ابن قدامة: " اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في اشتراط الكفاءة في صحة النكاح فروي عنه أنها شرط له، قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان.

وقال احمد في الرجل يشرب الشراب ما هو بكفء يفرق بينهما وقال:" لو كان المتزوج حائكا فرق بينهما لقول عمر رضي الله عنه: لأمتعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء ".

---

(1) سورة الروم، الآية 21.

وقد أطلت في النقل عن الحنابلة ليتبين قوة هذا التوجه عندهم، وكان متأخروا الحنابلة يذهبون إلى تصحيح الرواية الأخرى التي تجعل الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة ولاستكمال بيان مذهب الحنابلة أنبه إلى أن كتب الحنابلة تذكر روايتين في المذهب في الخصال التي تعتبر في الكفاءة رواية تقصر الكفاءة على الدين والمنصب ويريدون بالمنصب النسب والرواية الأخرى وسعت دائرة الكفاءة بحيث تشمل الحرية والصناعة واليسار، إلا أن هذا الفريق استدلوا بأحاديث لم يصح اسنادها منها: حديث جابر مرفوعا: " ألا لا تزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء " وقال الحافظ الزيعلي في تخريجه: " أخرجه الدارقطني ثم ا لبيهقي في ستيهما، عن مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها وأسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل قال: " أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب ".

والحديث الذي روي فيه أن الرسول(ص) قال: " العرب أكفاء بعضهم لبعض، قبيلة لقبيلة وحي لحي ورجل لرجل إلا حائكا أو حجاما " قال فيه ابن حجر: " سأل ابن أبي حاتم عنه أباه فقال: كذب لا أصل له، وقال في موضع آخر باطل، وقال الدارقطني في العلل: لا يصح، وقال ابن عبد البر هذا منكر موضوع ".

وحديث عائشة أن رسول الله (ص) قال: " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء "، قال فيه الحافظ الزيعلي: " روى من حديث عائشة ومن حديث أنس، ومن حديث عمر بن الخطاب، من طرق عديدة كلها ضعيفة " وما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: " لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء "، ضعفه الألباني لأن فيه انقطاعا، فإبراهيم بن محمد ابن طلحة رواية عن عمر لم يدرك عمر كما يقول الحافظ المزي "، وحديث علي يرفعه أن الرسول (ص) قال له: " يا علي ثلاث لا تؤخرها، الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفأ " وذكر الحافظ الزيلعي أن الترميذي أخرجه وقال فيه : حديث غريب، وما رأى اسناده متصلا ونقل الزيلعي تصحيحه عن الحاكم في مستدركه، ونقاد الحديث وفرسانه الذين سيروا غور الأحاديث الواردة في الكفاءة نصوا على أن أحاديث الكفاءة لا تقوم بأكثرها حجة من هؤلاء الحافظ البيهقي فيما نقله عنه الحافظ الزيعلي، فإنه قال: " وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها حجة ".

والحديث الذي يروي وائلة بن الأسقع قال: " سمعت رسول الله (ص) بقول: " إن الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشا من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم "[1].

(1) صحيح مسلم 1782/4 ورقمه 2276.

وقال النووي معلقا على الحديث: " استدل به أصحابنا على أن غير قريش من العرب ليس بكفء لهم، ولا غير بني هاشم كفؤ لهم إلا بني المطلب، فإنهم وبنو هاشم شيء واحد كما صرح به في الحديث الصحيح "[1] والمحققون من أهل العلم يقرون بما نطق به الحديث من تفضيل جنس العرب على غيرهم، وتفضيل قريش على غيرها، وجنس بني هاشم على غيرهم، وقد ثبت في صحيحي البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ص) قال: " فعن معادن العرب تسألونني؟ " قالوا نعم، قال: " فخياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا فقهوا "[2] وحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي (ص) قال: " الحسب، المال والكرم التقوى " وقد ذكر الألباني أن الترميذي أخرجه، وقال فيه: حديث حسن صحيح غريب، وعزاه أيضا على ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي وأحمد، ولكنه مع ذلك كله حكم على الحديث بالصحة لورود شاهدي للحديث، فقد روى الحديث بنصه الدارقطني عن أبي هريرة من طريق فيه معدان ابن سليمان ومعدان ضعيف، والشاهد الآخر عن بريدة بن الحصيب مرفوعا بلفظ: " إن أحساب أهل الدنيا الذي يذهبون إليه هذا المال " وقد ذكر اسناده ومخرجيه وفيه الحسين ابن واقد، وقد حكم الألباني على الشاهد الثاني بالحسن والحديث على فرض صحته لا يصلح دليلا على عد الكفاءة شرط صحة في النكاح، فالحديث الثاني تفسير الحديث الأول ويوضحه، فحديث " الحسب المال " يوضحه الحديث الثاني " إن أحساب أهل الدنيا الذي يذهبون إليه هذا المال "، يقول الشوكاني: " يحتمل أن يكون المراد من قوله الحسب المال، أن هذا هو الذي يعتبره أهل الدنيا كما صرح به في حديث بريدة، وأن هذا حكاية عن ضيعهم واغترارهم بالمال، وعدم اهتدادهم بالدين فيكون في حكم التوبيخ والتقريع لهم" واحتج الذين ذهبوا إلى أن العبد لا يكافئ الحرة، وأن نكاحه منها باطل بما رواه البخاري ومسلم وغيرها أن الرسول (ص) خيّر بريرة حين عتقت فاختارت نفسها، فالشيخ ناصر الدين الألباني أورد روايات الحديث في كتب السنة ورجح من خلال الروايات الواردة أن زوجها كان عبدا ولذلك خيّرها الرسول(ص) والذين يشترطون الحرية فيمن يتقدم لحرة يقولون إذا كان الرسول (ص) جعل لها الخيار في حال وجود النكاح وقيامه فجعل الخيار لها في ابتداء النكاح أولى، لأن الرق نقصه كثير وضرره بين، فإنه مشغول عن امرأته بخدمة سيده، و لا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه.

---

(1) شرح صحيح مسلم للنووي، 437/13.

(2) مشكاة المصابيح، 593/2 ورقم 4893.

أدلة أصحاب القول الثالث: استدل أصحاب هذا القول على أن الكفاءة ليست شرطا في النكاح، بقوله تعالى: " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم "[1]، فقد قالوا بأن سوى التقوى هي من حسب أو مال أو نحوهما، غير ملتفت إليه وغير معول عليه، وأيضا قال تعالى: " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض "[2] وقال تعالى: " فاستجاب لهم ربهم أني لا أضع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض "[3] فمن خلال هذه الآيات يتضح لنا بأن لا هناك تفاضل بين المسلمين إلا بالتقوى.

وعن رسول الله (ص) قال: " الناس سواسية كأسنان المشط " وقال أيضا: " لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا أبيض على أسود ولا أسود على أبيض إلا بالتقوى"، فهذا الحديث قد سوى بين الناس وأذاب الفوارق وألغى الطبقات وقد صح أن بلالا تزوج هالة بنت عوف أخت عبد الرحمان بن عوف وأن زيد بت حارثة مولى رسول الله (ص) تزوج من زينب بنت جحش وهي ابنة عمة الرسول (ص) بأمر منه.

وقال رسول الله (ص): " إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه إلا تفعلون تكن فتنة في الأرض وفساد كبير "، فقالوا يا رسول الله وإن كان فيه؟ فقال: " إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه " ثلاث مرات، ومرّ رجل على رسول الله (ص) فقال: ماذا تقولون في هذا ؟ قالوا: حري إن خطب أن ينكح وإن شفع أن يشفع وإن قال أن يستمع، فسكت، فمر رجل من فقراء المسلمين فقال: ما تقولون في هذا ؟ قالوا: حري إن خطب أن لا ينكح وإن شفع أن لا يشفع وإن قال أن لا يستمع، فقال رسول الله(ص): " هذا خير من ملء الأرض من مثل هذا ".

وعن فاطمة بنت قيس أمرها الرسول (ص) أن تنكح أسامة بن زيد، وكان قد خطبها معاوية ابن أبي سفيان وأبو الجهم، وزوّج الرسول (ص) ابنتيه من عثمان بن عفان رضي الله عنه وزوّج ابنته زينب من أبي العاص بن الربيع، علما أن عثمان وأبو العاص من بني عبد شمس وليس من بني هاشم فإن الكفاءة لا تعتبر فيما هو أهم من النكاح، فلا تعتبر لا في جانب المرأة ولا في جانب الرجل.

---

(1) سورة الحجرات، الآية 13.

(2) سورة التوبة، الآية 71.

(3) سورة آل عمران، الآية 195.

**المبحث الثاني: صفات الكفاءة ووقت اعتبارها ومدى استمراريتها**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**المطلب الأول: صفات الكفاءة**

لا شك بان لكل عصر معاييره وهناك بعض المعايير التي سقطت تاريخيا كأمر نسب القبائل خاصة في البلدان التي لا تخضع لهذا النظام إذ كانت المرأة تزوج من كفئها في القبيلة أو قبيلة اخرى مساوية لمركز قبيلتها والأمر الآخر الذي سقط بالزمن ويسبب دخول الناس في دين الله أفواجا وعدم المعرفة الصحيحة لشجرة إسلام الآباء أي الأسبق في دخول الإسلام إذا اعتبره بعض الفقهاء شرط الكفاءة عند غير العرب إذ يكون التفاخر بينهم بإسلام الآباء والسابقية إلى ذلك وقد أشار إلى ذلك سلمان الفارسي رضي الله عنه إذ قالوا له: سلمان ابن من ؟ فقال: سلمان ابن الإسلام، فلما بلغت عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعالى مقالة سلمان تلك فقال باكيا، وعمر ابن الإسلام، وعمر ابن الإسلام[1].

إن مناط الكفاءة هو أن لا يكون الزوج بحال يلحق بالزوجة وأولياءها عارا لسبب تزوجه بها ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الناس زمانا ومكانا غير أن العمل في المحاكم استقر على ما استقر عليه رأي جمهور الحنفية واعتبار الكفاءة في ست أمور[2] والمالكية اثنان والشافعية خمسة أمور والحنابلة خمسة أيضا.

فعند المالكية: هما الدين والحال أي السلامة من العيوب المثبتة للخيار لا دال بمعنى الحسب والنسب.

والشافعية: هي الدين أو العفة، الحرية، النسب، السلامة من العيوب والحرفة.

أما بالنسبة للحنابلة يصنفونها في خمسة أمور: الدين، الحرية، النسب، اليسار "المال" والصناعة أي الحرفة.

أما عند المذهب الحنفي فيعينوها بستة أمور: الدين والإسلام، الحرية والنسب والمال والحرفة ولا تكون الكفاءة عندهم في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص وبخر والدفر.

إذ يمكن الإشارة إلى ما نظمه العلامة الحموى ما تعتبر فيه الكفاءة فقال:

إن كفاءة في النكاح تكون في ست لها بيت بديع قد ضبط

نسب وإسلام كذلك حرفة حرية وديانة حال فقط[3]

وكما سبق الذكر فإنهم متفقون على الكفاءة في الدين واتفق غير المالكية على الكفاءة في الحرية والنسب والحرفة.

لكن المالكية و الشافعية إتفقا على خصلة السلامة من العيوب المثبتة للخيار بينها المدهب الحنفي وظاهر الرواية

والحنابلة اتفقا على صفة المال أما الحنفية انفردوا بخصلة إسلام الأصول[4].

---

(1) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية للدكتور ابراهيم أحمد النجار، ص84.

(2) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ص142.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص240.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص241.

ونستنتج أن الفقهاء اختلفوا في اشتراط الكفاءة عقد الزواج وفي تعداد عناصرها فالمذهب الحنفي يعد أكثر توسعا إذا اعتبروها في ستة عناصر كاملة.

بينما الشافعية أضافوا إلى هذه الأمور السلامة من العيوب كما ذكر متأخرو الشافعية إن التفاوت الشديد بالسن بين الزوجين يعتبر من عدم التكافؤ بينهما.

أما المالكية فقد اقتصروا على التدين والسلامة من العيوب على أن هذا العنصر الأخير يعتبر خاصا بالزوجة دون أولياؤهم.

وسنأتي في هذا العرض على الشروط المعتبرة في الكفاءة.

**الفرع الأول: الكفاءة في الحسب والنسب**

أولا النسب: والنسب له اعتبار هام ومعروف إذا استقر رأي الفقهاء على أن العربي هو من يعرف اتصال نسبة إلى قبيلة من القبائل والعجمي هو من لا يعرف ذلك[1].

وقد اشترطت الكفاءة فيه المذاهب الإجتهادية الثلاثة: الحنفي، الشافعي ، الحنبلي وبعض أئمة الشيعة الزيدية إذ سماه الحنابلة المنصب والمراد بالنسب: صلة الإنسان بأصوله من الآباء والأجداد.

أما النسب: فهو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول أو مفاخرة الآباء كالعلم والشجاعة والجودة والتقوى ووجود النسب لا يستلزم الحسب، ولكن وجود الحسب يستلزم النسب[2].

ولا شك أن الكفاءة في النسب تتفاوت عند العرب فأرفعهم في النسب قريش، فالقريشي لا يكافئه إلا قريشي وكذلك العربي من غير قريش فبعضهم أكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب أكفاء لقريش والعجم ليسوا بكفء العرب[3].

أما العجم فلم يعنوا بأنسابهم ولم يفتخروا بها ولذا اعتبر فيهم الحرية والإسلام والأصح عند الحنفية أن العجمي لا يكون كفؤا للعربية ولو كان عالما أو سلطانا[4].

وبناءا على هذا الرأي إذا كانت الزوجة تنتسب إلى قبيلة عربية معروفة بنسب متصل بأصل معلوم ثابت فلا يكافؤها إلا رجل مثلها متصل نسبه وتكافؤ النسب خاص بالعرب وأما غيرهم فلا يشترط ذلك لأن العرب هم وحدهم الذين حفظوا أنسابهم وتفاخروا بها، إذ روى الشافعي في هذا الشأن أن الكفاءة معتبرة أيضا في أنساب غير العرب فيما بينهم لأن الأمر يرجع إلى العرف سواء بين العرب أم بين غيرهم[5].

---

(1) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ص143.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص243.

(3) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ص143.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص243.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص200.

كما أنه لا يكون العجمي كفؤا للعربية لقول عمر: " للأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء " ولأن الله اصطفى العرب على غيرهم ولأن العرب فضلت الأمم برسول الله (ص)[1] حتى أنهم كانوا يذكرون نسبهم في القتال والمبارزة فلا يبارزون إلا أمثالهم.

لهذا فقد حفظ الفقهاء هذا العرف الذي كان سائدا لدى العرب في وقت كانت تحتفظ فيه الأنساب ويفتخر الناس بها ويتغيرون بدونها فاعتبروا من الصفات المعتبرة في الكفاءة التقارب في النسب بين الزوجين، فإذا تغير العرف تبدل كما هو عليه اليوم فلا مجال لاعتبار النسب مرجحا ما دامت صفات الإنسان يكتسبها صاحبها بعرق جبينه وبجهده وفكره وعمله[2].

ومع ذلك لابد أن يكون الهاشمي والمطلبي ليس كفؤا لغيره مثلا بني عبد الشمس ونوفل وإن كان اخوين لهاشم بخبر أن: " إن الله اصطفى من العرب كنانة واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم " هذا ما جاء في رواية عن أحمد[3].

كما يتفق الجمهور على أن قريشا وهم أولاد كنانة أفضل نسبا من سائر العرب.

واعتبرت الكفاءة بالحسب: الجمهور ومذهب النووي إلى فسخ نكاح المولى إذا تزوجت عربية.

والأنساب عند الحنفية ثلاث مراتب: فريش، العرب، الموالي ولا اعتبار عندهم بالتفاوت الواقع في كل رتبة من الرتب فبطون قريش وإن تفاوتوا في الفضل رتبة واحدة فالمخزومي كفء للهاشمية وكذلك الأموي والعدوي والعرب متساوون فيما بينهم على اختلاف قبائلهم والموالي متساوون فيما بينهم وان اختلفت شعوبهم[4].

وعند الشافعية: إن بطون قريش رتبة واحدة واختار القفال والشيخ أبو عاصم أن العجم بعضهم لبعض أكفاء وأنهم رتبة واحدة.

أما الإمام مالك أن النسب غير داخل في الكفاءة فيجوز نكاح الموالي من العرب[5]، ودليل ذلك:

" لأمنعن ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، قيل له وما الأكفاء ؟ قال: في الأحساب " هذا ما جاء به عمر رضي الله عنه[6] وما رواه الحاكم عن ابن عمر أن الرسول(ص) فقال: " العرب أكفاء بعضهم لبعض، قبيلة لقبيلة وحي لحي، ورجل لرجل إلا حائكا أو حجاما "[7]. وما روى البزار عن معاذ بن جبل أن النبي قال " العرب بعضهم لبعض أكفاء والموالى بعضهم أكفاء بعض "[8].

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص244.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص200.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص244.

(4) المجلة التشريعية والدراسات الفقهية، ص84.

(5) المصدر نفسه، ص84.

(6) شرح قانون الأحوال الشخصية الجزء الأول، الدكتور مصطفى السباعي، ص180.

(7) + (8) فقه السنة، شيخ السيد سابق، الجزء الثاني، ص101.

والحق أن اعتبار النسب في الكفاءة ليس صحيحا والصحيح قول المالكية ولأن مزية الإسلام الجوهري هي الدعوى إلى المساواة ومحاربة التمييز العرقي العنصري ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية لأن انتشار الإسلام بين الناس إنما كان أساسا لهذه المزية، وإعلان حجة الوداع واضح وهو أن الناس جميعا أبناء آدم وليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى[1].

واستنادا لقوله تعالى: " إن أكرمكم عند الله أتقاكم ".

وقوله صلى الله عليه وسلم: " الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعرب على أعجمي إلا بالتقوى ".

ومن الدليل على دلك سيرة الرسول(ص) أنه زوج ابنته من عثمان ابن عفان، وزوج على عمر ابنته أم كلثوم وعمر عدوي على أن شرف العلم دونه كل نسب وكل شرف فالعالم كفء لأي امرأة مهما كان نسبها وإن لم يكن له نسب معروف لقول الرسول(ص): " الناس معادن كمعادن الذهب والفضة خياركم في الإسلام إذا فقهوا ".

وقوله تعالى: " يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات "[2] وقوله تعالى في نفس السياق: " قل هل يستوي الذي يعلمون "[3]، هذا بالنسبة للعرب أم غيرهم من الأعجام فقيل: " لا كفاء بينهم بالنسب[4].

والعالم هذا لا يقتصر على من هم علماء الفقه أو التفسير أو القرآن بل يمتد ليشمل من يشتغل بأي علم من العلوم المشروعة التي ليست محرمة ولا مكروهة ولا غنى عنها للجماعة والسند في ذلك الآية السابقة ويعتبر هذا الرأي في المذهب الحنفي[5].

**الفرع الثاني: الكفاءة في الدين**

المراد بالدين: الصلاح والتقي وكذلك يذكرونها في مقابل الفسق[6].

ويعتبر كذلك الاستقامة لأن هذه الصفة من أعلى الصفات التي تنعكس آثارها على جميع أفراد الأسرة[7].

كما يعتبر الدين هو الزهد والصلاح واعتبار التقوى في الكفاءة هو قول أبي حنفية وأبي يوسف[8].

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص245.

(2) سورة المجادلة، الآية 11.

(3) سورة الزمر، الآية 09

(4) فقه السنة، شيخ السيد سابق، الجزء الثاني، ص102.

(5) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني.

(6) المجلة التشريعية والدراسات الفقهية، ص78.

(7) قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص201.

(8) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ص145.

وذهب جماعة إلى أن الكفاءة معتبرة ولكن اعتبارها في الصلاح والتقي والاستقامة في الخلق خاصة[1].

كما سماها ابن جزي: الصلاح فقال: " الكفاءة معتبرة بخمسة أوصاف: الإسلام، الحرية، الصلاح، فلا تزوج المرأة الفاسق، ولها ولمن قام بها فسخة، سواء كان الولي أبا أم غيره.."[2].

إذ يعد الدين كشرط صحة لعقد النكاح ولا تتحقق الكفاءة في حالة إغفاله.

كما قال ابن رشد: " أما الكفاءة فإنهم اتفقوا على الدين معتبر في ذلك.."[3].

فالفتاة الصالحة التقية إذا كانت أو تربت في أسرة محافظة على دينها وحرصت على أن يتشبع أبناءها بأفضل الآداب والأخلاق إضافة إلى الاستقامة والثبات على ما نمت عليه فلا يكافئها رجل فاسق لأن الخلاف الذي حتما ينشأ بينهما في كل يوم نظرا لاختلاف سلوك وتفكير كل منهما، كما يؤدي إلى التباين في طريقة تربية ثمار هذه العلاقة، لأن المتدينة والمحافظة على دينها بالأحرى لها موازين ومعايير للقيم بها والمبادئ التي تعتنقها تعاكس سلوك ومعتقدات الفاسق الفاجر المتحرر من كل قيد خلقي واجتماعي كذلك نتائج وخيمة التي سوف يقع فيها الأطفال هل يتبعون أمهم التي هي على صراط مستقيم أو إتباع شهواتهم وتحقيق لذاتهم إتباعا لمثلهم الأعلى والدهم.

أيضا بمفهوم الجمهور أنه من الجائز تزوج رجل صالح الذي لا نسب له بإمرأة النسبية ولصاحب الحرفة الدنيئة أن يتزوج المرأة الرفيعة القدر، وللفقير التزوج بالنزيه مادام مسلما عفيفا المهم في الامر هو الدين أن يكون ذا دين ويحافظ على السير في الخطوات[4].

حتى أن فقهاء المالكية قالوا لو رضي الولي والفتاة بالفاسق لا يصح العقد لأن مخالطة الفاسق ممنوع وهجره واجب فكيف القول بالزواج به[5].

في نفس النقطة ليس الفاجر أو الفاسق كفؤا للعفيفة أو صالحة بيت صالح لها ولأهلها تدين بخلق حميد سواء كان هذا الفاسق معلنا نفسه أم غير معلن أي لا يجهر بالفسق وهذا الفسق هو عبارة عن نقص في إنسانيته[6].

ويقول الكاساني مبينا مذهب الحنفية: " تعتبر الكفاءة في الدين قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى ولو أن إمرأة من بنات الصالحين إذا زوجت نفسها من فاسق كان للأولياء حق الاعتراض لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعبير بالفسق أشد وجوه التعبير[7].

---

(1) فقه السنة، شيخ السيد سابق، الجزء الثاني، ص99.

(2) المجلة التشريعية والدراسات الفقهية، ص78.

(3) المرجع نفسه، ص78.

(4) فقه السنة، شيخ السيد سابق، الجزء الثاني، ص99.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص202.

(6) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ص241.

(7) المجلة التشريعية والدراسات الفقهية، ص80.

أما فقهاء الشافعية فقد نصوا على اعتبار الكفاءة في الدين، فقالوا: " وأما الدين فهو معتبر فالفاسق يشرب الخمر ويزني أو لا يصلي ليس بكفء للحرة العفيفة "[1].

ومن النصوص القرآنية التي أوردها في هذا الباب قوله تعالى: " الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين "[2].

إذ نصت هذه الآية على تحريم تزويج العفيفة من زان حرمة تزويجها من مشرك، وقوله تعالى: " أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون "[3]، إذ نفت هذه الآية المساواة بين المؤمن والفاسق.

كما استدل الشوكاني وأبو إسحاق الشيرازي على اعتبار الكفاءة في الدين بالحديث الذي أخرجه الترميذي وحسنه عن أبي حاتم.

قال رسول الله(ص): " إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير "، قالوا: يا رسول الله وإن كان فيه، قال: " إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه (ثلاث مرات) "[4].

**الفرع الثالث: الكفاءة في المال**

ليس المراد بالتكافؤ بين الزوجين في المال أن يكون الزوج أغنى من الزوجة وأوفر ثروة[5] بل المراد والمقصود الحقيقي منه قدرة الرجل على المهر والنفقة على الزوجة أثناء الحياة الزوجية[6]، لان الرجل الذي لا يقدر على مهر امرأته وهو ركن من أركان أو آثار الزواج، إذ من حق الزوجة المطالبة به فور انعقاد العقد وكما أن النفقة واجبة على الزوج لهذه الأسباب كلها من الضروري أن يكون الزوج ذا قدرة على ذلك قبل إقدامه على الزواج[7].

إذن من يعتبر كفؤا للمرأة هو القادر على الإنفاق عليها شهرا ولو كانت ثروة زوجته وثروة أبيها أضعاف ماله أما من كان غير قادر على ذلك فهو ليس كفؤا لها ماديا[8].

---

(1) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ص80.

(2) سورة النور، الآية03.

(3) سورة السجدة، الآية18.

(4) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ص81.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري ، الطبعة الخامسة، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص200.

(6) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثاني، للدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة السابعة 1984، ص246.

(7) قانون الأحوال الشخصية السوري ، الطبعة الخامسة، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص200.

(8) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ص145.

ولا يشترط أن يكون غنيا وذا ثروة وإنما قادر على الكسب والعمل إذن لا عبرة لغنى الزوجة وفقر الزوج[1]، إذ لا خلاف بين فقهاء الأحناف في أن اليسار شرط في اعتبار الكفاءة لكنهم اختلفوا فيما يعتبر يسارا فقال أبو حنيفة رحمه الله: " إن الزواج يعتبر موسرا إذا كان مالك للمهر وقادرا على النفقة لأن المهر حكم من أحكام النكاح لا يجوز إخلاءه منه ولأن عدم القدرة على النفقة يترتب عليه إخلال في مصالح النكاح فغن لم يكن قادرا على الإنفاق على زوجته وأولاده منها كان ذلك إضرارا.

وكما أضاف محمد بن الحسن وأبو يوسف في الشأن نفسه إن الزوج إذا كان قادرا الإنفاق على زوجته يعتبر كفؤا لها، لأن العرف والعادة جاريان على التسهيل والتأجيل بالنسبة للمهر والمعتبر من القدرة على النفقة أن يكون قادرا عليها عن طريق الكسب والعمل لا عبرة هنا لغنى الزوجة وفقر الزوج[2].

وقول رسول الله(ص) الذي أصاب الهدف حين قال: " أما معاوية فصعلوك لا مال له " لأن الناس يتفاخرون بالمال أكثر من التفاخر بالنسب ولأن الموسرة تتضرر في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده، لهذا ملكت الفسخ بإعساره وبالنفقة ولأن عدم اليسار نقص في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب[3].

والعبرة التي استند عليها أبو حنفية ومحمد بالتكافؤ في المال هو التقارب في اليسار بين الزوجين وهذا وإن كان معقولا إلى حد ما، حيث أن التفاوت في المال قد يخلق تباينا في المعيشة المشتركة وخاصة إذا انتقلت من بيت أبيها إلى بيت زوجها ولم تجد ما كانت تنعم به من رخاء[4].

كذلك قوله(ص) الحسب المال والكرم التقوى ولقوله(ص): " أحساب الناس في هذه الدنيا هذا المال ".

ولان على الموسرة ضرر في إعسار زوجها لإخلال بنفقتها ومؤونة أولادها[5].

أما الشافعية اختلفوا في اعتباره فمنهم من اعتبره شرط من شروط الكفاءة في النكاح واستدلوا بنفس الحديث السابق ذكره.

والقول الراجح في هذه الخصلة من الخصال المعتبرة في الكفاءة رأي بعض الشافعية وقول عن أحمد إذ أنه لا يعتبر بشرط لأن الفقر شرف في الدين وليس بأمر لازم فأشبه ولا يفتخر به أهل المروءات.

كما أن المال من الأمور غير الثابتة فهو غاد ورائح والحياة الزوجية أسمى من أن تخضع لمعايير قد لا تدوم يوما بعد يوم فأنشدوا الشافعية بقول شاعر:

---

(1) +(2) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر، ت.ط 1998-1999- د. ابراهيم عبد الهادي أحمد النجار، ص85.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص246.

(4) قانون الأحوال الشخصية السوري ، الطبعة الخامسة، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، ص201.

(5) حقوق المرأة في الزواج، دار النشر الاعتصام، الدكتور شيخ محمد بن عمر عنين، ص335.

غنيا[1] زمانا بالتصعلك والفقر ركلا سقاناه بكأسيهما الدهر

فما زادنا بغيا على ذي قرابة غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر[2]

وقول الأستاذ مرعي الحنبلي رحمه الله:

قالوا: الكفاءة ستة فأجبتهم: قد كان في هذا الزمان المبهم

أما بنو هذا الزمان فإنهم لا يعرفون سوى يسار الدراهم.

ورأى الدكتور وهبة الزحيلي هو أن الغنى لا دوام له والمال غاد ورائح والرزق مقسوم منوط بالكسب والفقر شرف الدين إذ قال النبي(ص): " اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا "[3].

**الفرع الرابع: الكفاءة في المهنة أو الحرفة " الصناعة"**

والمقصود بالحرفة: هو ذلك العمل الذي يمارسه الشخص لكسب رزقه وعيشه ومنهما الوظيفة في الحكومة[4].

أو هي المهنة التي يزاولها الزوج سواء تجارة أو صناعة أو وظيفة، والحرفة إما رفيعة أو إما رذيلة[5].

والمراد بالكفاءة في الحرفة أن تكون حرفة الزواج مقاربة لحرفة أبي الزوجة[6] أو أهلها والمعول على قبول أو رفض الحرفة قبول أو رفض المرأة أو وليها والمعيار في ذلك عرف أهل البلد الذين يعيشون فيه[7] إذ قالوا في العرف:

والعرف في الشرع له اعتبار  لذا عليه الحكم قد يدار[8]

إذ لا يكون ممتهن الحرفة الرديئة كفأ لممتهن الحرفة الشريفة فالحائك والحجام والدباغ والحمال والزبال ليسوا بكفاء لبنات ذمي المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لأنه نقص في عرف الناس وجاء في حديث الرسول(ص): " العرب يعضهم لبعض أكفاء إلا حائك أو حجام "[9].

وقد عد الجمهور غير المالكية الحرفة في خصال الكفاءة أي تكون حرفة الزوج مقاربة لأهل الزوجة إذ لا يكون صاحب الحرفة الرديئة كالحجام والكساح والحارس والراعي والفقاط كفؤا لبنت صاحب صناعة رفيعة كالتاجر والبزاز الذي يتاجر في البز وهو القماش ولا يكون التاجر والبزاز كفؤ لبنت العالم والقاضي نظرا لمعيار العرف المأخوذ به.

---

(1) غنيا زمانا: أي أقمنا التصعلك.

(2) فقه السنة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الثاني 1997، الشيخ سيد سابق، ص103

(3)+(4) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، 1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص246.

(5) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ت.ط 1995– د. ابراهيم عبد الهادي أحمد النجار، ص85.

(6) قانون الأحوال الشخصية السوري ، الطبعة الخامسة، الدكتور عبد الرحمن الجزيري، ص201.

(7) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، د. ابراهيم النجار، ص85.

(8) الوجيز في الاحوال السخصية، د حسن علي السمني، ت.ط: 1996، ص145.

(9) حقوق المرأة في الزواج، دار النشر الإعتصام، دون ت ط ن، د. شيخ بن عمر عتين، ص335.

أما أتباع الظلمة فأخس أصحاب المهن ولو كانوا ذوي جاه وأموال كثيرة لأنهم من آكلي دماء الناس وأموالهم[1].

وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض لأن الكفاءة لدفع النقيصة ولا نقيصة أعظم من الكفر[2].

والمعول عليه في تصنيف الحرف هو العرف وهذا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن ثم تصبح شريفة في زمن آخر وقد تكون الحرفة وضيعة في البلد وتكون رفيعة في بلد آخر[3].

أما آراء الفقهاء اختلفوا في هذا الشأن:

- الحنفية استبعدت هذا الشرط في الكفاءة في الزواج.، إذ ذهب الشافعية إلى أن أصحاب الحرفة الدنيئة ليسوا أكفاء لغيرهم مثل قيم اللحام والحجام ونحوهم لا يكافئون بنت الخياط والخياط لا يكافئ بنت تاجر أو بزاز ولا المحترف بنت القاضي والعالم[4].
- أما المالكية رفضتها لأنها ليست بنقص في الدين ولا هو وصف لازم كالمال فأشبه كل منها الضعف والمرض والعافية والصحة وهذا هو الرأي الراجح للأستاذ وهبة الزحيلي[5].

**الفرع الخامس: الكفاءة في الحرية**

اتفق جمهور أهل العلم على اعتبار الكفاءة في الحرية فلا يكون العبد ولا المدبر ولا المبعض أو المكاتب كفأ للحرة.

إذ قال الكساني: " تعتبر في الحرية فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفأ للحرة بحال "[6].

ويقول ابن رشد: " أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة "

ويقول النووي: " لا يكون الرقيق كفأ الحرة أصلية ولا عتيقة "

إذ العبد ليس بكفء للحرة ولا العتيق كفؤا لحرة الأصل ولا من مسن الرق أحد آبائه كفؤا لمن يمسها رق ولا أحد من آبائها لأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد أو تحت من سبق من كان في آبائه مسترق[7].

إذا كانت الزوجة حرة لا يكون الرقيق كفئا لها وإذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتق كفئا لها ومن لها أب و جد في الحرية لا يكافئها من له أب فقط، ومن لها أب وأجداد في الحرية يكافئها من له أب و جد فقط والحكمة من هذا أن الرق منقصة والأحرار يعيرون بمصاهرة الإرقاء[8].

---

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، د. مصطفى السباعي، ص181..

(2) (3) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص247.

(4) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط 1996، ص88.

(5) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص147.

(6) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط أفريل 1996.

(7) فقه السنة، ج2 دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع، ت ط 1998 لشيخ سيد سابق، ص102.

(8) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، د. حسن علي السمني، ت ط 1999/1998، ص 144.

إذ قد غلا في اشتراط الحرية إذا لم يجعل الحر الذي مسه الرق يوما أو مس أحد آبائه كفأ للحرة التي لم يمسها ولا آباءها رق أبدا.

وما نقله الشربيني عن السبكي من الشافعية بقوله: " وما جزم به المصنف من كون العتيق ليس كفأ للحرة الأصلية لا يساعده عليه الحرف ولا دليل فيبقى التوقف فيه "[2].

فلا يكون العبد ولو مبعضا كفؤا لحرة ولو كانت عتيقة لأنه منقوص بالرق، ممنوع من التصرف في كسبه غير مالك له ولأن الأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء كما يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب والحسب.

واشتراط الحنفية والشافعية أيضا حرية الأصل فمن كان أحد آبائه رقيقا ليس كفؤا لحر الأصل أو لمن كان أبوها رقيقا ثم اعتنق ومن كان له أبوان في الحرية ليس كفؤا لمن كان له أب واحد في الحرية، وأضاف الحنفية والشافعية أن العتيق ليس كفؤا لحرة أصيلة لأن الأحرار يعيرون بمصاهرة العتقاء كما يعيرون بمصاهرة الأرقاء.

والحنابلة قالوا: " العتيق كله كفؤ للحرة ".

أما المالكية فلم يشترطوا الحرية في الكفاءة، فقالوا: " في كفاءة العبد للحرة وعدم كفاءته لها " على الأرجح تأويلا المذهب أنه ليس بكفء والراجح كفء وهو الأحسن لأنه قول ابن هاشم[3].

الحرية أنها لا يكون العبد مكافئا للحرة لأن النقص والشين يلحق بالعبد لرقه ولأن نقص الرق وشينه بدناءة النسب فلا يكون العبد والمدبر والكاتب[4] كفأ للحرة بحال ويكون كفء لمثله ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد والله سبحانه وتعالى قال: بسم الله الرحمن الرحيم " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا وهل يستوون "[5] ولأن النبي(ص) خيّر بريرة حيث اعتقتها تحت عبده ولأن النقص بالرق ضرورة لأنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده عليه.

وقد ذكر الدكتور عبد الله عمر سليمان الأشقر، أن هذا الأمر كان سائدا في زمان غابر أي كان من مسه الرق أو مس أحد آبائه أميرا كبيرا أو ملكا كبيرا والمرأة دونه بكثير بحيث تفخر به وهي الحرة الأصل[6].

---

(1) فقه السنة، ج2 دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع، ت ط 1998 لشيخ سيد سابق، ص102.

(2) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط أفريل 1996، ص87.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص243.

(4) حقوق المرأة في الزواج، دار النشر الاعتصام، ص334.

(5) سورة النحل، الآية 75.

(6) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط أفريل 1996.

والحق أن الحرية معتبرة في الكفاءة في الرجل نفسه لا في آبائه وقد قال الدسوقي في الشأن نفسه " من كان من جنس الأبيض فهو كفء لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار وبه الشرف في عرف مصدرنا وما كان من جنس الأسود فليس بكفء لان النفوس على حد تعبيره تنفر منه ويقع به الذم للزوجة.

ورأي الدسوقي مرفوض بالنسبة لوهبة الزحيلي إذ أن مبادئ الشريعة تناقض هذا القول إذ لا تفرقة في أحكامها بين الناس بسبب اللون.

ولما اعتمده من عرف مصر هو عرف فاسد لمصادمته مبادئ الشريعة أو أنه مجرد أهواء نفيسة وميول خاصة لا يقرها الشرع[1].

**الفرع السادس: الكفاءة في السلامة من العيوب**

إن العيوب تكون مثبتة للخيار في النكاح كالجنون والجذام والبرص، إذ من كان به عيب سواء رجلا أو امرأة ليس كفؤا للسليم من العيوب وذلك راجع لأن النفس البشرية من طبيعتها تعاف صحبة من به بعض العيوب وبها يختل مقصود الزواج[2].

إذ رغم اختلاف مذاهب الفقهاء إلا أنهم عقدوا مباحث التباين حكم العيوب التي يجدها الزوج في زوجته وخصوا تلك العيوب التي لا يسهل اكتشلفه إلا بعد إبرام العقد أو تلك تحدث بعد العقد أي بعد مباشرة الحياة الزوجية.

بينما العيوب التي يعلم بها كل واحد من الزوجين قبل العقد أو العيوب الظاهرة التي لا تخفى فإنهم – الفقهاء- لم يتعرضون لها إذ أن مردها إلى رضى الطرف السليم بالمريض.

وكما بينوا الحل السليم لتبيان العيب المتمثل في إمكانية الفسخ بسبب العيب التي تحول دون إما:

1- استمتاع الزوج بالزوج المريض وهذا غالبا ما يكون خاص بالحياة الجنسية بين الزوجين

2- أو تتغير تلك العيوب، أي تحول دون المعاشرة والعشرة بكل معنى الكلمة كأن يكون المرض هو برصا جذاما جنونا[3].

إذ ان الشافعية والمالكية اعتبروا السلامة من العيوب إحدى خصال الكفاءة وعللوا لما ذهبوا إليه بان النفس تعاف صحبة من به عيب.

وقد حددوا العيوب إذ أن من به جنون أو جذام أو برص لا يكافئ ولو كانت مصابة بهذه الأمراض ولو كان ما بها أقبح لأن الإنسان من غيره ما لا يعاف من نفسه.

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 72/1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص243.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع،ط01، 72/1984 للدكتور وهبة الزحيلي، ص248.

(3) المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط أفريل 1996، ص89.

أما العيوب التي لا تثبت الخيار كالعمى وقطع الأطراف وتشوه الصور فلا تؤثر في الكفاءة على المعتمد عندهم كما ذهب بعضهم إلى أن كل ما يؤدي إلى فتور العاطفة الجنسية يؤثر في الكفاءة(1).

ولم يعتبر الحنفية والحنابلة السلامة من العيوب من شروط الكفاءة ولكنها تثبت الخيار للمرأة وأولياءها لأن ضرره مختص بها ولوليها من منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وهذا الرأي الاول لان خصال الكفاءة حق لكل من المرأة و لأوليائها[2].

ويضع ابن رشد قاعدة في هذا الشأن فيقول: " كل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة من الكفاءة "، كما أن الظاهرية لا يردون النكاح بعيب من العيوب مطلقا وأبو حنيفة وأبو يوسف يجيزان للزوجة فسخ النكاح إذا وجدت في الزوج مرضا يمنعه من الوطأ.

أما العيوب المنفرة فلا يجيزان لها فسخ النكاح بها والإمام محمد والطحاوي يمدان العيوب التي توجب الفسخ على كل عيب لا يمكن المرأة المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص.

إضافة إلى تلك العناصر السابقة نضيف هذين العنصرين:

I- العقـل: لم يتعرض له الفقهاء الأقدمون واعتمد المتأخرون اعتباره من الكفاءة، فالجنون ليس بكفء للعاقلة لأنه يفوت مصالح النكاح والناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من ذي الحرفة الدنيئة[3].

II- السـن: على الرغم من ان كثيرا من الفقهاء يقولون أن الشيخ كفء للشابة إلا أن الدكتور ابراهيم عبد الهادي النجار يرجح قول المعاكس الشابة ليس كفء لها إلا من يناسبها سنها.

إذ يقول الحنفية: " لا يزوج الرجل ابنته شيخا كبيرا ".

ويقول الحنابلة: " من التفضيل أن لا يتزوج الشيخ شابة وإياك أن تزوج ابنتك لشيخ فربما حملها ذلك على ما لا ينبغي ".

ويقول الشافعية: " إن الجاهل لا يكون كفأ للعالمة والكبير لا يكون كفأ للصغيرة وقد اعتبر أنه إذا كان أهلها علماء لا يجوز لهم أن يصاهروا جاهلا فكيف بها إذا كانت عالمة شابة فكيف أن تتزوج جاهلا أو كبيرا "

وساق الحديث الشريف لدلالته على السن كشرط الكفاءة:

عن بريدة رضي الله عنها قال: خطب أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فاطمة رضي الله عنها فقال الرسول(ص): " إنها صغيرة فخطبها علي رضي الله عنه فزوجها منه ".

وقال السندي في شرحه للحديث: قوله فخطبها على أي عقب ذلك بلا مهلة كما تدل عليه الفاء فعلم أنه لاحظ الصغر بالنظر إليها وما بقي هذا بالنسبة لعلي كرم الله فزوجها منه ففيه أن الموافقة في السن أو المقاربة مرعية لكونها أقرب إلى الألفة.

---

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية ، الدكتور مصطفى السباعي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ص182.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، ج07 ت ط1: 1984 للدكتور وهبة الزحيلي.

(3) شرح قانون الأحوال الشخصية ، الدكتور مصطفى السباعي، ج1 دار الثقافة والنشر والتوزيع، ص182.

من خلال العرض الذي استخلص مما هو مقدم يتبين ان الدين بمعنى التقي والصلاح هو الخصلة الوحيدة التي اشترك فيها كل المذاهب والذي جاءت النصوص آمرة فيه وهذا ما قاله ابن القيم : " الذي يقتضيه حكم الرسول(ص) اعتبار الكفاءة في الدين أصلا وكمالا فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر ولم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة أمرا وراء ذلك فإنه حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث ولم يعتبر نسبا ولا صناعة ولا غنى ولا حرفة[1].

وبالتفحص والتأمل في كلام أهل العلم يدل على أن المرجع الذي اعتمد في باقي خصال الكفاءة هو عرف الناس وعادتهم فكل ما عده الناس واعتبروه من الأنساب والأحساب والحرف ونحوها فإنه معتبر وما لا عبرة به فإنه

غير معتبر مثل ما جاء به الكاساني " لايكون الفقير كفأ للغنية لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا ".

وقوله أيضا: " التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعبير بالفسق أشد وجوه التعبير ".

وقال النووي: " ذكر في الحيلة أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع لان في بعض البلاد التجارة أولى من الزراعة وفي بعضها بالعكس ".

وقال أيضا: " الحرفة الدنية في الآباء والاشتهار بالفسق مما يعير به الولد والحق أن يعجل النظر في حق الآباء دنيا وسيرة وحرفة في خير النسب فإن مفاخر الآباء ومثالهم هي التي يدور عليها أمر النسب وهدا يؤكد اعتبار النسب في العجم ".

ونقل النووي عن المتولي قوله: " للعجم عرف في الكفاءة فيعتبر عرفهم ".

وقال الشربيني: " الخياط ومثله البزاز ليس كفأ لبنت قاضي وعالم نظرا للعرف ".

وقال أيضا: " قال في الأنوار: " إدا شك في الشرف والدناءة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنى فالمرجح عادة البلد ".

وقال ابن قدامة: " العرب يعدون الكفاءة في نسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعارا، فإن أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ".

وما هذا إلا فيض من فيض كلام أهل العلم الدال على أن العادة والعرف هما مرجع ذلك الذي يعتبر من غير الذي لا يعتبر في باب الكفاءة.

هذه هي خصال الكفاءة، أما ما يحداها من جمال والسن والبلد ليست معتبرة فالقبيح كفء للجميل والكبير كفء للصغير والجاهل كفء للمثقف أو المتعلم والقروي كفء للمدني والمريض كفء للسليم.

---

(1) **المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، ت ط أفريل 1996، ص91.**

لكن الأولى مراعاة التقارب بين هذه الأوصاف وخاصة السن والثقافة لأن وجودها أدعى لتحقيق الوفاق والوئام بين الزوجين وعدمها يحدث بليلة واختلافا مستعصيا لاختلاف وجهات النظر وتقديرات الامور وتحقيق هدف الزواج وإسعاد الطرفين.

وهذه الأمور المتعلقة باعتبار الكفاءة مخصصة للمرأة ولوليها إذ تمثل قمة السعادة الزوجية واستمرار وانتظام مصالحها لأن الحياة الزوجية لا تستقيم إلا بين متكافئين في الفكر عادة.

**المطلب الثاني: وقت اعتبار الكفاءة ومدى استمراريتها**

**الفرع الأول: وقت اعتبار الكفاءة**

إن الكفاءة شرط في ابتداء العقد إلا أنه لا يضار زوالها بعده فإذا كان الرجل وقت الزواج كفؤا للمرأة التي تزوجها ثم زالت الكفاءة عنه بأي سبب من الأسباب فلا يفسخ العقد بانعدام الكفاءة لأنها من الشروط التي يلزم وجودها في أول العمر ولا يشترط استمرارها لما يترتب على اشتراط الاستمرار من حرج لأن بقاء الشخص على حالة واحدة أمر نادر جدا[1].

كما أنه لا خلاف في أن وقت اعتبار الكفاءة هو وقت العقد أي أن يضمن الرجل أو الزوج أنه كفؤ وقت العقد تم بعد ذلك الوقت يخرج عن نطاقها " الكفاءة " فلا حرج في خروجه وهذا ما جاء في المادة 31 قانون سوري[2].

والأصل في الكفاءة تعتبر في جانب الرجل بمعنى يشترط فيه أن يكون كفؤ للمرأة وعلى وجه الاستثناء فقط تشترط أو تعتبر في جانب المرأة في حالتين فقط:

الحالة الأولى: أن يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها فتشترط كفاءة المرأة احتياطيا للصغير.

الحالة الثانية: أن يوكل رجل وكيلا عن نفسه بوكالة مطلقة ليزوجه بدون تعيين صفات وخصال المرأة التي يحبذها فيها، هنا يشترط أن يختار هذا لوكيل زوجته-امرأة- تكافئه[3].

واعتبار الكفاءة لمن جعله شرط لزوم للزواج إنما هو لصالح المرأة وتكريما وخوفا من أن تكره -المرأة- على زواج بمن لا ترضاه إذ لا تدوم العشرة وتحول من شأنها دون تحقيق أهداف الزواج المرجوة منه فتساعد على هدم بنية المجتمع الأولى ألا وهي الأسرة.

---

(1) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، الدكتور حسن علي السمني، ت ط1999

وجاء في المادة 31 " تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده ".

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، طبعة 05.

(3) حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية للدكتور إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ت ط 1995.

كما أن الكفاءة المطلوبة ومشترطة أن تكون قائمة عند العقد بحيث يؤثر فقدها في لزوم العقد كما سبق، فلو كانت قائمة حين العقد زالت ثم زالت بعده لم يكن للمرأة ولا للولي حق طلب الفسخ بحجة زوالها لأنها شرط ابتداء لا شرط بقاء[1].

واشتراط ذلك إذ كان يمنع الحرج عن الأولياء عند عقد الزواج ولا عار على المرأة ولا على أولياءها في تغيير حال زوجها فيما بعد.

أولا: من له حق الكفاءة:

إن الكفاءة حق للزوجة وحق لأوليائها[2] لأن المرأة أسيرة عند الرجل تخدمه ويستفرشها فكان والأولى والأنسب أن لا يخدم الشريف الوضيع ولا يستفرش الدنيء العالي، إذ قال أهل الفقه الرجل لا يستكف من وطء العالي والداني والسهل فلا يلحقه العار بشيء كيف ورسول الله(ص): " لا مكافئ له وقد تزوج من العرب إذ تزوج جارية أم إبراهيم وتسري بالإماء ولم يعب عليه صلى الله عليه وسلم في شيء من ذلك فكان للنساء الحق فيها[3].

لكن إذا رضي أحدهما الزوجة أو أوليائها بتفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه فإذا تزوجت الفتاة شخصا غير كفء فقد أسقطت حقها في كفاءة الزوج لها وبقي حق الأولياء الذين لهم حق الاعتراض إذا كان غير كفء وللقاضي حق الأولياء الذين لهم حق الاعتراض إذا كان الزوج غير كفء وللقاضي حق فسخ العقد إذا تأكد من ذلك[4].

والأمر نفسه بالنسبة للفتاة التي قصرت في البحث عن كفاءة أو عدم كفاءة من تقدم لخطبتها أي كأنها رضيت به على أي حال.

أما إذا زوجها وليها بعلمها وإذنها وبرضاها رجلا من غير بحث في كفاءته أو عدمها ثم تبين أنه غير كفء فليس للأولياء أو الزوجة حق طلب الفسخ.

لأنهم جميعا بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكأنهم رضوا به على أية حال[5].

---

(1) المادة 31: " تراعي الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده ".

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية ، الدكتور مصطفى السباعي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج01، ص188.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، طبعة 05، ص203.

(3) حقوق المرأة في الزواج، فقه مقارن، د. شيخ محمد بن عمر عتين، دار النشر الاعتصام، ص329.

(4) شرح قانون الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي، ص203.

(5) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، ت ن 1998-1999، الدكتور حسن علي السمني، ص198.

ثانيا: ترتيب الحق بين الأولياء ووقت سقوط حق الاعتراض:

إذا اختلفت مرتبة الأولياء فالكفاءة حق لأقربهم..فإذا رضي الأقرب بغير الكفء فلا حق للبعيد في الاعتراض وطلب الفسخ[1].

فإذا لم يرضوا فلهم أن يفرقوا بين المرأة وزوجها ما لم تلد أو تحمل حملا ظاهرا[2].

أ/ الأولياء المستوين في الدرجة دون البعض:

إن تعدد الأولياء الأقارب كالأخوة الأشقاء ورضا بعضهم بالزواج ولم يرض الآخرون كان رضا البعض مسقطا لحق الآخرين لأنه حق واحد لا يتجزأ لأن سببه واحد هو القرابة التي لا يقبل التجزئة بينما والقاعدة المقررة أن إسقاط حق الباقين قياسيا كله على الأحمق القصاص الثابت لجماعة[3].

ب/ إن تساووا في الدرجة:

كالإخوة أو الأعمام، كان الحق للأقوى قرابة فالأخ الشقيق أحق بالاعتراض من الأخ الأب والعم لأب أولى من العم لأم[4].

**الفرع الثاني: مدى استمرارية وقت اعتبار الكفاءة**

إذا زوجت الفتاة بغير كفء فإلى متى يستمر حق الولي بالاعتراض ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نذكر أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة وبالتالي حق إعتراض الولي يسقط إذا ولدت الزوجة وذلك حرمة للولد وصيانة لنسبه من الضياع وصاعدا ذلك فإن حق الولي باعتراض قائم لا يسقط والعقد صحيح[5].

وهذا ما جاء في المادة 30: " يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة " من القانون السوري وهذا ما يعادلها في المادة 23: " للقاضي عند طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج[6] من القانون الأردني.

أولا: عدم العلم بالكفاءة:

لقد بينت المادة 21 من القانون الأردني حالات عدم العلم وهي:

إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها برجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض وذلك لتقصير منهما في البحث فكأنهما رضيا بالزوج على أي حال أما:

---

(1) الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق، ت ن 1998-1999، الدكتور حسن علي السمني، ص198.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر- لبنان، الطبعة الثانية 1984 ج07، ص148.

(3) المرجع نفسه.

(4) شرح قانون الأحوال الشخصية ج01، الدكتور مصطفى السباعي.

(5) قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، الدكتور عبد الرحمن الصابوني، طبعة 05.

(6) موسوعة التشريعيات والإجتماعيات القضائية، قانون الأحوال الشخصية مؤقت رقم 1986/61، محامي: محمد أبو بكر.

إذا اشترطت المرأة أو وليها الكفاءة أو إذا أخبر الزوج حين العقد أنه كفؤ.

ففي الحالتين الأخيرتين إذا تبين أنه غير كفؤ فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج لكن إذا كان الزوج كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ[1].

ونص المادة 21 يقول: " إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ثم تبين أنه غير كفؤ فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير

كفؤ لكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي فسخ الزواج أما إذا كانت كفؤ حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ "[2].

ثانيـا: التغرير بالكفاءة:

إذا اشترطت المرأة أو الولي الكفاءة عند العقد أو إدعى الرجل أنه كفء ثم تبين بعد ذلك أن الكفاءة لم تكن قائمة عند العقد أو أن الزوج كان كاذبا في إدعاءه، كان لكل من المرأة والولي حق طلب الفسخ للتغرير الذي لازم العقد وأفقده حقيقة الرضا وإلى هذا أشارت المادة 32: " إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد "[3].

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مهامي عثمان، ص16.

(2) موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية لقانون الأحوال الشخصية قانون مؤقت رقم 61 سنة 1986، د. أبوبكر، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1999، ص14.

(3) شرح قانون الأحوال الشخصية ، الدكتور مصطفى السباعي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج02، ص188.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## الخاتـمـة

إن الله عز وجل قد شرع الزواج لحكمة جليلة سامية يرجى منه تلبية الغريزة الإنسانية بالطرق المشروعة حفاظا على الأخلاق والآداب والكرامة من جهة والحفاظ على الأنساب وعمارة الأرض بالذرية الصالحة من جهة أخرى.

بما أن الزواج عقد العمر، ذو آثار لا تدور في فلك أسريتها فحسب بل تتعداها إلى كل من يتصل بهما من قريب أو بعيد، قد حظي بمقدمات ومعايير تعارف عليها الناس ورسم حدودها الشرع والقانون معا وذلك لكي يتسنى العشرة بين الزوجان على بينة ويهنأ كل بالعيشة الراضية.

ولما كانت آثار الزواج تصيب المجتمع ككل، إذ مجمل المآسي التي ترتبت عن الحياة الزوجية بصفة خاصة في الغالب تعود مباشرة إلى سوء اختيار المرء لقرينته او سوء اختيار المرأة لشريك حياتها.

إذ لا بد من التريث وعدم الاهتمام بالمظاهر الزائلة بمرور الأزمان والانخداع بها مثل الجمال، المال، الأناقة ووضع الدين والاخلاق الحميدة الفاضلة في أثقل كفة من سابقيتها.

إذا بني عقد الزواج على أسس متينة كالدين والأخلاق حتما سيعمر طويلا وانجاب أولادا ذوي أخلاق حسنة، وبالتالي أجيال صالحة ساد الخير والهناء في كافة المجتمعات.

بينما إذا بني على أساس هش سريع الزوال بمجرد مرور الأيام فيسود سوء التفاهم وتستحيل العشرة بينهما والطلاق آت لا محال وتستعصي النتائج بوجود الأطفال الذين هم الضحية الأولى الذين ما فتئوا أن يهنئوا بالعيش في كنف والديهما اللذان غرتهما المظاهر وتنازلا عنهما كأنهما تنازلا عن شيء كمالي لا يهمهما إذا ما فقدوه أو كسبوه.

ويبقى الشارع وجهتهم الأولى الوحيدة واكتساب أمور لا يرضاها لا الخالق ولا المخلوق وبالتالي فساد المجتمع برمته.

إضافة إلى أنه يجب تسليط الضوء على بعض النقاط المهمة في المجال القانوني.

إذ بالنسبة لسن البلوغ في مسألة الزواج فإن القانون الجزائري قد حددها بسن 21 سنة للفتى و 18 سنة للفتاة وهذا العمر غير كافي في وقتنا الحاضر لما يتطلبه الزواج من وعي ونضج فكري وعاطفي ولأنه يترتب عن الزواج مسؤولية كبيرة وصعبة في نفس الوقت.

فالزوجة تصبح بعد عقد الزواج ربة منزل، وأم، وتقع على عاتقها مسؤولية تربية الأولاد في مثل هذا السن تفتقر إلى خبرة ومؤهلات التي تجعلها أم وزوجة، فكيف لطفلة أن تربي أطفال؟ والشأن نفسه بالنسبة للزوج.

إذن لابد من فرض أسس ومعايير تتماشى مع تطور المجتمع لإبرام عقد الزواج – التي من شأنها أن تساعد على التفاهم وحسن العشرة بين الزوجين مما يوفركنف سعيد ومؤهلات لتربية أجيال المستقبل.

# ملـحـــق

**صيغة رقم 48**

**دعوى طلاق للعنة**

إنه في يوم..... الموافق لـ.....

بناء على طلب السيدة /.....مسلمة–مصرية

والمقيمة /.....ومحلها المختار

مكتب الأستاذ /.....المحامي

أنا.....محضر محكمة.....الجزائية

انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل الإقامة: .....

السيد /.....المقيم.....

**الموضوع:**

الطالبة زوج للمعلن إليه بصحيح العقد الشرعي المؤرخ في.....ودخل بها وما تزال في عصمته وطاعته حتى الآن.

وحيث أن المعلن إليه لم يعاشرها معاشرة الأزواج حتى الآن ولا تزال بكرا وقد تبين لها أنه عنين لا يستطيع اتيانها رغم ما تحوطه به من حب وتجاوب وقد استمر على هذا الحال منذ انتقالها من بيت أسرتها إلى بيته وهي مدة تزيد على السنة أو أكثر.

وحيث أنه رغم تردد المعلن إليه على كثير من الاطباء للعلاج إلا أن الحالة كما هي.

وحيث أن الطالبة لم تعلم بهذا الهيب قبل الزواج ولم ترضى به بعد علمها.

وحيث أنها بالغة وهي شابة وفي عنفوان شبابها في هذه الحالة ما يعرضها للفتنة وهي تخشاها على نفسها.

وحيث أن القاعدة الفقهية تقضي بأنه لا ضرر ولا ضرار وفي امساك المعلن إليه للطالبة رغم حالته إضرار لها والله تعالى يقول: " لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ".

وحيث أن العنة من أسباب التطليق شرعا طبقا لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة المعمول به في الاحوال ش.

وحيث أن الطالبة طالبت المعلن إليه بتطليقها رفعا للضرر عنها ولكنه أبى دون حق شرعي.

الأمر الذي حق لها والحالة هكذا أن تلجأ إلى المحكمة طالبة الحكم بتطليقها منه طلقة بائنة.

بنـــاء عليـه

أنا المحضر سالف الذكر انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة المعلن إليه وسلمته صورة من هذه العريضة وكلفته بالحضور إلى محكمة.....الكلية الأحوال ش الدائن..... نفس

والكائن مقرها بشارع.....قسم.....محافظة.....وذلك بجلستها التي ستنعقد علنا في تمام الساعة 8 صباحا يوم:.....الموافق لـ.....

ليسمع الحكم عليه بتطليق الطالبة منه طلقة بائنة للضرر وأمره بعدم التعرض لها في أمور الزوجية بينهما مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ولأجل العلم.

**صيغة رقم 47**

**دعوى الطلاق لعيب في الزوج**

إنه في يوم..... الموافق لـ.....

بناء على طلب السيدة /.....مسلمة-مصرية

والمقيمة/..... ومحلها المختار.....

مكتب الأستاذ /.....المحامي.

أنا.....محضر محكمة.....الجزائية

انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل الإقامة:.....

السيد /.....المقيم.....

مخاطبا مع:

**الموضوع:**

الطالبة زوج المعلن إليه بصحيح العقد الشرعي المؤرخ في.....ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج ولا تزال على عصمته وفي طاعته حتى الآن.

وحيث أن الطالبة وبعد الدخول المدعى عليه وجدت به مرضا مستحكما لا يمكن الشفاء منه حيث أنه مصاب " يذكر المرض ومدى خطورته على الطالبة ".

وحيث أنها لم تكن تعلم بذلك المرض قبل الدخول بها ويلحقها ضرر مؤكد من ذلك المرض ولا تحتمل العشرة معه ولم ترضى صراحة أو حكما بعد علمها.

وحيث أن الطالبة طلبت المعلن إليه فور علمها بذلك المرض بتطليقها دفعا للضرر عنها فلم يقبل واخذ يماطلها.

حيث ان القاعدة الفقهية تقضي بأنه لا ضرر ولا ضرار وفي إمساك الطالبة من قبل الطالب رغم مرضه إضرار بها والله عز وجل يقول: " لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ".

وحيث أن المادة 09 من القانون 25 لسنة 1920 تنص: " للزوجة أن تطلب التفرقة بينهما وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها القيام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم يعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترضى به فإن تزوجته عالمة بالعيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو بدلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق ".

وحيث أنه والحالة هكذا يحق للطالبة إقامة هذه الدعوى

بنـــاء عليـه

أنا المحضر سالف الذكر انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة المعلن إليه وسلمته صورة من هذه العريضة وكلفته بالحضور إلى محكمة.....الابتدائية للأحوال الشخصية الدائرة.....نفس والكائن مقرها..... بشارع.....قسم..... محافظة.....وذلك بجلستها التي ستنعقد علنا في تمام الساعة 8 صباحا يوم:..... الموافق لـ.....

وذلك ليسمع الحكم عليه بتطليقها منه طلقة بائنة وأمره بعدم التعرض لها في أمور الزوجية مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

---

**الجامع في صيغ دعاوى الاحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، المحامي قمر محمد موسى ص 133-134-135**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## صيغة رقم 54

**دعوى بطلان عقد الزواج مسلمة بغير المسلم**

إنه في يوم..... الموافق لـ.....

بناء على طلب السيد /.....مسلم مصري

مقيم/..... ومحله المختار.....

مكتب الأستاذ /.....المحامي.

أنا.....محضر محكمة.....الجزائية

انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة

السيد /.....والمقيم.....

مخاطبا مع:

السيدة /..... والمقيمة.....

مخاطبا مع:

السيد الأستاذ/رئيس النيابة.....للأحوال الشخصية ويعلن بسلك النيابة

مخاطبا مع:

بتاريخ.....تزوج المعلن إليه الأول من المعلن إليها الثانية وحيث أن المعلن إليها الثانية مسلمة بينما المعلن إليه الأول يدين فقد وقع عقد زواجهما باطلا.

وحيث أن المقرر شرعا ألا تتزوج المسلمة بغير المسلم سواء كان مشركا أو من أهل الكتاب ولا ينعقد زواجهما أصلا ولا يثبت به نسب لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وأتوهم بما أنفقوا "

الممتحنة –10–

وحيث أن الطالب مسلم ويحق له أن يرفع مثل هذه الدعوى بطلب إثبات بطلان عقد الزواج سالف الذكر

حيث أنه قد طالب المعلن إليهما الأول والثانية بأن يفترقا إعمالا لشرع الله فلم يمتثلا.

حيث أنه لم يعلم بهذا الزواج قبل وقوعه أو هند إبرامه حتى يتخذ من الإجراءات التي تحول دون إبرام العقد فإن له أن يرفع هذه الدعوى بطلب إثبات عقد زواجهما وتفريقهما خشية لله مع ما يترتب على ذلك من آثار.

بنـــاء عليــه

أنا المحضر سالف الذكر انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة المعلن إليهم وسلمتهم صور من هذه العريضة وكلفته بالحضور أمام محكمة.....الإبتدائية الدائرة..... أحوال شخصية للولاية على نفس والكائن مقرها بشارع.....قسم.....محافظة.....

وذلك بجلستها التي ستنعقد علنا في تمام الساعة 8 صباحا يوم:.....الموافق لـ.....

ليسمع المعلن إليهما الأول والثانية الحكم عليهما، بطلان عقد زواجهما المؤرخ في..... مع ما يترتب على ذلك من آثار والتفريق بين المعلن إليه.....والسيدة/.....

وليباشر سيادة المعلن إليه الثالث الدعوى مع إلزام المعلن إليهما الأول والثانية بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة بحكم بالنقاد المعجل وطليقا من قيد الكفالة.

---

**الجامع في صيغ دعاوى الاحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، المحامي قمر محمد موسى.**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## صيغة رقم 56

**دعوى فسخ الزواج لعدم الكفاءة**

إنه في يوم..... الموافق لـ.....

بناء على طلب السيد /.....مسلم مصري

مقيم/..... ومحله المختار.....

مكتب الأستاذ /.....المحامي.

أنا.....محضر محكمة.....الجزائية

انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة كلا من:

السيدة /.....والمقيمة.....

السيد /.....والمقيم.....

مخاطبا مع:

الطالب والد الملعن إليها الأولى السيدة/

وقد فوجئ بزواجها من المعلن إليه الثاني السيد/

بتاريخ..... بدون علمه المسبق وبدون رضاه.

حيث أن المعلن إليها الأولى قد زوجت نفسها من المعلن إليه الثاني ودخل بها دون علم أهلها أو رضائهم وقد وقع هذا الزواج غير صحيح لعدم الكفاءة المعلن إليها الأولى من كافة الوجوه.....

وحيث أن المقرر في المذهب الحنفي إن الكفاءة شرط لصحة الزواج إذا عقد على المرأة بغير إذن وليها لقول الرسول (ص): " العرب بعضهم أكفاء لبعض.....إلا حائكا أو حجاما ".

ولما كانت المعلن إليها الأولى الحاصلة على.....بينما المعلن إليه الثاني لا يحمل مؤجلا.

وبينما هي من أسرة عريقة وتعيش في حي.....و والدها.....مشهور فهو من رجال الأعمال بينما المعلن إليه الثاني من أسرة فقيرة تعيش في حي شعبي هو حي.....

وحيث أن المنصوص عليه أن للولي الاعتراض في غير الكفء، وأن المفتي به عدم حدوث جواز العقد أصلا وأن للولي العصبة حق الاعتراض إذا زوجت نفس بأقل من مهر المثل، أن يفرق القاضي بينهما منعا للعار.

حيث ما رآه الفقهاء لا يصطدم مع حق الزوجة في اختيار زوجها ولا لأحد الاعتراض عليها متى وفقت في اختيارها وذلك حرصا على مستقبلها ورغبة في تدعيم حياتها الزوجية فإذا ما أباح الشارع الحكيم للعاصب أن يتقدم للقاضي معترضا على الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل حتى يتمه فإنه لا يكون قد صار على حقها، وإنما يكون قد نظر إلى المصلحة، وقد علم أن المرأة تستوفي وتذهب ضحية سذاجتها وتصديقها الوعود التي يتقدم بها الرجل حتى لما اعتبرته وعرفت أمره ظهر عيبه.

وحيث أن المعلن إليه الثاني قد تزوج المعلن إليها الأولى دون مهر المثل وهو دونها شيئا إذ أنها ذات حسب ونسب.

وحيث أن ذلك يحيق بالطالب ضررا بالغا ويسيء إليه اجتماعيا وأدبيا.

حيث أن الطالب هو والد المعلن إليها الأولى فأولى الناس بها ومن ثم يحق له طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفاءة.

بنـــاء عليـه

أنا المحضر سالف الذكر انتقلت في التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامته المعلن إليها وسلمت ملا منهما صورة من هذه العريضة وكلفتها بالحضور أمام محكمة.....الإبتدائية للأحوال الشخصية لدائرة..... نفس والكائن مقرها بشارع.....قسم.....محافظة..... وذلك بجلستها التي ستنعقد علنا في تمام الساعة 8 صباحا يوم:.....الموافق لـ..... ليسمعها الحكم بتفريقهما بالطلاق لعدم الكفاءة مع إلزامها بالمصاريف أتعاب المحاماة ولأجل العلم.

---

**الجامع في صيغ دعاوى الاحوال الشخصية للمسلمين والاجانب ، الطبعة الخامسة، الدكتور المحامي قمر محمد موسى، ص157-159-158**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## قائـمـة المـراجـــع


- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، تأليف الدكتور عمر سليمان الأشقر.
  دار النفائس للنشر والتوزيع- الأردن- الطبعة الثانية 1997.
- المعيار، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات الإسلامية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-الجزائر- العدد الأول نوفمبر 2001.
- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين، أستاذ في الشريعة الإسلامية كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2004، دار الجامعة الجديدة، 38 ش سوتير الأزاريطة.
- المجلة التشريعية والدراسات الإسلامية، السنة الحادية عشر العدد 28 ذو القعدة/ 16-14 أفريل 1996.
- الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق للدكتور حسن علي السمني ط1998-1999
- الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي، الجزء07 مجلد 04 ط 1409-1989.
- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية من فقه القرآن والسنة النبوية وآراء الفقه المعتمدة للدكتور ابراهيم عبد الهادي أحمد النجار، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع للدكتور أبو طالب محمدون باكو 1415-1995.
- حقوق المرأة في الزواج فقه مقارن، دار النشر دار الاعتصام للدكتور شيخ محمد بن عمر عتين دوّن تاريخ الطبعة.
- فقه السنة لشيخ سيد سابق، طبعة جديدة في جزء 02، دار البشير ط1997/01، ط1998/02.
- قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، ط05 عبد الرحمان الصابوني 1978-1979.
- قانون الأحوال الشخصية جزء 01 الزواج وانحلاله، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الحجري.
- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج04 قسم الأحوال الشخصية الدكتور عبد الرحمان الجزيري، دار الحياء التراث العربي.
- كتاب شرح قانون الاحوال الشخصية ج01، دار الثقافة والنشر والتوزيع للدكتور مصطفى السباعي.
- موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية لقانون الأحوال الشخصية، قانون مؤقت رقم 61 عام 1986 للدكتور محمد أبوبكر، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1999.

# البحث الثاني: استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب

## خطة البحث

*التمهيد

* **المبحث الأول** : ماهية البصمة الوراثية

– **المطلب الأول** : الدراسة العلمية للبصمة الوراثية

**الفرع الأول** : مدلول البصمة والوراثية وخصائصها

**الفرع الثاني** : اكتشاف البصمة الوراثية

– **المطلب الثاني** : أهمية البصمة الوراثية في الإثبات

**الفرع الأول** : أهميتها في المجال الجزائي

**الفرع الثاني** : أهميتها في المجال المدني

– **المطلب الثالث** : الأحكام القضائية للبصمة الوراثية

**الفرع الأول** : في تشريعات الغربية

**الفرع الثاني** : في تشريعات العربية

* **المبحث الثاني** : استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب

– **المطلب الأول** : إثبات النسب

**الفرع الأول** : إثبات النسب في الشريعة الإسلامية

**الفرع الثاني** : إثبات النسب في التشريع

– **المطلب الثاني** : دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

**الفرع الأول** : ضوابط إجراء البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب

**الفرع الثاني** : علاقة اللعان للبصمة الوراثية

– **المطلب الثالث** : مجالات استعمال البصمة الوراثية

**الفرع الأول** : إثبات هوية المفقودين

**الفرع الثاني** : استعمالها في مجال الاقتصاد والتأمين

– **الخاتمة**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**تمهيد :**

يتميز عصرنا بالتطور المذهل لاسيما في المجال البيولوجي ، وقدرته على استحداث تقنيات في المعرفة العلمية ،إذ تمت في السنوات الأخيرة ثورة كان سببها التطور البيولوجي الذي ساير التطور التكنولوجي، انجرت عنه تقدما سريعا، ولقد تطور علم البصمات تطورا مذهلا فلم تقتصر البصمة على أصابع اليد فقط بل توصل علماء الأدلة الجنائية إلى التعرف على الشخص من بصمات عينيه وأذنيه وأسنانه ولا يزال علم البصمات يتقدم بسرعة مذهلة من أجل الوصول إلى تحقيق المطابقة بين الحقيقة الواقعية والقانونية تحقيقا للعدالة، حتى إن التقدم العلمي كشف خصائص أخرى قد تكون أسهل وأدق وأشد حسما من جميع البصمات السابقة ولعل البصمة الوراثية أصبحت الآن أشهر هذه الخصائص من أجل التعرف على هوية الشخص ، ومن ثم التوصل إلى معرفة مقترفي الجرائم وإلحاق نسب الأبناء بآبائهم .

كل ذلك كان باعثا لطرح عدة الإشكالات :

– ما مدى حجية البصمة الوراثة في الإثبات، وهل يجوز للقاضي أن يكتفي بقرينة البصمة الوراثية كدليل لإثبات دون بقية القرائن أخرى ؟

ما هو الأساس التشريعي الذي يعتمد عليه القاضي لتكريس تقنية البصمة الوراثية كدليل لإثبات قانوني ؟

ونظراً لما سلف ذكره ارتأينا معالجة هذا الموضوع وفق الخطة التالية :

**– المبحث الأول : ماهية البصمة الوراثية**

وسيتم التطرق في هذا المبحث للبصمة الوراثية من حيث تعريفها والعوامل التي ساعدت على ظهورها بالإضافة إلى أهميتها لكونها أصبحت تأخذ كدليل اتهام في المحاكم والبصمة الوراثية للإنسان هي أصل كل العلامات الوراثية الموجودة في الجنين منذ بداية نشأته وتكوينه وهي التي تحدد نوع فصيلة دم الجنين ونوع بروتينه وأنزيماته وشكل بصمات الأصابع ولون البشرة ، كما أنها تتحكم في وظائف جميع الخلايا التي لا تحصى ومتى حدث أي خلل

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

في الحامض النووي ينعكس على الإنسان في شكل مرض أو عاهة ، ويمكن إجراء تجارب الحامض النووي على جميع السوائل والمواد البيولوجية كالشعر والجلد ومختلف الأنسجة [1]

– **المطلب الأول** : – الدراسة العلمية للبصمة الوراثية :

لقد تطورت وسائل الإثبات عبر العصور إلا أن توصل العلم إلى إثبات بواسطة بصمة الأصبع في أواخر القرن التاسع عشر وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ العالم " برك نجي " أستاذ التشريح وعالم وظائف الأعضاء بجامعة " بيرسلاو" ببولندا الذي لاحظ أن جلد الأصابع يحوي بروزات ذات أشكال معينة.

وفي عام 1892 أثبت السيد " فرنسيس جالطون " أن صورة البصمة لأي أصبع تعيش مع صاحبها طول حياته فلا تتغير [2] .

وقد استعملت البصمة الإصبعية رسميا لأول مرة في انجلترا سنة 1884 إذا أن بشرة الأصابع لدى الناس جميعا مغطاة بخطوط على ثلاثة أنواع : أقواس أو عروتا أو دوامات بمعنى دوائر متحدة المركز وكذلك يوجد نوع رابع يشمل جميع الأشكال ويسمى المركبات [3] هذه الحقيقة جاء بها القران الكريم قبل أثني عشر قرنا ونصف القرن مصداق قوله تعالى في سورة القيامة الآية( 1–4 )

قال تعالى " لا أقسم بيوم القيامة ولا اقسم بالنفس اللوامة أيحسب الإنسان ألن نجمع عظامه بلى قادرين على أن نسوي بنانه . " [1]

فالله سبحانه وتعالى بين للذين ينكرون البعث واليوم الأخر لأنه قادر على جمع عظام الإنسان بعد أن تبلى وتصير تراب وتتفرق بل أكثر من ذلك فإن الله قادر على إعادة خلق أصابع الإنسان وإرجاعها إلى ما كانت عليه الدنيا .

---

[1] الدكتور / منصور عمر معايطة : الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ، طبعة 2000 ، المركز الوطني للطب الشرعي، عمان ، ص 79 .

[2] مجلة الشرطة : عدد 65 ،أبريل 2002 ،من موسوعة الدكتور: أحمد زكي ،بصمات الأصابع بين الشرطة والعلم – البصمات مسجلة الموثق عدد 07 لعام 1999 .

[3] جريدة أخر الساعة : العدد 1226 ليوم 28 /10 /2004 ، تحت عنوان: اختلاف بصمات الإنسان.

[1] الآية : (1–4) من سورة القيامة.

ولذلك فإن البصمة تعد دليلا قاطعا ومميزا لشخصية الإنسان ومعمول به في كل بلاد العالم ويعتمد عليه القائمون على تحديد القضايا الجنائية لكشف المجرمين وقد يكون هذا هو السر الذي خصص الله تبارك وتعالى من اجله البنان وفي ذلك يقول العلماء لقد ذكر الله البنان ليلفتنا إلى عظمة قدرته حين أودع سرا عجيبا في أطراف الأصابع وهو ما نسميه بالبصمة . [2]

– بداية ما هو أل DNA ؟

**(DNA)** : هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي التي تجعلك مختلفا، إنها الشفرة التي تقول لكل جسم من أجسامنا : ماذا ستكون ؟ ! وماذا ستفعل عشرة ترليونات (مليون مليون) من خلايا ؟ !

وطبقا لما ذكره العالمان " واطسون " " وجريح " في عام 1953 فإن جزئي الحمض النووي "(DNA)" يتكون من شرطين يلتفان حول بعضهما على هيئة سلم حلزوني ويحتوي الجزئي على متتابعات ، من الفوسفات والسكر ودرجات هذا السلم تتكون من ارتباط أربع قواعد كيميائية تحت أدينين

A– ثايمين T – سيتوزين C – وجوانين G– ويتكون هذا الجزئي في الإنسان من نحول ثلاثة بلايين ونصف بليون قاعدة.

كل مجموعة ما من هذه القواعد تمثل جينا من المائة ألف جين الموجودة في الإنسان إذا فبعملية حسابية نجد أن كل مجموعة مكونة من 2.200 قاعدة تحمل جينا معينا يمثل سمة مميزة لهذا الشخص ، هذه السمة قد تكون لون العين أو الشعر أو الذكاء أو الطول ، سمة واحدة إلى مجموعة من الجينات لتمثيلها[1]

**الفرع الأول : مدلول البصمة الوراثية**

المعروف علميا أن بناء جسم الإنسان يبدأ باندماج خليتين متشابهين في الصغر "نطفتين " إحداهما مذكرة "حيوان منوي" والأخرى مؤنثة " بويضة " وينتج عن اندماج هاتين النطفتين نطفة مختلطة بالانقسام فتكرر نفسها مرات

---

[2] www.khayma.com

[1] http://www.alhandasa .net/ forum /showthread.php?t=133953

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

عديدة من اجل بناء جسم الإنسان بكافة خلاياه المتعددة وأنسجته المتخصصة وأعضاءه المتوافقة التي تعمل مع بعضها البعض بانتظام دقيق وأول ما ينقسم من الخلية الحية نواتها التي تحتوي على عدد من الجسيمات متناهية في الدقة تعرف باسم الصبغيات "كروم وزوم" وهي تتكون من تجمعات الحمض النووي DNA في شكل DNA إن DNA هو العنصر المكون بخصائص الوراثية للإنسان عندما يلتقي المني مع البويضة فإن أل ADN لكل من الأب والأم يتحدان. [2]

– كيف تحصل على البصمة الوراثية ؟

– كان الدكتور " أليك " أول من وضع بذلك تقنية جديدة للحصول على البصمة الوراثية وهي تتلخص في عدة نقاط هي :

1– تستخرج عينة أل (DNA ) من نسيج الجسم أو سوائله مثل الشعر أو الدم أو الريق

2– تقطع العينة بواسطة أنزيم معين يمكنه قطع شريطي أل (DNA ) طوليا فيفصل قواعد الأدنين "A" و "الجوانين G " في ناحية ، و "الثايمين T" و" الستيوزين C " في ناحية أخرى ، ويسمى هذا الإنزيم بالآلة الجينية أو المقص الجيني .

3– ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى بالتفريع الكهربائي وتتكون بذلك دارات طولية من الجزء المنفصل عن الشريط تتوقف طولها على عدة المكررات.

4– تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية "X –ray - film" وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية ورغم أن جزئي أل"(DNA)" صغير إلى درجة فائقة (حتى أنه لو جمع كل أل"(DNA)" الذي تحتوي عليه الأجساد سكان الأرض لما زاد وزنه عن 36 ملجم) فإن البصمة الوراثية تعتبر كبيرة نسبيا وواضحة .

ولم تتوقف أبحاث دكتور "أليك " على هذه التقنية بل قام بدراسة على إحدى عائلات يختبر فيها توريث هذه البصمة ، و تبين له أن الأبناء يحملون خطوطا يجيء نصفها من الأم، والنصف الأخر من الأب وهي مع بساطتها تختلف من شخص لأخر.

---

[2] مجلة حماة الوطن : عدد 465-204 ، الكويت ، الدكتور/ نبيل سليم : البصمة الوراثية و تحديد الهوية .

– يكفي لاختبار البصمة الوراثية نقطة دم صغيرة ، بل إن شعرة واحدة إدا سقطت من جسم الشخص المراد ،أو لعاب سال من فمه أو أي شيء من لوازمه ، فإن هذا كفيل بان يوضح اختبار البصمة بوضوح كما تقول أبحاث دكتور "أليك " .

قد تمسح إذا بصمة الأصابع بسهولة ولكن بصمة أل"(DNA)" يستحيل مسحها من ورائها وبمجرد المصافحة قد تنقل أل"(DNA)" الخاصة بك إلى يد من تصافحه. [1]

ولو كانت العينة أصغر من المطلوب ، فإنها تدخل اختبارا أخر، و هو تفاعل إنزيم البوليميريز (pcr) والذي نستطيع من خلال تطبيقه مضاعفة كمية أل"(DNA)" في أي عينة ، ومما وصلت إليه هذه الأبحاث المتميزة أن البصمة الوراثية لا تتغير من مكان لأخر في جسم الإنسان فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج ، فالبصمة الوراثية التي في العين تجد مثيلتها في الكبد والقلب والشعر وبذلك– دخل دكتور. "أليك جيوفويز" التاريخ وكانت أبحاثه من أسرع الاكتشافات تطبيقا في كثير من المجالات.

**خصائص البصمة الوراثية :**

**– تتميز البصمة الوراثية بالعديد من الخصائص الثابتة منها :**

1– يمكن استخلاص هذه البصمة من أي مخلقات البشرية السائلة مثل: الدم ،اللعاب ،المني أو أي أنسجة مثل: الجلد والشعر ويمثل الشعر بأنواعه إحدى مصادر البصمة الوراثية باعتبار أن الشعرة أو بصلتها يحتويان على خلايا البشرية كما يعتبر اللعاب أحد مصادر البصمة الوراثية. [1]

2– الحامض النووي يقاوم عوامل التحليل والتعفن لفترات طويلة تصل إلى أشهر [2] أي أن الأثر الأولي المتروك والذي عن طريقه سيتم عمل البصمة الوراثية التي تحتفظ ببعض خصائصها لفترة من الزمن ، حيث تقاوم عوامل

---

http://www.alhandasa .net/ forum /showthread.php?t=133953

[1] الدكتور / منصور عمر معايطة : من الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ، طبعة 2000 ،المركز الوطني للطب الشرعي ، عمان ، ص 08

[2] الدكتور / منصور عمر معايطة : من الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ، طبعة 2000 المركز الوطني للطب الشرعي ، عمان ، ص 80

الحرارة والرطوبة والمثال على ذلك يمكن العلماء من استخلاص أل"(ADN)" من عينات قديمة تصل أعمارها إلى أكثر من 30 سنة كقضية الدكتور " سام شيرز" .

حيث ارتكبت جريمة عام 1955 ولم تؤخذ عينة أل"(ADN) هذا الدكتور إلا سنة 1998 بعد وفاته بعدة أعوام، كما أستطع العلماء استخلاصها من المومياء الفرعونية.

3- أصبح الآن معترف بالبصمة الوراثية وأصبحت الدليل نفي وإثبات وتم اعتمادها في مجمل المخابر الشرطة العلمية وفق مناهج تحليل دقيقة .

4- يمكن استخلاص البصمة الوراثية من الحامض النووي من أي خلية في جسم الإنسان ماعدا خلايا الدم الحمراء التي لا يوجد بها حامض نووي .

5- تظهر البصمة الوراثية على هيئة خطوط عريضة تشهر قراءتها وحفظاها في الكومبيوتر لجني الحاجة إليها للمقارنة كما هو الحال في بصمات الأصابع .[3]

**الفرع الثاني** : اكتشاف البصمة الوراثية

خلال العشرين عام الماضية سبب التقدم العلمي الرائع في التكنولوجية ومعه التيارات العلمية الجديدة في ثورة مدهشة في البيولوجيا [1] وهي ثورة اكتشاف المادة الوراثية وثورة اكتشاف إنزيمات التحديد التي تقوم بعض أل"(ADN) في مواقع محددة وبدأت الثورة الأولى عندما اكتشف العلماء أن الحمض النووي هو المادة الوراثية .

وأهم اكتشافات العلمية التي كان لها الفضل في ظهور البصمة الوراثية سنة 1866 من خلال التجربة التي أجرها الراهب النمساوي "جري جور يوهان منديل" "Gregor **youhan** Mandel" على نبات البازلاء من خلال عملية التهجين وتوصل إلى تفسير وراثة الخصائص البيولوجية في كائنات الحية لكن تجاربه لم تنشر ، و في 1900 أعاد

---

[3] الدكتور / منصور عمر معايطة : الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي ،طبعة 2000 ، المركز الوطني للطب الشرعي ، عمان ، ص81

[1] دانيال كفلس وليروي هود : الشفرة الوراثية ، ترجمة الدكتور / أحمد المستجير. بدون طبعة ، ص 65 .

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

كل من "ذي فريزر – وليام وتسوون " اكتشاف قوانين منديل ثم بينوا وبسرعة أن العوامل سائدة ومتنحية أي تحكم الوراثية في كائنات أخرى .

– 1910 أثبتت تجارب توماس هانت مورقان أن الجينات تقع على الكروم زومات وقد يرتبها مع بعضها في انتقال الوراثي أو تنسب إلى بعضها في التعبير الكيميائي وكان هو الذي أعدى أول خريطة للجينات الموجودة على كروم زومات حشرة ، فاكهة ، الدروسوفيلا.

– 1933 تم التوصل إلى الكروم زومات مقسمة في شكل سلسلة حلقات ووجد أن هذه الحلقات تمنح لكل زوج من الكروم زومات نموذجا مميزا.

– 1938 ظهور مصطلح العلمي بيولوجيا الجزئية.

– 1943 ظهور نظرية جين لكل أنزيم التي ربطت الكيمياء الحيوية وعلم الوراثة وهي تعرف بي " فعل الجينة" .

– 1944 حدث تحول جدري في فهم الجينات حيث أثبتوا أن الجينات تتركب من الحمض الري بزي "(ADN)" .

– 1953 توصل كل من "واطسون وكريك" إلى تركيب الجزيئي الثلاثي الأبعاد "(ADN) لولب مزدوج وكما تم التعرف على بنية أل"(ADN) التي سبق ذكرها .

– 1970 تمكن " وارتد أربي " – "دانيال نتناس " "وهاملتون " "سميت " من اكتشاف أول أنزيم محدد (قص خاص) كما يسمى بالقص الجيني الآلة الجينية .

– 1985 تم اكتشاف البصمة الوراثية من طرف (أليك جيفي ريس) الذي أوضح في بحثه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة وتوصل بعد عام إلا أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوأم المتماثلة فقط وأطلق على اسم التشابهات "البصمة الوراثية للإنسان" وكان لهذا الاكتشاف أهمية قسوة في حل الكثير من المشاكل المتعلقة بالتعريف الجنائي والأمراض الوراثية وعلاجاتها ،

و "وعرف" البصمة الوراثية للإنسان "THE DNA FINGERPRINT" على أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص عن طريق مقارنة مقاطع (DNA) وتتسمى في بعض الأحيان الطبيعة الوراثية "DNA Typing " .[2]

**المطلب الثاني : أهمية البصمة الوراثية في الإثبات**

إن للبصمة الوراثية أهمية كبيرة في المجال الجنائي وفي قضايا إثبات النسب والعديد من الجوانب الحيوية في الموضوع ولهذا سيتم التطرق إلى أهميتها في المجال الجنائي وأهميتها في المادة المدنية .

**– الفرع الأول : أهميتها في المادة الجنائية**

لقد ساهمة البصمة الوراثية في تنوير العدالة بكثير من الحقائق [1] كما كان لها الفضل في التعرف على المجرمين ويتضح ذلك فيما يلي :

– معرفة هوية الجاني بتحديد البصمة الوراثية للبقع الدموية الموجودة في مسرح الجريمة أو الموجودة على لباس المتهم أو المجني عليه [2].

– التعرف على هوية المجرمين في الجرائم الجنسية ويتم ذلك بواسطة البصمة الوراثية للسائل المنوي الذي يرفع عن الملابس المجني عليه أو الأماكن الحساسة للمجني عليها أو المجني عليه ومقارنتهما بالبصمة الوراثية للمتهم .

**– الفرع الثاني : أهميتها في المادة المدنية**

الإثبات له أهمية بالغة في مجال المدني وخصوصها في إثبات البنوة ونركز اهتمامنا على هذا الأخير لأنه حق الطفل في النسب بأن يكون له أب ، والأم معروفان ومن أهم حقوقه في الشريعة الإسلامية التي يثبت فيها نسب الطفل بثلاث طرق : الفراش ، الإقرار ، والبينة وهي في مجموعها ستظهر حرص الشريعة الإسلامية على أن يثبت الطفل بأسهل الطرق، والطريق المألوف لثبوت النسب هو الفراش لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر

---

(2) دانيال كفلس وليروي هود : الشفرة الوراثية ، ترجمة الدكتور / أحمد المستجير ، بدون طبعة

http ://www.alhandasa .net/ forum /showthread.php ?t=133953

[1] الدكتور / منصور عمر معايطة : الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، طبعة 2000 ، المركز الوطني للطب الشرعي ، عمان ، ص 47

[2] الدكتور/ رمسيس بهانم : البوليس العلمي و فن التحقيق ، طبعة 1996 ، ص 151

الحجر" [3] ، فالولد يصير ابنا للرجل والمرآة إن ولد على فراشها مع انه من حق الرجل نفي نسب الطفل المولود على فراشه مع العلم أن هناك ثلاث أنواع للفراش المثبت للنسب هي:

1- **الفراش بعقد صحيح** : يثبت هذا النوع بمجرد وجود عقد نكاح استوفى كل أركانه وشروطه الشرعية ، المادة 40 من قانون الأسرة : " يثبت النسب بالزواج الصحيح " .

2- **الفراش بعقد فاسد** : إن عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الصحة يكون فاسد وأنه لا يترتب عليه أثر من أثار الزواج إلا بالدخول الحقيقي.

3- **الفراش بشبهة** : وهي كل ما لم يتيقن من كونه حراما أو حلالا وقد تكون نتيجة في الفعل أو عدم المعرفة كحديث العهد بالإسلام وأيضا تتوفر تلك الشبهة في كل نكاح اختلف في صحته ووقع الدخول فيه بوجود دليل معارض لتحريم الذي وإن كان ضعيفا ولم يوجد إلا انه وجد شبهة في الدخول وهذه الطريقة الأولى لإثبات النسب إلا انه وجدة طرق الأخرى وهي الإقرار أو الاعتراف ويعني به الاعتراف بشيء وتثبته والأصل في إقرار الحقوق العباد الوجوب في ذلك الإقرار بالنسب الثابت لكي لا تضيع الأنساب[1].

- **المطلب الثالث : الأحكام القضائية للبصمة الوراثية**

ما موقف التشريعات من موضوع البصمة الوراثية ومدى الاستفادة منها في مجال الإثبات

- **الفرع الأول: التشريعات الغربية**

- **التشريع الفرنسي** : يمنع القانون في فرنسا إجراء أل "(ADN)" على أي شخص دون أمر قضائي ويجرى في مخابر مختصة حيث يتم استدعاء الشخص لحضور عملية الفحص مرتين متتاليتين ثم يحرر محضر بذلك وتعد فرنسا أول دولة التي شرحت في البحث عن الأسباب عن طريق فحص

---

[3] البخاري (6670 ) ومسلم (3570) من حديث أبي هريرة

[1] الدكتور/ مصدق محسن: مقاصد الشرعية وقضايا بيولوجية ، بدون طبعة ، المعهد الأعلى لأصول دينية ، جامعة الزيتونة ، ص 45

أل "(ADN)" وقانون 17 جوان 1998 المادة 26 المتعلق بالوقاية ومكافحة المخالفات الجنسية وذلك من أجل حماية القصر ، وهذا القانون وضع حجر الأساس لحفظ البصمات الوراثية في الكمبيوتر وفي هذه الفترة كانت البصمة الوراثية محصورة على جرائم الجنسية [2] .

– **التشريع الألماني** : أوصى القضاء في تقرير أعدته لجنة التحقيق برلمانية سنة 1987 على وجوب إسناد فحص الحمض النووي إلى أساس قانوني صريح من أجل استبعاد إمكانية استعمال العينة المأخوذة لأغراض وضيفة وأوصت اللجنة البرلمانية على وجوب وضع تدابير ضد التعسف وفي هذا الصدد نصت على ضمانات التالية :

1 – لا يجوز لغير القضاء أن يأمر بإجراء الخضوع لعملية الفحص.

2 – أن يجرى الفحص سوى انطلاقا من عينة خلوية معينة للمتهم.

3 – أن لا يأمر بهذا إجراء سوى عندما تتطلبه ضرورة الكشف عن الحقيقة وإشارة العادلة.

4 – أن لا يجرى هذا الفحص سوى في مخابر الشرطة العلمية.

– **التشريع الايرلندي** : أجاز القانون ايرلندي سنة 1989 إجراء اختبار الجسماني على المتهم عندما تكون الوقائع المنسوبة إليه معاقب عليها بالحبس الاحتياطي مهم كانت العقوبة المقررة للجريمة التي توبع المتهم من أجلها ويوجب القانون على أن يؤسس أخذ العينات من الجسد على الجرائم الخطيرة وأن ينحصر في الدم والبول واللعاب ولا يسمح القانون بإجبار المتهم على ذلك بل أنه يوجب أن يعبر المعني صراحة على رضاه كتابة [1] .

*** الفرع الثاني : التشريعات العربية :**

– **التشريع العراقي** : لقد نظر القانون العراقي في المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن حكام التحقيق أو محاكم أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على تمكين من الكشف على جسمه أو قليل من دمه أو أظافره أو غير ذلك بما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم ومفاد كل ذلك أن المشرع العراقي أجاز تحليل الدم .

---

[2] الدكتور/ نوري عبد العزيز: مجلة الشرطة ،عدد 65 – 2004/02/02 ،البصمة الجنسية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية .

[1] الدكتور/نوري عبد العزيز : البصمة الجنسية ودورها في إثبات في المادة الجزائية ، ص 49

– **التشريع الكويتي** : إن المتتبع للقانون الكويتي لا يكتشف من نص صراحة على وجوب الخضوع لعملية التحليل الخاصة بالبصمة الوراثية إلا أنه وبالرجوع إلى قانون الخبرة لاسيما في مادته 11 التي تنص على أن : " أن تخلف الخصم على تنفيذ قرارات الخبير بغير عذر لجأ الخبير إلى المحكمة التي تسلط عقوبة مالية تتمثل في غرامة لا تقل عن 5 دنانير ولا تزيد عن 20 دينار " وذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له نفس القوة التنفيذية للأحكام ولا تقبل الطعن بأي طريقة ولكن للمحكمة أن تعفي المحكوم عليه من الغرامة أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا .

– **التشريع الجزائري** : نجد أن القانون الجزائري ساير توافق القوانين التي تجيز عمليات أخذ الدم وأجاز صراحة الأخذ بهذه العمليات واعتبارها كدليل لإثبات في مسائل الجنائية.

ففي حقيقة الأمر إن المشرع لم يتحدث عن البصمة الوراثية ولكن داخل المخبر نجد أن كل المهندسين على دراية بكل تطورات ومتيقنين بضرورة مسايرة هذا التطور غير انه توجد مساءل قانونية تفترض هذه الطريقة ونذكر منها : السلامة الجسدية ، حرمة الحياة الخاصة [1] .

**المبحث الثاني : استخدام البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب**

**المطلب الأول : إثبات النسب**

تعتبر مشكلة إثبات النسب من مشكلات اجتماعية التي تشغل اهتمام الفقهاء والقضاء ومع التقدم العلمي المذهل في تطبيقات الهندسية الوراثية باتت قضية إثبات النسب بالبصمة الوراثية وتداعياتها من قضايا التي تحتاج إلى اجتهاد فقهي عاجل .

والنسب في اللغة يطلق على معان عدة أهمها : القرابة والالتحاق ، لقول : فلان يناسب فلان فهو نسيبه أي قريبه ، ويقال : نسبه في بني فلان ، أي قرابته فهو منهم ، نقول : أنتسب إلى أبيه ، أي ألتحق به وقيل إن القرابة في النسب لا تكون إلا لآباء خاصة .

وتنحصر أسباب النسب في الإسلام في أصلين هما النكاح و الاستيلاء لقوله تعالى "وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم [1]" (صورة النساء الآية 23 ) فدلى على أن الابن لا يكون ابنا إلا أن لا خلاف بين الفقهاء أن النسب

---

[1] الدكتور / نوري عبد العزيز: البصمة الجنسية ودورها في إثبات في المادة الجزائية ، ص 49

[1] الآية : (23) من سورة النساء .

الشرعي لا يثبت في حال قيام النسب مع الواقع الحسي كما لو ادعت المرآة نسب طفل لزوجها الصغير الذي لا يولد لمثله وكذا لو أتت قبل مضي سنة أشهر من الزواج .

**- الفرع الأول : إثبات النسب في الشريعة الإسلامية**

- ويثبت النسب في الشريعة الإسلامية بالطرق التالية :

**1- الفراش** : وهو تعبير مهذب عن حالة اجتماع الرجل بالمرآة حيث تكون المرآة كالفراش لزوجها ولما كان التحقق من حالة (الجماعة) بين الزوجين شبه متعذر لكونها مبنية على الستر اكتفى الجمهور بمظنة الدخول خلافا للحنفية الذين اكتفوا بعقد النكاح واعتبروا المرآة فراشا لزوجها يثبت به النسب وذهب بعض المتأخرين كابن التميمة و ابن القيم إلى اشتراط الدخول المحقق وعدم الاكتفاء بمظنة

الدخول وإثبات النسب عن طريق الفراش مجمع عليه بين فقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم:

"الولد للفراش" [1] .

**2- الإستلحاق** : وذلك بأن يقر المستلحق بان هذا الولد ولده وأن هذا أخوه أو أبوه وغير ذلك وقد أشترط العلماء لإستلحاق شروطا أبرزها أن المقر له بالنسب لمن يمكن نسبه من المقر، فلو أقر من عمره عشرون بالبنوة من عمره خمسة عشر لم يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة و عقلا .

**3- البينة** : وقد أجمع الفقهاء على أن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه و يكفي في ذلك الاستفاضة بمعنى الشهادة بالسماع بان يشتهر الأمر بين الناس حتى يصير معروفا بينهم ويقول جمع كبير من الناس : سمعنا أن فلان ابن فلان .

**4- القيافة** : وهي مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه ، يقال : فلان يقوف الأثر ويقتافه والقائف هو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بابيه وأخيه والمراد بها هنا الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود .

وقد ذهب الحنفية إلى اعتبارها ضرب من الظن وتخمين بينما ذهب جمهور العلماء بأخذ بها لدلالة النسب

---

[1] البخاري (70-66) ومسلم (70-35) من حديث أبي هريرة

- **الفرع الثاني : إثبات النسب في التشريع :**

إن أهم ما يترتب عن الزواج من أثار هو إثبات النسب المولود إلى والده وتضمنت المادة 40 قانون الأسرة الجزائري هذه الطرق وأضافت إليها كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لمواد 32 – 33–34 من قانون الأسرة الجزائري .

– **ثبوت النسب بالزواج الصحيح** : إن الولد ينسب إلى والده من الزواج الصحيح متى كان زواج شرعيا ومتى أمكنا الاتصال بين الزوجين وعليه فإن بثبوت النسب بهذه الطريقة يتطلب ثلاث شروط هي :

- أمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين.
- عدم نفي الولد بالطرق الشرعية (اللعان).
- ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل.

– **ثبوت النسب بزواج فاسد:** لقد ورد النص في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

" يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32–33–34 من هذا القانون ".

ومن مراجعة هذه المواد يتضح لنا جليا أن الأولى نصت على فسخ النكاح أي فاسد إذا اختلى أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تبث ردة الزوج وأن ثانية قد نصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداقة المثل ويبطل إذا اختلى أكثر من ركن واحد .

والثالثة تنصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده

– **ثبوت النسب بنكاح الشبهة :**

هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص وهو إن كان يحتمل وجوده قبل سنين خلت فإن اليوم يعتبر في حكم الإحداث قليلة الوقوع.

– **ثبوت النسب بالإقرار:** جاء في المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري إثبات النسب بالإقرار لا يجوز اعتماده أو الحكم به إلا مع توفر الشروط المحددة نوردها العموم كما يلي:

---

-http : /www. Islamonline.net / 101 – arabic/ qadava/ qd 2as-ednrefi-

- شرط الولد المقر أو المعترف به مجهول النسب.
- شرط إمكانية أن يولد مثله للمقر .
- شرط عدم كون الولد المعترف به مولود من الزنا .
- شرط ثبوت وجود علاقة زواج سابق لتاريخ إقرار.
- شرط تصديق المعترف به لإدعاء المقر إذا كان راشدا (أي الولد) .

- **ثبوت النسب بالبينة :** المقصود بالبينة كل حجة أو دليل يؤكد واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات القانونية و الشرعية مما ورد النص عليها في قوانين إجراءات أو لم يرد ، ولا يمكن تصور هذه الحالة إلا حين يكون الزوج والزوجة قد جمع بينهما عقد زواج صحيح أو فاسد ، أما إذا كانت قد جمعت بينهما علاقة غير شرعية ولا قانونية وتنتج عنها ولد ثم وقع النزاع فلا يمكن إثبات نسبه إلى أي شخص بأي بينة كانت ولا يمكن تسجيله على لقبه أو باسمه في سجلات الحالة المدنية باستثناء نسبه إلى والدته .

**المطلب الثاني :** دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

البصمة الوراثية و إثبات النسب استطلاع : جمال الحوشبي

كان موضوع ( البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها) من أهم الموضوعات التي ناقشها أعضاء المجمع الفقهي في دورته السادسة عشر التي انعقدت في مقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من 21 - 26 شوال 1422 هـ ، بعد أن قرر المجمع في دورته السابقة المنعقدة شهر رجب 1419 هـ بتشكيل لجنة مكونة من عدد من العلماء المتخصصين لاستكمال دراسة الأبحاث و الدراسات و المستجدات المتعلقة بالموضوع، و تقديم النتائج و التوصيات المناسبة في الدورة القادمة.

و قد تقدم العلماء المكلفون في هذه الدورة بعدد من البحوث القيمة في هذا المجال و كان المتحدثون في الجلسة الصباحية حول الموضوع كل من الدكتور وهبه الزحيلي متناولا بحثـه المقدم للمجمـع (البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها) و دكتور عمر بن محمد السبيل يرحمه الله الذي عرض ملخصا لبحثه الذي تقدم به (البصمة الوراثية و مدى مشروعيه استخدامها في النسب و الجناية) وشارك الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد ببحث ( البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب إثباتا أو نفيا) .

وتحدث في الاجتماع نخبة من العلماء المشاركين في الجلسة منهم الدكتور سعد الدين الهلالي ، و الشيخ عبد الله بن بيه، و الدكتور محمد الصديق الضرير و آخرون غيرهم، كما شاهد أعضاء المجلس عرضا مرئيا يظهر ما

هيه البصمة الوراثية و كيفية عملها و مجالات استخدامها تقدم به الرائد ناهض بن عقلا الناهض رئيس قسم الفحوص الوراثية في الأمن العام بوزارة الداخلية.

و تم في الجلسة الخاصة للعلماء تدارس قضايا الاستفادة من البصمة الوراثية و حدود الاعتماد عليها في المجال الجنائي و القضايا إثبات النسب ، و العديد من الجوانب الحيوية في الموضوع، و قد خرج المجلس في الجلسة الختامية بالقرارات الآتية في مجال البصمة الوراثية.

---

http : // alhandasa.net. /Forum / show threard.php/ ?t= 133953.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد:

فإن مجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة : 21- 26/ 10 /1422 هـ الذي يوافقه من 5 - 10 / 1 / 2002 م و بعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة و نصه : ( البصمة الوراثية هي البنية الجينية (النسبة إلى الجينات أي المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه ، و أفادت البحوث و الدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة ، لتسهيل مهمة الطب الشرعي، و يمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم ، أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره أو بعد الإطلاع على ما اشتمل علية تقدير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، و الإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء و الأطباء و الخبراء و الاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله.

تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهم، و في إسناد العينة ( من الدم أو المني أو اللعاب)، التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع) و أن الخطاء في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي ، و إنما الخطاء في الجهد البشري أو عوامل التلوث و نحو ذلك و بناء على ما سبق قرر ما يأتي :

**أولا :** لا مانع شرعا من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي و اعتبارها و سيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي و لا قصاص، لخبر : (إذ درؤوا الحدود بالشبهات)، و ذلك يحقق العدالة و الأمن للمجتمع، و يؤدي إلى نيل المجرم عقابه و تبرئة المتهم ، و هذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة .

**ثانيا :** إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة و السرية ، و لذلك لابد أن تقدم النصوص و القواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

**ثالثا :** لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان.

**رابعا :** لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا،

و يجب على الجهات المختصة منعه و فرض العقوبات الزاجرة ، لأن في ذلك المنح حماية لأعراض الناس و صونا لأنسابهم.

**خامسا :** يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

1 ـ حالات تنازع على مجهول النسب بمختلف التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتقاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة و نحوه.

2 ـ حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و نحوها، و كذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

3 ـ حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب حوادث أو الكوارث أو الحروب، و تعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها ،أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب و المفقودين.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**سـادسا :** لا يجوز بيع جينوم البشري لجنس أو شعب أو لفرد لأي عرض ، كما لا يجوز هبتها لأي جهة لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفاسد.

- و لقد لعبت البصمة الوراثية دورا كبيرا في إثبات العديد من دعاوي إثبات النسب.

لمن النقود ..... لتجهضني

لتخيطا لي كفني .....

هذا إذا ثمني

ثمن الوفاء يا بؤرة العفن

شكرا سأسقط ذلك الحمل

فأنا لا أريد له أبا نذلا

ـ باعتراف المحكمة ساهمت هذه الأبيات مع القضاء المصري في إثبات الطفلة ( لينا) إلى والدها أحمد الفيشاوي الذي كان قد رفض الخضوع لتحليل DNA ووقفت والدة الطفلة مندهشة تردد بقوة داخل المحكمة (يحيا العدل) و القضية أخذت حقها بعد جدل طويل في أروقة المحاكم، و لكن هناك عشرات النساء اللواتي يشقين لإثبات نسب أطفالهن و دعاوى النسب كثيرة قد تختلف في ظروفها و تفاصيلها.

لكن في النهاية لابد من حماية المولود من الضياع و اليتم ، و مشكلة إثبات النسب نادرا ما يطفو النقاش بها على السطح...

ويرى الأستاذ رزق أن ما أحدثته الثورة العلمية فيما يتعلق بموضوع النسب و هو إجراء فحوصا مخبريه معقدة على درجة عالية من الدقة للفحص النووي في الخلية البشرية DNA دليل يعتمد عليه في إثبات النسب لكنه يحتاج لأشخاص من ذوي الخبرة و الكفاءة.

ماذا يقول الشرع في البصمة الوراثية ؟

ـ الدكتور محمد حسان عوض أستاذ شريعة في جامعة دمشق : النسب أقوى دعائم الأسرة و يرتبط أفرادها لذلك من الله على الإنسان بالنسب، فقال: " هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا."

لذلك منع الشرع الآباء من إنكار النسب و حرم على النساء نسبة الولد إلى غير أبيه الحقيقي و منع الشرع أيضا ألأبناء من انتسابهم إلى غير أبائهم و حرمت الشريعة نظام التبني و أبطلته.

**الفرع الأول : ضوابط إجراء البصمة الوراثية**

ذهب العلماء المعاصرون إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقا من طرق إثبات النسب و قد اشترطوا شروطا عديدة حتى تقبل البصمة الوراثية و كذلك ما أوصى به المجمع الفقهي في دورته السادسة عشر بما يأتي :

1 ـ أن تتمتع الدولة بإجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء و أن يكون في مختبرات للجهات المختصة و أن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص لما يترتب على ذلك من مخاطر كبرى .

---

http : // www.alhandasa.net / Forum / show thread. php ?t = 133953

2 ـ تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون ، و الأطباء و الإداريون و تكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية و اعتماد نتائجها.

3 ـ أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال و الغش و منع التلوث و كل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل المختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون نتائج مطابقة للواقع، و أن يتم التأكد من دقة المختبرات و أن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

و كذلك اشترط الفقهاء و الباحثين و الأطباء المختصين في البصمة ما يلي :

ـ أن يتم التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة.

ـ يفضل أن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة و إذا لم يتوفر ذلك يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، و يشترط على كل حال أن تتوفر فيها الشروط و ضوابط علمية معتبرة محليا و عالميا في هذا المجال.

4- يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق به علما و خلقا.

5 ـ أن يجري تحليل في مختبرين على الأقل معترفا بهما. 6 ـ توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرصا على سلامة تلك العينات و ضمان لصحة نتائجها، و وبعدد اكبر من الطرق و بعدد اكبر من أحماض أمنية أن يجري اختبار البصمة الوراثية مسلم عدل لأن قوله شهادة و شهادة غير المسلم لا تقبل.

**الفرع الثاني : علاقة البصمة الوراثية باللعان**

اللعان شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج و بالغضب من جانب الزوجة.

هل ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان؟

**القول الأول:** و قد شرح اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود أو أراد قطع نسب الحمل أو الطفل المولود عنه، و هي أيضا حماية و صيانة لعرض الزوجة و دفعا للحد عنها و الطريقة التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب هو اللعان، فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إدا جاءت النتائج تؤكد ذلك و يكتفي بها أم لا بدا من اللعان أيضا ؟

اختلفت الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان و يمكن تلخيص أرائهم على النحو التالي :

1 ـ لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط، و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان.

و هذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرون و منهم علي محي الدين، القرداعي و عبد الستار فتح الله سعيد، و محمد

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

الأشقر

ـ علية قرار المجمع الفقه الإسلامي بالرابطة و جاء فيه :

" لا يجوز شرعا اعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، و لا يجوز تقديمها على اللعان. "

**القول الثاني :** يمكن الاستغناء على اللعان و الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه و هذا الرأي ذهب إليه محمد المختار السلامي، و يوسف القرضاوي، و عبد الله محمد عبد الله.

**القول الثالث :** إن الطفل لا ينفي نسبه باللعان فقط إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن و ينفي النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله و تعتبر دليلا تكميلا ذهب إليه ناصر فريد واصل.

**القول الرابع :** إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجهه لإجراء اللعان و ينفي النسب بذلك.

**أولا : أدلة القائلون بأن النسب لا ينفى باللعان فقط بما يلي :**

**قوله تعالى:** " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، و يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" [1]

ـ حديث ابن عباس في قصة الملاعنة و فيه أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ آليتين خدلج الساقين فهو شريك بن سمحاء... فجاءت به كذالك **فقال النبي صلى الله عليه و سلم:**

" لولا ما قضي من كتاب الله لكان لي و لها شأن" [2]

ـ إن الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان و لو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج **قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:**

"الولد للفراش و للعاهر الحجر" [3] و لا ينتفي عنه إلا باللعان.

**ثانيا : أدلة القائلين باعتبار البصمة الوراثية**

قوله تعالى: " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم..." [4]، إن اللعان يكون عندما ينعدم الشهود و ليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط حينئذ يكون اللعان.

ـ إن الآية ذكرت درء العذاب و لم تذكر نفي النسب و لا تلازم بين اللعان و نفي النسب فيمكن أن يلاعن الرجل و يدرأ عن نفسه العذاب و لا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا تبث ذلك بالبصمة الوراثية.

**قوله تعالى:** " و شهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت فهو من الكاذبين و إن كان قميصه قد من دبر فكذبت و هو من الصادقين" [5] فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيد كن إن كيد كن عظيم.

إن شق القميص من جهة معينة اعتبرت نوعا من الشهادة و البصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة.

ـ إذا تبين من خلال البصمة الوراثية صحة ما يدعيه الزوج من كون أن المولود على فراشه ليس ابنه، فذلك قرينة تقوي جانب الزوج و تؤكد حقه في اللعان(1)

كما قد سار القضاء الجزائري في أحكامه، فقضت المحكمة العليا في 25 فبراير1985 بأن من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخذت ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أن رؤية الزنا[2] ففي هذه القضية قد تم رفع الدعوى إلا بعد 12 يوم من تاريخ علم الزوج بالحمل، المحكمة العليا غ.أ.ش 25 /02/ 1985 ملف رقم 35934 م.ق 1989 I ص 83.

فالخلاصة أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان على اعتبار أن نتائجها عند ذوي الاختصاص بها قطعية أو قريبة من القطعية، و ذلك لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله و ترك العمل به إلا بدليل نصي وهو غير ممكن، غير أن الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة و إجراء فحوصات مخبريه للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق على صحة دعوى الزوج أو عدمها ، بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع للحض الشارع على درء و منعه، و تشرفه لاتصال الأنساب و بقاء الحياة الزوجية [3]

---

(1) الآية : (9) سورة النور

(2) قصة الملاعنة

(3) البخاري (6670) و مسلم (3570) من حديث أبي هريرة

(4) الآية : (06) سورة النور

(5) الآية : (27) سورة يوسف

(2) الدكتور/ تشوار الجيلالي : الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ،بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ، ص 165

(3) و قد ذكر لي فضيلة الشيخ عبد العزيز القاسم : وهذا احد القضاة في محكمة الرياض الكبرى أنه تقدم إليه شخص بطلب اللعان من زوجته بالانتقاء من بنت ولدت على فراشه فأجال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي وجدت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيا، فإن ذلك مدعاة لعدم الزوج عن اللعان وزوالا ما كان في نفسه من شكوك في زوجته...

**المطلب الثالث : مجالات استعمال البصمة الوراثية**

ويمكن استخدام البصمة الوراثية في مجالات كثيرة ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين :

**الفرع الأول: إثبات هوية المفقودين**

يتمثل دور البصمة الوراثية الجينية في إثبات هوية المفقودين كدليل قاطع في التأكد من حضور المفقود حتى لا ينتحل احد شخصيته بقصد الاعتداء على زوجته أو الإستلاء على ماله خاصة إدا ما طالت مدة الغياب و تغيرت الهيئة و اشترطوا لإثبات حياته شهادة العدول أو غيرها من وسائل الإثبات شرط أن لا يكون ذلك بعد مضي زمن لا يعيش إليه أقرانه، لأن الحياة بعدها ناذرة و لا عبرة للناذر، مما يؤكد عدم الالتزام في الأخذ بالشهادة [1].

و يرى الباحثين و الفقهاء أنه إذا تمكن المفقود بعد ظهوره أن يثبت هويته بالبصمة الوراثية فلا وجه أن يطلب منه بينة أو يمينا، و سنجد في البصمة الوراثية مخرجا من مكر الماكرين في انتحال شخصية المفقود خاصة إدا ابتلى بفقدان الذاكرة.

و من ناحية العملية نجد للبصمة الجينية دورها في إثبات الهوية و من خلال ذلك المواقع الحاصلة في أحداث شائعة تداولها الصحف ووكالات الأنباء و أبرز الأمثلة على ذلك هي الطائرة المصرية المنكوبة **بوينغ** 747 حيث نشرت وكالات الأنباء خبر عودة رفات 25 جثة مصرية انتشلت من قاع المحيط تم التعرف على ضحايا عن طريق اختبار البصمة الوراثية بالإضافة إلى التعرف على ضحايا كارثة القطار الصعيد في مصر حيث تم اللجوء إلى الفحوص الوراثية للكشف عن هوية الجثث المتفحمة و هذا ما أدى إلى تعذر معرفة أصحابها تم تردد أنباء عن قيام الحكومة المصرية بأخذ عينات من هذه الجثث لكشف هويتها من خلال تحليل الحمض النووي.

و لعل اقرب مثال من حيث حداثته الزمنية هي الكارثة التي هزت العالم من مشوقة إلى مغربه واحتلت صدئ الرأي العالمي ألا و هي أحداث 11 سبتمبر 2001 التي تعرض لها مركز التجارة العالمي إذا كان يستحيل التعرف على هوية الضحايا لولا وجود تقنية ADN أين تم أخد أكثر من 12.000 ألف عينة حمض نووي لتحليلها في محاولات تحديد هوية الضحايا و بعد إجراء اختبارات تمت المطابقة قراءات الحمض النووي مع نظيرتها من العينات و جينات الأقارب، ومن بقايا فرش أسنانهم و أثار ملابسهم [2] .

و في نهاية 2001 تعرفت المعامل على 94 ضحية من تحليل الحمض النووي و عدد التعرف على الضحايا في ازدياد[1].

---

(1) http : //www. Barasy .com / index. php .? name =news &op=article sid =1147

(2) http : // www . islamonline .net

(1) مجلة الآن: الجزيرة. الثلاثاء 02 سبتمبر 2003. بقلم سناء عيسى

و تشجيعا للدول العربية و الإسلامية على هذه التقنية فإن مجلس المجمع الفقهي إسلامي في دورته 16 المنعقدة بمكة المكرمة حث على اعتياد على البصمة الوراثية في حالات الضياع أو اختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث و تعذر معرفة أهلهم ووجود جثث لم يمكن التعرف عليها ،أو بقصد التحقق من أسرى الحروب و المفقودين لأن في كل الأحوال لا يمكن الشك مطلقا في مدى نجاعته اعتماد على الحمض النووي كوسيلة سليمة و مضمونة النتائج للوصول إلى معرفة أصحاب الجثث المتحللة و مجهولة الهوية.

**الفرع الثاني : استعمال تقنية البصمة الوراثية في مجال اقتصاد و التأمين**

لقد استندت تطبيقات الهندسة الوراثية و التكنولوجيا الحيوية إلى جميع أوجه حياتنا اليومية و غزت كل مجالات البحث العلمي و امتداد لأنه الهائل لهذه التقنية أصبح في إمكان التعرف على المرض الصامتين و هو ما يفيد شركات التأمين في اختيار عملائهم و انتقاء الخسائر و تحاشي طوابير المحاكم و ليس عند هذه الحد توقف استعمال هذه التقنية بل أن العالم حامل استغلالها كذلك في مجال الاقتصادي و هو بدالك الزراعة و الصناعة.

**في المجال الاقتصادي:**

تعتبر التقنية الحيوية المحصلة لمجموعة علوم في علم تشكلت ملامحه الأولية عام 1981 لتنتج العديد من النواتج المؤثرة على البشرية و ازدادت الحاجة لها لأهميتها وبخاصة لأثارها الاقتصادية، و التقنيات الحيوية تجمع بين الأحياء و التقنيات الآلية.

و تطور هذا العلم بشكل مذهل ليرتبط بحياة الناس بشكل مباشر في مختلف الميادين الحياتية وكأن له أثر إيجابي في اقتصادهم إن التقنية الحيوية تجمع بين وسائل العملية لحل المشاكل (تقنية) و إنتاج منتجات تفيد (حيوية) و تغير هذا المفهوم بعد استخدام بعض الكائنات الدقيقة لإنتاج المضادات الحيوية والأمصال و تطور أخيرا بعد اكتشاف المادة الوراثية ADN بتفاصيلها الدقيقة

( كروموزونات جينات و قواعد نترو جينية) .

**في مجال التأمين :**

علينا أن نتذكر ذلك السحر الثقافي الرحيب للمفاهيم الوراثية إذ لا بدا أن القوة الاجتماعية للمعلومات الوراثية ذلك أن الاختبارات البيولوجية تفيد بالإضافة إلى المحاكم ، شركات التأمين ، فنتحكم في من يسمح له بالتأمين و الواقع أن القدرة التنبؤية لهذه الاختبارات تسمح لشركات التأمين، بل تختار زبائنها.

فلا يقتصر دور الاختبارات البيولوجية على ما سبق بل أن شركات التأمين لا سيما تلك التي تربطها بين قرارات التعويض و بين فئات تشخيصية معينة إذ تشجع المديرين الطبيين على التنبؤ بالمخاطر المستقبلية و السيطرة عليها و تجمعت هذه الضغوط مع التهديد بدعاوى التقصير المعتمد لتخلق دافعا قويا بتدعيم قرارات صحية تسند إلى معلومات موضوعية و تنبؤية، فالمريض مثلا الذي يحمل أمراضا يمكن تنبؤ بها و من تم يتحدد من يتحمل نفقات علاجها، و هنا ما تساعد تكنولوجية اختبارات البيولوجية في تشخيص الأمراض المستقبلية ومنه توفير الشواهد التقنية لتدعيم قرارات خلاصيه كما توفر لمحة عن حياة المريض و تعمم المعلومات الوراثية لتشمل المؤمنين ، و لقد

رفضت شركة التأمين تغطية نفقات طبية المصاب بمرض وراثي.

إدا كانت الأم قد حذرت قبل الولادة بأن الجنين قد يكون مصابا و عليها أن تختار ما بين أن تجهض أو أن تضع وليدها لتتكفل بتكاليف علاجه الباهظة، فمن نتائج علم الوراثة بالنسبة لتأمين أنه سيرفض التأمين على من يعرف أنه مهدد بخطر الإصابة بمرض وراثي ، و بدلك يصبح الوضع البيولوجي لجسم الشخص مستخدما كذريعة لاستبعاده من التأمين، فهناك نحو 15% من المؤمن عليهم في أمريكا يغطيهم التأمين الفردي و لا بدا أن يقبلوا متطلبات توقيع وثائق التأمين بتقديم تاريخهم الصحي و بيانات عن أمراض العائلة و شهادة بحالاتهم الصحية.

و تطلب الاختبارات في بعض الحالات و من تم 8 % منهم رفضت تغطيتهم لأمراض السمنة و السرطان و الإيدز، فهذه النسبة تتضاعف مع اعتماد شركات التأمين الهندسة الوراثية في اختبار زبائنها.

## خاتـمة

تعتبر البصمة الوراثية من نوازل العصر و حكم استخدام البصمة الوراثية في محال النسب يفرض على الباحث الشرعي النظر في إمكانية اعتبار البصمة الوراثية قرينة يستعان بها على إثبات النسب أو نفيه فحسب ، أو اعتبارهم طريقا من طرق إثبات النسب قياسا على إحدى الطرق الثابتة شرعا.

إن النظريات العلمية الحديثة من طبية و غيرها مهما بلغت من الدقة و القطع بالصحة في نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك و نظر، لما علم بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة من طب و غيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطال بعض ما كان يقطع بصحته علميا، أو على الأقل أصبح مجال الشك و محل نظر، فكم من النظريات الطبية على وجه الخصوص كان الأطباء يجزمون بصحتها و قطعيتها ثم أصبحت تلك النظريات مع التقدم العلمي ألطلبي المتطور ضربا في الخيال و هذا أمر معلوم و ثابت مما يحتم على الفقهاء و الباحثين الشرعيين التروي في النظر، و عدم الاندفاع بالآخذ بالنظريات العلمية كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية أو تقاربها، فضلا عن إحلال تلك النظريات محل الأدلة الشرعية الثابتة أمرات قد تحمل عليه، أو قرائن قد تدل عليه، لأن الشارع يحتاط للأنساب و يتشوف غلي بثبوتها و يكتفي في إثباتها بأدنى سبب، فإذا ما ثبت النسب فإنه يشدد في نفيه ، و لا يحكم به إلا بأقوى الأدلة ، لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله و ترك العمل به إلا بدليل نصي و هو غير ممكن، غير أن الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية (البصمة الوراثية) الحديثة المتطورة و إجراء فحوصات مخبريه للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن الذي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى

إثبات النسب، بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك ومنعه، و تشوفه لاتصال الأنساب و بقاء الحياة الزوجية.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المراجع


ـ القرآن الكريم.

ـ السنة النبوية الشريفة .

***الكتب العامة :**

ـ الدكتور/ رمسيس بهانم : البوليس العلمي و فن التحقيق ، طبعة 1996 .

ـ الدكتور/ منصور عمر معايطة : أدلة إثبات الجنائية و التحقيق الجنائي ، طبعة 2000 ،المركز الوطني للطب الشرعي ، عمان .

ـ دانيال كفلس وليروي هود : الشفرة الوراثية للإنسان ، ترجمة الدكتور/ أحمد المستجير، بدون طبعة.

ـ الدكتور/ مصدق محسن : من مقاصد الشرعية و قضايا البيولوجية ، بدون طبعة ، المعهد الأعلى لأصول الدينية ، جامعة الزيتونة .

ـ الدكتور/ تشوا ر جيلالي : الزواج و الطلاق في الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر .

*** القـوانين:**

الأمر رقم 84 ـ 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

***المجـلات:**

ـ مجلة الشرطة / عدد 65 ، أبريل 2002 من موسوعة الدكتور/ أحمد زكي : بصمات أصابع بين الشرطة والعلم.

ـ مجلة الآن/ الجزيرة ، الثلاثاء 02 سبتمبر 2003 .

ـ مجلة الشرطة /عدد 65 ، 02 ـ 2004 الدكتور/ نوري عبد العزيز: البصمة الوراثية و دورها في إثبات ، المادة الجزائية ، رئيس مجلس قضاء سكيكدة سابقا.

ـ مجلة حماة الوطن/ عدد 465 ـ 204 ، الكويت، لدكتور/ نبيل سليم.

*** المقـالات:**

ـ جريدة آخر ساعة/ العدد 1226 ليوم 28 / 10 / 2004 عنوان : اختلاف بصمات إنسان.

*** نـدوات :**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

ـ المجمع الفقهي : في دورته السادسة ،عشر انعقدت في مقر رابطة العالم الإسلامي ، مكة مكرمة في مدة :21 ـ 26 شوال 1422هـ الموافق ل 10 / 01 / 2002.

***مواقـع الانترنيت :**

http : // alhandasa.net. /Forum / show thread.php/ ?T = 133953.

Http : // www. gulfhids. Com / ar / print. Php ? Page= Topic & id = 808

http : // www . barasy . com/ Index. php ? Name = News & op = article sid = 1147

http ; // www. islamonline.net

http : // www. Nesasy.org / content / view 3825 / 89/

www.khayma.com

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## البحث الثالث: آثار امتناع الزوج عن النفقة شرعا وقانونا

**خطة البحث:**

*** تمهيد**

**- المبحث الأول : أثار امتناع الزوج عن النفاق شرعا**

*** المطلب الأول : إمتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته عليه**

**- الفرع الأول : رأي المالكية**

**- الفرع الثاني : رأي الحنابلة**

**- الفرع الثالث : رأي الشافعية**

*** المطلب الثاني : إمتناع الزوج من الإنفاق مع إعساره**

**- الفرع الأول : رأي المالكية**

**- الفرع الثاني : رأي الحنابلة**

**- الفرع الثالث : رأي الشافعية**

*** المبحث الثاني : أثار إمتناع الزوج عن الإنفاق قانونا**

*** المطلب الأول : أثار عدم إنفاق الزوج بالنسبة للأسرة**

**- الفرع الأول : نتائج عدم الوفاء بالالتزامات الزوجية**

**-الفرع الثاني : النتائج المترتبة عن إهمال الأولاد**

**- المطلب الثاني: جزاء إمتناع الزوج من الإنفاق**

**- الفرع الأول : عقوبة الزوج المتهم لعدم سداد النفقة**

**- الفرع الثاني : عقوبة الزوج المدان بعد أدائه النفقة**

*** الخاتمة**

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**تمهيد:**

أقدس رابطة على الإطلاق هي التي تجمع رجلا بإمرآة يقرران مصيرا مشتركا بعقد قدسي هو "عقد الزواج" الذي من نتائجه العظيمة هو الإنجاب والسهر على الجيل الموالي ، تربية وسلوكا .

- ويجتهد المشرعون والفقهاء وأهل العلم والقضاء ، في إيجاد الآليات الخاصة لنجاح نواة المجتمع فتكون الواجبات والحقوق على الزوجين والأقربين .

- استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد على المذاهب الأخرى في بعض أحكامه، إذا دعت الحاجة ، كما أن هذا القانون نص صراحة في المادة 222 منه على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتقيد في ذلك لمذهب معين .

- ومن بين أهم الحقوق المدرجة في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية هي "حق النفقة" والذي سنرى مدى تأثير نقص الإنفاق من قبل الزوج على الزوجة، والذي يمكن أن يطرأ عليها ؟ وصل الامتناع عن الإنفاق من قبل الزوج يرتب آثاراً ؟ ماذا يقصد بجريمة الامتناع عن تسديد النفقة ؟ وما هي انعكاساتها على الهرم الأسري ؟ وما هي أثار امتناع الزوج عن الإنفاق شرعا وقانونا ؟ وفيما يلي نقف (إن شاء الله) على مدى الشريعة الإسلامية من خلال دراستنا لأثار امتناع الزوج من الإنفاق شرعا .

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

عن جابر بن عبد الله – رضي الله عنه – أن النبي صلى الله عليه وسلم –

قال في خطبته في حجة الوداع

" اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله ،واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "

صحيح مسلم

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**المبحث الأول : أثار إمتناع الزوج عن الإنفاق شرعا**

علم شرعا بالأدلة النقلية والعقلية أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، فإن هو أعسر بها ولم يجد ما ينفقه عليها فزوجته بالخيار بين أن تبقى معه وتسبر على الحال الذي هو عليه ، وبين أن تطلب التطليق عليه عند القاضي

فإن هي اختارت التطليق وتأكد القاضي من صدق دعواها ، فقبل أن يوقع الطلاق على الزوج يمهله مدة كافية للسعي من اجل الحصول على النفقة مع مراعاة حالها من الصبر والتحمل عند ضرب المدة ، فإن انتهت المهلة ولم يجد ما ينفقه عليها طلقها عليه ، أما الزوج الذي يكون له مال ويمتنع عن الإنفاق فإن زوجته لا تطلق عليه ولو طلبت ذلك ، وإنما يؤخذ من ماله قدر حاجتها من النفقة ولو بالإكراه ، فإذا غيب ماله ولم تصل إليه بد القاضي ولا هو طلق زوجته بنفسه ، ففي هذه الحالة يضطر القاضي للتطليق عليه دفعا للضرر عنها [1]. وكل هذا سنتعرض له بالتفصيل في مطلبين :

---

[1] الأستاذ : عبد المؤمن بالباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دار الهدى – عين مليلة – الجزائر ، ص 167

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

**المطلب الأول : امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته عليه**

- اتفقت كلمة الفقهاء على أن الزوج إذا كان له مال ظاهر وإمتنع عن الإنفاق على زوجته أنها لا تطلب عليه لإمكان أخذ النفقة منه بوجه من الوجوه سواء عن طريق القضاء ، أو أخذها من ماله ولو بغير علمه ، لأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حيث أذن لهند زوجة أبي سفيان بقوله "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1] .

أما إذا أدعى الزوج الإعسار ولم يثبته ولم يكن له مال ظاهر ، وإمتنع عن الإنفاق ففي هذا إخلاف بين الفقهاء وأراء مختلفة :

**الفرع الأول : رأي المالكية**

ففي المذهب المالكي خلاف بين فقهائه ، بين أن يطلق عليه في الحين أو يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق .

قال الزرقاني : وأما من لم يثبت عسره ، ولم يقر بالملأ وامتنع عن الإنفاق والطلاق فإنه يعجل عليه الطلاق على قول ويسجن حتى ينفق عليها على اخر ..... وإن سجن ولم يفعل يعجل عليه بالطلاق .

ولم يذكروا في مدة السجن شيئا ، والظاهر أن ذلك يعود إلى اجتهاد القاضي كاجتهاده في مدة تلوم [2]

وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على جملة من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة .

من الكتاب – قوله تعالى : "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتها " [3]

وقوله تعالى "وعل المولود له ....." [1]

---

[1] رواه الجماعة إلا الترميدي عن عائشة رضي الله عنها

[2] الأستاذ: عبد المؤمن بالباقي ، نفس المرجع ، ص

[3] سورة الطلاق : الآية 07

[1] سورة البقرة : الآية 223

لأن النفقة تجب على الأولاد المباشرين فقط ، دون أولاد الأولاد لظاهر النص القرآني ، فالنفقة عند المالكية تجب سبب الإرث لا بمطلق الجزئية .

**من السنة :**

قوله صلى الله عليه وسلم : لهند : "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"

وقوله صلى الله عليه وسلم : لرجل سأله : عندي دينار ؟

قال : (أنفقه على نفسك ، قال : عندي أخر : قال أنفقه على أهلك قال : عندي أخر قال : أنفقه على خادمك : قال عندي أخر ، قال : أنت أعلم به ) ، ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء. [2]

**الفرع الثاني : رأي الحنابلة**

* عند الحنابلة كما في المحرر : إذا تعذر دفع النفقة من ماله بأن غيبه وصبر على السجن فلها فراقه [1]

واستدلوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم – لمعاوية بن حيدة رضي الله عنه – قال : قلت يا رسول الله : ما حق الزوجة (زوجة أحدنا) عليه ؟ قال :" أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه . ولا تقبح ، ولا تهجر إلا في البيت " [2]

- اما من حيث جواز التفريق لعدم الإنفاق أي إمتناعه ظلما على ذلك فإستدلوا على ما يلي : من القرآن قوله تعالى : " فإمساك بمعروف أو تسريح بالإحسان " [3]

فالمقصود بالإمساك بالمعروف هو ابقاء الزوجة حقوقها لاسيما النفقة ففي حالة الإمتناع مع القدرة عليه التسريح بإحسان وهذا يكون بحكم قضائي . [4]

قوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " [5] من خلال هذه الأية تجدها قد نهت عن الإمساك بالزوجة للإضرار بها بعدم الإنفاق ويستوجب على القاضي رفع هذا الظلم عنها متى طلبت ذلك .

---

(2) الدكتور : عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية طبعة 2007 ، ص 390

(1) الأستاذ : عبد المؤمن بلباقي ، نفس المرجع ، ص 50

(2) حديث حسن رواه أبوا داوود

(3) سورة البقرة : الأية 227

(4) الشيخ : السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفكر ، الطبعة الثانية 1998 ، الجزء الثاني ، ص 126

(5) سورة البقرة : الآية 229

**الفرع الثالث : رأي الشافعية**

فإنها لا تطلق عليه لإمكان حصول النفقة منه ولو بإكراه ، لان التفريق لعدم الإنفاق ثبت قياسا على التفريق للعيب ، فكما لا يصح التفريق إلا بثبوت العيب ، فكذلك لا تفريق إلا بتحقق الإعسار . ولا ثبوت له في هذه الحالة إذا فلا تفريق . [1]

وقالوا : فلزوجة الموسر من الكسوة ، ما يلبس عادة في البلد من رفيع الثياب .

واستدلوا لرأيهم هذا بقوله تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله " [2]

- وبالنظر لعلة التفريق بين الزوجين للإعسار وهو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها ، فعلى هذا سواء كان الزوج عاجزا عن النفقة أم ممتنعا عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه ولو بالقوة فالتفريق لازم وضروري . لكن هل يعجل عليه بالتطبيق بمجرد الإمتناع أم يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله ينفق ؟

- الأول أن يتبع معه الإجراء الثاني – سجنه وتهديده قبل التطليق عليه – لعله يعود لما امتنع عنه من الإنفاق ، فقد يكون امتناعه لسبب نجهله ، فإذا زال السبب عاد للإنفاق ، وبذلك نتفادى تعريض الأسرة للتمزيق لأول وهلة .

ولما روي البخاري ومسلم عن عائشة – رضي الله عنها – أن هندا بنت عتبة قالت : يارسول إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطني وولدي إلا ما أخذت منه خلسة وهو لا يعلم . قال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " فالنفقة الخاصة بالزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحال الزوجة .

- يكون له مال ظاهر ، يقوم القاضي ببيع جزء منه ويعطيه لزوجته لتنفق به على نفسها وأولادها .

ومن النص : إذا كان الزوج له مال ولم ينفق به على أولاده وزوجته جازلها أن تأخذ منه خلسة ولو لم يكن واجبة لما أجازها وأمر النبي هند بالأخذ من مال زوجها دون علمه .

- واستدلوا أيضا في هذا السياق إلى الحديث هو من أبي عبد الله(ويقال أبو عبد الرحمان). ثوبان ابن بجدد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله ، ودينار ينفقه على دابته في سبيل الله ، ودينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله ". [3]

وأيضا من عبد الله بن عمر و بن العاص رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت " .[4]

**المطلب الثاني : امتناع الزوج عن الإنفاق مع إعساره**

- اتفقت المذاهب الثلاثة القائلة بجواز التفريق للإعسار ، أن التفريق لا يصح إلا عند الحاكم أو من ينوي به كالقاضي ، إلا للضرورة .

- فإذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي وأثبت عنده الزوجية ، وعلم بعسر الزوج طلقها عليه أو يأمر بإيقاعه ثم يحكم به فإن تعذر عليها الرفع للحاكم كأن لم يوجد أو صعب الوصول إليه ، أو كان غير عدل فإذ مانع أن ترفع

---

[1] الأستاذ : عبد المؤمن بالباقي ، نفس المرجع ، ص 51

[2] سورة الطلاق : الآية 7

[3] رواه مسلم

[4] رواه مسلم في صحيحه ورواه أبوا داوود وغيره

أمرها لجماعة المسلمين العدول فهذه الأخيرة تقوم مقام القاضي في التفريق بينهما وقيل إذا لم يجد حاكما أو محكما استقلت بفسخ نكاحها دفعا للضرر اللاحق بها ، وهذه بعض النصوص الآراء الفقهية في المسألة : [1]

**الفرع الأول : رأي المالكية .**

- قال ميارة إذا إمتنع الزوج عن التطليق فإن الحاكم حينئذ يطلق عليه وقيل يأمرها به فتوقعه ، وأما ابتداء فالزوج هو المأمور بالتطليق . وقال الدسوقي : أعلم أن جماعة المسلمين العدول تقوم مقام الحاكم في ذلك (أي في إيقاع الطلاق ) وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم أو لكونه غير عدل .

- الإعسار يسقط النفقة [2] واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى : " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها "

" لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها " [3]

- ولكون الجزائر تأخذ برأي "الإمام مالك " فإنه في حالة إعسار الزوج توجب النفقة على الأم حيث تنفق هي على أولادها وهذا إذا كانت ميسورة الحال .

- أما إن كانت هي عاجزة وجب على من يكلفها بالإنفاق عليها من اب أوجد أو أخ أن ينفق عليها بالقدر المفروض ، فإن أنفق أحدهم عليها جازله أن يطالب الزوج بعد يساره بإرجاع ما دفعه .

- كما قال الباجي : وإن أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش ، فأعدم الزوج حتى لا يجد إلا كسوة دنيئة وقوتا دون قوت خادمها من قمح أو شعير أو سلت أو غير ذلك [1]

- قال الدر دير : لا يطلق عليه إذا قدر على القوت ولو من خشن العيش المأكول وهي عليه القدر .أو خبز بغير أدم

- إذا علمت المرأة وقت العقد أن الرجل معسر وسكتت ، ثم بعد الدخول لها طلب الفرقة عنه للعذر السابق فالملكية قالوا حقها ساقط ، لانها أدخلت عليه وهي تعلم حاله فهي بهذا راضية بعيبه ، فلا تمكن من مفارقته .

كما قال زروق وتطلق عليه بعد التلوم بالعجز عنها ، إلا أن تكون زوجته عالمة بفقره وعجزه عن النفقة.

- ونقل ابن حبيب عن الإمام مالك قوله : إذا علمت أنه فقير لا يجري النفقة على النساء لفقره فلا قول لها .

- قال الباجي موجها كلام الإمام : ووجه ذلك أنها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا رد له به . [2]

---

[1] الأستاذ : عبد المؤمن بالباقي ، نفس المرجع ، ص 54

[2] الدكتور : بالحاج العربي ، (الوجيز ) في شرح قانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون– الجزائر ، الجزء الأول ص 180

[3] سورة الطلاق : الآية 7

[1] الدكتور :بالحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 181

[2] الاستاذ : عبد المؤمن بلباقي ، نفس المرجع ، ص 44

**الفرع الثاني : رأي الحنابلة**

إذا ثبت الإعسار عند القاضي طلق على الزوج في حين وليس له تأجيله إلا إذا طلبت الزوجة ذلك.

قال إبن قدامة : متى ثبت الإعسار بالنفقة على طلاق فللمرآة المطالبة بالفسخ من غير إنظار ..... لانه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالأنظار فيه ، فوجب أن يثبت فسخ في الحال كالعيب ، لأن الفسخ هو الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير .

- قال صاحب كشاف القناع : وحق الفسخ بالتراضي إن شاءت لانه كخيار العيب ولها الفسخ من غير إنتظار .[1]

- كما قال صاحب المحرر : إذا أعسر الزوج بنفقة القوت أو الكسوة أو بعضها للزوجة فسخ النكاح ولها القيام عنده .

- إلا أن ابن القيم – وهو من محققي مذهب الحنابلة – يرى أن التفريق للإعسار لا يكون إلا في حالتين ضمنهما في كلامه هذا فقال : والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة :

- أن الرجل إذا غر المرأة على أنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء له

- أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ .

وإن تزوجته عالمة بعسرته ، أو كان موسرا ثم أصابته حائجة اجتاحت ماله فلا فسخ لها بذلك ، ولم **تزل** الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن .

- واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالقرآن والسنة وأثار الصاحبة والمعقول .

من القرآن :- " فإمساك بمعروف أو تسريع بالإحسان "

وقال تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا "

وجه الاستدلال من الآيتين : أن تمسك الزوج بالعصمة الزوجية مع عدم إنفاقه على زوجته ليس إمساك بمعروف لما في ذلك من الضرر اللاحق بها ، فإذا لم يطلقها قام القاضي مقامه وطلقها عليه رفعا للضرر الواقع عليها.

**- السنة** : روى أبو هريرة- رضي الله عنه – عن النبي – صلى الله عليه وسلم - أنه قال :

" افضل الصدقة ما ترك غنى ، اليد العليا خير من اليد السفلى ،وبدء بمن تعود ، تقول المراة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ، ويقول العبد : أطعمني واستعملني،ويقول الابن : اطعمني إلى من تدعني"[2].

دل الحديث على أن للزوج خيارين لا ثالث لهما فيما يجب لزوجته :

**الخيار الأول** : الإنفاق عليها بالمعروف

**الخيار الثاني** : أن يطلقها إذا لم يرد إعطاءها حقها من النفقة ، فإن لم يوف بواحد منهما طلق عليه القاضي ، ذلك لم علم من نصوص الشريعة من وجوب إزالة الضرر على الناس ، والذي يتولى ذلك هو الحاكم أو من ينوب منابه كالقاضي مثلا .

- وعنه ايضا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال :

---

[1] الأستاذ : عبد المؤمن بالباقي ، نفس المرجع ، ص 31

[2] رواه البخاري

يفرق بينهما[1].

- فالنص صريح في جواز التفريق إذا لم يجد الزوج ما ينفقه على زوجته .

- وعن ابي سعيد الخدري - رضي الله عنه أن رسول الله (ص) : " لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضاره الله ، ومن شاق شاقه الله " [2].

- إن إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها عن الضرر الذي نهى عنه الشرع بنص الحديث فوجب إزالته ، وطريق إزالته تطليقها عليه .

- كما أضاف ابن قدامة : وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ، أو شرط عليها ألا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك . ووجه نظر هذا الفريق أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم ، فيتجدد لها حق الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيها لم يجب لها ، كإسقاط حق الشفعة قبل البيع

**الفرع الثالث : رأي الشافعية**

**قال النووي: لو** رضيت بإعسار، أو نكحته عالمة بإعساره فلها الفسخ بعده و لا فسخ حتى يثبت عند قاض إعساره فيفسخه بإذن له فيه.

و قال صاحب ..... المحتاج :لابد من الرفع إلى القاضي كما في اللعنة لأنه محل اجتهاد... و حينئذ يفسخه بنفسه أو بنائبه بعد الثبوت أو بإذن لهل فيه و ليس لها ... الفسخ قبل الرفع إلى القاضي و لا بعده قبل الإذن فيه ... هذا إذا قدرت على الرفع إلى القاضي. فإن استقلت بالفسخ لعد حاكم أو محكم أو عجزت من الرفع إلى القاضي نفذ ظاهرا و باطنا للضرورة.

- إذا إعسار الزوج جاز لزوجته مطالبته بالفسخ. فإن لم يرض طلبت هذا من القاضي متى أثبت لهذا الأخير إعسار الزوج[1] " أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غني، فاليد العليا خير من اليد السفلى" و أبدا بمن تقول، تقول المرأة إما تطعمني و إما أن تطلقني[2]."

و استندوا في ذلك إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : في رجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال **" يفرق بينها**

- قال صاحب المهذب و إن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ، لأن ما زاد غير مستحق بالإعسار، و إن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم، وإن أعسر بالكسوة فلها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت.

- روى الشافعي عن عمر بن الخطاب(رضي الله عنه) أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أو ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا، و سئل سعيد بن المسبب عن الرجل لا يجد ما ينفقه على أهله قال:"يفرق بينهما". قيل له: سنة. قال:"نعم"

---

[1] الأستاذ : عبد المؤمن بالباقي ، نفس المرجع ، ص 31

[2] رواه مسلم

- إذ المعتمد في المذاهب الثلاثة ـ المالكية، و الشافعية، و الحنابلة أن الإعسار الموجب للتفرق هو العجز عن النفقة اللازمة الضرورية في أدنى حالاتها، فادا كان بإمكان الزوج إحضار الخبز لها من أي نوع الدقيق كان، ومن الكساء ما به تستر عورتها، و يقيها برد الشتاء و حر الصيف، فلا خيار لها حينئذ، و لو كانت غنية، و هذه نصوص لبعض العلماء من المذاهب الثلاثة.

ـ و بناء على هذه الأقوال فإن كثيرا من الأمور التي نصوا على و جوبها و أنها من جملة النفقة اللازمة على الزوج تسقط عليه إذا ما عجز عن ما هو أول منها، و دلك لإمكان الصبر عليها، و أن حياة الإنسان تقوم بدونها مثل نفقة الإخدام، و متاع البيت ووسائل تطهيره، و أجرة القابلة و الزينة التي تتضرر بتركها على قول المالكية.

ـ و بعد استعراض أدلة الآراء و المناقشات الواردة عليها تقول أن من حسن معاشرة الزوجة لزوجها و اعترافا بجميله أن تصبر عليه ومعه إدا ما أصبح معسرا، فتشاطره في محنته كما شاطرته في سعادته، [1] و لتتذكر الأيام التي قضتها معه في رغد من العيش و الله تعالى يقول **"و لا تنسوا الفضل بينكم."** [2]

ـ فإذا أبت أن تصبر على الوضع الذب آل إليه أمر زوجه، أو عجزت عليه كأن لم تجد ما تنفقه على نفسها من مالها أو من مال غيرها فلها حق طلب التطليق عليه و ذلك لما علم من نصوص الشريعة و قواعدها أن دفع الضرر عن الناس شيء مشروع، بل هو في درجة ألحتم و اللزوم ز هذه الحالة مما يحق دفع الضرر فيها، و لا يكون ذلك إلا بالتفريق بينهما عسى أن يتزوجها من يجد ما ينفقه عليها.

ـ و هذا سعيد بن المسبب يقول " إن التفريق سنة النبي صلى الله عليه و سلم ـ كما فسرها بذلك الإمام الشافعي رحمه الله، إدا هو أدرى بكلام العلماء في إطلاقهم مثل هذه المصطلحات، و على فرض أن هذا الحكم لم يتقرر في سنة النبي صلى الله عليه و سلم، كما قال الحنفية، فهو من سنة خلفائه الراشدين الذي قال في شأنهم: عليكم بسنتي و سنة الخلفاء المهذبين الراشدين تمسكوا بها و عضو عليها بالنواجذ.

ـ و قد كان عمر بن الخطاب يقول به، و قد رجح هذا القول الشوكاني حيث قال: و ظاهر الأدلة أنه يثبت الفسخ للمرأة بمجرد عدم و جدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر ذلك. [3]

---

[1] الدكتور : بالحاج العربي ، نفس المرجع ، ص 179

[2] سورة البقرة : الآية 235

[3] الدكتور : عبد القادر بن حرز الله ، نفس المرجع ، ص 391

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المبحث الثـاني : آثار امتناع الزوج عن النفقة قانونا

### المطلب الأول : آثار عدم إنفاق الزوج بالنسبة للأسرة

أن المسلم بنى أول خلية في المجتمع هي الأسرة، لهذا فقد حظيت بحماية كاملة من الطرق المشرع باعتبار أن أول قانون في البلاد هو الدستور فقد نص في مادته **55** [1]، بأن الأسرة تحظى بحماية الدولة، و يكون هذا بواسطة قوانين تحضر من انتهاك حرمات الأسرة و إسناد مهمة متابعة ومعاقبة من تسبب في انتهاك هذه الحرمات بجهاز القضاء، و أساس هذا الكلام نجده في مجال العلاقة بين قانون الأسرة الجزائري و قانون العقوبات الجزائري نجده من جهة قد نص في المواد من **36** إلى **39** منه على جملة الواجبات التي تتعلق بالحفاظ على الروابط الزوجية و نجد من جهة أخرى أن الثاني قد تضمن أحكاما في المادتين **330 و 331** تتعلق بمدى حماية و استقرار الأسرة و على و جوب معاقبة كل من تسبب في انتهاك تلك الحقوق و الواجبات .

#### الفـرع الأول : نتائج عدم الوفاء بالالتزامات الزوجية

الالتزامات العائلية الموضوعة على عاتق أحد الزوجين اتجاه الزوج الآخر مبينة في قانون الأسرة المؤرخ في **1984-6-9** و تقوم جريمة الإهمال في حق الزوج بالتخلي عن بعض أو كل الالتزامات المفروضة عليه قانونا نحو زوجته. تلك الالتزامات نوعان نوع أدبي و يتمثل في حق الأم بصفتها صاحبة الوصاية القانونية على الأولاد عند صدور حكم الطلاق بين الزوجين و إسناد حضانة الأولاد للأم و هدا ما أشارت إليه **م 32 ،62 ق.م** و نوع مادي و هي مفروضة على الزوج نحو زوجته

**م 37 ق.أ** [1]

ـ إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها فهي حق من حقوق عقد الزواج الصحيح فتجب بمقتضى العقد بالدخول بها كما نصت المادة 74 ق.أ سواء كانت غنية أو فقيرة مسلمة أو غير مسلمة. [1]

إدا رفعت الزوجة الأمر إلى القاضي شاكية أن زوجها لا ينفق عليها حيث تحدث المادة 331 ق.ع عن دين مالي و قد حصره المشرع في النفقة الغذائية دون سواها ، علما ان النفقة معرفة في المادة **78** ق.أ تشمل الغداء، الكسوة، العلاج السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

---

(1) بدران أبو الغني بدران : الفقه المقارن بالأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنة و الذاهب الجعفري و قانون الزواج و الطلاق ، بدون طبعة، دار النهضة.ع، ص 443.

(2) الدكتور/ عبد العزيز سعد : جرائم الواقعة على نظام الأسرة ، الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية ص 12.

(3) الدكتور/ بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة، الطبعة الرابعة 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون – الجزائر ، الجزء الأول ، ص 171 .

# مبـاحـث في قـانـون الأســـــرة

إذا أثبت الزوج أنه يعطيها نفقتها رفض القاضي دعواه و أن ثبت أن الزوج امتنع عن الإنفاق و لم تتمكن الزوجة من تناول ما تحتاج إليه شكت زوجها إلى المحكمة و حكمت لها و لأولادها بمبلغ معين كنفقة شهرية مثلا، و حاز على قوة القضية المقتضية فتقدمت بعد ذلك إلى مصلحة التبليغ و التنفيذ من أجل المطالبة بتنفيذ هذا الحكم فامتنع الزوج عن تنفيذ الحكم و عن دفع المبلغ المحكوم به نكالة الزوجة أو بقصد الأضرار بها، فإنه من حق الزوجة أن تتوجه بشكاية لوكيل الجمهورية مرفوقة بنسخة من الحكم و عندئذ يصبح من الواجب على وكيل الجمهورية أن يحرك دعوة جزائية من الزوج الممتنع، بعد أن يكون قد سمع توضيحاته حول الحكم و مضمونة على محضر رسمي مباشرة أو بواسطة أعوان الشرطة القضائية.

و يصبح في إمكان المحكمة بعد التحقيق في موضوع الشكوى و مضمون الحكم ، و بعد التأكد من أن الزوج قد امتنع حقيقة و صراحة عن تنفيذ الحكم و دفع[2] المبلغ المحكوم به و أنه قد مضى أكثر من شهرين على تبليغ الامتناع أن تحكم على الزوج بعقوبة بدنية حتى يدفعه الحبس على الأنفاق على زوجته لأن الغرض من الحبس حمله على أداء النفقة و إكراهه عليها.

و في حالة انحلال الرابطة الزوجية المستفيدة من النفقة هي الزوجة و هذا عملا بأحكام المادة **80** و**61**

ق.أ على أن الزوجة المطلقة الحق في النفقة الغذائية في عدة الطلاق و مدة العدة محددة في المادة **58** ق.أ و هي **3** قروء و بالنسبة للحامل إلى أن تضع حملها.[3]

و هي مبالغ مالية يلزم الزوج بمنحها للزوجة المطلقة و قد و قع طلاق في تفسير هذه المبالغ المحكوم بها بين الجيهات القضائية ، فأحيانا تشكل هذه المبالغ طابع النفقة الغذائية و أحيانا تشكل طابع تعويض للزوجة.

فالقانون ينص على أن المعتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة العدة الناتجة عن الاحتباس تلبية لطلب الزوجة و عدم الزواج أثنائها وفاء للعلاقات الزوجية.

و تستحق نفقة الإهمال على الفترة السابقة على الحكم بالطلاق و يحكم القاضي بنفقة الإهمال و العدة، يشكل عدم دفع المبالغ جنحة تلك المنهو عنها بالمادة 331 لأن هذه المبالغ قائمة على واجب قانوني و مؤسسة على العلاقات الزوجية و تشكل نفقة غذائية.

و قد سارت المحكمة العليا في نفس الاتجاه في القرار المؤرخ في **23 -11 -1982**[1]، عما اعتبر اتجاه آخر بأن مبلغ النفقة يشكل تعويض للزوجة، وهو الاتجاه الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي مدعما رأيه بأن أحكام القانون لا يمكن تطبيقها في مواد الإهمال العائلي بحسب العصر إلا إذا كانت مبالغ النفقة المحكوم بها مؤسسة على الواجبات الزوجية الواقعة على الزوج و تشكل نفقة غذائية فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى الحكم بالطلاق بفقد الدائن بالنفقة صفة الزوج و من تم سقط حقه في المطالبة بتنفيذ التزامات غذائية، و بذلك اعتبر أن مبالغ النفقة المحكوم بها بعد الطلاق تعد من قبيل تعويض للزوجة إلا انه لم يستقر على هذا الرأي فقررت محكمة النقض الفرنسية أن النفقات المقررة بموجب حكم الطلاق أو الانفصال الجسماني تشكل طابع جنحة الإهمال العائلي . و لا مجال للتفرقة بين المبالغ التي تعد نفقة غذائية أو تعويض كما كان سائدا سابقا[2].

إن ثاني أثر تترتب عن الامتناع عن النفقة المحكوم بها قضائيا لصالح الزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعسارة وقت الزواج، وهذا ما جاءت به الفقرة 1 من المادة 53 ق.أ . و معنى هذا الكلام هو أنه إذا كان يجوز للزوج أن يطلب من المحكمة أن تحكم له بالطلاق و انحلال الرابطة القانونية القائمة بينه و بين زوجته استنادا إلى إرادته المنفردة فإن في إمكان الزوجة أيضا أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالطلاق من زوجها استنادا إلى إرادتها المنفردة و الذي اصطلح على تسميته بالتطليق ، إدا أن المشرع راعى جانب الزوجة فشرع لها لافتداء بالمال إذا كرهت زوجها كما تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كرهها لزوجها بل قد تطرأ لأمور أخرى تدعوها لطلب الطلاق خصوصا إدا توفرت لديها حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة **53 ق.**أ و من هذه الحالات الحالة التي نحن بصدد الحديث شأنها و المنصوص عليها في الفقرة **1 م 53 ق.**أ [1]

**<u>الفـرع الثـانـي</u> : النتائج المترتبة عن إهمال الأولاد**

لقد ورد في المادة 75 ق.أ ما يفيد أن نفقة الولد تجب على والده ما لم يكن له مال، و تستمر بالنسبة للذكر إلى سن الرشد، و الأنثى إلى الدخول بها كما تبقى مستمرة في حالة ما إذا كان الولد عاجزا عن كسب لآفة عقلية أو بدنية، أو كان بزوال الدراسة و تسقط النفقة بالاستغناء عنها بالكسب. أما المادة **76** منه فلقد نصت صراحة على أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك وورد نص في المادة 77 على أنه تجب نفقة الأصول

---

[1] المجلة القضائية السنة 1989، العدد 1، ص 325.

[2] المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 2، ص 282.

[1] الدكتور: عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، طبعة 2 منقحة دار البعث قسنطينة ، ص 231 - 232

على الفروع و الفروع على الأصول حسب المقدرة و الاحتياج.

و درجة القرابة في الإرث لهذا يبدو أن من السهل علينا إذا راجعنا أحكام المادتين **75**،**76** و**77** من ق.أ أن نصل إلى النتائج التالية:

يمكن استخلاص من نص المادة 75 أن نفقة الولد واجبة على والده كمبدأ عام و لا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد مال يمكن أن ينفق منه على نفسه، و ذلك يقطع النظر عن كون الولد موسرا أو معسرا.

و عليه فإن كانت نفقة الولد واجبه على والده يحكم الشرع و القانون ما دام هذا الولد عاجز عن الكسب و فقيرا فإن هذا الواجب سيسقط عن كاهل الأب لم يعد ملزم بالاتفاق على ابنه و لو كان صغيرا أو مريضا. [1]

حيث نصت على هذه الجريمة المادة **330** ق.ع باستقرار النص نستنتج أن المشرع الجزائري في هذه الفقرة قصد حماية الأولاد و عنصر إهمال الأولاد و يقصد بها تلك الأعمال التي تشكل خطرا على صحته و كذلك على سلوكه و ذلك بإهمال رعاية الأولاد نتيجة للإخلال بالالتزامات العائلية، إذا يعمد بإرادته الحرة بتقصير في آراء التزاماته العائلية و هذا يعتبر قصد جنائي عام و المتمثلة في الكسوة و العلاج، الطعام... الخ.

و هذه الجنحة تخضع للقواعد العامة بحيث يجوز لوكيل الجمهورية لمجرد علمه بالوقائع مباشرة المتابعة تلقائيا ضد المتهم بالجنحة.

أما فيما يخص العقوبة فتطبق على مرتكب جنحة إهمال الأولاد نفس العقوبات المقررة للجنح المنصوص عليها م **330 ق.ع** المتمثلة في الحبس و كذلك العقوبة التكميلية في المادة **332 ق.ع**.

**<u>المطلب الثـاني</u> : جـزاء امتناع الزوج عن أداء النفقة**

إن القوانين حينما تقر للفرد حقوقا و واجبات فإن ذلك حفاظا على النظام العام و نحيطها كذلك بتجريم عدم الإخلال بها، و هو ما ينطبق عليه القول في هذه الجريمة فعدم تسديد النفقة المقررة قضاء هو تخلي عن الالتزامات التي تفرضها العلاقة الزوجية و الصفة الأبوية.

فنفقة الزوجة واجبة على الزوج إذا دخل بها و تستمر إلى غاية يوم التصريح بفك الرابطة الزوجية **م 74 ق.أ** و أن المطلقة لها الحق في النفقة الغذائية و ذلك في عدة الطلاق و هو ما أشارت إليه المادة **61 ق.أ**.

ففي حالة وجود الرابطة العائلية فإننا نقصد المستفيد و المتمثل في الزوجة و الفروع و هذا رجوعا إلى أحكام **ق.أ.م 74** إلى **80** منه.

---

[1] الدكتور : عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 237

وعند فك الرابطة الزوجية، فالنفقة تؤول إلى الزوجة و الأولاد القصر و هذا ما أشارت إليه المواد **74 – 75 – 61 ق.أ** .

إذا تعتبر هذه الجريمة من الجرائم الضارة بالأسرة لأن الامتناع عن تقديم النفقة يضر بالزوجة و الأولاد هذا يؤدي بنا إلى طرح التساؤل : هل يمكن متابعة و إدانة الزوج الذي يمتنع عن تسديد النفقة تحت وصف "جريمة الإهمال العائلي." ؟

**الفـرع الأول : عقوبة الزوج المتهم لعدم سداد النفقة**

لقد نص المشرع على هذه الجريمة في المادة **331** من قانون العقوبات و المقابلة للمادة **3/357** من الأمر **58/1298** المؤرخ في **1958/12/23** المعدل لقانون العقوبات الفرنسي **1958**.

إن هذه الجنحة تتطلب وجوب حكم قضائي يلزم المدين بأن يدفع النفقة الغذائية المقررة له قانونا كما

تقتضي أن يكون هذا الحكم نافذا، و هي جنحة مستمرة و المتماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين دفع المبلغ المحكوم به عليه كاملا و على ذلك فإن دفع جزء من المبلغ لا يمنع قيام الجريمة و قد قضي في فرنسا برفض ما أستند إليه الزوج في دفاعه يكون وهب زوجته و أطفاله عقارا فهذه الهبة لا تعقد من سداد مبلغ النفقة الغذائية المقررة للزوجة و الأولاد.

إن هذه الاجتهادات صالحة للأخذ بها في الجزائر، كما تقتضي هذه الجنحة أن يكون الامتناع المعتمد قد استغرق مدة أكثر من شهرين و عدم تنفيذ الحكم القضائي بالنفقة قصدا هو تحدي إلى السلطة القضائية إضرار بمن هو مستحق للنفقة، فإن القاضي يتحرى حال الزوج فأن كان موسرا و له مال ظاهر، باع القاضي من ماله جبرا عليه و أعطى الثمن للزوجة لتنفق منه على نفسها و إن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يسره و طلب الزوجة حبسه، حبسه القاضي عقوبة له. [1]

---

[1] الدكتور : دردوس مكي ، قانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية – قسنطينة ، طبعة 2005 ، الجزء الثاني ، ص 135-136

أما إذا كان الزوج معسر و طلبت الزوجة حبسه لامتناعه عن أداء الفروض لها فالقاضي لا يحكم بحبسه متى ثبت لديه إعساره الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال و لأن حبس المعسر لا يفيد كما في المسير و هذا في نص المادة **2/331 ق.ع**.

جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء يعاقب القانون عليها بالحبس من 06 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة مالية 500 إلى 5000 دج.

كما نصت المادة **332 ق.ع** أنه يجوز الحكم على المتهم المدان بهذه الجنحة كعقوبة تكميلية بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة **14** من سنة إلى **5** سنوات.[1]

**الفـرع الثـاني : عقوبة الزوج المتهم المدان بعد أدائه النفقة**

الحبس غير مانع من بيع المال الظاهر للمحبوس جبرا عليه و أخذ بدل النفقة منه ثم بعجز منه و إن كان المطالب بالنفقة محجوزا عليه فالولي في ماله هو الذي يكون مطالب إذا امتنع عن أداء الحكم بحبسه متى كان للمحجور مال يمكن استفتاءه منه.

يرى أنصار فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية، أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم على الخطاء أيضا فيعتبر المدين **(الزوج)** قد ارتكب خطاء حين عهد بتنفيذ التزامه إلى غيره و لم ينفذ هذا الغير الالتزام أو أخل به.[2]

تنص المادة **124 ق.م.ج** " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء **(يخطئه)** و يسبب ضرر للغير، يلزم من كان في حدوثه بالتعويض" نقلا عن المادة 1382 ق مدني فرنسي و يكون صدور الحكم بالتعويض كاشفا للحق فيه لا منشأ و متى أصبح الحكم بالتعويض سندا تنفيذيا جاز للمضرور أن ينفذ بمقتضاه على أموال المسؤول.

تنص المادة 182 ق.م.ج : " و يشمل التعويض ما لحق الدائن (الزوجة و الأولاد) من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به."

فلم يترك القانون للقاضي أن يقدر التعويض حسب أمرائه و ميوله الشخصية بل وضع معايير يسير على هداه، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر ، بحيث لا يزيد عنه و لا يقل كما تراعي ظروف و ملابسات تمثلت في قوة قاهرة، أو ظرف استثنائي يرجع إلى أموره الشخصية أو الاجتماعية، امتنع الزوج عن تنفيذ ما حكم به و المتمثلة في النفقة الغائية للزوجة و الأولاد.

كما يشار هنا إلى بعض الخلط الذي يقع فيه بعض القضاة في أحكامهم، فمنهم من يحكم على المتهم بعد إدانته بجنحة عدم تسديد النفقة بأداء الضحية مبلغ النفقة غير المسددة و هنا لبد أن نشير أن الأمر يتعلق بدين سابق على الجنحة، و من تم فالقاضي الجزائي غير مختص بالتزام المتهم بتسديد المبلغ و هذا طبقا لنص م . 2ق **الإجراءات المدنية**، و كان من تم على القاضي الجزائي أن يحكم بناء على طلب الضحية في هذه الجنحة عن كافة الأضرار الناتجة عن هذه الجريمة.[1]

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## الخاتمـــة

- في هذا البحث تطرقنا إلى أهم دعامة فيس المجتمع ، ألا وهي الأسرة بمفهومها الموسع ، ومن المعروف أيضا اختلاف مفهومها ومكانتها في المجتمع العربي الإسلامي عنه في المجتمع الفرنسي .

حيث أن المنطلق الذي حاولنا الإحاطة به ، هو تجريم الإخلال بالالتزامات الأسرية بمفهومها الضيق ، إلى تجريم إخلال الزوج بالتزاماته المتمثلة في النفقة وما يمليه حس الإنسان اتجاه أسرته .

الأسرة في المجتمع هي الوحدة الأساسية بتكونه واستقراره من هنا وجب الاهتمام بها حيث نجد المادة 58 من الدستور تنص على أن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع ، ومن هذه الحماية وضع نصوص التجريمية في هذا الشأن . اعتمادا على معيار المصلحة المحمية بالجرائم ضد الأسرة ، هي جرائم تقوم على فلسفة حماية كل إخلال بالتزامات المقررة اتجاه الأسرة من بينها عدم تسديد النفقة الغذائية لهم والتي يطلق عليها بعض الفقهاء جريمة الإهمال العائلي باعتبارها معاقب عليها قانونا وشرعا وفي نفس الوقت تعتبر سبب من أسباب فك الرابطة الزوجية مع ذكر صورها في المادتين

330 – 331 ق.ع.ج وتركيزنا على هذه الجريمة يستند لاعتبارين :

* الاعتبار الأول : هو إيماننا لقداسة الأسرة ، ارتأين أن نمطي لتام عن هذه الجريمة تشكل فيروسا يهدد كل استقرار عائلي .

* الاعتبار الثاني : إرادتنا في البحث عن مختلف السبل للوصول إلى فك إشكالات التي تثور حول المادة 330 ق.ع التي نصت في فقرتها الثالثة على جريمة الامتناع عن تسديد النفقة ونص المادة 331 ق.ع.ج والتي رتبت عقوبة التخلي عن الالتزامات الزوجية .

- إنه وكما ذكرنا عن هذه الالتزامات تختلف من مجتمع إلى مجتمع فحينما نتكلم عن الأسرة دوما نرجع إلى العادات والتقاليد والدين الذي يحكم الجانب الأخلاقي في قيام الأسرة .

حيث نجد في فحوى المادتين 330-331 ق.ع.ج بعض الملاحظات تخص بالأساس العمق ألتجريمي لهذه الأفعال ربطها بمدة زمنية مستقاة عن المشرع الفرنسي ، إذ نرى أن مدة شهرين والمعتمدة لقيام الجريمة هي في حقيقتي مدة طويلة فإننا نرى أنه من باب الأولى أن تكون هذه المدة هي شهر واحد وذلك لأسباب عدة من بينها الطبيعة التكوينية للبيئة الاجتماعية لمجتمعنا الذي يعتمد أساسا على مفهوم الأسرة ككيان له دوره فيس ترسيخ القيم والمحافظة على الروابط العائلية من الانزلاق في مهب التفكك أو الانفصام أو التشرذم .

- مجتمعنا يعتمد على قوامة الرجل في الأسرة بكل الجوانب المادية بخلاف المجتمع الغربي الذي يعتم على المنافسة بين الرجل والمرآة في العمل كما أن مفهوم الأسرة ليس بالمكانة التي هي عليها عندنا

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المراجـع

**المؤلفـــات**


1 ـ الشيخ سيد سابق : فقه السنـة

دار الفكـر للطباعة و النشر و التوزيع

الجزء الثاني ـ طبعة 1998.

2 ـ الدكتور: بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري

ديوان المطبوعات الجامعية

الجزء الأول ـ 2007.

3 ـ الدكتور: بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري

ديوان المطبوعات الجامعية

الجزء الأول الطبعة الرابعة 2005.

4 ـ الدكتور: عبد القادر بن حرز الله : الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق

(في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له)

قانون رقم 05 ـ 09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005).

دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007.

5 ـ الدكتور: عبد العزيز سعد : الجرائم الواقعة على نظام الأسرة الجزائري.

الديوان الوطني للأشغال التربوية ـ طبعة 2002.

6 ـ الدكتور: عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

دار البعث قسنطينة ـ الطبعة الثانية منقحة 1989.

7ـ الدكتور: أحمد بوسقيعة : الوجيز في القانون الجنائي الخاص

دار الهومة الجزائر ـ طبعة منقحة 2005 الجزء الأول

8 ـ الدكتور: علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية

في قانون المدني الجزائري ـ ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر ، سنة 2000.

9- الدكتور : دردوس مكي ، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية – قسنطينة – سنة 2005 ، الجزء الثاني

10- الدكتور : بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن

بالأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة : السنة والمذهب الجعفري وقانون الزواج والطلاق ، دار النهضة بيروت

# مبـاحـث في قـانـون الأســـــرة


**التقنينــات**

1- قانون الاسرة الجزائري : القانون رقم 05 – 09 المؤرخ في مايو سنة 2005

2- قانون العقوبات الجزائري : الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2005

**المجـلات**

1- المجلة القضائية لسنة 1989 - العدد الأول

2- المجلة القضائية لسنة 1994 - العدد الثاني

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## البحث الرابع: الولاية في عقد الزواج

### خطـــة البحث

**مقدمـة**

**مدخـل**

**الفصل الأول : الولاية في عقد الزواج**

**المبحث الأول: ماهية الولاية**

**المطلب الأول: تعريف الولاية**

**المطلب الثاني: مصادر الولاية**

**المبحث الثاني: أنواع الولاية**

**المطلب الأول:ولاية الاختيار**

الفرع الأول: ماهيتهـا

الفرع الثاني : دليلها الشرعي

**المطلب الثاني: ولاية الإجبار**

الفرع الأول: ماهيتها

الفرع الثاني : دليلها الشرعي

**الفصل الثاني : ركن الولي في عقد الزواج**

**المبحث الأول: اشتراط الولي في الشريعة الإسلامية**

**المطلب الأول: مذهب جمهور العلماء**

**المطلب الثاني: المذهب الحنفي**

**المبحث الثاني: اشتراط الولي في قانون الأسرة الجزائري**

**المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري و القضاء**

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة

الفرع الثاني : موقف القضـاء

الفرع الثالث :حكم الولي في ظل قانون الأسرة الجديد

**المطلب الثاني : ضرورة و شروط و واجبات و ترتيب الولاية**

الفرع الأول : ضرورة الولاية في عقد الزواج

الفرع الثاني : شروط الولاية

الفرع الثالث : واجبات الولي

الفرع الثالث : ترتيب الأوليـاء

**الخاتمة**

**قائمة المراجع**

# مبحث تمهيدي

قال الله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً" و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" رفقا .. رفقا بالقوارير ألم تسمع قول ربك لك فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" وصيته صلى الله عليه وسلم بالنساء في حجة الوداع وهو يقول أمام الآلاف من الرجال " اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله " ويقول " استوصوا بالنساء خيرا فإن المرأة خلقت من ضلع أعوج وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه فإذا ذهبت تقيمُه كسرت ، وإذا تركته لم يزل أعوج ، فاستوصوا بالنساء خيرا " يقول ابن كثير رحمه الله تعالى في قوله تعالى " وعاشروهن بالمعروف " أي : طيِّبوا أقوالَكم لهنَّ، وحسِّنوا أفعالَكم وهيئاتكم حسب قدرتكم كما تحبُّ ذلك منكم.

و من هذا المنطلق وجب القول ان أحكام النكاح هي من المباحث الفقهية الجليلة و انه من أراد النكاح فقد أراد به الفضيلة و العفاف وفقا لما شرعه الله عز وجل ، فقد حضيت هذه الفكرة بالعديد من الشرائع السماوية ، و كان الإسلام أكثر الأديان اهتماما بها ، فلقد أعطى الإسلام للأسرة و المرأة على وجه الخصوص مكانة مرموقة لم تصلها البشرية لا قديما ولا حديثا ،نذكر منها الحقوق الخاصة في ميدان النكاح ما يدل على عظمة هذا الدين .

و لقد حرص الشرع الإسلامي على إقامة هذا الزواج على الأسس المتينة و المبادئ القوية لتحقيق مقاصده كاملة من دون نقص ، لدوام و استمرار الحياة الزوجية ، و لتنعم الأسرة بالاستقرار و الطمأنينة تبعا لقوله تعالى "و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودةً و رحمةً إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون" سورة الروم(21).

و بالتالي فان التشريع الإسلامي اعتنى بمقدمات النكاح و أركانه و شروطه و قد حرص في وضع الولاية في عقد الزواج بمثابة الركن الأساسي و العمود الفقري لقيام العلاقة الزوجية لما يميزها من صفات و شروط و ما تحتويه من خصائص و أهداف لبلوغ الغاية المنشودة و هي إقامة أسرة سليمة و سنوضح كل هذا من خلال التفاصيل في هذا البحث المنصب على الولاية في عقد الزواج و مدى تأثيرها في قيام عقد الزواج و هل هي ركن ام شرط و على من تجب ، ولمن تجب و هل هي واجب ام مستحب .

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

كل هذا سنجيب عنه بتوفيق من الله في فصلين أولهما تعرف فيه الولاية و مصادرها و أنواعها و الفصل الثاني الذي يشمل مقارنة بين الولاية في الشريعة الإسلامية و ما يقابلها في ظل القانون الجزائري وفقا لآخر التعديل.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المبحث الأول: ماهيـــة الولايـــة

### المطلب الأول: تعريف الولاية

**لغة** : الولاية بفتح الواو و كسرها هي مصدر ولي الرجل اذا نصره و أعانه و قام بأمره و تولى شؤونه فالولي في اللغة هو المضياف.

هو النصرة و الإعانة ( الناصر و المعين ) و المعنى الثاني هو القائم بأمر الشخص و المتولي لشؤونه[9].

فهي النصرة و الاجتماع على النصرة و الولاية على الإيمان مصداقا لقوله تعالى :"**المؤمنـون و المؤمنـات بعضهم أولياء بعض**"[10].

**شرعا**: حق منحته الشريعة الإسلامية لبعض الناس ليكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره سواء ارضي او لم يرضى و سبب ذلك مرجعه الى احتمال ان يكون عاجز او ان تكون أهليته قاصرة عن التصرف بنفسه .

و قد اختلف جمهور العلماء حول تعريف الولاية فقد عرفها البعض على أساس أنها " قيام شخص كبير او راشد على تدبير شؤون الشخص القاصر الشخصية و المالية".

و هي أيضا سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود و ترتب أثارا عليها دون توقف على إجازة احد.

**" الولاية " بفتح الواو** :

هي الحلف و المولى و الموالاة و الحليف فقد كانت العادة جارية عند الأولين ان يسلم بعض الكفار على يد رجل من المسلمين و يواليه.بان يقول له : مولاي تركتني اذا مت و تعقل عني اذا جننت، و هو ما اصطلح عيه " مولى المولاة ".

و الولاء بالحلف درجة من الولاية فهي تأتي بعد القرار به لجميع أنواعها ، فاذا لم يكن للصغير او الصغيرة و من في حكمهما من الكبار قريب بالعصبة البينة او قريب بالعصبة النسبية و لا قريب غير عاصب فالدين يزوج كل واحد منهما " مولى المولاة " الذي اسلم الصغير على يده ووالاه ان كان مولى له.

و قد اجتمع أهل الرأي على تعريفها لغة بالحلف و النصرة امتثالا لقوله تعالى :" **ومن يتولى الله ورسول والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون**" [11].

---

[9] د.محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،ص 67.

[10] الآية 71 من سورة التوبة

[11] سورة المائدة الآية 55.

## المطلب الثاني: مصادر الولاية

### مصدر الولاية الشرعية :

ان مصدرها هو الشرع كولاية الأب على ابنه و الجد على حفيده و في هذه الحالة تتضمن الولاية الشخصية لأنها ليست ممتدة من الغير و إنما ثابتة له شرعا بمقتضى صفة القرابة باعتباره من العصبة بالنفس فهي ملازمة للولي فلا يصح منه التنازل عليها او إسقاطها ، و كان حق الغير قد تعلق بها إلا اذا وجد سبب لإسقاطها فهذا يقرره الشرع او القانون "كحالة الجنون " تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم " **أنت و مالك لأبيك** "[12].

### الولاية المتعدية :

هي سلطة ثابتة بمقتضياتها يتم تنفيذ أقوال و تصرفات الولي على المولى جبرا وهدف هذه الولاية هو تمكن المولى عليه من القيام بشؤونه و التصرف في أمواله على أساس من المصلحة و الاعتبار.

### ولاية الغير:

مصدرها الغير كولاية الوصي و الوكيل و القاضي حيث ان الولي تصير سلطته على المولى عليه من الموصي كوصية الأب و الجد مثلا ، وقد تكون عامة كولاية القاضي " القاضي ولي من لا ولي له "[13].
و سلطة الولي على المولى عليه ليست بدرجة واحدة فقد تكون ولاية ضعيفة او تكون ولاية قوية فهي قوية اذا كانت تخول للولي لجبار المولى عليه على القيام بالتزويج مثلا اذ ترتب عليها نتائج اذا سقطت او تخلفها عند إبرام عقد الزواج بدون حضور الولي.

### ان ما يمكن استخلاصه من التعاريف هو :

- ان مصدر ثبوت الولاية في القران الكريم و السنة النبوية الشريفة فهي سلطة ثابتة من حيث الشرع.

---

[12] د.محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،ص83.

[13] د ناصر احمد إبراهيم النشوي ،موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة عقد النكاح ،

- وجوب توافر شروط قيام العقود الشرعية و المالية فمنها ما يتقبل ( أي العقود الشرعية ) بالشخص مثل تزويج البنت او التصرف في مال القاصر فهي عندئذ ولاية متعدية من شخص لشخص آخر كتزويج البنت و التصرف في مالها[14].

# المبحث الثاني: أنــواع الولايــة

**تمهيد** :

ان الإنسان يقوم بعدة تصرفات اما ان تكون متعلقة بشخص المولى عليه فتشمل القيام بشؤونه مثل : تعليمه او تزويجه ، وتسمى هذه الولاية الولاية على النفس و اما ان تكون منحصرة على التصرف في الحال تكون ولاية على الحال و قد تكون مجتمعة على كليهما.

## المطلب الأول: ولاية الاختيار

### *الفرع الأول*: ماهيتها

هي التي لا يستطيع الولي ان يتشدد او يتعسف في بتزويج المولى عليها بل لابد من ان تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي و يشتركان في الاختيار و يتولى هو " الولي " الصيغة.

و تكون الولاية على المرأة البالغة العاقلة و البكر سواء او الثيب لأنها سلطة ثابتة شرعا للولي تخول له حق تزويج بمولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح.

و قد ذهب جمهور من الفقهاء و العلماء الى القول ان ولاية الاختيار هي التي لا يستطيع الولي ان يستبد بتزويج المولى عليها بل لابد من مشاركته للزوجة في اختيار الزوج و يتولى الولي عقد الزواج و بالتالي فانه يمكن استخلاص ما يلي :

- ان الولي لا يمكن ان يستبد برأيه بل لابد من موافقة المولى عليها في الرأي.
- ليس للولي الانفراد بالرأي بتزويج منهم في ولايته.

---

[14] د عيسى حداد.عقد الزواج دراسة مقارنة ،ص117

– لا يجوز ان تنفرد المرأة بتزويج نفسها دون موافقة الولي و غالبا ما يتولى الأب تزويج ابنته " **و هو وليها الشرعي** ".

## الفرع الثاني : دليلها الشرعي

لقد ثبت وجوب الولاية بالاستناد الى القران الكريم و السنة النبوية الشريفة .

### القران الكريم :

قال تعالى :" **فانكحوهن بإذن أهلهن** "[15]، لقد نص القران الكريم و خاطب الآباء قصد تزويج بناتهم و تزويج الأولياء للنساء ، وأكد على ضرورة الولي في عقد الزواج مع إبعاد المرأة من عقد الزواج بنفسها :" أي لا تصح عبارتها لإنشاء عقد الزواج " و قد جاء هذا حفاظا على كرامتها و اجتناب التصادم مع عائلتها .
كما نهى الدين الإسلامي الحنيف على اعتراض الأولياء على تزويج بناتهم لمن يرضون دينه وخلقه تبعا لقوله تعالى:"**و انكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم** "[16].

### السنة النبوية الشريفة:

روي عنه صلى الله عليه وسلم ان قال :" **لا يزوج النساء الا الأولياء و لا يزوجوهن الا من الأكفاء و لا مهر اقل من درهم** "[17]، وبالتالي فان شرط الولي يتقرر في غيابه البطلان و مثل ذلك ان الزواج من غير اخبار المرأة و لو استند الى ولاية صحيحة يعد باطلا كما انه و في المقابل اذا تزوجت المرأة بدون إذن ولي يعد زواجها باطلا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم :"**أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل** ..."[18].

ان وجود الولي في عقد الزواج يمنع المرأة من اتخاذ بعض القرارات الخطيرة التي لا يمكن تداركها في المستقبل .

---

**15** سورة النساء ، الاية **25**.

**16** سورة النور ، الاية **32**.

**17** د.محمد محمد فرحات،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ،ص**77**

18 نفس المرجع السابق.

ان أساس الولاية هي المصلحة و بالتتالي فان دور الولي في الزواج هو تحقيق المصلحة نظرا لما يمتاز به من حكمة و ترو و حنكة في مسايرة الأمور.

و نظرا لكون عقد الزواج من العقود الدينية ذات الأهمية بمكان فانه يتوجب وجود رجل اقدر على الحكم من غيره.

إضافة الى كون علاقة المرأة بالرجل أمر خطير الشأن فيمكن التأثير على عاطفتها و بالتالي فان دور الولاية هو بمثابة مانع لذلك الاستغلال الذي قد ينم عن ضعف المرأة ، و لا يعتبر ذلك تقليل و لا إنقاص من شانها بل هي إرادة الخالق عز وجل في هذا الشأن.

## المطلب الثاني: ولاية الإجبار

### *الفرع الأول*: ماهيتها

هي سلطة الولي في تزويج من في ولايته جبرا و هي سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته و بدون رضاه سواء بسبب صغره او فقدان العقل.
فهذه الولاية تكون فقط متعلقة بشخص المولى عليه كولاية الحضانة و الزواج و تثبت الولاية الإجبارية على الصغير و الصغيرة بكرا كانت ام ثيبا.

### الجنـون:

اما اذا كان الولي عليه فاقدا للأهلية او مصاب بالجنون سواء كان هذا الجنون أصليا او كان طارئ فهو يجعل أهليته ناقصة يستوجب مراعاة أموره من طرف الولي إجباريا.

### العتـه :

ان من أصابه العته سواء كان سفيها او أصيب بطارئ يتوجب ان يكون له ولي في تسيير أموره بالطريقة التي يحافظ فيها على أمواله و شؤونه.

و قد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه تزوج من السيدة عائشة ولاية أبيها أبي بكر الصديق رضي الله عنه و ليست بنت ست سنوات و هي ولاية إجبار للأب و الجد و العم تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم :" النكاح الى العصبات "[19].

و هنا نفرق بين من يكون له ولاية الإجبار كالأب و الجد وغيرهما فان ولاية الأب و الجد لا يكون للصغير و الصغيرة الحيازة بعد البلوغ و ذلك بسبب ان الأب و الجد كامل الرأي و موفور الشفقة على صغيرة او صغيرته في حين ان ولاية الغير يكون فيها خيار عند البلوغ فاما إقامة للزواج و الحفاظ عليه او فسخه[20].

## *الفرع الثاني* : دليلها الشرعي

لقد ذهب جمهور العلماء الى التفريق بين الولاية الإجبارية عندما يتولاها الأب و الجد و عندما يتولاها الغير فمثلا عند مذهب ابي حنيفة فالقول الراجح ان ولاية الأب و الجد كما تطرقنا اليه لا يمكن العدول عنها عند البلوغ لاسيما و ان الولاية بصفة عامة – حسب مذهب أبي حنيفة – شرعت للنظر في مصالح المولى عليه و بالتالي فان معيار ثبوتها عن الحنفية هو الصغر و بالتالي فهو العقل فهم لا يفرقون بين البكر و الثيب أصلا نظرا لكون الصغير عاجز عن النظر في شؤونه و لا يدرك مصلحته في العقود و التصرفات اما سببها في الجنون و العته فهو نقص العقل و ما يسببه من عجز[21].

لكن رغم ان مذهب الحنفية يجيز المرأة البالغة العاقلة تزويج نفسها بدون ولي من توافر عنصر الكفاءة عند الزوج الا ان الولاية الإجبارية تبقى قائمة على الصغار و المجانين.

---

[19] د. عيسى حداد.عقد الزواج دراسة مقارنة ،ص 142.

[20] د.محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،ص 90.

[21] الفقه على المذاهب الأربعة للإمام الجزري،ص130.

## عند مذهب المالكية:

ان الولاية عند مذهب المالكية تتمة لها اتفق عليه جمهور العلماء و الفقهاء عملا عليه ثبوت ولاية الإجبار على المجانين و السبب وهو فقدان العقل و ضعف الإدراك وهي علة و سبب كافي للولاية على الصغير الذي لا يفهم شؤون الزواج ولا المصلحة فيه.

فهذه الولاية تبقى حقا يمارسه جبرا على البنت البكر التي لم تتزوج بعد خوفا من العنوسة و لكن لا يمكن بأي حال من الأحوال جبرها على التزويج من مجنون او مصاب بالجذام خوفا عليها.

و مع ذلك فان المالكية يرون انه على الأب استشارة البنت البكر و هو ما يجعل من ولاية الإجبار لدى الأب و السعة لدى جمهور المالكية حتى ولو بقيت بكرا وأقامت مع زوجها ولم يمسها او مات عنها فمادامت بكرا فان ولاية الإجبار عند الأب تكون تامة وكاملة شريطة ان لا يضر بها احد ، اما عن الثيب فقد اجمع الملكية و الحنفية و الشافعية[22] .

[22] نفس المرجع وأكده د.محمد محمد فرحات،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

## المبحث الأول : اشتراط الولي في الشريعة الإسلامية

### المطلب الأول: مذهب جمهور العلماء

لقد اشترط الدين الإسلامي الحنيف وجود الولي في عقد الزواج بل و ألح على ضرورة وجود الولي فيعقد الزواج و قد استدل على ذلك بالقران و السنة .

#### القران الكريم:

يرى جمهور العلماء ضرورة الولي في عقد الزواج و قد تنزلت الآية الكريمة مخاطبة لمسلمين عامة بضرورة الأخذ برأي المرأة في عقد الزواج امتثالا لقوله تعالى:" **فلا تعضلوهن ان ينكحوا أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف**"[23].

فقد وردت هذه الآية بعد حادثة التي وقعت في شان معقل بن يسار الذي زوج أختا له لرجل فطلقها و لكنه رجع لخطبتها بعد انقضاء العدة، لكن معقل رفض ذلك قائلا له انني أكرمتك و طلقتها ثم رجعت لخطبتها ، ولكن المرأة كانت تريد الرجوع الى زوجها فنزلت الآية الكريمة التي تؤكد ضرورة الولي في عقد الزواج و التي تنص صراحة على ان المرأة مهما كانت فانها لا تستطيع تزويج نفسها حتى و لو كانت ثيبا [24] ،و قد نهى في المقابل الأولياء عن عضل أي التعرض لبناتهم و لمن هم في ولايتهم في حال موافقتهن على الزواج من الشخص الكفء و قد استدل جمهور العلماء بالآية 25 من سورة النساء ليبينوا مدى ضرورة و سلطة الولي في عقد الزواج نظرا لما يكتسبه عقد الزواج من أهمية دينية و اجتماعية و نظرا لما يترتب على هذا العقد من أثار مستقبلية بالنسبة لزوجة و أهلها.

#### السنة النبوية الشريفة:

لقد استدل جمهور الفقهاء في مذهبهم ان المرأة لا تملك تزويج نفسها و ان لعقد لا يصح الا بولي و لا تملك المرأة حق توكيل غير وليها في تزويجها فان هي فعلت فان العقد لا يصح و لا يمكن إجازته تبعا لما ورد في حديث ابي هريرة رضي اله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قوله:" **لا تزوج المرأة و لا تزوج المرأة نفسها**"[25]، و قد

---

[23] الاية 232 من سورة البقرة.

[24] **د.عبد الفتاح محمد ابو العينين، أحكام الأسرة في المذاهب الفقهية ،دراسة مقارنة.ص99.**

[25] **د.محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،ص 68.**

روي عن أبي عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه و سلم قال :" لا نكاح الا بولي و السلطان ولي من لا ولي له ".

وبهذا فقد أجمعت السنة لنبوية على ان الهدف الأصلي من الزواج لا يمكن حصره في مجرد علاقة بين رجل و امرأة بل ان ثماره تتعدى السكينة و المودة و الرحمة و التعاون بين الزوجين الى مشاركة أهل الزوجة خاصة اذا كان الزوج صالحا فان ذلك ينعكس على أهلها مما يجعل من اختيار الزوج الكفء ليس بالمر الهين و لا اليسير و انما يحتاج الى معرفة ودراية ، خاصة هذا الأمر يختص به الرجال نظرا لما أوكلهم الله تعالى و ألهمهم من قدرة وحنكة وحكمة فالرجل يحتكم الى العقل و ليس الى العاطفة التي تتسم بها المرأة في معظم تصرفاتها.

و بالتالي فان جمهور العلماء استدلوا في وجوب الرجوع الى الولي لتزويج المرأة الى الحديث الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال:" ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل "[26].و هذا الحديث جاء صريح في كون الزواج الذي تتولاه المرأة دون اذن وليها يعتبر باطلا .

و يستوي اذن الولي ان يكون سابقا للعقد او متأخرا عنه نظرا لكون الحديث لم يحدد بصراحة مدى وجوب ان يكون الإذن سابقا للعقد او لاحقا له فمادام انه لا يوجد تخصيص للإذن قبل العقد فانه يجوز الموافقة من طرف الولي على عقد النكاح متى توفرت شروط الزواج الكفء .

## المطلب الثاني : المذهب الحنفي

لقد استدل مذهب الحنفية في مذهبهم على أدلة من القران الكريم و السنة النبوية الشريفة و سنوضحها كالآتي :

### الدليل من القران الكريم :

فقد رجعوا الى قول الله تعالى :"فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن " [27] و بالتالي فهناك نهي صريح ومنع للأولياء عن العضل الذي يعتبر منع الولي لمن هي في ولايته ان تنكح زوجا تريده و قد وافق ذلك قول الله تعالى :" فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" وهو ما يجعل من حق المراة التي تعيد الزواج ثانية ان يكون لها الحق في تزويج نفسها بدون اذن وليها .

---

[26] د ناصر احمد إبراهيم النشوي،موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة عقد النكاح ..ص408.

[27] سورة البقرة.الاية 232

**الدليل من السنة النبوية الشريفة :**

مرجعه هو حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الايم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها"[28] و في لفظ آخر :" الثيب أحق بنفسها " و الايم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيب ، و بالتالي فان نص هذا الحديث جاء صريحا بكون المرأة الثيب لها الحق في مباشرة زواجها بنفسها [29].

أضف الى هذا فانه لما أراد النبي صلى الله عليه و سلم ان يتزوج بأم سلمة بعث اليها يخطبها فقالت ليس احد من أوليائي شاهدا فقال عليه الصلاة و السلام ليس احد من أوليائك شاهدا و لا غائبا يكره ذلك " و هذا دليل قاطع على صحت هذا العقد الذي لا يتوقف على ارادة الولي و انه متى توفرت الكفاءة فانه لا اعتراض للأولياء في زواج بناتهم الثيب اما اذا لم تتوفر عنصر الكفاءة فانه من حق الولي الاعتراض على هذا النكاح امام القاضي لأنه يكون نكاحا فاسدا اما البكر فعليها اذن وليها شريطة ان لا تكون كارهة لهذا الزواج او مجبرة عليه فلها حق الاختيار متى توفر عنصر الكفاءة في عقد الزواج .

# المبحث الثاني : اشتراط الولي في قانون الأسرة الجزائري

## المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري و القضاء

### *الفرع الأول*: موقف المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة

لقد اعتبر المشرع الجزائري في نص المادة 11 من قانون الأسرة رقم 84 11 المؤرخ في 1984/02/07 قبل تعديل ركن الولي في عقد الزواج بقوله يتوى زواج المراة و ليها و هو ابوها أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

وان تخلف ركن الولي في عقد الزواج ينجر عنه بطلان العقد طبقا للمادة 32 من نفس القانون بقوله " يبطل الزواج إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".

---

[28] د.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،ص58.

[29] د.محمد محمد فرحات، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة ، ص165.

ويشار هنا أن المشرع وقع في تناقض صريح مع نفسه في المادة 33 من نفس القانون بقوله " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد "[30].

ذلك انه أورد تفصيلا للأركان التي تؤدي إلى الفسخ وذكر من بينها الولي مع انه من المقرر فقها أن الفسخ لا يرد إلا على العقود التامة . ويعد جزاء لعدم تنفيذ العقد أو التزام من التزاماته. أما البطلان فيعتبر جزاء لعيب في انعقاد العقد.

### *الفـرع الثاني* : موقف القضاء

لقد حسم القضاء الموضوع ورفع اللبس وأعاد ترتيب الأركان الواجب توافرها في عقد الزواج والتي ينجر عن تخلف أو اختلال ركنان منهما البطلان من دون أن يذكر من بينها الولي على اعتباره شرط صحة فقط .

في قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر 1988/06/20 ملف رقم 49575 المجلة القضائية عدد 2 الصفحة 54 " من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركان أربعة وهي رضى الزوجين وصداق وشاهدين بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج"[31].

### *الفرع الثالث* :حكم الولي في ظل قانون الأسرة الجديد

لقد تدارك المشرع الجزائري التناقض الواضح في القانون القديم في تحديد حكم الولي وذلك بتعديل المادة 32 بقوله" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".والتي كانت تعتبر الولي قبل تعد يلها ركنا في عقد الزواج ونص صراحة في المادة 9 مكرر على شروط عقد الزواج بقوله" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط لآتية :

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي

---

[30] قانون الأسرة الجزائري، مادة 11.

[31] اجتهادات المحكمة العليا في باب شؤون الأسرة، د.حسين بن الشيخ اثملوية ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية.

- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج"

معتبرا بذلك عنصر الولي شرط صحة في العقد وليس ركنا كما نص في المادة 9 منه على تحديد عنصر الرضا معتبرا إياه ركنا أساسيا في العقد يترتب على تخلفه بطلان العقد .وذلك من خلال تعديل المادة 33 منه بقوله " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين و صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

و نص في المادة 11 منه بقوله " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر يختاره على أن يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من ا ولي له".

ونص في المادة 13 بقوله " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها".

ويتضح من خلال قراءة المادتين ( 11/ 13 ) من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 2/5 المؤرخ في 2005/02/27.أن المشرع الجزائري وقف من عنصر الولي في إبرام عقد زواج المرأة الراشدة موقفا متذبذبا فلم يقر إلغاؤه صراحة ولا إشتراطه صراحة [32].وبالتالي لم يعد للولي أي تأثير على عقد الزواج للمرأة الراشدة التي في ولايته بحيث ان غيابه عن مجلس العقد لا يجعل العقد باطلا كما أن حضوره لمجلس العقد ليس له أي تأثير في إبرام العقد ذلك انه ليس له حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة و أبرمت عقد زواجها مع غير كفء أو مع فاسق أو عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية الكريمة لها .
في حين أن أمر الزواج لايهم المرأة وحد ها بقدر ما يهم الأسرة بأكملها.

- للإشارة أن الملفت للانتباه أن المشرع الجزائري تحول عن الأخذ بالمذهب المالكي إلى الأخذ برأي بعض الأفكار الفقهية للذين أجازوا زواج المرأة الراشدة بغير ولي باعتبار انهم لم يجدوا في القران ما يمنع زواجها من دون ولي .

[32] الامر الامؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون الاسرة الجزائري.

مع البقاء متحفظا حول فتح الطريق للمرأة وحلها تماما من سلطة الولي كما هو الشأن في قانون الأحوال الشخصية التونسي الذي حصر أركان عقد الزواج في الرضا والشاهدين والمهر.وإختار موقفا وسطا فلم يقر إلغاءه صراحة كما لم يعد متمسكا به..

## المطلب الثاني : ضرورة و شروط و واجبات و ترتيب الولاية

### *الفرع الأول* : ضرورة الولاية في عقد الزواج

انه من الواضح ان سلطة الولي على المولى عليه في عقد الزواج يختلف باختلاف طبيعة المولى عليها كان تكون كبيرة او صغيرة – بكرا او ثيبا كما ان الولاية تختلف باختلاف الأشخاص كان يكون الولي هو الأب او الجد او الوصي او الأخ ، العم او القاضي .

و من هذا يتضح جليا ان موقف المشرع الجزائري من فكرة ضرورة الولي في عقد الزواج هل هو إجبار ام الاستئذان".

و بالتالي يتضح جليا ان المشرع الجزائري اعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج و سقوطه يترتب عنه بطلان العقد ، و ذلك استنادا الى نص المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على :

– ان المشرع ينح المرأة اختيار الولي و لكن فرض عليها ان تضع اعتبارا للأب و العادات و التقليد لان سعادة الأب مرتبطة بنجاح هذا الزواج لفائدة ابنته حتى و لو لم تختاره كولي .

– اما اذا تم عقد الزواج في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج فان مثل هذا العقد يكون باطلا لكون مخلف للمادة 97 من ق.ح.م الذي يشترط الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده و لا بمكان عقد الزواج [33] .

### *الفرع الثاني* : شروط الولايـة

يشترط في الولي على النفس في عقد الزواج أن تتوفر فيه شروط موضوعية نظرا لأهمية الدور الموكول له.

1. شروط متفق عليهـا

---

[33] المادة 97 من ق.ح.م. الجزائري

- **شرط كمال الأهلية :**

اشترط فقهاء الشريعة في الولي أن يكون ذكرا عاقلا بالغا و ذهب الإمام مالك رضى الله عنه إلى توقيفها على الأب دون غيره لانعقاد الإجماع على تزويج الأب لابنته الصغيرة باعتباره أمينا عليها وحريص على مصلحتها ويقوم مقامه وكيله أو وصيه.

- **شرط الإسلام:**

لابد من توفر شرط الإسلام كشرط أساسي في الولاية على النفس في الزواج ويحرم من سلطة الولاية من يفتقر لهذا الشرط ولو توفرت فيه باقي الشروط لقوله تعالى " ولا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين" .

2. شـروط مختلـف فيهـــا

- **شرط العدالة :**

هي استقامة الدين بأداء الواجبات و ترك الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر .

اختلف الفقهاء حول هذا الشرط فقد ذهب البعض إلى اشتراطه وذهب البعض الأخر إلى عدم اشتراطه على فرض أن الفاسق يمكن له أن يزوج نفسه ومن كانت له ولاية على نفسه كانت له ولاية على غيره.الا انها شرط عند الشافعية و الحنابلة لما روي عن ابن عباس :" **لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد**" لأنها تحتاج الى النظر و تقدير المصلحة. و ذهب الحنفية و المالكية الى انها ليست شرط ،لان فسق الفاسق لا يمنع من وجود الشفقة لديه و رعاية مصلحة قريبه، و لانه لم ينقل عن احد منذ عهد الرسول انه منه من الولاية لفسقه و لان حديث ابن عباس ضعيف[34].

- **شرط الرشد :**

و معناه عند **الحنابلة** معرفة الكفء و مصالح النكاح لا حفظ المال ، و معناه عند **الشافعية** عدم تبذير المال.

و **قال الحنفية و المالكية** : ليس الرشد بمعنى حسن التصرف بالمال شرطا في ثبوت الولاية ، فيصح للسفيه و لو محجورا عليه ان يتولى تزويج غيره[35].

- **شرط الخلو من الإحرام بحج او بعمرة:**

---

[34] د.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،ص61.

[35] المرجع السابق ،ص 62.

فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح ، فان عقد فسخ العقد ، ومثله إحرام الزوجين.

- **شرط عدم الإكراه** :

فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية و هو شرط في صحة كل العقود.

## *الفرع الثالث* : واجبـات الولـي

ان التشريع الإسلامي لما أعطى للولي هذا الحق ، فانه اوجب عليه بعض الواجبات اتجاه موليته و من أهمها:

1. يجب عليه إجابتها للكفء اذا رضيت به ،فان امتنع و رفعت أمره للحاكم فانه يسأله عن وجه امتناعه ، فان رآه الحاكم صوابا ردها اليه و ان لم يره كذلك زوجها الحاكم.
2. يجب على الولي ان يعين للمرأة سواء الثيب او البكر الرجل قبل العقد ، فان عقد لها دون ان يعين لها و زوجها ممن أحب ، فان لها رد النكاح او إجازته.

## *الفرع الثالث* : ترتيـب الأوليـاء

**قال المالكية ان ولاية الإجبار تثبت لأحد ثلاثة بالترتيب الآتي :**

1. **السيد المالك ولو أنثى** : فله ان يجبر أمته او عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بها ، كالتزويج من ذي عاهة .فلا جبر للمالك.
2. **الأب**: رشيدا كان ام سفيها فله تزويج البكر و لو عانسا جبرا عنها و لو بدون مهر المثل او من غير كفء .
3. **وصي الأب**: عند عدم الأب بشروط ثلاثة هي :
   - ان يعين الأب للوصي الزوج بان يقول له زوجها من فلان ، او يأمره بجبرها صراحة كان يقول له زوجها ممن أحببت.
   - ان لا يقل المهر عن مهر المثل.
   - ان لا يكون الزوج فاسقا.

بعد الأب ووصيه في البكر و الصغيرة و المجنونة ،لا جبر لأحد من الأتي ذكرهم على الأنثى،و انما تزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها سواء كانت بكرا ام ثيبا.

# مبـاحـث في قـانـون الأســـرة

1. ابن المرأة في العقد عليها برضاها،ثم ابنه يقدم على ولد المرأة أي على جده .
2. والد المرأة.
3. أخ المرأة الشقيق فللأب ،فابن أخيها و ان سفل ،اما أخوها للام فلا ولاية له.
4. ثم الجد للأب فمرتبته بعد الأخ و ابنه .
5. ثم العم ثم ابنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم ابنه.
6. الكافل للمرأة غير العاصب.
7. الحاكم او القاضي الشرعي.
8. كل مسلم بالولاية العامة ان لم يوجد احد من الأولياء السابقين.

# خــاتمة

من خلال ما تقدم من عرض في هذا البحث المتواضع نجد ان الشريعة الإسلامية بدرجة أولى حرصت على ان تبرز قيمة و دور المرأة في عقد النكاح، و ذلك باحترام اختيارها و رأيها و ذلك بالرغم من كون الولاية إجبارية في هذا العقد، حينما ما قرر انه و في حال ثبوت الزواج الكفء فانه لا مجال لمنع الولي لمن هي في ولايته من هذه الزيجة ، و هو الأمر الذي نحى إليه المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية و الإسلامية حينما اقر الولاية و خصص لها مواد ضمن قانون الأسرة الجزائري ، و أفادها ممن التعديل الذي طرا على بعض نصوصه.

و لكنه لم يبين بوجه الصراحة هل ان الولاية في عقد الزواج هي ركن أساسي يقع في غيابها بطلان عقد الزواج، ام هي مجرد شرط يمكن تجاوزه في حالة الضرورة و بهذا السكوت من جانب المشرع الجزائري فان الأصل ان القاعدة العامة هي الرجوع الى مناهج و تشريعات الدين الإسلامي الحنيف و ما اتفق عليه جمهور العلماء في هذا الباب .

انتهى بتوفيق من الله

# قائمة المراجع


- د. عيسى حداد.عقد الزواج دراسة مقارنة ،مطبوعات جامعية 2006.
- لوعيل محمد أمين.المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، 2004 .
- د.حسين بن الشيخ اثملوية، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1،طبعة 2005.
- د.محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،
- د.عبد الفتاح محمد أبو العينين ، أحكام الأسرة في المذاهب الفقهية دراسة مقارنة .
- د.محمد محمد فرحات،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ،.
- د.ناصر احمد إبراهيم النشوي،موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة عقد النكاح، طبعة 2005.
- الفقه على المذاهب الأربعة للإمام الجزري
- د نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية ،
- د.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،دار الخلدونية،ط01، 2007،الجزائر.


# القوانين و الأوامر


- قانون الأسرة الجزائري .
- الأمر المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم لقانون الأسرة .
- قانون الحلة المدنية الجزائري.
- اجتهادات المحكمة العليا في باب شؤون الأسرة.

# خـاتمــة عامـة

إن الله عز وجل قد شرع الزواج لغاية جليلة وسامية هي لتلبية الغريزة الإنسانية بطرق مشروعة، فلا بد من رسم الحدود الشرعية والقانونية للزواج وذلك لتحقيق الكفاءة والهدف من هذا الزواج.

لقد بين المشرع الجزائري الوسائل القانونية لثبوت النسب كما نص على أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية والمقصود بها التحاليل الطبية والصفات الوراثية بالشخص المراد إثبات نسبه وهو ما يسميه المصطلح طبي البصمة الوراثية مع احترام خصائص البصمة الوراثية و اللجوء اليها عند انتفاء كافة الوسائل الأخرى لاثبات النسب.

لقد أوصى الله تعالى بالنفقة على الزوجة والأولاد فلهذا يعطي الشرع والقانون أهمية بالغة لموضوع النفقة وامتناعها اعتبره جريمة معاقب عليها فلا بد من احترام الأسس والمعايير التي يجب فيها استحقاق النفقة ومراعاة محتويات النفقة من حيث تقديرها والتي يتخذها المشرع مع أخذ في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش.

يكون الزواج صحيحا باحترام أركانه وشروط صحته والولاية تعتبر من شروط صحة العقد ومن بين الأمور التي سكت عنها الشرع هو موضوع المنع، فهل يجوز الأب منع الفتاة على الزواج. إن قبل التعديل إذا تخلف شرطا من الشروط المنصوص عليها في المادة 2/12 فلا يجوز له المنع أما بعد التعديل بقى السكوت تشريعي على هذا الموضوع.