

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة



ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
التخصص: قانون أسرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي
بعنوان

حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (الجزائري
والتونسي)

إشراف الدكتور:

.....

إعداد الطالب:

- بديرة محمد

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د. معروف محمد	أستاذ محاضر أ	رئيسا
الدكتور خضري حمزة	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا
د. وافي السعيد	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

الإهداء

إلى من كان حنانهما نورا اهتدي به، إلى بسمة الحياة وسر الوجود
في الحياة الوالدان الكريمان إلى رفيقة دربي زوجتي الكريمة حفظها الله.
إلى مهجة قلبي وقرة عيني أبنائي الأعتاء: "حنان وميلود وهناء" حفظهم

الله وجعلهما ذخرا لي ولأمهما

إلى أسرتي العزيزة كبيرها وصغيرها.

إلى جميع الأصدقاء الذين ساعدوني في هذا العمل المتواضع.

إلى من ساندوني

لأسلك درب النجاح....

الشكر والعرفان

بسم الله وكفي والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وبعد التحية والسلام

انه من الوفاء علينا أن اشكر كل من مد لنا يد المساعدة والعون من اجل تحقيق هذا العمل

قال تعالى: " قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون".

يقول العماد الأصفهاني: " إني رأيت انه لا يكتب احد كتابا في يوم الا قال في غده : لو غير هذا

لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر، وهو

دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

ومنه حمدنا وثناؤنا أولا وأخيرا لله عز وجل على جزيل نعمه وكريم فضله على إتمام هذا العمل

المتواضع وإقرارا بفضل كل من مد لنا يد العون في انجازه فإننا نتقدم الجزيل إلى أستاذنا الكريم

الدكتور المشرف: خضري حمزة الذي تشرفنا بقبوله الإشراف على هذه المذكرة، ولم يدخر جهدا في

تزويدنا بالتوجيهات والنصائح والتوصيات البناءة التي ساعدتنا كثيرا في انجاز المذكرة ، فله منا جزيل

الشكر ووافر التقدير والاحترام وجعله الله ذخرا لطالبة العلم وجزاه عنا خير الجزاء. كما نتقدم بخالص

الشكر والاحترام للجنة المناقشة على تكبدها عناء قراءة هذا العمل ونقده نقدا بناءا بغية تصويب

وتصحيح أخطائه وإثرائه لإخراجه في أحسن حلة.

كما نشكر جميع أساتذتنا الكرام في جميع الأطوار التعليمية وخاصة الذين سهروا على تأطيرنا

خلال فترة دراستنا في مرحلة الماجستير.

كما نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء بظهر الغيب.

سُبْحَانَ اللَّهِ الْعَظِيمِ

فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ
تُصْبِحُونَ (17) وَلَهُ الْحَمْدُ فِي
السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيًّا وَحِينَ
تُظْهِرُونَ (18) يُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ
الْمَيِّتِ وَيُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ
وَيُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَكَذَلِكَ
تُخْرَجُونَ (19) وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ
مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

قائمة المختصرات

ق. أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق. إ.م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية

ق.م: قانون مدني الجزائري

د.ت: دون تاريخ

د.ط:دون طبعة

ج ر: الجريدة الرسمية

ط: طبعة

ج: جزء

ص: صفحة

مقدمة

بسم الله السميع العليم الذي خلق كل شيء فأحسن خلقه ونحمده ونشكره على نعمه التي لا تحصى ولا تعد ونتوب إليه من سيئات أعمالنا ونستعين به في كل الأمور ونشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله الذي جاء بالدين الإسلامي الحنيف الذي أنار على المعمورة بعدما في الجهل والظلال، وعقيدته السمحاء التي هي دليلنا في الحياة اليومية إلى يوم الدين أما بعد.

فإن الأسرة هي اللبنة أو القاعدة الأساسية لبناء المجتمع سواء في الماضي أو الحاضر أو المستقبل، حيث انطلقت في بداية عهدها من علاقة فطرية تكاملية بين زوجين (آدم وحواء) لقوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ سورة النحل الآية 72 ولأهميتها نجد جل الفقهاء وعلماء الدين والنفس والاجتماع والاقتصاد والقانون... الخ، قد بذلوا كل جهودا معتبرة في دراستها، لأنها تتعلق بالإنسان شخصا والمحيط أو البيئة التي يعيش فيها، فالأسرة بصفة عامة هي منبع وجود المجتمع وبدونها ينعدم المجتمع تماما، فهي المحضن لإعداد أفراد المجتمع سواء على الأخلاق الفضيلة أو الرذيلة ومثابها كما قال الشاعر حافظ إبراهيم:

إنما الأمم الأخلاق الأُمم ۞ ۞ فإن ذهبت أخلاقهم ذهبوا

والأسرة هي نتاج الرابطة الزوجية الصحيحة (الزواج الشرعي) أي عن طريق اقتران الزوج والزوجة ثم الأولاد فالأحفاد لقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ الآية 13 من سور الحجرات. ولتحديد العلاقات الأسرية التي تنشأ من الزواج كمنطلق أساسي في تكوين الأسرة التي تقوم على أساس المودة والرحمة والذي من أهدافه الحفاظ على النسل البشري أي النوع البشري لقوله تعالى: ﴿ يُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَيُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَيُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَكَذَلِكَ تُخْرَجُونَ (19) وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ (20) ﴾ سورة الروم الآية 19، 20، ونظرا لأن الفرد اجتماعي الطبع لا يمكنه الانعزال عما يحيط به، وبالتالي هناك علاقات تربطه مع بني جنسه من البشر وهذه العلاقات سوف تنشأ منها التزامات تتمثل في الحقوق والواجبات. ولأجل الحفاظ على هذه الحقوق

يجب وجود ضوابط لحمايتها لذلك نجد جل التشريعات سواء كانت السماوية التي أنزلها الله سبحانه وتعالى على رسله وأنبيائه أو الوضعية التي هي من اجتهاد (وضع) البشر قد تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها. مثال قانون حمو رابي والقانون المدني الفرنسي والساتير... الخ.

أسباب اختيارنا للموضوع تعود لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية. فالأسباب الذاتية تتمثل في:

أولا لأجل إثراء الملكة الفكرية الفقهية والقانونية المكتسبة والرغبة في الإطلاع وكذا جمع دراسة فقهية وقانونية متكاملة لهذا الموضوع.

ثانيا من أجل التعرف على كل ما هو حق أو واجب لنا ولي غيرنا، والوقوف على مدى اعتبار الرابطة الأسرية كمعيار واضح في تجريم الأفعال وتقدير العقوبة لها والتعرف على مدى التقارب أو التباعد بين القوانين الجزائرية والتونسية مع الفقه الإسلامي باعتبار الأسرة الخلية التي يتشكل منها المجتمع.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في

كون الموضوع مرتبط بالأسرة التي نحن جزء منها ونظرا لظهور المستجدات الحديثة التي أصبحت تشكل خطرا كبيرا على هذا النظام الصغير والمتمثلة في مايلي:

- العولمة فقد جعلت العالم عبارة عن قرية صغيرة تحت سلطة اللوبيات كما عرفها جيرالد بوكسبرغر وهارالد كليمنتا بأنها: "تخليج العالم وتفكيكه وبناءه من جديد على الطريقة الأميركية" الدكتور مصطفى النشار فقد عرفها "بأنها فكر السادة وثقافة التابعين"، حيث أن المهتمين بها يدركون حساسيتها وخطورتها على المجتمعات الإسلامية فهي تجسيد لما يرمي إليه الإعلام الغربي لفرض ثقافته وقيمه.

- ظاهرة الاستنساخ والتلقيح الاصطناعي: التطور البيولوجي الذي من أهدافه القضاء على الزواج والنسب أي المراد به القضاء على الفطرة التي خلق بها الله سبحانه وتعالى الكائنات الحية بصفة عامة من ذكر وأنثى لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ الآية 49 من سورة الذاريات، وبالنسبة للحيوانات لقوله

تعالى: ﴿وَأَنَّهُ هُوَ أَمَاتٌ وَأَحْيَا (44) وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾ الآيتان 44 و45 من سور النجم.

• الغزو الفكري: ويتمثل في اتخاذ دولة من الدول مناهج التربية والتعليم لدولة من هذه الدول الكبرى، وتطبيقها على أبنائها وأجيالها، فتشوه أفكارهم وتمسح عقولهم مما يبعدهم عن عقيدتهم وأخلاقهم، وتبقى تلك الدولة الضعيفة تحت رحمة التبعية لدولة القوية.

• التكنولوجيا الحديثة للاتصال هي وسائل تقنية أحدثت تغييرا جذريا في الأسرة والمجتمع وطرقت جميع الأبواب حتى أصبحت حتى في متناول الأطفال. والتي نتج عنها عدة آثار سيئة كفساد الأخلاق ونشر الرذيلة عن طريق الهواتف الذكية والشبكة العنكبوتية... الخ.

• الجندر: سببه صدور كتاب "الجنس الآخر" سنة 1949 للكاتبة الفرنسية سيمون دي بوفورا والذي يعد الدستور المؤسس للحركة النسوية في العالم. وقد جسدت هذا المصطلح اتفاقية سيداو في مادتها الخامسة. أما في عام 2010 تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة وبالفعل تم تجسيها من قبل الدول من خلال تعديل دساتيرها وقوانينها الخاصة بالأسرة

أهمية الموضوع:

2- أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع فيما يلي:

أ- أنه أهم دعائم المجتمع

ب- أنه موضوع شائك ومهم للغاية لما له علاقة لصيقة جدا بالإنسان وما يحيط به

منذ بداية وجوده على هذا الكون (ميلاده) إلى نهاية وجوده في هذا الكون (وفاته)،

ت- المكانة الحساسة للأسرة في النظام الاجتماعي، لأنها هي تمنح الاستقرار والرفق والتطور

والازدهار لأي مجتمع.

ث- المتعارف عليه أن قضايا شؤون الأسرة تتسم بالسرية والحساسية، ومالها من تأثير كبير على استقرار العلاقات الأسرية والاجتماعية، مما يزيد في رغبتنا استجلاء الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في حماية الأسرة والوقوف على الإشكاليات التي يمكن أن يثيرها اللجوء إليه والصلاحيات المخولة له قانونا

3- أهداف الموضوع:

من بين الأهداف المرجو تحقيقها من هذا البحث تكمن في:

أ- بيان صلاحية الشريعة الإسلامية ونجاعتها في الوقاية ومكافحة جرائم الرابطة الأسرية لأجل المحافظة على كيانها واستقرارها.

ب- كشف بعض النصوص القانونية والموضوعية والإجرائية من قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الحالة المدنية وقوانين أخرى التي تسمح للقاضي بالتدخل لأجل حماية الأسرة بمختلف الأوامر والأحكام.

4- الدراسات السابقة:

فيما يخص الدراسات الأكاديمية السابقة المتمثلة في أطروحات الدكتوراه، ومذكرات الماجستير التي تطرقت إلى موضوع الحماية القضائية للأسرة. أطروحة الأستاذ الدكتور محفوظ بن الصغير، ومحاضرات أستاذة محمد الطاهر بلموهوب

أطروحة بوطيش وهيبة الحماية القانونية في التشريع الجزائري بأطروحة لنكار محمود الحماية الجنائية

5- صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتنا في دراسة هذا الموضوع هو اتساعه وتشعبه بالفقه والقانون إذ يصعب السيطرة عليه، ويحتاج لوقت كافي، لأن موضوع الأسرة متشعب

ويدخل في جميع المجالات من جهة، ومن جهة أخرى تقييدنا من طرف الجامعة بعدد صفحات البحث مما يشكل صعوبة كبيرة في الإلمام بجميع جوانب البحث.

6- إشكالية البحث:

نظرا لأهمية هذا الموضوع المتشعب وحساسيته بالنسبة للرابطة الأسرية اعتمدت على المنهج الوصفي من خلال جمع المعلومات وتحصيل على أغلب ماله صلة بموضوع الدراسة والمنهج المقارن الذي يتطلب الخوض في الإشكالية التالية: حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (الجزائري / التونسي) وللإجابة على الإشكالية سنتناول فصلين هما:

الفصل الأول: الحماية القانونية للأسرة مدنيا

المبحث الأول: نطاق الحماية القانونية للأسرة

المبحث الثاني: إثبات النسب ونفيه

الفصل الثاني: الحماية القانونية للأسرة جزائريا

المبحث الأول: مصادر حماية القانونية الأسرية في الجزائري وتونس

المبحث الثاني: الحماية الجزائرية للرابطة الأسرية

الفصل الأول

الحماية القانونية للأسرة مدنيا

الفصل الأول: الحماية¹ القانونية للأسرة مدنيا²

مفهوم الأسرة أو العائلة كما يطلق عليها بالعامية في الجزائر وكذا في مجلة الأحوال الشخصية التونسية قد تعارفت عليه المجتمعات منذ بدأ التاريخ ولها مفهومان: المفهوم الواسع ويعني أنها تتكون من مجموعة أشخاص تربط بينهما صلة القرابة والمصاهرة وهذا المفهوم يشمل كل أفرادها الأبعاد ويطلق عليه في القانون الروماني عبارة "Gens" وعند اليونان "Guenos"³ وفي القانون الفرنسي "Lignage"⁴ أما بالنسبة للعرب فإن العبارة المستعملة هي "القبيلة".

¹ - الحماية: إذا حاولنا أن نبحث عن مدلول مصطلح: الحماية "PROTECTION" فيمكن القول بان هذا المصطلح الفرنسي مأخوذ ممن اللاتينية "PORTAGE" أي: حمى ويعبر هذا المصطلح عن: احتياط يركز على وقاية شخص أو مال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته وذلك بواسطة وسائل قانونية أو مادية ويراد بها في القانون "وسائل تهدف إلى الدفاع عن حق ما".

² - المدنية المقصود بالمدنية القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكافة فروع القانون الخاص والذي يتفرع منه قانون الأسرة الذي ينظم موضوع الأحوال الشخصية وقد اختلف في تسميته؛ فمنهم من سماه بقانون الأسرة مثل الجزائر ومنهم من سماه بقانون الأحوال الشخصية كمصر وسوريا ومنهم من سماه بمجلة الأحوال الشخصية كتونس ومنهم من سماه بمدونة الأحوال الشخصية كالمغرب وهو يتناول أركان الأسرة وأسس تكوينها، وبيان آثارها مع إبراز الحقوق والالتزامات الناتجة عنها.

³ - د علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط 2 سنة 1367هـ/1948م، ص 8

⁴ - ساسي بن حليمة أستاذ بجامعة المنار تونس، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي 2011،

أما المفهوم الثاني الضيق فإنها تنشأ من خلال الزواج الصحيح بين الرجل والمرأة¹ وهو رباط شرعي لقوله عزوجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [سورة النساء الآية 21]. وقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [سورة الآية]. أما المشرع الجزائري عرفها من خلال المادة رقم 02 ق أ ج² المشرع التونسي لم يعطي للأسرة أي تعريف إلا أنه تطرق لها في الفصل 7 من الدستور التونسي³.

كما أن صحة الأسرة أو مرضها تتضح معالمها من فترة الحمل الأسري (فترة ما قبل الزواج) لقول رسول الله ﷺ: ((خير نساء ركين الإبل صالحو نساء قريش، أحناه على ولد فيصغره وأرعاه على في ذات يده))⁴ وقال أيضا ((تتكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك))⁵ وللنكاح أركان اعتبرتها بعض المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية أركان والبعض الآخر شروط وستتطرق لها في المبحث الأول إلى نطاق الحماية القانونية للأسرة.

المبحث الأول: نطاق الحماية القانونية للأسرة

العمل القضائي بالجزائر بعد الاستقلال كان يعتمد على النصوص الشرعية والأحكام الفقهية الموجودة في الكتب الفرنسية الموروثة من الاستعمار الفرنسي كالقانون الفرنسي رقم

¹ - د. محمد عثمان نجاتي، القرآن وعلم النفس، دار الشروق القاهرة مصر، ط 1 1401هـ/1981، ص 38.

² - قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المرسوم الرئاسي رقم 06، 154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، دار الحديث للكتاب الجزائر، ط 2008، ص 4.

³ - دستور الجمهورية التونسية، ختم بقصر باردو في 27 جانفي 2014 الموافق لـ 26 ربيع الأول 1435، الصادر يوم الاثنين 10 ربيع الثاني 1435هـ الموافق لـ 10 فيفري 2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ص 3.

⁴ - رواه البخاري في صحيحه، الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (194، 256هـ)، كتاب النكاح، باب إلى من ينكح، وأي نساء خير، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع دمشق سوريا، الطبعة الأولى 1423هـ/2002م، رقم الحديث 5082، ص 1295.

⁵ - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 5090، ص 1298.

778/57 الصادر في 11/07/1957م والأمر رقم 274/59 الصادر في 04/02/1959م بشأن الولاية على الأسرة والحجر والغياب والفقدان والزواج والطلاق وأثارهما¹. إلى غاية سنة 1984 حيث تم صدور قانون الأسرة.

أما الدولة التونسية الشقيقة بعد استقلالها قامت بانتداب لجنة لوضع مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956م والمستمدة من لائحة الشيخ محمد عزيز جعيط التي تم إعدادها سنة 1948م²

ونظرا لتجسيد مبدأ المساواة الذي تستند إليه جميع الحقوق والحريات العامة والذي يتصدر جميع الإعلانات العالمية والإقليمية من جهة. والمبادئ التي جاءت الشريعة الإسلامية التي تعتبر الذي تعتبر المرجع للقوانين للدول الإسلامية من جهة. لذلك وجدت قوانين الأسرة العربية خيارين إما أن تسعى إلى إتباع النزعة التجديدية، أم تبقى على مصدرها وما جاءت به الشريعة الإسلامية لذلك سننظر لمفهوم الزواج ودراسة الحقوق الزوجية من خلال القانون الجزائري والتونسي لأجل معرفة مدى اتجاهها³.

المطلب الأول: الحقوق الزوجية المشتركة

لزوج عدة معاني فقد يطلق عليه النكاح ذكره القرآن الكريم في عدة آيات منها ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ الآية 3 من سورة النساء. كما يطلق على الوطء والعقد لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَتُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا

¹ - نتشوار الجليلي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، أقيمت على الطلبة بجامعة تلمسان، السنة الدراسية 2009/2008، ص3

² - ساسي بن حليمة المرجع السابق، ص 8 و9.

³ - قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المرسوم الرئاسي رقم 06، 154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، ط 2008، دار الحديث للكتاب الجزائر، و مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية الجزائرية التونسية، شارع فرحات حشاد، رادس المدينة 2098، تونس، 2018، ص5.

مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَنْفُسَكُمْ فَاحْذَرُوا
وَهُوَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿من الآية 235 من سورة البقرة وقول رسول الله ﷺ :
﴿ولده من نكاح لا من سفاح﴾ أي على الوطاء الحلال لا الحرام. كما سماه الإسلام بالميثاق
الغليظ لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا
غَلِيظًا﴾ الآية 21 سورة النساء.

الزواج لغة: هو الازدواج والاقتران والارتباط، فيقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال
تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضا، ويقول الله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ الآية
54 من سورة الدخان، ويقال زوج الرجل إبله إذ قرن بعضها ببعض ومنه قوله تعالى:
﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾ الآية 22 من سورة الصافات أي
وقرناهم.

الزواج فقها: عرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر
على الوجه المشروع. حيث يجعل لكل منهما حقوق وواجبات وبالتالي فهو من عقود التمليك
والملك فيه وارد قصدا على متعة كل فرد من الزوجين بالآخر.

الزواج اصطلاحا: عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 04 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ
في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة بأن الزواج: " عقد رضائي يتم بين رجل
وامرأة على الوجه الشرعي¹. أما المشرع التونسي لم يقم بتعريفه وذلك ربما لأنه غني عن
التعريف.

ويتم الزواج حسب جمهور العلماء بأربعة أركان هي: الصيغة (الإيجاب والقبول)
والأطراف (الزوج والزوجة) والولي بالنسبة للزوجة². أما المالكية قالوا يتم بخمسة أركان هي
الصيغة والأطراف (الزوجة والزوجة) والولي ثم الصداق³.

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05، 0 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الطبعة الأولى
1429هـ/2008م، دار الخلدونية القبة الجزائر، ص 24.

² - د: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الباب الأول الزواج وأثاره، الفصل الثاني تكون الزواج، ط2
(1405هـ/1985م)، دار الفكر للطباعة والنشر بدمشق سورية، ص 36، 37.

³ - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، كتاب النكاح، أركان الزواج، دار الكتب العلمية
بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1424هـ/2003م، ص 16

المشروع الجزائري من خلال المادة 9 ق أ ج التي تنص: " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وصادق وشاهدين " أما بعد تعديل نص المادة 9 بالأمر رقم 05-02 فأصبح للزواج ركن واحد هو الرضا إلا أنه لم يتطرق للشرط الذي وضعه الأحناف في حالة الزوج الغير كفاء¹. أما المشروع التونسي من خلال في الفصل 3 من م أش ت " لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين"²، إلا أنه لم يذكر شرط الحنفية إذا وضعت المرأة نفسها عند غير كفاء، فأولياؤها الاعتراض، وذلك راجع للاتفاقية الدولية بنيويورك الموقع عليها بتاريخ 10/12/1962م المتعلقة بالرضا في الزواج وبالسن الأدنى التي صادقت عليها الدولة التونسية بمقتضى الأمر عدد 114 المؤرخ في 04/05/1967م³.

الفرع الأول: المساواة في المعاملة بين الزوجين (المعاملة بالمثل)

الحقوق والواجبات متقابلة لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ البقرة: 228. وكذا قول رسول الله ﷺ: ((ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندهن، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يَأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن))⁴ حديث حسن صحيح سنن الترمذي وابن ماجه وذلك لأجل

1 - الدكتور وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، ص 83

2 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المطبعة الرسمية للجمهورية الجزائرية التونسية، شارع فرحات حشاد، رادس المدينة 2098، تونس، 2018، ص 5

3- أمر عدد 114 لسنة 1968 مؤرخ في 4 ماي 1968 يتعلق بنشر الاتفاقية في شأن الحقوق السياسية للمرأة والاتفاقية في شأن جنسية المرأة المتزوجة والاتفاقية في شأن الرضى للزواج والسن الأدنى للزواج وتسجيل عقود الزواج، النصوص القانونية المنظمة لقطاع الأمن في تونس، DCAF مركز لتطوير القطاع الأمني وسيادة القانون.

4 - رواه الترمذي وابن ماجه في سننهما، الإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة 279هـ رحمه الله، تحكيم وتعليق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، كتاب الرضاع، باب حق الزوجة على زوجها، رقم الحديث 1163، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ص 276.

5 - المرجع نفسه، سنن الترمذي، رقم الحديث 1161، ص 271.

المحافظة على الحصانة والابتعاد عن التفكك والإهمال الأسري وهذا أن يتحقق إلا بالإيمان ولزوم تقوى الله والمراقبة الدائمة مع البعد عن الظلم والتعسف في طلب الحق وتتمثل هذه الحقوق في ما يلي:

المشرع الجزائري أنظر للمواد 36 و37 وق أ ج.

المشرع التونسي أنظر للفصل 23 م أ ش ت.

أولاً: حق الاستمتاع

ويقصد به حق العشرة الطبيعي والفطري بين الكر والأنثى إلا أنه يخضع لضوابط تميز علاقاتها الجنسية عن مختلف الحيوانات الأخرى لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ الآية 221 سورة البقرة وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ الآية 5 و6 من سورة المؤمنون. حيث يقوم كل طرف بتمكين الطرف الثاني من الاستمتاع استناداً للحديث الذي رواه طلق بن علي أن رسول الله ﷺ قال: ((إذا الرجل دعا زوجته لحاجته فلتأته، وإن كانت على التنور)) حديث صحيح سنن الترمذي، وقوله ﷺ: ((أحفظ عورتك إلا من زوجتك أو مما ملكت يمينك))¹ سنن الترمذي، أما قول الحنفية: الزوجة لها الحق أن تطالب زوجها بالوطء؛ لأن حله لها حقها، كما أن حلها له حقه، وإذا طالبتة وجب عليه، وقال المالكية: الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر. أما الشافعية فقالوا: يجب على الزوج أن يطأ الزوجة في كل أربع أشهر مرة إن لم يكن عذر²، أما مالك بن أنس رضي الله عنه " تستأمر الحرة في العزل ولا تستأمر الأمة³". فالجماع إذا واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر كالمرض أو الإحرام وغيرها لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: ((قال رسول الله ﷺ: يا

1 - سنن الترمذي مرجع سابق، كتاب الأدب، رقم الحديث 2769 ص 261، 262

2 - الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 106.

3 - محمد سكمال المجاني، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، دار الوعي الجزائر، دار القلم، 1431هـ/2010م، ص 55.

عبد الله، ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت بلى يا رسول الله.قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا))¹ رواه البخاري.

المشعر الجزائري ربما يتم استخلاصه من المادة 1/36 ق أ ج >> المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة << أو بالرجوع إلى نص المادة 222 ق أ ج. المشعر التونسي حسب الفصل 2/23 م أ ش ت >> ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية<<².
ثانيا: حق المساكنة الشرعية

المقصود منزل الزوجية والإقامة معا³ لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم الآية 21] وقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِمْ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ [سورة الطلاق الآية 6].

المشعر الجزائري لم يتطرق إليها صراحة من خلال المادة 1/36 ق أ ج " للمحافظة على الروابط الزوجية والواجبات المشتركة"، وفي حالة عدم وجود نص طبقا للمادة 222 ق أ ج⁴ يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المشعر لتونس يتم الرجوع إلى العرف أو العادة، طبقا لنص الفصل 2/23 م أ ش ت⁵

¹ - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 1975، ص 474-475.

² - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 9.

³ - المحامي محمد فخر شقف، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، الجزء الأول، مؤسسة النوري، دمشق، سوريا 1392هـ، ص 366.

⁴ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 44.

⁵ - مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، التونسية، ص 9.

ثالثا: حق المعاشرة بالمعروف

المعاملة الحسنة والطيبة تتجسد في كل معاني المودة والرحمة والاحترام المتبادل فيما بينهما لقول الله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الآية 21 من سورة الروم.

المشروع الجزائري تطرق لهذا الموضوع في المادة 2/36 ق أ ج¹.

المشروع التونسي تطرق له في الفصل 23 م أ ش ت¹.

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 12.

² - الأستاذ محمد الحبيب الشريف جمع وتعليق لمجلة الأحوال الشخصية التونسية، جمع وتعليق، دار الميزان للنشر سوسة تونس، طبعة جوان 2004، ص 58.

ولا يتجسد هذا إلا بالبعد عن العنف والإضرار أو الألفاظ البذيئة لقول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ﴾ الآية 3 من سورة المؤمنون وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴾ [سورة الحجرات الآية 11]، كما لا يجوز كشف أسرارهم لأحد مع التزين لبعضهم البعض بالخصوص النساء لقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُمَّ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ [سورة النور الآية 31].

رابعاً: التعاون والتشاور في تسيير شؤون الأسرة

المصلحة العامة للأسرة تحقق بالتعاون والتشاور لقول الله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ [سورة المائدة الآية 2]، وقوله تعالى: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ [سورة آل عمران الآية 159] وقوله تعالى: ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ ﴾ [سورة الشورى الآية 35].

المشروع الجزائري تطرق لهذا الحق من خلال نص في المادة 3/36، 4 ق أ ج²
المشروع التونسي تطرق لهذا الموضوع في الفصل 23 م أ ش ت³.

³ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 12، 13.

⁴ - محمد الحبيب الشريف جمع وتعليق لمجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 58.

خامسا: الإنجاب

كان من حقوق الرجل فقط حتى جاء الإسلام فأُنصفها. وحث على الإنجاب لحديث معقل بن يسار النبي ﷺ: ((تزوجا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم))¹ رواه أبي داود وحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: ((إذا دخلت ليلا فلا تدخل على أهلك حتى تستحد المغيبة وتمشط الشعثة، قال: قال رسول ﷺ فعليك بالكيس الكيس)) رواه البخاري² (الكيس) بمعنى الولد.

المشعر الجزائري تطرق لموضوع الإنجاب من خلال المادة 4/36 ق أ ج³.
المشعر التونسي تطرق للواجبات الزوجية وتسيير شؤون الأسرة في الفصل 2/23، 3 م أ ش ت.

سادسا: نسب الأولاد:

يتمتع كل زوج بحق ثبوت أولاده إليه وإلى زوجه متى ولدوا من صلبهما وسنتطرق له في المبحث الثاني بالتفصيل

الفرع الثاني: المساواة في أحكام المعاملة بين الزوجين وأهاليهم.

القانون الجزائري من خلال المادة 5،6،7/36 ق أ ج⁴ يشترك مع الشريعة الإسلامية في الحث على المحافظة لروابط الأسرة كما يدعم تقويتها وتميئتها لأن صلة الرحمة من أهم الواجبات لذلك اعتبر الدين الإسلامي قطعها من قبيل الإفساد في الأرض ومدعاة لجلب اللعنة وسبب دخول النار، أما من وصلها فهي من أسباب جلب الرزق وطول العمر والدخول إلى الجنة.⁵

¹ - رواه أبي داود في سننه، سنن أبي داود - كتاب النكاح 6/6، ضبط وترقيم وتخريج وتنسيق الحواشي صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، ط1 1426/1425 هـ الموافق 2005م، رقم الحديث 2050، 380.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 5246، ص 1332/1331.

³ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 12، 13.

⁴ - قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 13.

⁵ - د سعيد بن علي بن وهف القحطاني، بر الوالدين في ضوء الكتاب والسنة، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، ط 1462/05/02 هـ، الرياض السعودية، ص 33

القانون التونسي لم يتطرق إليها ف يمكن الرجوع إلى العادة والعرف حسب الفصل 2/23 م أ ش.

أولاً: احترام وحسن معاملة الأبوين والأقارب:

كل طرف يجب عليه احترام أقاربه وحسن معاملتهم وبالخصوص أبويه لأنهما الأصل في وجوده، وطاعتهم ارتبطت بعبادته سبحانه وتعالى¹ لقوله عزوجل: ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَلْفٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ الآية 23 من سورة الإسراء وقوله: ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴾ [سورة النساء الآية 36] وقوله تعالى: ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا... ﴾ [الأحقاف: 15]. أي قاست بسببه في حال حملِه مشقة وتعباً، ووضعته بمشقة أيضاً من الطلق وشدته. وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ... ﴾ [لقمان: 14]. أي حملته أمه في بطنها جهداً على جهْد، وضعفاً على ضعف، وتربيتة وإرضاعه بعد وضعه في عامين.

المشروع الجزائري قد تطرق لمعاملة الوالدين والأقارب في المادة 5،6/36 ق أ ج².

المشروع التونسي لم يتطرق لهذا الموضوع وإنما تطرق لوجوب النفقة على الأبوان فقط في الفصل 43 م أ ش ت.³ لذلك يتم الرجوع إلى العادة والعرف حسب نص الفصل 2/23 م أ ش ت.

ثانياً: زيارة الأهل

الزوج والزوجة ملزمين بزيارة أهلهم لأنها صلة الرحم لقوله تعالى: ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ

¹ - مصطفى بن العدوي، فقه التعامل مع الوالدين، مكتبة مكة د ط، ص6، د. سعيد بن علي بن وهف القحطاني، بر الوالدين في ضوء الكتاب والسنة، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان الرياض ط 1426/05/02هـ، ص 3.

² - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

³ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 12.

مُخْتَلَاً فَخُورًا ﴿الآية 36 من سورة النساء. ولا يملك الزوج الحق في منع زوجته من زيارة أهلها باتفاق جمهور العلماء، إلا أنهم اختلفوا في الإذن. الحنفية يحق للزوجة أن تزور أهلها دون إذن زوجها كل سنة مرة وقيل كل شهر مرة إن كانوا من غير والديها فإن كانا والديها فكل أسبوع مرة. وإن كان أحدهما مريض تزوره وتخدمه حسب الحاجة واستدلوا "بأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، وأن الله تعالى أقرن طاعة الوالدين بطاعته لقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ الآية 23 من سور الإسراء المالكية اشترطوا أن يكون الطريق آمن ولا تخاف على نفسها فإن لم يكن كذلك فلا يجوز لها¹. أما في غير ذلك فلا تخرج إلا بإذنه ولا يجوز لها أن تبيت عند أي من أقاربها إلا بإذنها.

المشروع الجزائري تطرق لزيارة الأهل في المادة 5/36، 7 ق أ ج².

المشروع التونسي لم يتطرق لذلك الرجوع إلى نص الفصل 2/23 م أ ش ت.

ثالثا: استضافة الأهل

واجب الاستضافة أقرته الشريعة الإسلامية إلا أن الفقهاء اختلفوا حول مسألة الإذن فنجد بعض فقهاء الحنفية اشترطوا موافقة الزوج ولو كانا والديها، أما المالكية يرون بأنه لاحق له في منعهم من الدخول والكلام معها. فإن كان والديها جاز لهما ذلك كل أسبوع مرة، أما إذا كان غيرهما فكل سنة مرة.

المشروع الجزائري تتناول هذا الحق في المادة 7/36 ق أ ج.

المشروع التونسي لم يتناول هذه المسألة ربما راجع لمبدأ المساواة الذي جسده من خلال نصوص الفصول 21 و34 و40 و46³. أو بمقتضى العرف والعادة حسب نص الفصل 2/23 م أ ش ت.

¹ - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المتوفي 954هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الثالث، كتاب الحج، طبعة 1423هـ/2003م، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت لبنان، ص 492.

² - قانون لأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

³ - دستور تونس، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ص 5، 9.

رابعاً: حرمة المصاهرة

بتمام عقد الزواج تترتب حرمة فورية بين كل زوج وبعض أقارب الزوج الآخر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (22) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْتُمُ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (23)﴾ الآيتان 22 و 23 من سورة النساء.

المشروع الجزائري والتونسي: تناولا هذا الحق ضمنا موانع عقد الزواج في المادة 26 ق أ ج¹، والفصل 16² م أ ش ت.

المطلب الثاني: الحقوق الزوجية الغير مشتركة.

إن أهل الباطل في كل مكان وزمان يطعنون في الشريعة الإسلامية تارة بأنها لا تتماشى مع التطور الحضاري وتارة أخرى يتهمونها بأنها غير عادلة وسديدة في إعطاء الحقوق أو توزيعها بين الرجل والمرأة مثال ذلك كعدم المساواة في القوامة التي خصصها الله سبحانه للرجل أو للتركة بالنسبة للأسم (النصاب) أما البعض الآخر يحتج بآيات فهمها خطأ وقاما بتفسيرها على هواه مصداقا لقول الله تعالى في تنزيل كتابه: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ الآية 7 من سورة آل عمران وكذا حديث رسول الله ﷺ: ((فَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ، فَأُولَئِكَ الَّذِينَ

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

² - مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 7.

سمى الله، فاحذروهم)) متفق عليه¹. ومن بينهم هؤلاء على سبيل المثال وليس الحصر الدكتورة عزيزة المانع التي انتقدت فكر ابن حزم " في مجلة " عالم الكتب "².

الفرع الأول: الحقوق الخاصة بالزوج

أولاً: القوامة

اختص الله بها الزوج لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ الآية 228 من سورة البقرة، وجعلها الله تعالى للرجل بسببين ذكرهما في قوله: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ النساء: 34

السبب الأول الطبيعة الفيزيولوجية للرجل أي أن الله تعالى فضل الرجال على النساء في أصل الخلقة لقوله: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ الآية 32 من سورة النساء وحديث أبي بكرة عن النبي ﷺ قال: ((**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**)) رواه البخاري³ لأنه أعطاهم من الحول والقوة ما لم يعط النساء ومن أجل ذلك تفاوتت التكاليف والأحكام الشرعية في الحقوق والواجبات.

السبب الثاني لقوامة الرجل على امرأته بما أنفق عليها من مهر والنفقة اليومية الدائمة والتكاليف الأخرى لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي

¹ - رواه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم، الجزء الرابع كتاب العلم، ط 1، 1412هـ/1991م، دار الحديث القاهرة، ص2053.

² - عزيزة المانع، مقالة بعنوان الجانب التربوي في فكر ابن حزم، مجلة عالم الكتب الصادرة بتاريخ 01 مارس 1998م، العدد رقم 3.

³ - صحيح البخاري مرجع سابق، كتاب المغازي، ض 1086.

تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ الآية 34 من سورة النساء.¹

والقوامة الزوجية لا تعني مطلقاً أن الزوج يتسلط ويستبد برأيه، لحديث عبد الله بن زمعة عن النبي ﷺ: ((لا يجلد أحدكم امرأته جلدا العبد ثم يجامعها في آخر اليوم))² رواه البخاري، بل هي رئاسة مبنية على التشاور لقوله تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾. لذلك فهو المسئول عن جميع أفراد أسرته إلا فيما يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية لحديث عائشة رضي الله عنها ((أن امرأة من الأنصار زوجت ابنتها، فتمعط شعر رأسها، فجاءت إلى النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقالت: إن زوجها أمرني أن في شعرها فقال: لا، إنه قد لعن الموصلات))³ رواه البخاري في صحيحه، ثم تأتي المرأة بعد الرجل في المسؤولية لقول رسول الله ﷺ: ((ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده، فكلكم راع ومسئول عن رعيته))⁴ صحيح مسلم.

المشروع الجزائري اتفق مع الشريعة الإسلامية من خلال نصوص المواد رقم 9 و 11 ق أ ج حيث أدرج الولي في أركان عقد الزواج إلا أنه تراجع بعد تعديل القانون بالأمر (02-05) حيث أدرج في شروط الزواج من خلال المادة 9 مكرر بسبب الاتفاقيات الدولية التي تتبنى المساواة بين الرجل والمرأة وهذا ما أدى إلى تعديل المواد 37 و 40 من الدستور الجزائري. المشروع التونسي متناقض فتطرق لهذا الحق من خلال الفصل 8 و 23 م أ ش ت إلا أنه لم يعطي أهمية للولي من خلال الفصل 3 و 6 م أ ش ت في عقد الزواج، لذلك نجده خالف مبادئ الشريعة الإسلامية.

ثانياً: الطاعة:

أجازتها كل التشريعات القديمة، وألزمت الزوجة بها في جميع الأمور ليكون الزوج هو الأمر والناهي. كما أن حقه أعظم من حقها عليه لقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ

¹ - سليمان بن صالح الخراشي، معنى تفضيل جنس الرجل على جنس النساء، د ط، دار القاسم للنشر والتوزيع الرياض السعودية، 23.

² - صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5204، ص 1327.

³ - صحيح البخاري، المرجع نفسه، رقم الحديث 5205، ص 1327.

⁴ - صحيح مسلم، مرجع سابق، رقم الحديث 4828، ص 1459.

بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴿ الآية 228 من سورة البقرة، وتأكيدا لذلك أحاديث رسول الله ﷺ : ((لو كنتُ أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق)) رواه أبو داود وقوله ﷺ: ((لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، ولو صلح لبشر أن يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، والذي نفسي بيده لو كان من قدمه إلى مفرق رأسه قرحة تنبجس بالقريح والصيد ثم استقبلته تلحسه ما أدت حقه)) رواه احمد، ولقوله □ : ((إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح)) كشف القناع، لذلك يجب عليها أن لا تخرج بدون استئذانه وأن تصون ماله في غيابه ولا تقم بإيذائه لأن من موجبات الجنة للزوجة عند ترك إيذاء زوجها، لحديث النبي ﷺ: ((أن المرأة من حور العين للرجل تقول وهي في الجنة وهو في الأرض إذا آذته امرأته من أهل الدنيا: لا تؤذيه قاتلك الله فإنما عندي زور - يعني زائر - يوشك أن بتركك أو يفاركك إلينا)) وقوله له ﷺ: ((أذاتُ بعلٍ أنتِ؟ فلما أجابت بإيجاب قال: انظري أين أنتِ منه فإنما هو جنتك و نارك)) رواه أحمد.

إلا أن الشريعة الإسلامية قامت بتهديب هذا الحق وتحديد ضوابطه حتى لا يتمادى ويتعسف الرجل على المرأة لقوله تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ﴾ النساء: 34، يقول السعدي رحمه الله: "أي: ارتفاعهن عن طاعة أزواجهن بأن تعصيه بالقول أو الفعل؛ فإنه يؤدبها بالأسهل فالأسهل

المشروع الجزائري تبناه قبل تعديل المادة 1/39 ق أ ج إلا أنه قام بحذفه بسبب الانتقادات الشديدة داخليا والمنظمات والاتفاقيات الدولية كاتفاقية سيداو.

أما المشرع التونسي لم يتطرق إطلاقا لهذا الحق في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.¹

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 98.

ثالثا - التأديب:

حق من حقوق الزوج بما أنه يتمتع بحق القوامة والطاعة وقد تبنته الشريعة الإسلامية التي لاقت معارضة شديدة وانتقادات لاذعة بسببه. لذلك ما دفع المشرع الجزائري والتونسي إلى عدم الإشارة إليه مطلقا. وتتجلى في ثلاث مراحل هي:

مرحلة الوعظ: وذلك إذا نشزت الزوجة وامتنعت عن طاعة زوجها فعليه أن يعرضها باستعمال الوسيلة التي تتناسب مع طبيعتها ونفسيتها لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ أَطَعْتُمُ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ النساء: 34، وكذلك حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: **((المرأة كالضلع، إن أقمته كسرتها، إن استمعت بها استمعت بها وفيها عوج))**¹ رواه البخاري، وقوله كلك ﷺ: **((واستوصوا بالنساء، خيرا فإنهن خلقن من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، إن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيرا))**² رواه البخاري، أي بما يناسب ويلاءم الموقف الواقع بينهما.

مرحلة الهجر في المضجع: إذا أصرت الزوجة على نشوزها وعدم طاعته ولم ينجح وعظ الزوجة يحق له أن يهجرها في مضجعها.

مرحلة الضرب الغير المبرح: إذا لم تنجح الطريقتين السابقتين جاز للزوج ضرب زوجته ضربا غير مبرح ولا يكون في الأماكن الحساسة أو الظاهرة للمرأة كالوجه وغيره أو بوسائل كالعصي مما قد يؤدي إلى الكسر.

المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا لأنه جسد مبدأ المساواة عند تعديل الدستور من خلال المواد 35 و 59 و 65 و 67 و 68.

المشرع التونسي لم يتطرق لأنه كان سابقا في تجسيد مبدأ المساواة قبل المشرع الجزائري.

¹ - صحيح البخاري، المرجع السابق- رقم الحديث 5184، ص 1320.

² - صحيح البخاري، مرجع نفسه- رقم الحديث 5186، ص 1321.

رابعاً: تعدد الزوجات

لم يكن الإسلام أول من شرع نظامه في تعدد الزوجات كما اتهموه بأنه ضد المساواة بين الرجل والمرأة، بل كان موجوداً في الأمم الغابرة كشرعية (ليكي) الصينية التي سمحت بتعدد الزوجات¹، والديانة اليهودية والمسيحية التي أباحت تعدد الزوجات والدليل ذلك الأنبياء أنفسهم (سيدنا إبراهيم عليه السلام)، وقد بقي تعدد الزوجات وأحسن مثال ملوك النصارى كانوا يتزوجون أكثر من واحدة " ديار مات " ملك إيرلندا كان له زوجتان وسريتان أما شارلمان فله زوجتان وكثير من السراري...الخ.

فالإسلام شرع تعدد الزوجات لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ الآية 3 من سورة النساء، ليس إعتباطياً وإنما لحكمة سامية في عدة فوائد هي:

الفائدة الاجتماعية: وتظهر من خلال زيادة النساء على الرجال لعدة أسباب، وخير مثال قيام نساء دولة السويد بمسيرات لأجل فتح الحدود للأجانب من أجل الزواج بسبب تفوق النساء عدداً وهذا ما أكدته حديث أنس رضي الله عن رسول الله ﷺ يقول: ((**إن من أشراط الساعة أن يرفع العلم، ويكثر الجهل، ويكثر الزنى، ويكثر شرب الخمر، ويقل الرجال، ويكثر النساء، حتى يكون لخمسين امرأة القيم الواحد**))² رواه البخاري.

الفائدة الشخصية: تتعلق بمصلحتهما الشخصية كحالة الزوجة العقيم والرجل يحب الأولاد فإما أن يطلقها وهو أبغض الحلال إلى الله أو بسبب مرض الزوجة لأجل مصلحة الأسرة. أو الرجل له قوة جنسية تفادياً للمعاشرة المحرمة، أو الرغبة في كثرة الذرية ليستعين بها على عبء الحياة وقسوتها كما جرى لعبد المطلب جد الرسول عندما دعا ربه أن يرزقه الذرية.

الحكمة الخلقية: لأجل القضاء على تسكع النساء العازيات الزائدات عن الرجال . وهذا ما تنبأ إليه المنصفون من الغرب لما ينشأ عنه في حالة منعه من تشرذم النساء وانتشار الفاحشة

¹ - عبد الله ناصح علوان، تعدد الزوجات وحكمة تعدد زوجات النبي ص، الإصدار الأول، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة حلب سوريا، ص7.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 5231، ص 1332/1333.

وكثرة الأولاد الغير شرعيين، لذلك نشرت جريدة (لاغوص ويكلي وكورد) نقلا عن جريدة (لندن تروث) بقلم إحدى السيدات الانجليزية ما يلي >> لقد كثرت الشاردات من بناتنا، وعم البلاء، وقل الباحثون عن أسباب ذلك، وبما أنني امرأة أنظر إلى تلك البنات وقلبي يتقطع عليهن شفقة وحرزنا، وماذا يفيدهن بتي وحرزي إن شاركني الناس كلهم¹.

المشروع الجزائري أقر التعدد من خلال نص المادة 8 ق أج، إلا أنه تراجع بعد تعديل نص المادة بالأمر (02-05) وسن شروط على الزوج في الفقرة الثانية من نفس المادة.

المشروع التونسي خالف أحكام الشريعة الإسلامية مطلقا وهذا من خلال نص الفصل 18 م أش ت كما سن عقوبات في حالة الإخلال في الفصل 1/18 م أش ت.

خامسا: فك الرابطة الزوجية

الزواج شرعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة، إلا أن هذه الرابطة قد تعثرها حالات تؤدي إلى الشقاق والخلاف بين الزوجين ويستحيل الصلح مما يؤدي إلى الطلاق أي الفراق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ الآية 130 من سورة النساء. والطلاق هو أبغض الحلال إلى الله لقوله ﷺ: ((أبغض الحلال عند الله الطلاق))²، وقوله كذلك ﷺ: ((وأیما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة))³ لذلك يجب أن لا يتسرع لأنه يؤدي إلى تشرد الأولاد لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [سورة النساء الآية 19] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [سورة النساء الآية 128]، وإذا لم يجدا الحل عرض أمرهما على المجلس العائلي للبحث عن سبب الشقاق

¹ عبد الله ناصح علوان، مرجع سابق، تعدد الزوجات وحكمة تعدد زوجات النبي ص، ص 16.

² - رواه ابن ماجة في سننه، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، حديث عبد الله ابن عمر، رقم الحديث 2018، ص 349.

³ - رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، حديث رقم 2226 لثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم، ص 414.

والقضاء عليه لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [سور النساء الآية 35].

الأصل في الطلاق: هو حق للرجل يمارسه على الوجه الذي شرعه الله لقوله عزوجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [سورة البقرة الآيتان 231]، وقوله عزوجل: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْعِقِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة الآية 236]، وقوله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [سورة الطلاق الآية 1] وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [سورة الأحزاب الآية 49]، فالخطاب في كل الآيات موجه للرجال وليس النساء، دلالة على أن الطلاق بيد الزوج وليس بيد غيره، كما ثبت عن رسول الله ﷺ: ((**الطلاق لمن أخذ بالساق**))¹ [يعني الزوج]، كما أخرج الدار قطني والبيهقي والإمام احمد عن ابن مسعود وابن عباس والإمام علي رضي الله عنهم: ((**الطلاق بالرجال والعدة بالنساء**))، فلو جعل الطلاق بيد المرأة لتصرفت بما يرضي خاطرها². وهذا ما أدى حاليا إلى ارتفاع نسبة الطلاق في دول العالم عموما والدول الإسلامية بصفة خاصة بسبب مصادقتها على الاتفاقيات الدولية التي تتادي بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة مثال ذلك اتفاقية سيداو.

¹ - رواه الدار قطني في سننه، الإمام علي بن عمر الدار قطني (306، 385هـ)، كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره، تعليق المغني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص ب: 14/6366، ط 1، 1432هـ / 2011م، حديث عكرمة للنبي رقم 102، ص 885.

² - محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط 10 (1405هـ/1985م، الدار الجامعية بيروت لبنان)، ص 63.

استثناء: الإسلام لم يهمل جانب المرأة فقد أثبت لها الحق في الطلاق بواسطة القضاء ومن واجب القاضي أن يجيبها على طلبها ويفرق بينهما متى تحقق السبب لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (128) وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (129) وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء الآيات: 128 و 129 و 130].

المشعر الجزائري صاغ نصوصه من الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 48 بأن طرق الطلاق ثلاثة هي بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة إلا أنه بدأ يتراجع نوعا ما كما ذكرنا سالفا.

المشعر التونسي خالف التشريع الإسلامي في الفصل 30 م أ ش ت لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة.

الفرع الثاني: الحقوق الخاصة بالزوجة

المرأة موضوع مهم لأنها هي الأم والزوجة والأخت والبنات لقول رسول الله ﷺ: ((**إن النساء شقائق الرجال**))¹ وخطير في نفس الوقت بظهور الحركات والتيارات الهدامة التي تدعو إلى التبرج والاختلاط وتتهم الدين الإسلامي الحنيف في عدالته بعدم منح المرأة حقوقها وواجباتها مثل الرجل وهذا غير معقول لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [سورة الإسراء الآية 70] فالآية ذكرت بني آدم (الرجل والمرأة) لكنهم لم يتناولوا موضوعها عندما كانت تباع وتشتري² ومنبوذة في جميع المجتمعات القديمة خلافا للقاعدة الفقهية [النكاح مبني على المكارمة والبيع مبني على المكاسبة] حتى جاء الإسلام ومنحها حقوقها لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ (8) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾ سورة التكوير (8 و 9) وقوله تعالى:

¹ - سنن الترمذي، مرجع سابق، ج 1 باب 82 من أبواب الطهارة 190.

² - خالد بن محمد الشننير، حقوق الإنسان في اليهودية والمسيحية والإسلام مقارنة بالقانون الدولي، الفصل الثاني: حق المساواة، ط 1. 1435هـ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر الرياض السعودية، ص 225.

﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾ الآية 151 من سورة الأنعام. وقوله تعالى: ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ (57) وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهَهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴾ الآية 57 و58 و59 من سورة النحل وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِمَا ضَرَبَ لِلرَّحْمَنِ مَثَلًا ظَلَّ وَجْهَهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴾ الآية 17 من سورة الزخرف، كما حثت السنة النبوية بعدم استغلال ضعفها لقول رسول الله ﷺ: ((**اتقوا الله في النساء فإن هن عوان**)) رواه احمد¹ ونظرا لضغوطات الداخلية والخارجية التي تواجهها الدول الإسلامية بصفة عامة والعربية كالحركات النسوية والمواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية سيداو التي فرضت على الدول تعديل دساتيرها لإرضاء الدول الكبرى المهيمنة على العالم لقول الله تعالى: ﴿ وَلَنْ تَرْضَىٰ عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ قُلْ إِنَّ هُدَىٰ اللَّهِ هُوَ الْهُدَىٰ وَلَئِنَّ آتِبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ الَّذِي جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾ سورة البقرة 119.

أولاً: الصداق

المهر هو ما يبذله الرجل لزوجته من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة لقوله عزوجل: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ سورة النساء 4، وقد يكون الصداق منقولاً أو عقاراً والشرط الوحيد أن يكون مباحاً لقول رسول الله ﷺ: ((**ولو بخاتم من حديد**))² وحديث عائشة عن

¹ - رواه احمد في مسنده، مسند احمد بن حنبل، تحقيق وتعليق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، الموسوعة الحديثية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1416هـ/1995م، حديث ابن حرة، ص299، 300. كما رواه ابن ماجة في سننه. الرقم 1851 ص322.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب المهور، حديث رقم 5150 عن سهل بن سعد عن النبي، ص 1313.

النبي ﷺ : ((**إن أعظم النساء بركة أيسرهم مؤونة**))¹ رواه أحمد وفي رواية أخرى للبيهقي (**أيسرهن صداقا**)).

المشعر الجزائري فقد عرف الصداق في المادة 14 ق أ ج، واعتبره ركنا من أركان العقد، إلا أن بعد تعديل نص المادة 9 ق أ ج كان بالأمر (02-05) أصبح شرطا من شروط عقد الزواج.

المشعر التونسي عرفه في الفصل 12 م أ ش ت، وأعتبره شرطا من الشروط الاجتماعية لصحة العقد حسب نص الفصل 13 م أ ش ت.

ثانيا: النفقة

لغة: اسم مشتق من الإنفاق بمعنى الإخراج والذهاب فيقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع.

اصطلاحا: هي كل ما يصرفه الإنسان على من تجب نفقته عليه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزمه للمعيشة بحسب القانون أو العرف المتعارف عليه في تلك المنطقة.

الفقه الإسلامي جعل نفقة الزوجة والأولاد على عاتق الرجل (واجبة عليه)، وأعفى الزوجة منها حتى ولو كانت غنية لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ البقرة 231، والمقصود بالمولود له في الآية هو الزوج، وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ الآية 7 من سورة الطلاق لذلك أجمع الفقهاء على أن نفقة المرأة واجبة على الزوج إلا الناشز منهن وهذا لقول ابن قدامة كما قال تعالى في محكم تنزيله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلًا فَلْيُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ

¹ رواه أحمد في مسنده، الموسوعة الحديثية مسند أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، سنة 1416هـ/1995م، بيروت، لبنان، مسند عائشة رضي الله عنها، رقم الحديث 245229، ص 75.

أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أْجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزْعُ لَهٗ أُخْرَى ۗ﴿الطلاق الآية 6. من خلال الآية الكريمة النفقة حق من حقوقها وليست تفضلا منه ولا إحسانا كما ليس له الحق أن يمن عليها في ذلك.

المشروع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية وتجسد ذلك في نص المادة 74 ق أ ج. إضافة إلى ذلك أنه جعلها من أسباب التطليق وذلك لنص المادة 1/53 ق أ ج، كما أن حق الزوجة في النفقة من زوجها لها ولأولادها لا يسقط ولو كان لها مال وذلك يتضح مما جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي "من المقرر شرعا أن يسر الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها بحجة يسر الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر الزوج (المطعون ضده) لذلك أخطأوا في تطبيق القانون.

المشروع التونسي كان معاكسا تماما لمبادئ الشريعة الإسلامية فقد ألزم صراحة الزوجة الميسورة على المساهمة في الإنفاق مع الزوج في الفصل 4/23 م أ ش¹، أما بالنسبة لسياق مقدار المساهمة فقد أكدت محكمة التعقيب في إحدى قراراتها أن مساهمة المرأة لا تعني المساهمة بالنصف حيث جاء فيه [إن تحميل الأم نصف نفقة البيت بدعوى أن الأم تعمل ولها بحكم ذلك موردا يدر عليها مالا فيه خرق لأحكام الفصلين 46 و 47 التي وضعت واجب الإنفاق على الأب >>... وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على الزوج <<>> الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها<<.

ثالثا: التعليم:

يعتبر من الحقوق المهمة خاصة في أحكام الدين الواجبة عليها، لأن أغلب آيات القرآن تحت على العلم وأول آية نزلت على رسول الله ﷺ لقوله تعالى: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾ الآية رقم 1 من سورة العلق وكذلك أحاديث رسول الله ﷺ: ((من سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له طريق إلى الجنة)) وقوله كذلك ﷺ: ((من طلب العلم كان

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 8 و9 و13.

كفارة لما مضى)) وقوله ﷺ : ((من خرج في طلب العلم كان في سبيل الله حتى يرجع))¹.

المشروع الجزائري تطرق لهذا الحق من خلال المواد 59 و65 و74 و75 و76 لدستور
المشروع التونسي تطرق لهذا الحق من خلال نص الفصل 3/23 م أ ش ت >> ويتعاونان
على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر
والمعاملات المالية <<².

رابعاً: العدل في حالة التعدد

هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي
الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً
أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ النساء الآية 3. من خلال الآية الكريمة أن الله
تعالى أجاز التعدد إلى أربعة ولا يزيد عليها، ولعدة أسباب أباح الله هذا الحق للزوج منها
على سبيل المثال أن الرجل قد لا يكتفي بواحدة لإشباع غريزته لقوله تعالى: ﴿زَيْنٌ لِلنَّاسِ
حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ الآية 14 من سورة آل عمران. لكن اشترط العدل بين
النساء وذلك ليأمن على نفسه الجور والظلم ولا يفضل إحداها عن الأخرى لأن القاعدة
الفقهية تقول بأن >> حقوق الله مبنية على المسامحة وحقوق العباد مبنية المشاححة) فإن
خاف شيئاً من هذا فليقتصر على واحدة، أو على ملك يمينه. فإنه لا يحب عليه القسم في
ملك اليمين [ذلك] أي: الاقتصار على واحدة أو ما ملكت اليمين [أدنى ألا تعولوا] أي:
تظلموا...³

المشروع الجزائري تطرق لهذه الحقوق من خلال المادة 2/36، 3 ق أ ج.
المشروع التونسي خالف الشريعة الإسلامية في الفصل 18 م أ ش ت.

خامساً: الرعاية الزوجية في البيت

¹ - سنن الترمذي، مرجع سابق، أرقام الأحاديث 2646 و2647 و2648، ص 596 و597.

² - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، الكتاب الأول الزواج، الحقوق والواجبات، ص 9.

³ - أ عبد الله ناصح علوان، مرجع سابق، ص 23.

الزوجة لها الحق في الإشراف وتنظيم وتدبير الأمور والسهر على حفاظ البيت الزوجية حتى وإن كان لها من الخدم ما يكفيها ويزيد. لأن الخدم يبقى شعوره دوما كخدام ولا يهتم بأمر البيت وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية على لسان رسول الله ﷺ حينما قام بتقسيم المهام بين علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وزوجته فاطمة.

المشروع الجزائري فقد تطرق للموضوع في الفقرات 1 و3 و4 من المادة 1/32، 3، 4، ق أ ج.¹ المشروع التونسي الرجوع إلى الفصل 2/23 م أ ش ت >> ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة >>².

سادسا: استقلالية الذمة المالية

حق مستقل بالنسبة للمرأة مثل الرجل سواء عن والديها أو إختها أو أقربائها بحيث تسري عليها الأطر القانونية التي تسري على الرجل كالأهلية وغيرها وليس لزوجها التدخل في شؤونها المالية إلا برضاها. لذلك جعلت النفقة واجبة على الزوج دون المرأة حتى ولو كانت غنية لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة الآية 233، لذلك لا يمكن لأي شخص إرغامها على التصرف في مالها دون إرادتها.

المشروع الجزائري الذمة المالية منفصلة طبقا لنص المادة 37 ق أ ج.

المشروع التونسي تطرق لهذا في الفصل 24 - لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها.

سابعا: الحق في الإرضاع والحضانة

¹ - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12 و 13.

² - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 9.

1- الحق الإرضاع وهو حق من حقوق الزوجة ولا يمكن لأي شخص أن يمنعها منه كما أقره الدين الإسلامي لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ الآية 233 من سورة البقرة. كما اعتبروه فقهاء الشريعة حقها إلا إذا تعذر ذلك عنها كالمرض، إلا أنهم قالوا لا يمكن إجبارها ماعدا الإمام مالك.

المشروع الجزائري أخذ بمذهب الإمام مالك في المادة رقم 2/39 ق أ ج لكنه قام بإلغائها¹.
المشروع التونسي يتم الرجوع إلى نص الفصل 2/23 م أ ش ت.

2- الحضانة

لغة: الحضانة مأخوذة من الحضن: وهو الجنب، وهي الضم إلى الجنب.
شرعا: هي تربية الولد لن له حق الحضانة.
قانونا: هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حماية وحفظه صحة وخلقاً.

المرأة أصلح من الرجل في جميع المواطن التي تعتمد على قوة العاطفة² كتربية الأولاد وتمريضهم وحضانتهم وإرضاعهم لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّعِدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُومًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ الآية 231 سورة البقرة ولحديث أوس بن عباد الأنصاري عن النبي ﷺ: ((يا ابن ساعدة، لا تدعو عليهن، فإن البركة في البنات، هن المجملات عند النعمة، والمعينات عند المصيبة، والممرضات عند

¹ -- قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

² - سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، دار الشروق القاهرة مصر 1373هـ/1954م، ص 48.

الشدة، ثقلهن على الأرض، ورزقهن على الله)) وعن المرأة التي جاءت تشكو إلى رسول الله ﷺ فقال: **((أنت أحق به ما لم تنكحي))**¹ وقوله ﷺ: **((من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة))**²

المشروع الجزائري أخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية المادة 64 ق أ ج. المشروع التونسي تطرق إليها من خلال الفصول 54.56، إلا أنه لم يوضح الشخص المعني بالحضانة لذلك يحيلنا على الفصل 2/23م أ ش ت.

المبحث الثاني: النسب

النسب هو القرابة بين أفراد الأسرة³. وهو عبارة عن سلسلة تتابع في الأسرة الواحدة من الأجداد إلى الأحفاد. لقول الله تعالى: **﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾** الآية 54 من سور الفرقان. وللنسب مفهومان:

المفهوم الواسع وهو علاقة قرابة ولو كانوا من الأبعاد فيقصد به الأصل بأن فلان ينتهي نسبه إلى الجد الفلاني، مثال ذلك محمد ﷺ الذي يرجع أصله إلى إسماعيل عليه السلام. وقد يقصد به الانتماء للموقع (القبيلة، المدينة، البلد، القارة) فلان جزائري. أو يقصد بها الأمة أو الملة (العربية، الإسلامية...) مثال ذلك سلمان الفارسي...الخ.

أما المفهوم الضيق الذي هو موضوع دراستنا يقصد بها العلاقة الشرعية بين الولد ووالده دون ذكر أمه وقد عرفه الشيخ الفاضل محمد بن عاشور بأنه علاقة أو نسبة البنوة للأبوة المبنية على زواج شرعي الناشئ للنسل لقول رسول الله ﷺ: **((الولد للفراش وللعاهر الحجر))**⁴.

¹ - سنن أبو داود، مرجع سابق، كما رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده، رقم الحديث 2276، ص 490.
² - سنن الترمذي، مرجع سابق، كما الحاكم عن أبي أيوب وأحمد في مسنده، رقم الحديث 1566، ص 371.
³ - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله على الكبير وآخرون، د ط، دار المعارف القاهرة مصر، ص 4405
⁴ - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 6749، ص 1672. كما رواه مسلم وأبو داود والترمذي ومالك وأحمد الدارقطني.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية سنة 2018، ص 17.

المشرع الجزائري لم يقدّم بتعريفه وإنما تطرق لإثبات النسب في المواد 41 و42 و43 ق أ ج.
المشرع التونسي لم يقدّم بتعريفه وإنما تطرق للأحكام الخاصة بإثبات النسب¹.

المطلب الأول: إثبات النسب

أصل تكوين النسل بصفة عامة هو اقتران الذكر بالأنثى سواء كان بشريا أم غير بشري فلا وجود للشيء من العدم لقول الله تعالى: ﴿ أَمْ اتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ فَاللَّهُ هُوَ الْوَلِيُّ وَهُوَ يُحْيِي الْمَوْتَى وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ الآية 9 من سورة الشورى. إلا أن الله سبحانه وتعالى فضل الإنسان على باقي الحيوانات وجعل زواجه رباط وثيق المعبر عنه بالزواج الصحيح أو النكاح أما الغير شرعي يتمثل في الزنا والدعارة والاستتساخ الذي أصبح يهدد كيان الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة. لذلك سنتطرق الفرع الأول لإثبات النسب بالطرق التقليدية وفي الفرع الثاني لإثبات النسب بالطرق الحديثة.

الفرع الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

النسب أول حقوق الولد وأهمها على الإطلاق لما له من تأثير على كيان الأسرة وشرفها فهو نعمة الله على عباده لذلك اعتنى به ولم يتركه لأهواء الأشخاص والأفراد فاستبعد منه التبني الذي كان معروفا قبل الإسلام لقوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ الآية 4 من سورة الأحزاب، كما أمر الله سبحانه وتعالى بنسبة هؤلاء الأولاد إلى آباءهم إن عرفوا فإن لم يعرفوا لواحد منهم أب دعي أخا في الدين لقوله تعالى: ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ الآية 5 من سورة الأحزاب، ومن أسباب ثبوت النسب الزواج الصحيح والإقرار والبينة حيث سنتطرق إليهم بالتفصيل كل واحدة على حدة.

أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح

المقصود بالزواج الصحيح هو الزواج الشرعي الذي تتوفر فيه الأركان والشروط التي يقوم عليها، من رضا الزوجين والشهود والولي...الخ، وقد جعله الإسلام سببا لثبوت النسب لقول رسول الله ﷺ: ((**الولد للفراش وللعاهر الحجر**))¹ كما توعد الله من ينكر أبنائه لقول ﷺ: ((**أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه - أي يعلم إنه ابنه - احتجب اله منه يوم القيامة، وفضحه على رؤوس الخلائق**))² وقد نهى الأبناء عن انتسابهم لغير آبائهم لقوله ﷺ: ((**من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام**))³، كما حرم على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه فقال ﷺ: ((**أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته**))⁴.

الشريعة الإسلامية اعتنت بالنسب لكي لا يضيع الأولاد بصفتهم ثمرة كل مجتمع فقام الفقهاء باستنباط المدة الدنيا للحمل من الآيتين الكريمتين التي لا تقل عن ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾ الآية 14 من سورة لقمان، فنجد أن الآية الأولى حددت الحمل والفصال (الفطام من الرضاع) بثلاثين شهرا، والثانية الفصال أي الفطام من الرضاعة بأربعة وعشرون شهرا، وبإسقاط مدة الحمل من مدة الفصال نجد أقل مدة للحمل هي ستة أشهر أما المدة القصوى للحمل لم يحددها القرآن الكريم ولا السنة النبوية الشريفة وقد اختلف فيها الفقهاء.

¹ - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 6749، ص 1672. كما رواه مسلم وأبو داود والترمذي ومالك وأحمد الدارقطني.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، رقم الحديث 6466، ص 1675-1676.

³ - سنن الكبرى للبيهقي، الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة 458هـ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الجزء الرابع، كتاب الملاعة، ط3 2003م/1424هـ، منشورات دار الكتب العلمية بيروت لبنان، رقم الحديث 15333، ص 662.

⁴ - سنن النسائي، تصنيف ابن عبد الرحمان احمد بن شعيب بن علي الشهير بـ (النسائي) (215-303هـ)، جمع وتحقيق العلامة المحدث ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض السعودية، رقم الحديث 3481، ص 541.

المشروع الجزائري استمد النصوص من أحكام الشريعة الإسلامية وذلك حسب المواد 40 و41 و42 و43 ق أ ج وكذلك القرار 34137 للمحكمة العليا¹.
المشروع التونسي تطرق لثبوت النسب في الفصل 68 م أ ش ت >> يثبت النسب بالفراش.<<.

ثانيا: الزواج الفاسد والوطء بالشبهة

1- الزواج الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة كتخلف الشهود أو اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد.

جمهور العلماء لم يفرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل ما عدا أبو حنيفة الذي استمد منه المشروع الجزائري استمد نصوصه من الفقه الحنفي ويتجلى ذلك من خلال نصوص المواد 32 ق أ ج >> يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد << والمادة 1/33 ق أ ج التي نصت على بطلان الزواج.

المشروع التونسي عرفه في الفصل 21 م أ ش ت الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من المجلة.

2- نكاح الشبهة أو الوطء بشبهة

المقصود الشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه وأصل ذلك قول رسول الله ﷺ : ((**إدعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم**)) والوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، والشبهة أنواع: شبهة الفعل مثال ذلك رجل زفت له غير امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها رغم أنها عندهم شبهة في الفعل إلا أن النسب يثبت للواطئ أو قد تكون شبهة العقد كالعقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات ويثبت النسب إذا كان لا يعلم أو شبهة المحل أو الملك مثال ذلك إذا وطئ الرجل أمة ولده لا يجب الحد عليه لقول رسول الله ﷺ : ((**أنت ومالك لأبيك**))).

¹- قرار المحكمة العليا رقم 34137 بتاريخ: 1984/10/08 بقولها >> من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم لا تعبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية <<

الشريعة الإسلامية اتفق الفقهاء أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يحو وصف الزنا، والدليل على ذلك إثباتهم للنسب في حالة نكاح الشبهة¹.
المشروع الجزائري استمد من أحكام الشريعة الإسلامية وهذا نستخلصه من نص المادة 40 ق أ ج المشروع التونسي لم يتطرق لهذه المسألة ربما ترك القضاء الرجوع للفقهاء الإسلامي أو للمعرف.

ثالثا: إثبات النسب بالإقرار والبينة

الشريعة الإسلامية هي الأولى من تبنت هذه الوسيلتين (الإقرار والبينة) كوسائل إثبات للنسب ثم جاء بعدها الفقه وتلاههما القانون والقضاء، وبما أن النسب يتعلق بكيان وشرف الأسرة لذلك سنتطرق لدراساتهم كل واحدة على حدى.

1- إثبات النسب بالإقرار

الإقرار هو من بين الأدلة المعفية من الإثبات وحجيته مقتصرة على المقر وحده سواء كان الأصل أو الفرع، دون أن تتعد إلى الغير.

تعريف الإقرار

لغة: الإقرار هو من أقر يقر أي اعترف وأقر وأخبر عما سبق، وهو من السكوت والوثبات فيقال: قر الشيء إذا ثبت.

شرعا: الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه للآخر واجب التسليم للمقر له.

قانونا: عرقه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه >> اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا، مع قصد المقر أن يلتزم نفسه بهذا الإقرار<<²

المشروع الجزائري لم يعرفه في قانون الأسرة وإنما عرفه في نص المادة 341 ق م ج >>الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة << كما نعتبره المادة 342 من التقنين نفسه أنه حجة قاطعة على المقر، كما تطرق المشروع الجزائري لأنواع الإقرار من خلال المواد 40 و 44 و 45 ق أ ج.

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط2 1950م

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان طبعة 1952م

المشروع التونسي لم يعرفه وإنما تناوله في الفصلين 68 و70 م أ ش ت كوسيلة لإثبات¹ إلا أنه لم يشترط صراحة أن يكون الطفل نتاج علاقة شرعية ولم يشترط الزوج مهما كان نوعه لإثبات النسب بصفة عامة لذلك من الممكن أن يكون هذا الإقرار على طفل ناتج عن علاقة غير شرعية.

والإقرار من خلال الفقه الإسلامي مما سبق هو وهما كآلآتي:

أ- الإقرار بالنسب على نفس المقر: وهو الإقرار بالأبوة أو البنوة

المشروع الجزائري لم يختلف عما جاءت به الشريعة الإسلامية حيث وافقها وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 44 ق أ ج >> يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة <<

المشروع التونسي تنطبق لإثبات النسب في الفصل 68 م أ ش ت >> يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر.<< وكذا في الفصل 70 م أ ش ت >> لا عمل على القرار إذا ثبت قطعيا ما يخالفه وإذا أقر ولد مجهول النسب بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له صدقه فقد ثبتت أبوتها له ويكون عليهما ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء <<.

ب- إقرار الشخص بالنسب على الغير: وهو الذي يكون فيه الإقرار من القرابة

المشروع الجزائري لهذا النوع من الإقرار في المادة 45 ق أ ج >> الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه <<.

2- إثبات النسب بالبينة

البينة من حيث الإثبات هي أقوى دليل من لإقرار، لأن الإقرار يكون حجة على المدعى دون الغير أي لا يثبت به النسب إلا بتصديق من المقر عليه، فإن لم يصدقه المقر عليه أو ورثته وأصر المقر على ذلك فما عليه إلا البينة باعتبارها دليل يتعدى إلى الغير في الإثبات أي لا تقتصر على المدعي عليه إنما تثبت في حقه وحق غيره.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 17.

الفقه الإسلامي الإثبات بالبينة يكون عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجلين وامرأتين وهذا ما يشترطه الأحناف في إثبات النسب وهذا استنادا لقول الله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾ الآية 381 من سورة البقرة أما الحنابلة والشافعية فقد اشترطوا شهادة جميع الورثة.

القانون الجزائري من خلال المادة 40 ق أ ج يثبت النسب بالزواج الصحيح وإقرار، والبينة¹. إلا أنه لم يحدد عدد الشهود غير أن المحكمة العليا أخذت في أحد قراراتها بالمذهب الحنفي في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين وامرأتان.

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية

الغاية من الزواج هو إنجاب الأولاد لأنهم زينة الحياة الدنيا لقوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾ الآية 45 من سور الكهف إلا أن هذه الأمنية أو النعمة قد لا تتحقق للبعض بسبب المرض المؤدي للعقم، لذلك قام علماء الطب بعدة أبحاث وقد توصلوا إلى طرق وبواسطة وسائل حديثة للإنجاب، والتي تتمثل في التلقيح الاصطناعي والاستنساخ. وهذا التطور التكنولوجي أصبح يشكل مشكلة خطيرة جدا خاصة في إثبات النسب كما يهدد كيان الأسرة والمجتمع معا، لذلك جعل فقهاء الشريعة الإسلامية لوضع حدود لهذه التحولات البيولوجية كما أدى إلى عقد مؤتمرات وندوات متعلقة بتأثيرات وانعكاسات وسائل التكنولوجيا الحديثة على الأسرة والمجتمع. بسبب الاكتشافات الحديثة مثل التلقيح الاصطناعي والاستنساخ كما ذكرنا واللدان غير مفهوم الزواج والتناسل فأصبح دوره الزواج ينحصر في تلبية الغريزة الإنسانية والتناسل طريقة لحفظ الجنس البشري من الانقراض.

أولا: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي هو أخذ بويضة من المرأة عند خروجها من المبيض ووضعها في أنبوب خاص به سوائل فيزيولوجية مناسبة، ثم يؤخذ مني الرجل فيلقح أحد الحيوانات المنوية البويضة. وإذا تم تلقيحها انقسمت البويضة الملقحة إلى انقساماتها المعروفة حتى تبلغ مرحلة التوتة (morula) وذلك في اليوم الرابع من التلقيح، فيكون حينئذ الرحم قد استعد لاستقبال

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص14.

البويضة الملقحة، كما تكون النطفة تهيأت للعلوق بجدار الرحم وإدخالها. لتتعلق النطفة بجدار الرحم ثم تصبح علقه، والعلقه تنمو وتصبحوا مضغه ثم تتحول إلى عظم ويكسى بالحلم ليصبح جنين ل يخرج إنسانا سويا مكتمل الخلق كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عُلُقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّبَيِّنٍ لَّكُمْ وَنُفِّرُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِنَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُّتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يُّرَدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمْرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِّن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَىٰ الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾ الآية 5 سورة الحج ويعرف الدكتور زياد أحمد سلامة التلقيح الصناعي بأنه: إجراء تلقيح بين الحيوان المنوي لجل وبويضة امرأة عن غير الطريق المعهود أي من غير اتصال جنسي¹.

الإنسان عرف التلقيح الاصطناعي منذ القدم، ففي القرن الرابع عشر ميلادي كانت بعض القبائل العربية تلقح خيولها من نطف جنسية لتحصل على حصان أصيل، وكذلك استعمل في النبات من طرف عالم الوراثة مندل، أما أول تلقيح بواسطة الغير قد تم سنة 1884². أما في سنة 1966 توصل الدكتور الإيطالي Daniel Betrochi إلى إجراء عملية تلقيح البويضة بالسائل المنوي في وعاء خاص هو بمثابة رحم صناعي لفترة قصيرة من الزمن³، ثم نجح الدكتور Idodaze في تلقيح بويضة السيدة Lizli Braoun بمني زوجها حيث تم الحمل وولادة طفلة في 25 جويلية 1987م وأطلق على طفلة اسم Louis Braoun، بعد ذلك انتشرت هذه العمليات في الكثير من الدول بما فيها بعض الدول الإسلامية.

والاتصال الجنسي أصبح ليس وسيلة جيدة للإنجاب لظهور بجانبه التلقيح الاصطناعي بين الرجل والمرأة دون اتصال جنسي مباشر الذي يؤدي إلى انهيار الأسس

¹ - زياد احمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، ص 77.

² - الدكتور تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر لسنة 2003 ص 93.

³ - زياد احمد سلامة، المرجع السابق، ص 85.

التي أقيمت عليها قواعد النسب وبالتالي يهدد كيان الأسرة، لأن التطور العلمي والتكنولوجي فرض على الإسلامية تلك الوسائل والطرق كوسيلة من وسائل علاج العقم، إلا أن فقهاء الشريعة اختلفوا في هذه المسألة.

المؤيدون للتلقيح الاصطناعي اشتروا مني الزوج بأن لا يختلط ولا يستبدل سواء كان عمداً أو سهواً بمنى غيره ويتم باتخاذ جميع الإجراءات لعدم وقوع أي خطأ مهما كان نوعه وهذا ما أقرته الفتوى المصرية، إلا أنهم في الأخير اتفقوا على معارضة التلقيح الاصطناعي بصفة عامة استناداً إلى قاعدة سد الذرائع وذلك بأن العقم هبة وقضاء من الله تعالى لقوله سبحانه وتعالى ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ الآيتان 46 و47 من سورة الشورى.

أما بالنسبة للقانون فنجد جل قوانين الأحوال الشخصية لم تتعرض لهذا الموضوع إلا أننا نستخلص من خلال نص المادة 43 ق أ ج >> ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة << حيث تم ربط الأمومة بالوضع. غير أن القضاء والفقهاء مستقران بأن الأمومة تثبت بالولادة.

أما وفي حالة النطفة من الزوج والبويضة من زوجته ويتم التخصيب عن طريق استعمال الأنابيب فهذا النوع من التلقيح الصناعي قد حظي بإجماع علماء الشريعة الإسلامية¹ ومنهم على سيل المثال وليس الحصر محمود شلتوت² وجاد الحق علي جاد الحق ويوسف القرضاوي، إضافة إلى قرارات المجامع الفقهية ورابطة العالم الإسلامي والبحوث الفقهية للأزهر الشريف بشرط عدم استبدال مني الزوج أو مزجه بغيره وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر ق أ ج >> يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي بشرط أن يكون الزواج شرعياً وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما وأن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة << أما في حالة المنى ليس للزوج أو تم مزجه بمنى آخر فلا اختلاف

¹ - الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، قسم فقه الأسرة، قسم الفقه الطبي، ط1، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية مركز التميز البحثي فهرست مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر الرياض السعودية 1435هـ، ص408.

² - محمد شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، التلقيح الصناعي، ط4 1407هـ. 1987م، دار الشروق القاهرة مصر، ص 327.328.

فيه بين جمهور العلماء في تحريمه لأن هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل معنى الزنا ونتائجه والزنا محرم بنصوص القرآن والسنة وهذا ما أصدره المجمع الفقه الإسلامي الدولي¹.

ثانياً: حكم ثبوت النسب أمام ظاهرة الاستنساخ

الاستنساخ في اللغة العربية هو كلمة مرادفة للفظ الفرنسي Le Clonage الذي أصلها إلى الكلمة اليونانية Klan بمعنى البرعم.

المقصود بالاستنساخ هو تكوين كائن حي حيواني كنسخة مطابقة تماماً للأصل وذلك من حيث جميع الخصائص الوراثية الفيزيولوجية والشكلية ولقد قام العالمان البيولوجيان الأمريكيان Robert Briggs و Thomas King بتجربة استنساخ على ضفدع سنة 1952م وبعد عدة بحوث وتجارب تبين من قبل العلماء أن كل خلية تحتفظ نواتها بكافة الطبائع الوراثية الخاصة بتكوين الكائن الحي. وبالتالي يمكن إجراء هذه التجارب حتى على الكائن البشري لذلك أثار موضوع الاستنساخ زلزالاً في الأوساط العلمية والدينية.

الشريعة الإسلامية

قال الدكتور محمد السيد طنطاوي شيخ الأزهر بأن الإسلام ليس ضد العلم، ولكن خروج إنسان من غير امتزاج ماء الرجل بماء الأنثى حرام² وإن منطلق الشرع الإسلامي بخصوصيته المطلقة وقواعده الكلية ومقاصده العامة يمنع استنساخ البشر لما يترتب عليه من المفاصد الآتية:

- قاعدة الله في خلقه هي التنوع في الجنس واللون وتشمل جميع مخلوقات الأرض، أما الاستنساخ يتنافى مع التنوع. وبالتالي هو عكس قاعدة الله في خلقه للكون، لأن الشخص المستنسخ هو نسخة طبق الأصل للشخص صاحب الخلية.
- الاستنساخ يتنافى مع ظاهرة الأزواجية والسنة الزوجية وهذه الظاهرة موجودة في النبات والحيوان والإنسان وحتى في عالم الجماد.

¹ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي: الدورة الثالثة بعمان الأردن، 08.13 صفر 1407هـ الموافق 16.11 أكتوبر 1986م، العدد الثالث، الجزء الأول الصادر بتاريخ 1407هـ. 1987م، قرار رقم 4.

² - الدكتور عبد الهادي مصباح، الاستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، سنة 1997م، ص 49.

المطلب الثاني: نفي النسب

المقصود بنفي النسب هو عدم تقبل الرجل لذلك الحمل الذي ما زال جنينا في بطنه أو المولود بأنه ينتسب إليه من جهة البنوة، أي من مائه (من صلبه) لقوله تعالى: ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ (5) خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ (6) يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ الآيات 5 و6 و7 من سورة الطارق ويحدث هذا عندما يشك الزوج في سلوك زوجته أو يراها مع رجل آخر دون أن يضبطهما على فعل الفاحشة، أو يجد بعض صفات المولود أو كلها تخالف صفاته، وقد حدث هذا في عهد النبي صلى عندما أتاه إليه أعرابيا فقال له: إن امرأتي ولدت غلاما أسود وإني أنكرته، وهذه الواقعة لم يرخص رسول الله صلى للأعرابي بنفي نسب الولد لمجرد مخالفته في الشبه. وعلى العكس من ذلك: أقر النبي ﷺ مجرد الشبه لإثبات النسب في قصة أسامة وزيد، لما كان المشركون يطعنون في نسب زيد لأسامة بسبب اختلاف اللون، ولما عرضا نفسيهما على القائف "مجزر المدلجي" قال إن هذه الأقدام بعضها من بعض وهذا ما أثبته العلم أن بعض الصفات الوراثية قد تظهر في الأبناء من الأجداد الأعلى من بينهم العالم باستور حيث قال يولد الطفل يشبه والديه لذلك سنتطرق لطرق نفي النسب الشرعية في الفرع الأول والوسائل العلمية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نفي النسب بالطرق الشرعية

نفي النسب قد يحصل نتيجة الشك أو الظن أي بقرينة ظنية من طرف الزوج اتجاه الزوجة والذي يتم عن طريق الملاعنة أو عندما يكون الحمل أو الولادة مخالفة للمدة المتفق عليها شرعا وقانونا لذلك سنتطرق أولا لنفي النسب دون ملاعنة ثم نتناول اللعان.

أولا: نفي النسب دون ملاعنة

النسب ينتفي من غير اللعان في حالة ولادته دون ستة أشهر من الزواج لأنها أقل مدة الحمل باتفاق الفقهاء غير أنه قد يثبت النسب إذا ادعى الزوج ثبوته ولم يصرح بأنه من الزنا، أو أن يتصور الزوج أن الحمل ليس منه كأن يكون صغيرا لا يمكنه الوطاء أو كان مصاب بمرض جنسي يحول دون الاتصال وبذلك يستحيل معه الإنزال والإيلاج أو كان

عقيما لقوله تعالى: ﴿ أَوْ يُرَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾ الآية 50 من سورة الشورى وفي هذه نكون أمام قرينة قاطعة في نفي النسب.

ثانيا: نفي النسب عن طريق اللعان

اللعان لغة: هو مصدر الفعل لاعن، يلاعن، وهو من اللعن أي الطرد وإبعاد من رحمة الله¹ وهو جزاء إبليس لقوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ عَلَيْكَ لَعْنَتِي إِلَى يَوْمِ الدِّينِ ﴾ الآية 77 سورة ص وقوله تعالى للكفار: ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْكَافِرِينَ وَأَعَدَّ لَهُمْ سَعِيرًا ﴾ الآية 64 سورة الأحزاب ونظرا لنفي نسب الحمل أو المولود من طرف الزوج يلجأ كلاهما للعان، وبما أن أحدهما كاذب يقينا يستحق الطرد والإبعاد من رحمة الله لقوله عزوجل: ﴿ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أُولَئِكَ يُعْرَضُونَ عَلَى رَبِّهِمْ وَيَقُولُ الْأَشْهَادُ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ كَذَبُوا عَلَى رَبِّهِمْ أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ الآية 64 سورة الأحزاب.

اللعان شرعا هو عبارة شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان من الجانبين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة قائمة مقام حد الزنا في حقها وهو حكم شرعي ثابت من الكتاب لقوله عزوجل: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ الآية 6 و7 و8 و9 سورة النور. أما السنة النبوية الشريفة فقد تم ثبوته بحديث يحيى بن سعيد عن ابن عباس أنه وقع التلاعن في عهد النبي صلى والتي قال عنها النبي ﷺ: ((لو رجمت أحدا بغير بينة رجمت هذه؟))² واللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا ولم تكن له بينة على ذلك، لأن الشريعة الإسلامية اشترطت أربعة من الشهود حفاظا على كيان الأسرة لقوله عزوجل: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ الآية 4 سورة النور، ويعتبر أيضا حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعها للحد عنها، حيث يفرقا بموجبه الزوجان وينسب الولد لأمه.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 4044.

² - صحيح البخاري: مرجع سابق، رقم الحديث 5319، ص 1355.

المشروع الجزائري تطرق لإثبات النسب أما نفي النسب يتم الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق أ ج إلا أنه تطرق للعان من خلال القضاء (القرار رقم 69798، والقرار رقم 204821، والقرار رقم 172379)¹.

الفرع الثاني: نفي النسب بالطرق العلمية

نفي سابقا كان يعتمد على وسيلة القيافة والتي تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه أو اللعان في حالة عدم وجود البينة أما حاليا ونظرا للتطور التكنولوجي والعلمي ظهرت عدة طرق أو وسائل علمية حديثة للإثبات والنفي النسب كطريقة نظام تحليل الدم (خلايا الدم الحمراء A B O) وتحليل الحامض النووي الذي يسمى بالبصمة الوراثية (A D N).

أولاً: نظام تحليل فصائل الدم

1-تعريف الدم

الدم لغة: هو ذلك السائل الأحمر الذي يجري في عروق الحيوانات أو كما عرفه عبد الله علي الصيفي وعارف عز الدين حسونة بأنه سائل أحمر يجري في عروق الكائنات الحية².

¹ -القرار الذي اتخذته المحكمة العليا رقم 69798، وكذا القرار رقم 204821، وكذا القرار رقم 172379 بتاريخ: 1979/10/28م >> ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ومن المقرر أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. زمن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان الذي لم يتوفر شروطه والذي لم يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق <<

² - عبد الله علي الصيفي وعارف عز الدين حسونة، تحليل الدم ودوره في إثبات النسب وجرائم الخمر والقتل في الشريعة والقانون، مجلد 38 ع 02-2011، ص 638.

التعريف الاصطلاحي الطبي للدم: هو السائل الأحمر الذي يضخه القلب عبر الشرايين والأوردة والشعيرات الدموية في الجسم. ويتألف من عدة خلايا متنوعة (البلازما، الكريات الدموية البيضاء، الكريات الدموية الحمراء، الصفائح الدموية) تسبح كلها في وسط سائل لزج يدعى البلازما. وظيفته هي النقل إما من الخارج إلى الداخل والعكس صحيح.

2- **تحليل الدم** هو عبارة عن فحوص وكشوف طبية لفصائل الدم الرئيسية والفرعية واختبارات مصلية تتعلق بمستحضرات الأنتجينات خلايا الدم وذلك من أجل العلاج أو إثبات النسب أو نفيه.

3- الصفات الوراثية

والدم يحتوي على العديد من الصفات الوراثية الموروثة من الأب والأم حيث يأخذ الولد نصف الصفات من أبيه الحقيقي عن طريق الحيوان المنوي والنصف الباقي من أمه عن طريق البويضة وذلك طبقاً لنظرية العالم الفرنسي لويس باستور << الولد يشبه أبويه >> والعالم الألماني كارل لاند ستاير هو الذي يرجع إليه الفضل في تصنيف دم الإنسان إلى أربعة فصائل رئيسية يرمز لها كالتالي: A، B، AB، O وهي تشبه بصمات الأصابع كما أنها غير قابلة للتغيير مهما كانت الظروف من الولادة حتى الموت. أما غشاء الكريات الدموية فيحتوي على بروتينات سكرية خاصة والتي تحدد الفصائل الدموية الأربعة، وتسمى بمولدات الضد (antigènes) وتقابلها الأجسام المضادة (anti bodies) في بلازما الدم، حيث نجد الطفل يولد بمولدات الضد في خلاياه، أما الأجسام المضادة تتطور في ما بعد الولادة خلال شهور قليلة. وذلك حسب ما يوضحه الجدول الأول في الملحق، كما سيبين الجدول الثاني فصائل الوالدين وفصائل الأولاد الممكنة والغير الممكنة.

فعملية فحص الدم إذا هي دليل قطعي في نفي النسب وليس في إثباته، لأن أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها عدة أشخاص لذلك يمكن أن يكون أبو الطفل واحد منهم.

ثانياً: البصمة الوراثية

البصمة الوراثية هي من القضايا المعاصرة التي اختلف فيها الفقهاء وتنازعوا في مجالات استعمالها، وقد تم اكتشافها من طرف البروفيسور إريك جيفري سنة 1985، أما هذا

الاصطلاح فقد أطلقه عليها الدكتور إريك لاندر فأشاعت في بداية الأمر بالدول الغربية واعتمدها بعض المحاكم الأوربية، أما في الدول العربية فبدأ الاعتماد عليها مؤخرًا فقط.

1- مفهوم البصمة الوراثية

التعريف اللغوي: هي لفظ تعني العلامة، وهي مشتقة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، وهي أيضا أثر الختم بالإصبع.

التعريف الاصطلاحي لعلم الوراثة: هي علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر.

أما الدكتور سعد الدين الهلالي فقد عرفها: " بأنها العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع أي أنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية " ¹

2- مستودع المادة الوراثية

توجد الكروموزومات أو الصبغيات على مستوى النواة باستثناء كريات الدم الحمراء فهي لا تحتوي على النواة، وهي تختلف من كائن لآخر وعددها عند الإنسان 46 كروموزوم خلافا للكروموزومات الجنسية² ويتركب الكروموزوم من سلسلة طويلة من المادة الوراثية ADN، كما يعرف بالحامض النووي الريبوزي اللاأكسجيني حيث يتركب من قواعد

¹ - د. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ط 1 سنة 2001، مكتبة الكويت، ص 25.

² - د. إبراهيم بن ناصر الحمود، مقال البصمة الوراثية على موقع [www. Islamtoday.net](http://www.Islamtoday.net)

³ - د. سعد الدين مسعد الهلالي - مرجع سابق - ص 351.

الأدنين (A) والتامين (T) والجوانين (G) والسايوزين (C) بالإضافة إلى السكر الخماسي والفسفور.

3- موقف البصمة الوراثية من الدليل الشرعي لنفي النسب (اللعان)

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون في هذا الشأن الخاص بصحة نفي النسب بالبصمة الوراثية

دون اللعان حيث انقسموا فريقين هما كالتالي:

الفريق الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفرش إلا باللعان فقط ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان¹ وهو موقف عامة فقهاء المسلمين والذي استقر عليه قرار المجمع الإسلامي بالرباط الذي جاء فيه: ((لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان)) وذلك استنادا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ الآية 6 و7 و8 و9 سورة النور.

الفريق الثاني: وقد استندوا بأن البصمة الوراثية من قبيل الشهادة وليس هناك موجب للعان أصلا لاختلال الشرط الوارد في الآية وهو انعدام الشهود، لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ الآية 6 سورة النور، وقوله تعالى ﴿فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ 28 من سورة يوسف فوجه الدلالة في هذه هو شق القميص من جهة معينة فاعتبر نوعا من الشهادة والبصمة الوراثية تقوم مقام الشهادة وبالتالي القول بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية وقوله تعالى ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ الآية 5 من سورة الأحزاب ووجه الدلالة بأن إلحاق النسب من المقاصد العظيمة للتشريع الإسلامي. والرأي الراجح

يمكن استتباطه من الحديث الذي رواه مسلم أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء وكان أول رجل لاعن في الإسلام، فقال الرسول ﷺ : ((بصروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضىء العينين فهو لهلال بن أمية وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك ابن سمحاء)). قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين، ووجه الدلالة عنا أن النبي ص جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلا على عدم انتسابه إليه ونفي النسب وكذلك من خلال القاعدة الفقهية: [قطع النسب ليس من لزوم اللعان].

المشروع الجزائري فتطرق من خلال نص المادة 2/40 ق أ ج لإثبات النسب فقط بالنسبة للطرق العلمية¹.

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 14.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للأسرة جزائيا

الفصل الثاني: الحماية القانونية للأسرة جزائيا¹

الحماية الجزائية حسب التعريف اللفظي المركب يتضح ان الحماية الجزائية هو ما قرره القانون من إجراءات جزائية ومن عقوبات حماية لحقوق الإنسان من كل أشكال الاعتداءات التي من الممكن أن تقع عليها. لذلك سنتطرق في المبحث الأول لمصادر حماية الرابطة الأسرية.

المبحث الأول: مصادر حماية الرابطة الأسرية

ويقصد بها مصادر التشريع الرسمية في القانون فهي تلك المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص عمومي أو خاص وهو القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة. وبناء عليه فالتشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواع ثلاثة وعلى درجات متفاوتة من الأهمية وهو (الدستور) التشريع الأساسي للدولة ثم التشريع العادي وهو القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية ثم التشريع الفرعي وهو المراسيم والقرارات واللوائح وهي ما تصدر عن السلطة التنفيذية بالإضافة إلى المصادر الاحتياطية والتفسيرية للقانون (والشريعة الإسلامية والعرف والفقه والقضاء) جميعهم يعتبرون مصادر لحماية الأسرة. والتي سنتطرق لها في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: المصادر الأصلية لحماية الرابطة الأسرية

وهي المصادر الرسمية التي يلتزم بها كل شخص سواء أكان عاما أو خاصا وبصفة أدق هي مصادر التشريع في القانون والتي تتمثل في الدستور وهو أسمى القوانين وقانون

¹ - الحماية الجزائية عبارة مركبة من كلمتين هما "الحماية والجزائية" لذا يجب بيان كل كلمة على حدى.

الحماية تطرقنا لها سابقا أما الجزاء في القانون هو " الأثرالمادي الذي يربته القانون على مخالفة قواعده عند الاقتضاء" أو هي مجموعة القواعد القانونية الجنائية الموضوعية والإجرائية التي يتوصل بها المشرع لوقاية شخص أو مال ويوجه عام مصلحة معينة ضد المساس الفعلي أو المحتمل وفرض جزاء جنائي على من يخالف ذلك أو جزاء إجرائي على العمل الإجرائي الذي انطوى على هذا المساس أو بالأحرى.

الأسرة أو مجلة الأحوال الشخصية وقانون أو مجلة العقوبات وقانون أو مجلة الإجراءات الجزائية كمصادر لحماية الأسرة.

الفرع الأول: قانون الأسرة كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

يعتبر قانون الأسرة أو مجلة الأحوال الشخصية من المصادر الخاصة والمهمة التي نظم به المشرع هيكل الأسرة وأحوالها الشخصية وتظهر أهميته أكثر إذا كان مستمدا من الشريعة الإسلامية. التي تقوم على إرساء المبادئ التي تحمي بها الأسرة خصوصا والمجتمع عموما، لأن حقوق الناس مبنية المشاححة وحقوق الله مبنية على المحاسبة. إلا أن القوانين المدنية وحدها لا تكفي لحماية الأسرة لتفادي العواقب الوخيمة التي ينجر منها فساد المجتمع بصفة عامة. لذلك ألزم المشرع سن عدة نصوص تشريعية تجرم وتعاقب الأفعال التي تمس بالأسرة وتعرض كيانها للتفكك والانحلال.

الفرع الثاني: قانون العقوبات كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

يحقق قانون العقوبات الحماية لحقوق الأفراد وحياتهم وذلك بتمييزه عن باقي القوانين الأخرى في حماية الأسرة بالردع ويعرف قانون العقوبات بأنه " الحماية لحقوق الأفراد وحياتهم وذلك بتمييزه عن باقي القوانين الأخرى في حماية الأسرة 'ويعرف أيضا بأنه" مجموعة القواعد القانونية التي يضعها المشرع لتبنيان الأفعال المجرمة وما يقرر لها من عقوبات وتدابير امن توقع على مرتكبيها¹.

ويعتبر قانون العقوبات مهم في حماية الأسرة لكونها موضوع هذا القانون هو الجزاء الذي يتضمنه في نصوص قانونية تمنع وقوع الجريمة وقمعها وصفة الزجر هي أول الضمانات التي يقدمها قانون العقوبات لحماية الأسرة وأفرادها فلقد تدخل المشرع الجزائري بصرامة تشريعاته من اجل حماية كيان الأسرة من الأفعال الماسة بها ضمانا لاستقرار

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ص2.

العلاقات الأسرية بين أفرادها وضمان للأداء الأفضل للأسرة ضمن فلسفة التفاعل والتكامل بينها وبين المجتمع.

الفرع الثالث: قانون الإجراءات الجزائية كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

إن أساس إجراءات المتابعة الجزائية تعتبر من أهم المبادئ التي لا يمكن الاستغناء عنها بالنسبة لقانون العقوبات لأن موضوع النزاع في الإجراءات الجزائية يتعلق من جهة وبشرفه وحرسته وربما حياة الأسرة والأفراد من جهة أخرى لذلك يعرف قانون الإجراءات الجزائية بأنه مجموعة من القواعد الشكلية التي تهدف إلى قمع الجريمة ومتابعة المجرمين ومن أجل تسليط العقوبات وتنفيذه على المتهمين.

وتتقدم النيابة العامة بطلب للجهات القضائية باسم المجتمع لكونها المؤهل الأصلي بإقامة الدعوى الجنائية وتحريكها¹ وهو ما أكدته المادة 29 من ق.ا.ج.ج (تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون)² إلا أن هناك استثناء عن هذه القاعدة في الجرائم التي تخص الأسرة فلا يمكن للنيابة العامة تحريكها لمباشرة الدعوى الجنائية انطلاقاً من بعض الجرائم التي تكون أفراد الأسر طرف فيها كجريمة الزنا إذا ارتكبها أحد الزوجين فلا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج وذلك ما نص في المادة 339 من ق.ع.ج. وكجريمة السرقة المرتكبة بين الأقارب وجريمة هجر الأسرة وجريمة خطف القاصر وهذه الجرائم التي قيد فيها المشرع تحريك الدعوى العمومية.

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

حسب نص المادة الأولى من القانون المدني فإن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول في حالة عدم وجود نص لتنظيم مسألة من المسائل الأحوال الشخصية ويأتي بعدها العرف كمصدر احتياطي ثاني³.

¹ - مجلة الإجراءات الجزائية التونسية 2018، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية شارع فرحات حشاد. رادس المدينة 2098 تونس، ص 9
² - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ص 15.
³ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ص 2.

الفرع الأول: مبادئ التشريع الإسلامي كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

ويقصد بها الأحكام التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ بها الإنسان سواء في علاقته أو بأفراد مجتمعه والكون الذي يعيش فيه وهي مجموع ما فيه من حلول لصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ويبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها إذا اعتمد المشرع في صياغة قوانينه مثل تونس والجزائر حيث أشارت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وكذلك المادة 222 ق أ ج¹ وذلك في حالة عدم وجود نص لتنظيم مسائل الأحوال الشخصية. ويقتصر القاضي على مذهب واحد مثل المملكة المغربية التي صاغت قانونها على المذهب المالكي وكذلك سوريا التي صاغت قانونها على المذهب الحنفي.

الفرع الثاني: العرف كمصدر لحماية الرابطة الأسرية

يعتبر العرف مصدر احتياطي ثاني لحماية الأسرة وهو اعتياد الناس على مسلك معين في ناحية من النواحي حياتهم وتواتر العمل فيه إلى أن ينشأ لدى الجماعة بأنه ملزم لا يمكن مخالفته ومن هنا يتم الامتثال له بطريقة آلية في الأغلب وللعرف أهمية بالغة في المحافظة على القيم والعادات والتقاليد التي الفتها الجماعة الاجتماعية وحتى يؤخذ كمصدر لحماية الأفراد والأسرة والمجتمع يجب أن يكون العرف هو المعتمد الصحيح ومثال ذلك: يقضي بان المهر نصفه مؤجل والنصف الثاني معجل فان اشترطت الزوجة أو وليها تعجيل المهر كله وإلا تنتقل الزوجة إلى بيت الزوجية على أساس انه لم يوف لها بمهرها لا تعد ناشزا ذلك أن الشرط قد أوفق العرف حيث في هذه الحالة لا يعتد بالعرف لان الإرادة واضحة.

وعليه يعد العرف الصحيح أصلا من أصول الفقه لذا يجب الاعتماد عليه ومراعاته أثناء التشريع ومثال ما تعارف عليه المجتمع الجزائري على أن دفع المهر ملزم به الزوج قبل دخوله على زوجته.

المطلب الثالث: المصادر التفسيرية لحماية الرابطة الأسرية

ذكر فقهاء القانون أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يعتبران كمصدر يمكن أن يلجأ إليهما القاضي عندما لا يجد قاعدة يطبقها لا في التشريع ولا في المصادر الاحتياطية المدروسة سابقا كمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف¹ ومعنى ذلك أن آراء الفقهاء وأحكام القضاة ليست من مصادر القانون ولكن لا يمنع من اعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون ومن ثم هما مصدرين لحماية الرابطة الأسرية.

الفرع الأول: الاجتهاد القاضي كمصدر تفسيري لحماية الأسرة

يعرف الفقهاء الاجتهاد القضائي بأنه: "استقراغ قضائي وسعة في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على واقع تنزيلا محكما إلى الفصل بين المتنازعين وحياته الحقوق العامة". ويشمل هذا التعريف الاجتهاد الفقهي أيضا إلا أن المقصود به في مجال القانون الوضعي قياسا على تعريف الفقهاء الاجتهاد القضائي الذي هو بذل القاضي جهده في الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية.

ومن الأمثلة على ذلك وجوب النفقة على الزوجة والأولاد أمر ثابت لا يتبدل ولا يتغير ولكن مقدار النفقة أمر لم يحدده الشارع وإنما جعل الواجب هو تلبية حاجة المرأة بالمعروف. وكذلك عند إبرام العقد من حق كل واحد من الزوجين أن يشترط شروطا إضافية يراها كفيلة بالمحافظة على حقوقه سواء أثناء استمرار العلاقة الزوجية أو عند وقوع الانفصال بينهما وهي شروط يلزم القاضي كل واحد منهما بالوفاء بها إذا ما وقع الأمر إليه.

¹ - القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 3.

الفرع الثاني: الفقه كمصدر تفسيري لحماية الرابطة الأسرية

يقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدين بها أغلبية الفقهاء أو الشراح أو ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يتعرضون للنصوص بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم أو بإبداء الفتاوى المتعلقة بتفسير المبادئ والقواعد القانونية من الناحية النظرية. واهم ما نخلص إليه في هذا المبحث أن مصادر الشريعة الإسلامية ظلت إلى منتصف القرن التاسع عشر بصفتها القانون العام الذي يستمد منه قانون الأسرة الجزائري نصوصه لأنها تشمل جميع نواحي الحياة فهي مصادر قادرة على إيجاد الحلول لما يستجد من وقائع وحوادث تعترض حماية الأسرة لكونها صالحة التطبيق في كل زمان ومكان. واهم ما يمكن أن تتميز به هذه المصادر هي الصفة الدينية والشمولية والمرونة فهي تنظم مسائل الأسرة من زواج وطلاق وحقوق أولاد وميراث... وتتجه للتضييق على كل ما من شأنه أن يؤدي إلى هدم الأسرة وهذه المسألة لم نجد لها مدرجة في مصادر القوانين الوضعية للدول وخير مثال جملة من القوانين التي تخص قضايا الأسرة التي تضمنها قانون 11-1984 حيث جاء بنصوص تتماشى والتقاليد الأصلية للمجتمع الجزائري إلا أن قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 الصادر في سنة 2005م جاء بمواد تعزز فيه دور المرأة وتقويه مكانتها ومركزها الاجتماعي حتى تصل بالمساواة مع الرجل¹ وهذا بسبب اتفاقية سيداو التي صادقت عليها الجزائر لذلك هذه المواد من هذا القانون تحتاج إلى تعديل وضبط إذ لا يمكن ضبطها إلا بالرجوع إلى الأصول التي تبنى عليها الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الحماية الجزائرية للرابطة الأسرية

الحماية الجزائرية تستهدف المعالجة القانونية خاصة الجنائية الإخلال بالضوابط المترتبة على تنظيم العلاقات الاجتماعية لتحقيق غايتين هما: أولاً العام الذي يتضمن معنى الوقاية، حيث تتوجه القاعدة الجنائية سواء كانت فقهية أو قانونية بخطابها إلى كافة الأشخاص

¹ - قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص

لتحذيرهم من سوء عاقبة ارتكاب الأفعال المجرمة وتهدهم بتوقيع العقاب في حالة القيام بها. ثانيا الردع الخاص الذي يتضمن معنى العلاج من خلال توقيع الجزاء على الجاني الذي قام بارتكاب الأفعال المخلة بالنظام وذلك من أجل رده وعدم تكرار ذلك الجرم¹.
 وبما أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع كما ذكرنا سالفاً، وتتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة، حيث تترتب عليهم جملة الالتزامات المتبادلة فيما بينهم والمتمثلة في الحقوق والواجبات التي أساسها الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية وأن أي إخلال بهذه الحقوق والواجبات يشكل جريمة ماسة بكيان الأسرة يستوجب العقاب لذلك سنتطرق في المطلب الأول للجرائم الماسة بكيان الأسرة وفي المطلب الثاني مجالات الحماية الجزائية للرابطة الأسرية من حيث العقاب.

المطلب الأول: الجرائم الماسة بكيان الأسرة

لقد اتفق جميع البشر في معنى الجريمة أنها الفعل الذي يستوجب عقاباً، وهذا القول يتطابق مع القاعدة الفقهية بأن الجزاء من جنس العمل وكذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (8)﴾ [سورة الزلزلة الآيتان 7 و 8] وكذلك ما نصت عليه المادة 1 ق ع ج >> لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون <<² لذلك سنتطرق لأصل كلمة الجريمة ومفهومها القانوني والشرعي. أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الأول من المجلة الجزائية >> لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره <<³

¹ - قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ((المبدأ الشرعي لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون))، ص 2.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات والمعدل بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014.

³ - قانون عدد 46 لسنة 2005 مؤرخ في 06 جوان 2005م يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، الكتاب الأول، الباب الأول، الرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في أول أكتوبر 1913م، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية رادس المدينة 2098 تونس، أخر مراجعة وتحيين 15 فيفري 2018م، ص 7.

الجريمة لغة: اشتقت كلمة جريمة من الفعل جرم بمعنى كسب وقطع، وقد خصصت هذه الكلمة منذ القدم للكسب المكروه، لذلك كلمة جرم يراد بها الحمل على فعل حملا آثما، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [سورة المائدة الآية 08] وقوله: ﴿وَيَا قَوْمِ لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شِقَاقِي أَنْ يُصِيبَكُمْ مِثْلُ مَا أَصَابَ قَوْمَ نُوحٍ أَوْ قَوْمَ هُودٍ أَوْ قَوْمَ صَالِحٍ وَمَا قَوْمُ لُوطٍ مِنْكُمْ بِبَعِيدٍ﴾ [سورة هود الآية 89]، كما يصح أن تطلق كلمة جريمة على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق المستقيم.

الجريمة فقها: هي إتيان فعل مجرم معاقب على فعله، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه، فهي تعني الذنب مطلقا سواء كان معصية أو خطيئة.

أما الماوردي فقد عرفها " بأنها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير"¹، والمقصود بالحد هو العقوبات المقدرة مثل القصاص والديات وهي منصوص عليها في الكتاب أو السنة النبوية، أما التعزير فهي كلمة مشتقة من عزر ومعناها قوى والمقصود بها العقوبات التي تركت لولي الأمر تقديرها من أجل منع الفساد ودفع الضرر² وكل ذلك له أصل في الكتاب والسنة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَوُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ [سورة البقرة الآية 85] وقول رسول الله ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار))³.

¹ - الإمام محمد أبوزهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ط 1998، مطبعة المدني 68 شارع العباسية القاهرة مصر، الجزء الأول الجريمة، ص 19 .

² - د. سعد خليفة العبار، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الباب الثاني مصادر الفقه الإسلامي، الفصل الثالث القواعد الفقهية، الطبعة الثانية 2016م، دار الكتب الوطنية بنغازي ليبيا، قاعدة فقهية مستمدة من حديث نبوي شريف، ص 241.

³ - رواه ابن ماجة في سننه (209، 273)، تعليق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الرياض السعودية، كتاب الأحكام، ص 400.

الجريمة قانونا: عرفها فقهاء القانون بأنها >> فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية حرة يمس بمصلحة أو بحق محميين قانونا ويرتب عن ذلك عقوبة أو تدبير أمن <<¹ وبما أن الحياة الزوجية هدفها الأساسي تكوين أسرة سعيدة تستمد مقوماتها من المودة والرحمة والتعاون والتكافل فيما بين أفرادها خاصة الزوج والزوجة وهو بذل جهد كبير ومشترك لأجل بناء بيت آمن ومستقر وبما أن الرجل صاحب القوامة على أسرته شرعا وقانونا، كما ذكرنا سالفًا في الفصل الأول. عليه تحمل المسؤولية المدنية والجزائية عن التزاماته الناتجة عن السلطة الأبوية التي رتبها عقد الزواج باعتباره المسئول الأول عن أداء النفقة على أفراد أسرته بالإضافة إلى واجب الرعاية والتربية من جانب الزوجة باعتبارها المسؤولة الثانية عن العائلة، فإن تخلي الزوج عن أداء واجبه نحو أسرته بترك المقر الزوجية وعدم النفقة على زوجته وأولاده دون سبب جدي أو شرعي لذلك سنتطرق إلى موقف كل من الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية للجزائري والتونسية من الإهمال العائلي أو الأسري (في حالة جرائم التخلي عن الالتزامات المادية والمعنوية).

الفرع الأول: جرائم التخلي عن الالتزامات المادية (الإهمال المادي للأسرة)

إن جرائم التخلي عن الالتزامات الأسرية أو ما يسمى في القانون بجرائم الإهمال العائلي قد تكون مادية تتمثل في الإهمال بواجب الإنفاق على الأسرة مما يعرض أمنها واستقرارها للخطر بسبب عدم حصولها على مطالبها الأساسية كالمأكل والملبس والسكن... الخ أو من اعتداء على امن الأسرة واستقرارها وتماسكها. لذلك نقوم بتعريف الإهمال العائلي.

الإهمال لغة: هو الإقصار، فنقول أهمل الشيء بمعنى قصر، وبمعنى أغفل سواء كان عمدا أو نسيان مثال أهمل التلميذ ترتيب أدواته، إن الله يمهل ولا يهمل أي لا يغفل عن أعمالنا. كذلك بمعنى الترك.

¹ - عمر خوري، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص 9 .

الإهمال فقها: هو الامتناع عن الفعل المأمور به. أو هو صفة نقص تفيد معنى الترك والتخلي عن الواجب أو ما دون ذلك: وقد يترتب عليه معصية أو إثما، وإذا ألحق بسببه الضرر فإنه يستوجب التعويض.¹

الإهمال قانونا: المشرع الجزائري لم يعرف صراحة الإهمال الأسري لكن ذكر عدة صور له لذلك فالإهمال العائلي هو تخلي أحد الأفراد أو بعضهم عن الواجبات العائلية سواء كانت مادية أو معنوية بالترك والتقصير في الأداء مما قد يسبب أضرارا يترتب عليها أثارا قد تؤدي بالرابطة الزوجية أو العلاقة بين الآباء والأبناء أو بالنسبة لصلة الرحم إلى ما لا يحمد كالتفكك الأسري وانتشار الأخلاق السيئة والرذيلة في المجتمع.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الإهمال المادي الذي يمس بأطراف الأسرة

الشريعة الإسلامية ألزمت الزوج بأن ينفق على جميع أفراد أسرته (الزوجة والأصول والفروع) وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ الآية 233 سورة البقرة ، وقول رسول الله ﷺ: ((تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت)) سنن أبو داود² في حالة إخلال الزوج بواجبه وعد الإنفاق على أسرته منحوا للزوجة الحق في تحصيل نفقتها بيدها فإن لم تستطع ترفع أمرها إلى القاضي فيأخذ لها حفاها منه، إلا أنهم اختلف في أمر العقوبة هل يجب حبس الزوج أو الوالد أم لا:

- **المذهب الحنفي:** يرى بحبس الوالد وذلك خوفا من تلف الولد

¹- صالح عبد الرحيم، أحكام الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم الإسلامية تخصص: الفقه وأصوله، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012/2011، ص 7.

²- سنن أبو داود، مرجع سابق باب النكاح، حديث حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم 2143، ص 419.

- جمهور العلماء (المالكية والشافعية) يرى عدم حبس الوالد بل إجبار على الإنفاق بوسائل أخرى وهذا إكراما للأبوة. وهو الرأي الراجح لأنه أليق بمقام الأبوة كما أنه لا يؤثر معنويا ونفسيا على الأولاد، كما يضمن للبنوة حقوقها بوسائل أخرى غير الحبس، بالإضافة لهذا الجزاء يوجد خطاب فيه وعيد رباني شديد اللهجة موجه للذين أخلوا بالتزاماتهم وأماناتهم الأسرية، لقول رسول الله ﷺ: ((تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت))¹.

أما بالنسبة للأصول لقوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ الآية 23 من سورة الإسراء وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا ﴾ الآية 26 من سورة الإسراء وقول رسول الله للصحابي الجليل على البر: ((أمك ثم أمك ثم أبي يريد أن يجتاح مالي فقال له ﷺ: ((أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم فكلوه هنيئا)) وفي رواية أخرى ((أنت ومالك لوالدك إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم)) سنن البيهقي² وقوله ﷺ ((الجنة تحت أقدام الأمهات)) وقوله كذلك ﷺ: ((أكبر الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين...)) صحيح البخاري.

ثانيا: موقف فقهاء القانون من جرائم الإهمال المادي للأسرة

يعتبر القانون الجزائري الامتناع عن دفع النفقة من الأفعال الضارة بنظام الأسرة بل يعد من الأفعال التي تؤثر على كيانها وأخلاقياتها ولذلك حرص المشرع الجزائري على تجريم هذا الفعل وتأخذ هذه الجريمة صورتين:

¹ - سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب صلة الرحم، رقم: 16692، 118/1.

² - سنن البيهقي، مرجع سابق، رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كتاب النفقات، حديث رقم 16165

- ترك مقر الأسرة: حسب ما نصت عليه المادتين (330-331 من ق.ع.ج) وتتحقق هذه الصورة إذا توفر ما يلي: (الابتعاد جنسيا عن مقر الأسرة - وجود ولد أو عدة أولاد).

- عدم الالتزام بالالتزامات العائلية تتمثل أساسا في النفقة وهي واجب على الأب بالنسبة للذكور وحتى بلوغ سن الرشد (19 سنة) والإناث حتى الدخول بهن فئن توفرت هذه الأركان مع القصد الجنائي المتمثل في نية قطع الصلة بالأسرة نكون أمام جريمة يعاقب عليها القانون الجزائري المادة (332 من قانون العقوبات).

كما عدم تسديد النفقة تعتبر جريمة أيضا من الجرائم حيث تناولتها المادة 331 ق ع ج والتي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات المادية العائلية التي يبينها المشرع الجزائري في المواد (74-80) في الفصل الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة¹ والعناصر المكونة لهذه الجريمة تتمثل فيما يلي:

- وجود حكم قضائي نهائي.

- الامتناع المتعمد عن أداء النفقة.

- يتجاوز هذا الامتناع مدة شهرين.

- المبالغ المحكوم بها خاصة بالأسرة المتهم أو أقاربه.

ولم يعتبر المشرع الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال.

كما تناول الإهمال العائلي من خلال المادة 330 ق ع ج: جريمة ترك مقر الأسرة من طرف أحد الوالدين لمدة تتجاوز الشهرين والتخلي عن كافة الالتزامات الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب، وكذا جريمة إهمال المرأة الحامل من طرف لمدة تتجاوز الشهرين مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي

¹- قانون الأسرة رقم 84، 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05، 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005م - (جر 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005، دار الحديث الجزائر، ط 2008، ص 22 23).

وأخيرا جريمة أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بسبب غير جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلى بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي. وفي الحالتين 1 و2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية¹. من خلال نص المادة نستخلص أنه في حالة ترك مقر الأسرة بسبب جدي قد يتمثل في الظروف العائلية أو المهنية مغادرته للبحث عن العمل أو للأسباب الصحية كان مقيما في مستشفى أو القوة القاهرة مثال مرض كوفيد 19 الذي أدى إلى غلق الحدود بين الدول. فعلية إثبات ذلك وإلا تعرض إلى العقوبة السالبة للحرية وهي إدخاله للسجن مع الغرامة المحددة في نص المادة 330 ق ع ج.

الفرع الثاني: جرائم التخلي عن الالتزامات المعنوية (الإهمال المعنوي)

جرائم التخلي عن الالتزامات المعنوية الأسرية تشكل اعتداء على حقوق أفراد الأسرة للحصول على الرعاية المعنوية من الناحية النفسية والعاطفية لأعضاء الأسرة، فهي تساعد على إحداث تفكك وتصدع داخل الأسرة ثم المجتمع من الجانب المعنوي، لذلك سنتطرق إلى بعض الصور لهذه الجريمة.

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الإهمال المعنوي تجاه أفراد الأسرة

1- إهمال الزوجة وعدم الإضرار بها والمقصود به الابتعاد عن كل ما يؤذيها من الظلم سواء كان فعلا أو قولا، وقد نهى الله عن ذلك في عدة آيات كريمة حيث قال في تنزيل

¹، أحسن بوسقيعة - قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية - منشورات بيرتي - طبعة 2009/2008 - ص147/148.

كتابه: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾¹

الآية 229 من سورة البقرة وقوله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَتَّخِذُوا بِنِعْمَتِ اللَّهِ إِذَا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾² الآية 19 من سورة النساء والنصوص القرآنية الوارد في هذا الشأن هي أوامر من الله سبحانه وتعالى للأزواج من أجل حسن المعاشرة لنسائهم ومعاملتهم معاملة كريمة والإحسان لهن في مجال الحياة الأسرية حيثي وفي كل زوج حق زوجته وأن لا يكون عبوس في وجهها فيكون لطيف في القول وهذا مصداقا لقول رسول الله ﷺ للحديث الذي رواه أبى هريرة رضي الله: ((أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا، وخياركم خياركم لنسائكم))¹ وقول رسول الله ﷺ: ((لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم))² وقوله ﷺ عن عائشة رضي الله عنها: ((ما ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا قط بيده ولا امرأة ولا خادما))³. وكذلك من رحمته النبي صلى عن أنس قال رسول الله صلى في بعض أسفاره، وغلأم أسود يقال له أنجشة فقال رسول الله ﷺ ((يا أنجشة سوقا بالقوارير))⁴

2- إهمال الطفل

¹- سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة 279هـ رحمه الله، تعليق العلامة المحدث ناصر الدين الألباني، ط 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض المملكة العربية السعودية، كتاب النكاح، رقم الحديث 1162، ص 276.

²- صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب النكاح، رقم الحديث 5204، ص 1327

³- صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الفضائل، باب مباحثته صلى الله عليه وسلم للآثام، رقم الحديث 1814/7.

⁴- صحيح مسلم، المرجع نفسه، باب رحمة النبي بالنساء، الحديث رقم 2323، ص 43

قد تعجز الأسرة عن تقديم الرعاية اللازمة للطفل وإشباع حاجاته بالقدر المطلوب وتتنوع العوامل التي تسبب عجز الأسرة عن مواجهة احتياجات أبنائها ومن ثم حاجاتهم لمن يقدم لها الرعاية المطلوبة. لذلك فالشريعة الإسلامية اهتمت بتعليم الطفل وعدم إهمال التعليم والدليل على ذلك أن أول ما انزل من القرآن الكريم الحث على العلم والتعليم في قوله تعالى ﴿أَفْرَأَ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) أَفْرَأَ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5)﴾ (سورة العلق 1-2-3-4-5)، فالتعليم له أهمية خاصة في حماية الطفل من المخاطر التي قد يتعرض لها مثل استغلاله في كثير من العمليات الإجرائية واللاخلاقية والحد من ملكاته وقدراته وغير ذلك.

ثانيا: رأي فقهاء القانون في الجرائم الماسة بكيان الأسرة معنويا

1- إهمال الزوجة إن الزوج الذي يترك زوجته الحامل المنهكة صحيا ونفسيا في ظروف الحمل الصعبة لمدة تزيد عن شهرين يعد فعله هذا إهمالا لزوجته التي كان من المفروض أن تحضي برعاية واهتمام كبيرين مما يضمن الراحة والسلامة طوال فترة الحمل. كما أن المادة 330 ق ع ج لا تشترط هنا عدم الوفاء بالالتزامات العائلية لقيام هذه الجريمة.

2- إهمال الأولاد لقد أولى المشرع الجزائري عن طريق نظامه القضائي حماية واسعة لطفل منذ ولادته وهذا نص المادة 2/25 ق م ج التي تنص " على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا "حتى بلوغه سن الرشد وبموجب الأمر رقم 72-3 المؤرخ في: 10/02/1972 والمتعلق بحماية الطفولة والمراهقين المعرضين للخطر المعنوي وكذلك من خلال النصوص الموضوعية والإجرائية تحت عنوان قانون حماية الطفل رقم (15-12) المؤرخ في 28 رمضان عام 1936 الموافق لـ 15 يوليو سنة

2015¹ والمتضمن حماية الطفل الذي أصبح ضحية الإهمال والعنف والقسوة والاستغلال سواء كانت هذه الاعتداءات من المحيط الخارجي أو داخل محيطه الأسري لذلك نجد قانون حماية الطفل منح قاضي الأحداث أو قاضي شؤون الأسرة الحق بالتدخل إذا أهمل الأبوين رعاية أبنائهما معنويا كسوء المعاملة أو إعطاء المثل السيئ وعدم الإشراف على أولدهم ومتابعتهم. كما تطرق لهذه الأفعال قانون العقوبات الجزائري من 314 إلى غاية 329.

المطلب الثاني: مجالات الحماية الجزائية للرابطة الأسرية من حيث العقاب

تبلغ أهمية العقوبة في الدراسات الجنائية الحد الذي تأثرت به تسمية القانون الجنائي حيث يشيع تحت الأرقام وعلى الألسنة مسمى " قانون العقوبات " نسبة إلى العقوبة بل أن كثير من الفقهاء يستهلون تعريف القانون الجنائي بتعريف العقوبة باعتبارها أخص ما يميز ذلك القانون. وتعد دراسة الجزاء الجنائي التتمية المنطقية لدراسة النظرية العامة للجريمة إذ بدون جريمة لا محل لجزاء جنائي ولا معنى للتجريم بل عقاب يقترن به كم أن لا معنى لدراسة البنيان القانوني للجريمة دون دراسة للأثر القانوني الذي يترتب على ثبوت المسؤولية الجنائية عنها وهو الجزاء الجنائي.

الفرع الأول: الجزاء

إن الجرائم المتعلقة بالروابط الأسرية تحددها نصوص وأحكام يؤخذ فيها معيار حماية الروابط الأسرية بعين الاعتبار في توقيع الجزاء عليها وقد اتضح في المبحث السابق أن حفظ الرابطة الأسرية جنائيا قد شكل معيارا بارزا في تجريم بعض الأفعال والسلوكيات التي من شأنها المساس بالروابط الأسرية، ولا شك أن أثر الحماية الجزائية للرابطة الأسرية سيظهر جليا في هذا المطلب " الجزاء " وهو ما سنحاول تبينه في هذا المطلب.

¹ - أشروف يعقوب - المنير في قضاء الأحداث الجزائري قانونا وممارسة - النشر الجامعي - ص 87، 86، 115،

تعريف العقاب (العقوبة): سنتطرق لتعريف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون

الوضعي

لغة: العقوبة اسم مصدر من الفعل عاقب نقول عاقبت عقابا ومعاقبة فلان بذنبه
معاقبة وعقابا جزاء سواء بما فعل وعقاب بين الشئيين أي أحدهما بعد الآخر.

الفقه الإسلامي: العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة غلى عصيان أمر
الشارع¹. كما عرفها الأستاذ احمد بهنسي بقوله (هي جزاء وصفة الشارع لردع عن ارتكاب
ما نهى عنه وترك ما أمر به).

القانون الوضعي: تعرف العقوبة بأنها (انتقاص في حقوق قانونية للإنسان تنزله
السلطة القضائية على من سلك سلوكا يحظره قانون العقوبات) وتعرف أيضا بأنها (جزاء اقره
الشارع ويوقعه القاضي على تثبیت مسئوليه عن ارتكاب جريمة العقوبة في إيلام الجاني
بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية) القانون الجزائري مع الفقه الإسلامي على أن العقوبة
هي جزاء يلحق من يخالف الشرع أو القانون.

الفرع الثاني: أقسام العقوبة

أولا: أقسام العقوبة في الفقه الإسلامي

بالنظر إلى ما وضعه الفقهاء في تقسيمات للعقوبة وما تضمنتها الشريعة الإسلامية
نجدها تنقسم إلى قسمين كبيرين هما:

القسم الأول: العقوبات النصية أو المقدرة

هي العقوبات التي نص عليها القرآن الكريم أو نصت عليها السنة النبوية الشريفة وتم
ترتيبها على جرائم معينة وتسمى عقوبات نصية أو مقدرة وهي:

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، الجزء الأول، الباب الأول العقوبة - مبادئ عامة، د ط، دار الكتاب
العربي بيروت لبنان ص 609.

- عقوبات الحدود: لقوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ الآية 186 سورة البقرة والحدود المقررة في الشرع هي سبعة (حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد السكر، حد الحرابة، حد الردة، حد البغى)¹.

- عقوبات القصاص: وهو قصاص النفس والأعضاء والجروح

- عقوبات الديات: للنفس وللأعضاء وللحواس.

- الكفارات: وهي الإطعام للمساكين والكسوة أو الصيام.

القسم الثاني: العقوبات التفويضية

هي عقوبات غير مقدرة بالنصوص الشرعية أي التي لم يرد نص شرعي فيها إنما ترك الشارع تقديرها إلى أولياء الأمر كالخلفاء والحكام والقضاة ومجالس الشورى ونواب الأمة.

- وهي مجموعة تحت الاصطلاح الشرعي التعزير فعقوبة التعزير هي المقررة للجرائم التي لا تقدير فيها وهي كثيرة جدا وهذه أخف العقوبات.

ثانيا: أقسام العقوبات في القانون الوضعي

لقد اتفق قسم فقهاء القانون العقوبات إلى عقوبات أصلية وعقوبات تبعية وعقوبات تكميلية وهي التي جسدتها جميع الدول من بينهم المشرع الجزائري والمشرع التونسي في تقسيمهما العقوبات وهي كالاتي:

العقوبات الأصلية:

هي العقوبات التي نص عليه المشرع كأصل في العقاب للجريمة حيث يحكم بها عادة أو مع غيرها ولا تنفذ إلا إذا نص عليها القاضي في المحكمة وهي:

الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات وعشرون سنة في المواد الجنائية والحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات مع الغرامة بالنسبة للجزائر

¹ - د. محمد بكر سماعيل، الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، المجلد الثاني، الحدود، الطبعة الثانية 1418هـ/1997م، دار المنار للنشر والتوزيع القاهرة جمهورية مصر العربية، ص 191.

(التي تتجاوز 2000 دج في مادة الجنحة)¹ أو الخطية بالنسبة لتونس. والحبس من يوم واحد إلى شهرين على الأكثر والغرامة المالية بالنسبة للجزائر (من 20 دج إلى 2000 دج) أو بالنسبة لتونس في مادة المخالفات.

العقوبات التبعية:

العقوبات التكميلية:

وهي العقوبات التي يحكم بها القاضي مع العقوبة الأصلية ويحكم بها منفردة عنها وقد تكون وجوبية إذا نص عليها القانون فتصبح من التبعية أو يجوز الحكم به مع الأصلية وذلك كمصادرة بعض الوسائل المستعملة في التهريب أو كالإقامة الجبرية وقد حدد المشرع الجزائري هذه العقوبات في المادة التاسعة في قوله: " العقوبات التكميلية هي: تحديد الإقامة والمنع من الإقامة والحرمان من مباشرة بعض الحقوق المصادرة الجزائية للأموال محل الشخص الاعتباري وأخيرا نشر الحم.

الفرع الثالث: الرابطة الأسرية كمعيار لتقدير العقوبة

إن لمحافظة على الروابط الأسرية تعد كأحد الظروف المهمة التي يضعها القاضي نصب عينيه وذلك من خلال تشديد العقوبات أحيانا وتخفيفها وآخيانا أخرى أو رفعها تماما على حسب مصلحة الأسرة وتماسكها.

أولا: الرابطة الأسرية كظرف مشدد للعقاب

1- تشديد العقاب على الزاني المحصن:

الزنا عرفه فقهاء المالكية بأنه: " وطء مكلف مسلم لفرج ادمي (قبل أو دبر) لا ملك له فيه باتفاق تعمدًا " أي بصفة عامة هو " كل وطء وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة

¹ - قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص3.

نكاح ولا ملك يمين¹ ولبشاعة هذه الجريمة فان الشريعة الإسلامية قد حرمتها تحرماً قطعياً ووصفتها بما يليق بها من أوصاف ومن نصوص الكتاب والسنة على الصريح القاطع لها ما يلي: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ سورة الإسراء 23. فالنهي في هذه الآية لم ينصب مباشرة على فعل الزنا ولكنه توجه إلى قرب الزنا إي مباشرة فعل يؤدي إلى الزنا من قريب أو من بعيد تجنباً للوقوع على شرك هذا الفعل -لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (سورة النور الآية 2). أما إذا لحق ظرف الزنا الإحصان فان العقوبة تشدد من جلد مائة وتغريب عام إلى الإعدام رجماً بالحجارة وهذه العقوبة لم ترد في القرآن الكريم إنما هي سنة فعلية لأن رسول الله ﷺ أمر بجرم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف وكذلك سنة قوليه للأحاديث المشهورة في هذا الباب ((لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة))² متفق عليه، ولقد أجمع الصحابة من بعده عليها، وهي قد تبدوا قاسية - للوهلة الأولى - إلا أنها جد مناسبة مع الجريمة المرتكبة فهذه العقوبة مقررة على جريمة هي من أعظم الجرائم زعزعة لكيان الأسرة، لأن الإسلام يقدر العلاقات الأسرية ويحرص أشد الحرص على سلامتها وصيانتها من كل الشوائب مما يستدعي وضع عقوبة رادعة.

القانون الوضعي

المشروع الجزائري شدد عقوبة الفعل المخل بالحياء وذلك من خلال مقارنة للمادتين 335 و 357 ق ع ج نجد أنه إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء

¹ - القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، الجزء الثاني، كتاب أحكام الحدود، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، د ط، مكتبة نزار مصطفى الباز الرياض مكة المكرمة المملكة العربية السعودية، ص 497.

² - صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الديات، رقم الحديث 6878، ص 1701.

أو هتك العرض وذلك بعدما كانت من 5 إلى 10 سنوات أصبحت 10 إلى 20 سنة. كما اعتبرها من الفواحش إذا كانت العلاقات الجنسية بين ذوي المحارم وقدر لها عقوبات بالسجن تصل إلى غاية 20 سنة، كما يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية.

المشروع التونسي شدد عقوبة التحرش الجنسي حسب نص الفصل 3/226 بعدما كانت مدتها عامين وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار أصبح العقاب مضاعفا إذا كانت الضحية طفلا، وإذا كان الفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة. وفي الفصل 227 - يعاقب مرتكب جريمة الاغتصاب بالسجن مدة عشرين عاما ويعاقب بالسجن بقية العمر مرتكب جريمة الاغتصاب الواقعة: ضد الطفل باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به، أو استعمال مواد أو أقراص أو أدوية مخدرة أو مخدرات. ضد طفل ذكرا كان أو أنثى سنه دون السادسة عشرة كاملة من طرف (الأصول وإن علو، الإخوة والأخوات، ابن أحد إخوته أو أخوته أو مع أحد فروعه، والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب أو فروع الزوج الآخر، أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو أخت). أما في الفصل 228 - يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من اعتدى بفعل الفاحشة على شخص ذكرا كان أو أنثى بدون رضاه. ويكون مضاعفا إذا كانت الضحية طفلا وإذا كان الفاعل (من الأصول وإن علو أو الفروع وإن سفلوا، من الأخوة والأخوات، ابن أحد إخوته أو أخوته أو منع أحد فروعه، زوج البنت أو زوجة الإبن أو أحد فروعه، والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب أو فروع الزوج الآخر، أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو أخت).

- أما في حالة زنا الزوج أو الزوجة الفصل 236 يعاقب عنه بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسة دينار. ولا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة الذين لهما وحدهما الحق في إيقاف تنفيذ العقاب. أما إذا ارتكب الزنا بمحل الزوجية فلا تنطبق أحكام

الفصل 53 من هذا القانون. كما أن والشريك يعاقب بنفس العقاب المقرر للزوجة أو الزوج المرتكب للجريمة.

2- قذف المحصنات:

عرف القذف في الفقه الإسلامي بمعناه الأعم " نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم"¹ بمعناه الأخص لا يجاب الحد هو " نسبة ادمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغاً أو صغيراً تطبيق الوطاء لزنا أو قطع لنسب مسلم" كما ورد في القران الكريم ما يدل على عقوبة القاذف في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (سورة النور 4) حيث دلت هذه الآية على حد القاذف وهو ثمانون جلدة وورد شهادته وتفسيقه. أما حكمها هو الرمي بالزنا (كما تبين) وهو منع أن تشيع الفاحشة في المؤمنين بكثرة الترامي بها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ سورة النور 19.

أما اتهام الرجل لزوجته بالزنا فلا يقام عليه حد القذف وإنما شرع في حقهما الملاعنة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (5) وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)﴾ الآيات 5،6،7،8،9 من سورة النور. والعقوبة على القذف عقوبة مقدرة وغايتها هو الحفاظ على الروابط الزوجية وإنزال العقاب على من ينفي النسب لحماية الروابط الأسرية من فضح البيوت واتهام الأعراض والتشكيك في الأنساب.

¹ - الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق، الجزء السادس، الباب الأول الحدود الشرعية، الفصل الثاني حد القذف، ص 70.

3-زنا المحارم:

اختلف الفقهاء في عقوبة من زنى أو تزوج بذات محرم وانقسموا إلى رأيين هما¹:
- **جمهور العلماء:** يرى بأن هذا الزواج لا يعتد به باعتباره زواجا منعما متى كان الفاعل عالما بحرمة وتعد الواقعة الجنسية في هذه الحالة زنا تستوجب إقامة الحد، لأن هذا النوع نهى عنه الإسلام ولا يعد كما لا يطلق عليه هذا الاسم.
أما **أبو حنيفة النعمان** يرى أن الزواج يسقط الحد لأن عقد الزواج أورت شبهة يدرأ بها الحد.

4- جريمة الضرب والجرح:

1 - حالة ضرب الأصول:

- بالنسبة للفقهاء الإسلامي يقول الله تعالى: في حالة الأصل وإن علا كأن جرح الأب أو قطعه أو شجه فلا قصاص لقوله صلى عليه وسلم: ((لا يقاد الوالد بولده)).

- القانون الوضعي

المشرع الجزائري شدد العقوبة بشأن الضرب والجرح العمدي للأصول إذا وجدت هناك قرابة بين الجاني والضحية وذلك من خلال نص المشرع الجزائري في المادة 267 ق ع ج²: يعاقب كل من ضرب والديه الشرعيين أو أصوله الشرعيين بما يلي:
- الحبس المؤقت من 5 إلى 10 سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل، وتشدد العقوبة بالحد الأقصى للحبس من 5 إلى 10 سنوات في حالة سبق الإصرار والترصد.

¹-الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، الباب الأول الزواج وأثاره، الفصل الأول مقدمات الزواج، ص112-121.

²- قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق- ص 100.

- بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى 10 سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما، وتتضاعف عقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة إذا كان هناك سبق إصرار وترصد.

- بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا نشأ عن الجرح والضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله، أو فقد بصر إحدى العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى وتشدّد العقوبة بالمؤبد إذا كان هناك سبق إصرار وترصد.

- بالسجن المؤبد إذا كانت النتيجة الوفاة بدون قصد إحداثها.

من خلال مقارنة نصوص المادتين 264.267 ق ع ج¹ نجد المشرع الجزائري اعتبر الاعتداء الواقع على الوالدين أو الأصول مهما كان بسيطا حتى ولو لم يترتب عليه أي عجز عن العمل أو مرض جنحة ذات عقوبة مشددة، وحتى يطبق نص المادة 267 ق ع ج يجب أن يعلم الفاعل بالرابطة الأسرية التي تربطه بالضحية، ولا يطبق التشديد إذا كان لا يعلم.

ب - حالة وقوع الضرب والجرح على الفروع:

- بالنسبة للفقهاء الإسلامي يقول الله تعالى: في حالة الفرع وإن سفل كأن جرح الإبن أباه أو قطعه أو شجه فتطبق عليه النصوص العام: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ الآية 47 من سورة المائدة أي العمل من نفس الجزاء ماعدا الرأس والوجه².

القانون الوضعي

المشرع الجزائري من خلال مقارنتنا للمادة 269 و 272 من ق ع ج يتضح أن عقوبة جريمة الضرب والجرح على الفروع تتضاعف إذا كان الجاني أحد الوالدين أو غيرهما من

¹ - قانون العقوبات الجزائري، المرجع نفسه.

² - محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الإسلام، مرجع سابق، ص 357.

الأصول الشرعيين أو أي شخص له سلطة على الطفل، أو يتولى رعايته¹، وبالتالي فإن العقوبة حسب المادة 272 ق ع ج هي:

-الحبس من 3 إلى 10 سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د ج إذا وقع الجرح والضرب على طفل لم يكتمل سنه 16 سنة، أو منع عنه عمدا الطعام والعناية إلى حد تعريض صحته للضرر، كما نصت نفس المادة في فقراتها على عقوبة الجنايات كمايلي:
السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات إذا أدى الضرب والجرح إلى مرض أو عدم القدرة على الحركة، أو عجز كلي عن العمل لأكثر من 15 يوما، أو وجد سبق إصرار وترصد.

السجن المؤبد إذا نتج عن الجريمة فقد أو بتر أحد الأعضاء، أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، أو نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها.

الإعدام إذا نتج عن الجريمة الوفاة دون قصد إحداثها، ولكنها حدثت نتيجة لطرق علاجية معتادة أو إذا وقعت الجريمة بقصد إحداث الوفاة.

المشروع التونسي تناول جريمة الضرب والجرح من الفصل 208 إلى غاية 223 م ج

ت² حيث قدر العقوبة في الحالة العادية وحالة التشديد وهي كالاتي:

-الفصل 208 م ج ت إذا كانت الجريمة عمدا دون قصد القتل ونتج عنه الموت فعقوبتها عشرين عاما ويكون العقاب مشدد بالسجن لبقية العمر إذا كانت الضحية طفلا. والفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة أو إذا كان الفاعل أحد الزوجين أحد المفارقين أو أحد الخطيبين السابقين.

¹- أشرف يعقوب، المنير في قضاء الأحداث الجزائري، النشر الجامعي الجديد، ط 1 2021، تلمسان الجزائر، ص 143، 144.

² - المجلة الجزائرية التونسية 2018، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية شارع فرحات حشاد. رادس المدينة 2098 تونس، ص 56.62.

-الفصل 218 - في حالة إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك بسبب العنف يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار ويكون هذا العقاب مشدد بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار إذا كانت الضحية طفلا. والفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة أو إذا كان الفاعل أحد الزوجين أحد المفارقين أو أحد الخطيبين السابقين.

-الفصل 219 - إذا تسبب العنف في قطع عضو من البدن أو جزء منه أم انعدم النفع به أو تشويهه بالوجه أو سقوط أو عجز مستمر ولم تتجاوز درجة السقوط أو العجز العشرين بالمائة فالمجرم يعاقب بالسجن لمدة خمسة أعوام. يرفع العقاب إلى إثني عشر عاما مهما كانت درجة السقوط إذا كانت الضحية طفلا. والفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة أو إذا كان الفاعل أحد الزوجين أحد المفارقين أو أحد الخطيبين السابقين.

-الفصل 222 - يعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى خمسة أعوام وبخطية من مائتين إلى ألفي دينار كل من يهدد غيره باعتداء يوجب عقابا جنائيا وذلك مهما كانت الطريقة المستعملة في هذا التهديد يكون العقاب مضاعفا إذا كانت الضحية طفلا. والفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة أو إذا كان الفاعل أحد الزوجين أحد المفارقين أو أحد الخطيبين السابقين.

- الفصل 223 - يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يهدد غيره بسلاح ولو دون قصد استعماله يكون مضاعفا إذا كانت الضحية طفلا والفاعل من أصول أو فروع الضحية من أي طبقة أو إذا كان الفاعل أحد الزوجين أحد المفارقين أو أحد الخطيبين السابقين.

5- جريمة الإجهاض

أ- الشريعة الإسلامية

إذا وصلت الحيوانات المنوية المكونة للكائن الحي موضعها في الرحم، ثم تطور وصار جنينا له الحق في الحياة، فليس الحق لأمه أو لغيرها أن تتعدى عليه، ولذلك يعتبر

الإجهاض في الشريعة الإسلامية جريمة سواء من الأم أو غيرها وقد وضع الله سبحانه عقوبة لها في الدنيا تقع لمن يعتدي عليه، وذلك فوق عقوبته في الآخرة. حيث قال الفقهاء بأن ديته غرة¹ وذلك للأحاديث الصحيحة رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: ((أقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختموا إلى رسول الله ص، فقاضى أن دية جنينها غرة - عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها)).

أما إذا انفصل الجنين عن أمه حيا ثم، فعقوبة الجاني هي دية الجنين كاملة إن كان ذكرا مائة من الإبل وإن كان أنثى خمسون من الإبل²

ب- القانون الوضعي

المشرع الجزائري أباح الإجهاض في (المادة 1/72 ق ص ج 85-5) إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم من خطر، أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجية أو العقلي، أما المادة 304 ق ع ج تنص: كل من أجهض امرأة أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج.³

وهذا لحماية الجنين المراد إسقاطه من بطن أمه قبل أوانه وقبل زمان ولادته، بأنه سيصبح طفلا في المستقبل.

ويجوز علاوة على ذلك وفي جميع الحالات الحكم بالمنع من الإقامة وأيضا إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة، حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة وكذا الحرمان من ممارسة المهنة بالنسبة للأشخاص المحددين

¹ - محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، د ط، دار الفكر العربي للطبع والنشر القاهرة مصر، ص 509.

² - د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، ط 1432هـ/2011م، مكتبة العبيكان الرياض السعودية، ص 141.

³ - قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 120.

في المادة 306 ق ع ج وهذا وفقا للفقرة الثانية من هذه المادة، ليتسع مجال الحماية الجزائية ويشمل الجزاء تشديد العقوبة

المشروع التونسي تناول جريمة الإجهاض في الفصل 211 م ج ت حيث قدر عقوبة الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته بالسجن لمدة عشرة أعوام.

6- جريمة القتل

لقد فرقت الشريعة الإسلامية بين عقوبة العمد وعقوبة القتل شبه العمد حيث جعلت لحالة العمد القصاص وفي حالة الخطأ عقوبة الدية المخففة.

أ- القتل الواقعيين الأزواج

الفقه الإسلامي

لما روي عن علي بن أبي طالب والحسن البصري أنه قال: " إذا قتل الرجل المرأة متعمدا يقتل بها" إذا قتل الرجل المرأة متعمدا فهو بها قود"¹

القانون الوضعي

المشروع الجزائري شدد في عقوبة القتل الواقعة بين الأزواج سواء كان الفاعل الزوج أو الزوجة وهذا خارج حالة القتل الواقع في حالة الزنا رغم أن النظرية المعاصرة ترى أن جريمة القتل بين الأزواج جريمة قتل عادية ويجب أن تخضع للقواعد العامة للقانون الجنائي ولا يمكن النظر إليها بأنها جريمة خاصة.

ب- حالة قتل الأصول والفروع

الفقه الإسلامي

جمهور الفقهاء قالوا بأن الاستثناء الخاص بالأصول لا يسقط عقوبة القصاص في حالة قتل الفروع للأصول لأن هذا الاستثناء يخص الأصول فقط وليس الفروع² ، والحجة

¹، محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 317، 318.

² - د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 267.

في ذلك أن الله سبحانه منع الولد أن يقول لأبويه أف لقله تعالى لقله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ الآية 23 من سورة الإسراء كما الأب أعظم حرمة والاعتداء عليه أفحش، كما أن الوالد يحب ابنه فشفقته تمنعه من قتل ابنه، أما الولد يحب والد لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع إليه من جهته.

القانون الوضعي

المشروع الجزائري نص في المادة 258 ق ع ج بأن >> قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين << نستخلص من نص المادة لا ينطبق على جريمة قتل الإخوة والأخوات أو غيرهم من الأقارب ولا تنطبق على زوج الأم أو زوجة الأب لأنهم ليسوا من الأصول الشرعيين.

وطبقا لنص المادة 261 ق ع ج يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم.

المشروع التونسي من خلال نص لفصل 210 م ج ت " يعاقب بالسجن بقية العمر الوالد الذي يتعمد قتل ولده " .

ثانيا: الرابطة الأسرية كظرف مخفف للعقوبة أو معفى من العقاب

1- عقوبة جريمة القتل

القصاص بين الأصول والفروع

يرى جمهور الفقهاء أن الوالدان لا يقتل الوالد إذا قتل ولده وقد ثبت عدم القصاص بالنسبة للأب بالنص لحديث النبي □ ((لا يقتل الوالد بولده))¹ أخرجه النسائي كذلك لشبهة الملكية ثابتة فيه لقول النبي □ ((أنت ومالك لأبيك)) لأن الملكية مانعة للقصاص أو موجدة به كما أنه السبب في وجود الولد فلا يمكن أن يكون سبب إعدامه وكذلك قوله

¹ - سنن ماجه، مرجع سابق، رقم الحديث 2661، ص 453.

تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ﴾ أي رابطة الدم أما الجد قياسا بالأب لأن الوالد اسم لكل من كان سببا في الولادة وإن علا والولد ثمرة الولادة وإن نزل. إلا أن سقوط القصاص عن الوالدين بصفة عامة لا يسقط الجريمة فتقوم مقام القصاص الدية لا يذهب دم في الإسلام هدرًا.

قتل الفرع لأصله إذا كان القتل عمدا لا يوجب القصاص لسبب الأبوة "لأنه سبب وجوده"، وإذا كان الجاني أحد الأبوين والمطالب بالدم هو والده، فإن القصاص لا يثبت وقد ذهب المالكية إلى التخفيف وصرف القصاص عن الأب إلا أنهم يغلظون دية القتل في هذه الحالة. وذلك مراعاة من الإسلام لرابطة الأبوة حتى في أخطر الجرائم وهي القتل، إلا أنه أسقط عقوبة القصاص على الوالد الذي يقتل ابنه ولم يسقط الجريمة.

القصاص بين الزوجين

أما عقوبة القتل بين الأزواج إذا كان ليس بينهما أولاد لا تسقط لأن قتل الزوج لزوجته باعتبارها سكنه وأهله فهي أشد فضاة ولو كان فوق القصاص ما هو أشد مهن لكان واجبا ذلك، أما إذا كان بينهما أولاد وقتل الزوج زوجته أو الزوجة زوجها فلا قصاص في هذه الحالة لأنه لا يجوز للولد أن يطالب بالقصاص لأنه فقد أحد أبويه فلا يسعى في العمل ليفقد الآخر.

أما القتل دفاعا عن العرض يرى بعض السلف أن الزوج إذا قتل زوجته ومن يزني بها أو أحدهما لا يقتص منه¹ ولا يشترط أن يقتلها معا، وإنما يعزر فقط، بشرط ظهور أمارات صدقه عليها أو وجود شبهات سابقة على سلوك الزوجة أو اشتها المقتول بالزنا، إلا أن ارتكاب الزنا لا يبيح للزوج قتل زوجته ومن زنا بها على رأي بعض الفقهاء، لذلك فإن كان عفرا مخففا للعقاب فلا يقتص منه، وإنما يعذر وفقا لما يراه الحاكم. لماروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما كان يتغذى وجاءه رجل وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه

¹ - الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 220.

قوم يعدون خلفه، ولما جلس مع عمر رضي الله عنه جاءه الآخرون وقالوا له: "يا أمير المؤمنين إن هذا الرجل قتل صاحبنا، فقال عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها، فالتفت إليهم عم رضي الله عنه وقال ماذا يقول؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بسيف، فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيف الرجل فهزه، ثم دفعه إليه وقال: "إن عادوا فعد".

أما إذا قتل الرجل أخته لعلمه يقينا بأدلة تثبت بين يدي القضاء أن أخته تزني، فإنه لا يقاد بها ولا دية لأنه عدوان أما قتل الرجل فهناك حالتان إذا كان أجنبي سقط القصاص إذا وجدتهما في حالة تلبس ويكون القصد منع استمرار جريمة تدعوا إلى إشاعة الفاحشة في الذين أمنوا، أما في حالة سقوط القصاص عن ذي الرحم المحرم، فيكفي العلم الحازم المطابق للواقع عن الدليل، لأن السبب هو دفع العار.

القانون الوضعي

المشروع الجزائري راعى لصفة الأمومة في جريمة قتل الطفل حديث الولادة حيث نص المادة 2/261 من ق ع ج >> ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث الولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة <<، من خلال نلاحظ أن التخفيف المقرر للأم هو ظرف شخصي لا ينصرف أثره لغيرها من الفاعلين سواء كانوا أصليين أو مشاركين كالطبيب والقابلة وهذا ما أقرته المحكمة العليا بتاريخ 1990/07/24م رقم الملف 69053 الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ج2 ص 371¹. كما لا يشترط القانون لتطبيق المادة 259 ق ع ج أن يكون السلوك الإجرامي للأم فعلا إيجابيا، وإنما

¹ - أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ط 2008/2009، منشورات بيرتي دالي براهيم الجزائر، ص 116.

يمكن أن يكون امتناعا كعدم ربط الحبل السري للوليد وعد الاعتناء به والامتناع عن إرضاعه¹.

وتتحقق جنائية قتل الطفل حديث العهد بالولادة من قبل أمه بقيام العناصر التالية:

1- أن يولد الطفل حيا.

2- أن تقوم الجنائية بفعل يؤدي حتما إلى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري مثلا.

3- أن تكون الجانية أم المجني عليه.

4- القصد الجنائي².

والغاية من تخفيف العقوبة للأم على جريمة قتل الطفل حديث الولادة هو مراعاة للحالة النفسية أو الآلام التي تتعرض لها الأم بعد فقد أولادها حيث تضل تقاسي منها طيلة حياتها إعفاء الجاني من بعض العقوبات المقررة للجريمة بالنظر إلى صلة القرابة: من خلال نص المادة 2/180 لا تطبق أحكام الفقرة الأولى لنفس المادة على أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة فيما عدا ما يتعلق بالجنايات التي ترتكب ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة.³

المشروع التونسي من خلال نص الفصل 211- تعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته.

2- عقوبة السرقة

الفقه الإسلامي

السرقة في الشريعة الإسلامية هي وهي نوعان سرقة عقوبتها الحد لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [سورة

¹- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 115+ وإسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص 46.

²- القرار الجنائي بتاريخ 18/01/1983م، نشرة القضاة 2/1983، ص 95.

³- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، قانون العقوبات، ص 87.

المائدة الآية 38] وهو محل موضوع دراستنا أما هو السرقة التي عقوبتها التعزير. أما بالنسبة لعقوبة في الأسرة نميز حالتين هما:

- السرقة بين الأقارب فلا قطع حسب رأي جمهور العلماء لأنها تؤدي إلى قطع الرحم طبقاً للقاعدة الفقهية " أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام " وكذلك قول رسل الله ص " أنت ومالك لأبيك " وقوله: "إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه " إلا أن المذهب الظاهري فيرون وجوب القطع لأنه لا يسقط بالقرابة وأن حديث رسول الله ص ((أنت ومالك لأبيك)) منسوخ بآيات المواريث.

- أما السرقة من طرف أحد الزوجين مختلف فيها حيث يرى مالك يتم الحد أما أبي حنيفة فبرى العكس¹ عدم القطع في حالة السرقة بين الزوجين.

القانون الوضعي:

المشعر الجزائري يعاقب على جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة المنصوص عليه في المواد 368 و 369 و 373 و 377 من ق ع ج والمرتبكة بين الأصول إضرار بأولادهم أو غيرهم من الفروع أو من أحد الأزواج إضرار بالزوج الآخر ولا يخول للضحية في هذه الجرائم إلا الحق في التعويض المدني. في رتب المشعر الجزائري نتيجة يمتزج فيها انعدام المسؤولية الجزائية بقوله في نص المادة 368 " لا يعاقب على السرقات " فكان من الأفضل لا مرتكب السرقة وبالتالي فإن عدم العقاب يخص الجريمة وليس الفاعل وهي نتيجة لا مثيل لها في أحكام قانون العقوبات.

فالمشعر قد أستأثر حماية استمرار العلاقة الأسرية على تطبيق العقاب على الجاني متى كانت العلاقة الأسرية قائمة، وهذا طبقاً لقرار 1995/06/20م رقم الملف 117561.²

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، الكتاب الرابع، د ط، دار الكتاب العربي بيروت لبنان، ص 579، 580.

² - غ.ج.م.ق.2، ملف 117561، قرار 1995/06/20م، المجلة القضائية 1/1996، ص216.

مما سبق نستخلص أن الفقه الإسلامي أوسع نطاق من القانون الوضعي في الحماية الجزائية لرابطة الأسرية وهذا يتجلى من خلال العقوبات للجرائم الكبرى التي تمس بكيان الأسرة مثل: الزنا، اللواط، قذف المحصنات، القتل... الخ وذلك لما تحمله من بذور الانحلال والتهديم للروابط الأسرية ثم المجتمع بصفة عامة.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا السابقة لاحظنا أن الشريعة الإسلامية أوسع نطاق من القانون الوضعي في حماية الأسرة وهذا يتجلى من خلال العقوبات المقررة للجرائم الماسة بكيان الأسرة والمتمثلة خصوصا في الحدود لقوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ﴾ والقصاص لقوله: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ الآية 47 من سورة المائدة حيث تتميز بالمساواة بين الفقير والغني و بين الذكر والأنثى أي المرأة والرجل فهي متفردة تخص الجميع ومن أمثلة جريمة الزنا والتي هي من الكبائر فعقوبتها مائة جلدة لقوله تعالى: لكل من قام بهذا الفعل الشنيع والرجم بالنسبة للمحصن أو المحصنة أما جريمة القتل العمدي تتمثل في القصاص لقوله أما جريمة السرقة فقطع لقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [سورة المائدة الآية 38]، وبالتالي فهي صالحة لكل مكان وزمان.

أما القانون الوضعي وبالخصوص الشق الجنائي فقد جاء بقواعد قانونية لا تسمو بالردع والمساواة وذلك لعدة أسباب كالسلطة التقديرية التي منحها القانون للقاضي حيث يتصرف كما يشاء ومن أمثلة ذلك:

جريمة الزنا التي تعد من أخطر على كيان الأسرة خاصة في حفظ النسب وهو الأساس في التسلسل الأسري من جد معروف إلى أب معروف، أي يعرف كل منهم الآخر إلى من ينتمي بالقربى والمصاهرة، وقد أدى انتشار هذه بكثرة حتى وصل الأمر إلى زنى المحارم، بسبب العقوبة الغير مناسبة لها.

جريمة السرقة وجريمة القتل التي أصبحت اليوم تشكلان خطرا كبيرا على الأطفال وأخيرا جريمة حيازة المخدرات والمتاجرة والتي جُلبها تقضي بعقوبة الحبس أو السجن مما جعلت السجن عبارة عن أوكار للزيلة والفاحشة كما اعتبرت بمثابة مدارس لتكوين العصابات والأشرار والدليل على ما تنشره وسائل الإعلام السمعية والبصرية كالصحف والمجلات ساءا كانت اليومية أو الأسبوعية.

لذلك نجد فقهاء وأساتذة القانون إتجأوا إلى وضع قوانين بديلة تتمثل في النفع العام وإنشاء مصالح إعادة الإدماج بالمؤسسات العقابية واستعمال السوار بدلا من حبس الشخص وهو الذي تجسد بالدول العربية من بينها تونس والجزائر والمتمثل في عصرنة العدالة سنة كما تم تغيير اسم إدارة السجن وإعادة التربية إلى إدارة السجن وإعادة الإدماج.

أما أهم النتائج تتمثل فيما يلي

- تعمد المشرعين الجزائري والتونسي إلى التلفيق بين آراء المذاهب الفقهية وأحسن مثال على ذلك مسألة الولي حيث تم الأخذ بالمذهب الحنفي لكنهما لم يتطرقوا إلا شرط اعتراض الولي في حالة الزوج الغير كفاء.

- توسيع دائرة السلطة التقديرية للقاضي في كثير من الحالات خير مثال حالة الطلاق بالنسبة للقانون التونسي ونص المادة 08 بالنسبة لفسخ عقد الزواج.

- المشرع التونسي وضع مساواة مطلقة بين الزوجين أما المشرع الجزائري وسع في دائرة الاشتراط في عقد الزواج بالخصوص للمرأة.

مما سبق نستخلص أن المشرع الجزائري والتونسي قد عجزا عن توفير الحماية الجنائية للروابط الأسرية ويتجلى هذا من خلال النصوص التي تجرم الخيانة الزوجية وكذلك بساطة العقوبة لجريمة الزنا وهي مخالفة للشريعة الإسلامية التي تعتبرها من الكبائر لذلك نقترح إعادة النظر في دراسة النصوص القانونية التي تخص كيان الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1- القرآن الكريم

كتب التفسير

2- تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (700-

774هـ) تحقيق سامي بن محمد السلامة

3- التفسير اللغوي للقرآن الكريم لـ د. مساعد بن سليمان بن ناصر الطيار دار ابن الجوزي،

د ط.

4- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان - العلامة بن ناصر السعدي - تحقيق

عبد الرحمن بن معلا اللويحق - مؤسسة الرسالة

5- تفسير القرطبي أبو محمد بن احمد الأنصاري القرطبي من إصدارات موقع أم الكتاب

والدراسات الإلكترونية info@omelketab.net

كتب الحديث

6- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري (194-256هـ) دار الفكر

دمشق بيروت لبنان الطبعة الأولى 1423هـ/2002م

7- صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (206-261هـ)

تحقيق وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط 1 سنة

1412هـ/1991م

8- سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفي سنة 272هـ

تعليق وتحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف للنشر

والتوزيع الرياض - ط1 - 1417هـ

- 9- سنن ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (209-273هـ) تعليق وتحقيق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض- ط1- 1417هـ
- 10- سنن ابن داود للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفي سنة 275هـ - ضبط وترقيم صدقي جميل العطار- دار الفكر بيروت لبنان - ط1 سنة 1425- 1426هـ/2005م
- 11- سنن النسائي تصنيف أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير ب النسائي (215-303هـ) تحكيم وتعليق العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض السعودية ط1
- 12- سنن الدار قطني للإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني (306-385هـ) - تعليق وتحقيق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي- دار ابن حزم بيروت لبنان - ط1 . 1432هـ/2011م
- 13- المهذب في اختصار السنن الكبير للبيهقي - اختصره الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي الشافعي المتوفي سنة 748هـ- دار الوطن للنشر الرياض السعودية - الطبعة الأولى 1422هـ/2001م
- 14- الموسوعة الحديثية مسند الإمام أحمد بن حنبل (164-241هـ) تحقيق و إخراج شعيب الأرنؤوط و عادل مرسد- مؤسسة الرسالة بيروت لبنان - ط1. 1416هـ/1995م.
- 15- الموسوعة الحديثية مسند الإمام أحمد بن حنبل (164-241هـ) تحقيق و إخراج شعيب الأرنؤوط و عادل مرسد- مؤسسة الرسالة بيروت لبنان - ط1. 1416هـ/1995م.

الكتب الفقهية

- 16- أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المتوفي سنة 954هـ- الجزء الخامس - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - طبعة خاصة 1423هـ/2003م
- 17- سعيد بن علي بن وهف القحطاني - بر الوالدين في ضوء الكتاب والسنة مؤسسة الجريسي للتوزيع الرياض ط1426هـ
- 18- سعد خليفة العبار - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - - الباب الثاني مصادر الفقه الإسلامي- الفصل الثالث القواعد الفقهية- دار الكتب الوطنية بنغازي ليبيا -- الطبعة الثانية 2016م .
- 19- محمد مصطفى شلبي - المدخل في الفقه الإسلامي الدار الجامعية بيروت لبنان - ط10 (1405هـ/1985م).
- 20- مصطفى بن العدوى فقه التعامل مع الوالدين مكتبة مكة
- 21- محمود شلتوت، الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، المجلد التاسع، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، مصر، 1989 .
- 22- د. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته -الجزء السابع - دار الفكر للطباعة والنشر دمشق سوريا - ط2 . 1405هـ/1985م
- 23- الحبيب بن طاهر - الفقه المالكي وأدلته - الجزء الثالث والرابع - مؤسسة المعارف بيروت لبنان- ط3. 2005/1426م
- 24- المحلى فخر الأندلس أبى محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفي سنة 452هـ- الجزء التاسع - إدارة الطباعة المنيرية القاهرة مصر 1351هـ

- 25- د. الصادق عبد الرحمن الغرياني - مدونة الفقه المالكي وأدلته - الجزء الثاني - مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع
- 26- عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر مصر - ط7 - 1376هـ/1956م
- 27- عبد الرحمان الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الرابع - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط2 . 1424هـ/2003م
- 28- عارف علي عارف القرة داغي - سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة [1] مسائل فقهية معاصرة
- 29- محمد بكر سماويل - الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة - المجلد الثاني - دار المنار للنشر والتوزيع القاهرة مصر - ط2 . 1418هـ/1997م
- 30- الإمام محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - دار الفكر العربي - مطبعة المدني 68 شارع العباسية القاهرة مصر ط 1998 .
- 31- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة 179هـ - الجزء الأول والثاني - الإمام الحافظ أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد المتوفى سنة 520هـ - دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1 . 1415هـ/1994م
- 32- محمد الطاهر ابن عاشور (1879/1973) - مقاصد الشريعة الإسلامية - تقديم حاتم بوسمة - مكتبة الإسكندرية 2010
- 33- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري - موسوعة الفقه الإسلامي - الجزء الرابع و الجزء الخامس - بريدة السعودية - ط1 . 1430هـ/2009م
- كتب القانون
- 34- الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

- 35- دستور الجمهورية التونسية - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية - ختم بقصر باردو في 27 جانفي 2014 الموافق ل 26 ربيع الأول 1435م
- 36- القانون رقم 84-11 الصادر في 9 يونيو و المتضمن قانون الأسرة 1984، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 9 جوان 1984
- 37- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بأمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956) والمحيطة يوم 16 ماي 2017 - منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية رادس المدينة 2098 تونس
- 38- المجلة الجزائرية التونسية الصادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 9 جويلية 1913 والمعدلة بالقانون عدد40 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010.
- 39- القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8جوان 1966 المضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بأخر تعديل (1985- 2004- 2006 - 2014
- 40- القانون رقم 66-156 المؤرخ في 8جوان 1966 المضمن قانون الإجراءات الجزائرية المعدل والمتمم بأخر تعديل (1986- 2001- 2003
- 41- أحسن بوسقيعة- قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية - منشورات بيرتي الجزائر - ط 2009/2008.-
- 42- أحسن بوسقيعة- قانون الإجراءات الجزائرية في ضوء الممارسة القضائية - منشورات بيرتي الجزائر - ط 2009/2008.
- 43- أشرف يعقوب - المنير في قضاء الأحداث الجزائري قانونا وممارسة - النشر الجامعي الجديد للنشر والطباعة والتوزيع تلمسان الجزائر 2021
- 44- قانون الأسرة حسب آخر تعديل له - دار الحديث للكتاب الجزائر - ط2008م
- 45- البروفيسور عمار بوضياف - دستور الجمهورية الجزائرية - مراحل التعديل و- المضمون -المستجد- جسور للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى 1442هـ/2021م.

- 46- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ط 1952م.
- 47- بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول - ديوان المطبوعات الجامعية - ط 7 . 2017م
- 48- د. بن شويخ الرشيد - شرح قانون الأسرة قانون الأسرة الجزائري المعدل - دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة القديمة الجزائر - ط1. 1429هـ/2008م.
- 49- عبد الكريم بكار - مسار الأسرة << مبادئ لتوجيه الأسرة >> - مؤسسة الإسلام اليوم للإنتاج والنشر الرياض السعودية - ط1. 1430هـ.
- كتب شرح الأحوال الشخصية
- 50- محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي للطبع والنشر-القاهرة مصر ط2 1950م
- 51- محمود علي السرطاوي - شرح قانون الأحوال الشخصية
- كتب مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
- 52- د. أبو الوفا محمد أبو الوفا- العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 2000.
- 53- حسين هيكل ، النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط 1 ، 2006
- 54- د.عبد الناصر موسى أبو الفضل- الحكم القضائي في الشريعة والقانون - تقديم محمد نعيم ياسين دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن
- 55- محمد الغزالي - حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام و إعلان الأمم المتحدة - نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع

- 56- د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي - مكتبة العبيكان الرياض السعودية - ط 1
1432هـ/2011م
- 57- د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - القانون الجنائي الإسلامي المقارن بالقانون
الوضعي الحكمة - المكتبة الفقهية القضائية دمشق سوريا - 1415هـ/1994م -
- 58- المحامي محمد فهرشقف - شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود
- الجزء الأول - المكتبة الفقهية القضائية دمشق سوريا - ط 1972.
- 59- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا
بالقانون الوضعي - الجزء الثاني - الكتاب الرابع - دار الكتاب العربي بيروت لبنان - د
ط - ص 579 ، 580.
- 60- الدكتور عبد الهادي مصباح - الاستتساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية -
القاهرة - سنة 1997م
- 61- عبد الله علي الصيفي و عارف عز الدين حسونة - تحليل الدم ودوره في إثبات
النسب وجرائم الخمر والقتل في الشريعة والقانون - مجلد 38 ع 02 - 2011
- 62- د. العربي بختي - أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
63- كتب غير قانونية
- 64- سيد قطب - العدالة الاجتماعية في الإسلام - دار الشروق القاهرة مصر ط
1373هـ/1954م.
- 65- زياد احمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم ودار
البيارق، بدون طبعة، 1994
- 66- زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ص 77 . محمد علي البار:
التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد
الثاني، 1405هـ، 1/ (287-288).

- 67- د. أحمد عبد العزيز الحصين - موقف الإسلام من توظيف المرأة في المؤسسات الخاصة والعامّة - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض المملكة العربية السعودية - ط1. 1426هـ/2005م
- 68- أفرودة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية ودورها في إثبات النسب، دار الأمل للنشر والتوزيع، د ط، 2012
- 69- ابراهيم الشحات محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011
- 70- د. خالد بن محمد الشنير - حقوق الإنسان في اليهودية والمسيحية والإسلام مقرنة بالقانون الدولي - مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر الرياض السعودية - ط 1435هـ.
- 71- د. سعد الدين الهلالي - البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية - مكتبة الكويت - ط 1 - سنة 2001-
- 72- د. صلاح الدين سلطان - مخاطر العولمة على الأسرة عالميا وإسلاميا وعربيا وسبل الوقاية والعلاج - مقدمة إلى المؤتمر العام التاسع عشر مشكلات العالم الإسلامي وعلاجها في ظل العولمة (الحلقة الثانية : الأبعاد الثقافية و الاجتماعية) في الفترة من 27-30/03/2007م - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، وزارة الأوقاف - جمهورية مصر العربية.
- 73- صالح بن عبد العزيز كريم، المدخل إلى علم الأجنة الوصفي والتجريبي، دار المجتمع للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، 1990
- 74- عبد الله ناصح علوان - تعدد الزوجات وحكمة تعدد زوجات النبي ص - دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

- 75- د. علي عبد الحليم محمود - الغزو الفكري والتيارات المعادية للإسلام - البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي - إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ط 1401هـ/1981م
- 76- مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيها، بحث مقدم إلى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة في دورته الثالثة المنعقدة في ربيع الثاني 1400 هـ آذار 1980
- 77- د. زهار جمال - جذور خروج المرأة للعمل عالميا ووطنيا (الجزائر) - دار المجدد للطباعة والنشر والتوزيع سطيف الجزائر 2017.
- 78- لسان العرب لابن منظور - دار المعارف القاهرة مصر
- 79- أطروحات
- 80- الأستاذ بن الصغير محفوظ - الاجتهاد القضائي - أطروحة دكتورة - جامعة الحاج لخضر باتنة
- 81- صالح عبد الرحيم - أحكام الإهمال العائلي في الفقه الإسلامي - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم الإسلامية تخصص : الفقه وأصوله - كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية - جامعة وهران - 2011/2012
- 82- محاضرات
- 83- أ. تشوار الجيلالي - محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ألقيت بجامعة تلمسان
- 84- ساسي بن حليلة أستاذ بجامعة المنار تونس - محاضرات في قانون الأحوال الشخصية - مركز النشر الجامعي 2011
- 85- د. عمر خوري - شرح قانون الإجراءات الجزائية طبعة مدعمة بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا - السنة الجامعية 2010/2011.

86- د. محمد الطاهر بلموهوب- مطبوعة الدعم البيداغوجي قي مقياس الحماية القانونية

للأسرة السنة الجامعية 2018/2019

87- عزيزة عبد العزيز المانع- عنوان المقالة:لجانب التربوي في فكر ابن حزم- مجلة

عالم الكتب- تاريخ الإصدار 1:مارس 1998- رقم العدد 3 .

88- د. إبراهيم بن ناصر الحمود - مقال البصمة الوراثية على موقع www.Islamtoday.net

Islamtoday.net

الكتب باللغة الأجنبية

89- Simone de Beauvoir – Le deuxième sexe – France loisirs 123,boulevard de grenelle, Paris- éditions Gallimard, 1949 Renouvelé en 1976

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة.....أ

الفصل الأول: الحماية القانونية للأسرة مدنيا

المبحث الأول: نطاق الحماية القانونية للأسرة..... 8

المطلب الأول: الحقوق الزوجية المشتركة..... 9

الفرع الأول: المساواة في المعاملة بين الزوجين (المعاملة بالمثل)..... 11

الفرع الثاني: المساواة في أحكام المعاملة بين الزوجين وأهاليهم..... 15

المطلب الثاني: الحقوق الزوجية الغير مشتركة..... 18

الفرع الأول: الحقوق الخاصة بالزوج..... 18

الفرع الثاني: الحقوق الخاصة بالزوجة..... 25

المبحث الثاني: النسب..... 32

المطلب الأول: إثبات النسب..... 32

الفرع الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية..... 33

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية..... 37

المطلب الثاني: نفي النسب..... 41

الفرع الأول: نفي النسب بالطرق الشرعية..... 42

الفرع الثاني: نفي النسب بالطرق العلمية..... 43

الفصل الثاني: الحماية القانونية للأسرة جزائيا

المبحث الأول: مصادر حماية الرابطة الأسرية..... 49

49	المطلب الأول: المصادر الأصلية لحماية الرابطة الأسرية.....
50	الفرع الأول: قانون الأسرة كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
50	الفرع الثاني: قانون العقوبات كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
51	الفرع الثالث: قانون الإجراءات الجزائية كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
51	المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
51	الفرع الأول: مبادئ التشريع الإسلامي كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
52	الفرع الثاني: العرف كمصدر لحماية الرابطة الأسرية.....
52	المطلب الثالث: المصادر التفسيرية لحماية الرابطة الأسرية.....
53	الفرع الأول: الاجتهاد القاضي كمصدر تفسيري لحماية الأسرة.....
53	الفرع الثاني: الفقه كمصدر تفسيري لحماية الرابطة الأسرية.....
54	المبحث الثاني: الحماية الجزائية للرابطة الأسرية.....
55	المطلب الأول: الجرائم الماسة بكيان الأسرة.....
57	الفرع الأول: جرائم التخلي عن الالتزامات المادية (الإهمال المادي للأسرة).....
61	الفرع الثاني: جرائم التخلي عن الالتزامات المعنوية (الإهمال المعنوي).....
64	المطلب الثاني: مجالات الحماية الجزائية للرابطة الأسرية من حيث العقاب.....
64	الفرع الأول: الجزاء.....
65	الفرع الثاني: أقسام العقوبة.....
67	الفرع الثالث: الرابطة الأسرية كمعيار لتقدير العقوبة.....
83	خاتمة.....
86	قائمة المصادر والمراجع.....
97	فهرس المحتويات.....

المخلص:

الأسرة تعتبر المحضن الأول للطفل، والمنبع الأساسي لتكوين مجتمع فاضل متماسك كالبنين المرصوص، فكل الشرائع تطمح منذ الأزل إلى بلوغ هذا المقصد، لأن صلاح الأمة لا يكون إلا بصلاح الأسرة. وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة نظرا لدورها الفعال والمباشر في تنشئة الفرد، ونظرا لأهميتها الكبيرة فقد تعرض القرآن الكريم إلى موضوع الأسرة وبين حقوق وواجبات كل من الزوج والزوجة، وذلك بداية من ارتباط الرجل بالمرأة شرعا والذي سماه القرآن الحكيم بالميثاق الغليظ وهذا لقداسته عند الله وهذا استنادا للحديث الذي رواه أبو داود عن أبي هريرة أن النبي ص قال " إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانته خرجت من بينهما " في الحديث إلى انحلال هذه الرابطة والآثار المترتبة عنها.

فالأسرة إذا تولد كما يولد الطفل، وفترة حملها تطول أو تقتصر حسب الظروف والإمكانات ومقدار الاهتمام بها الهيئة التي تتأسس ذلك المجتمع عن طريق نصوص قانونية تضبطها وتحميها وبرامج ومؤسسة تقوم بتوعيتها من العواصف الخطيرة والتي تتمثل في: (العولمة - الغزو الثقافي - الجندر - وسائل التكنولوجيا الحديثة) والتي تؤدي غالبا إلى إجهاض هذه الأسرة قبل ولادتها، أو ولادة مشوهة فتصبح عالة على المجتمع وبرامج ومؤسسات تهيئها.

الكلمات المفتاحية: الحماية، الأسرة، الفقه الإسلامي، القانون الوضعي

Abstract:

The family is the first incubator for the child, and the main source for the formation of a virtuous and cohesive society, as the Prophet of God, may God bless him and grant him peace, said. The Islamic Sharia has focused on the family due to its effective and direct role in the upbringing of the individual, and due to its great importance, the Holy Qur'an has exposed the issue of the family and between the rights and duties of both the husband and the wife, starting from the legally binding of men and women, which the wise Qur'an called the heavy charter and this is for its holiness with God and this Based on the hadith narrated by Abu Dawood on the authority of Abu Hurairah that the Prophet, may God bless him and grant him peace, said, "God says: I am the third of the two partners, as long as one of them does not betray his companion, and if he betrays him, I leave between them".

If the family is born as a child is born, and the period of its pregnancy is prolonged or limited according to the circumstances and capabilities and the amount of attention to it, the body that presides over that society through legal texts that regulates and protects it, programs and institutions that educate it from dangerous storms, which are represented in: (Globalization - culturalinvasion - gender - means of technology Hadiyah) which often leads

to a miscarriage of this family before its birth, or a deformed birth, which becomes a burden on society, and programs and institutions prepare it.

Keywords: protection, family, jurisprudence Islamic, Positive law

Résumé:

La famille est le premier incubateur pour l'enfant, et la principale source pour la formation d'une société vertueuse et cohésive, comme l'a dit le Prophète de Dieu, que Dieu le bénisse et lui accorde la paix. Et les conditions du mari, et c'est le début de son association avec les livres, et c'est depuis le début de son association avec les livres, et qu'au début de la petite enfance, il l'a violé de leur part en parlant de la dissolution du lien et de ses effets.

Si la famille est née comme un enfant est né et que la période de sa grossesse est prolongée ou limitée selon les circonstances et les capacités et le degré d'attention qui lui est accordé, l'organe qui préside cette société à travers des textes juridiques qui la régleme et la protège, des programmes et des institutions qui l'éduquent des tempêtes dangereuses, qui sont représentées dans : (Mondialisation - invasion culturelle - genre - moyens de technologie Hadiyah) qui conduit souvent à l'avortement de cette famille avant sa naissance, ou à une naissance déformée, qui devient un fardeau sur la société, les programmes et les institutions qui la préparent.

Mot-clé: protection, famille, jurisprudence islamique, Droit positif