

## أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين

الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار  
أستاذ بكلية الحقوق  
جامعة تلمسان

أصبحت الإنسانية تعيش في العصر الحالي في سحب كثيفة من ظلام الاعتداء على حقوق وحرمة الإنسان، إذ رغم التطور الحضاري الذي توصلت إليه البشرية، فإنه مع ذلك لم يوفر لها ما تطمح إليه من أمان و استقرار وما ترجوه من ازدهار<sup>(1)</sup>.

والحقيقة، فإن هذا التطور الواقعي يدعو إلى الأخذ بعامل الاجتهاد، بحيث أمامه لا يكون لاختيار الجمود والتردد معنى آخر غير التراجع والانحطاط والسكوت عن الظلم صراحة وضمناً<sup>(2)</sup>. وعلى العموم، فالدعوة إلى الاجتهاد هي ضرورة مساندة للتشريع لحاجات الناس ومصالحهم المتعددة والمختلفة.

ومن ثم فما على الفقه إلا أن يؤكد أن شريعة الله لم تأت فعلاً لوقت دون وقت، أو لعصر معين، أو لزمان محدد، وإنما هي شريعة كل عصر، و شريعة الزمان كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها؛ ولا يتم

(1) إذ أن " عملية النمو العلمي والمادي والاقتصادي والسياسي، عملية فطرية. و التغيير الدائم فيها فطري و طبيعي. ولكن ليس معنى هذا أن كل تغيير يحدث يكون طبيعياً و ملائماً للفطرة. فالفطرة عرضة دائماً للانحراف حين يساء توجيهها [ أو حين تترك بلا توجيه ] ". انظر، محمد قطب، التطور و الثبات في حياة البشر، دار الشروق، 1974، ص. 232.

(2) يعد الاجتهاد مسئولية و واجب في الوقت ذاته. فلا يتحمل المسئولية إلا من كان أهلاً لها، ولا يهرب من الواجب علماء المسلمين. انظر، مناع القطان، التشريع و الفقه في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت 1983؛ وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987؛ سمير عالية، علم القانون و الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت 1996.

عصر، و شريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها؛ ولا يتم ذلك كله إلا بالاجتهاد، و بفهم المسائل المطروحة المعاصرة فهما علميا وماديا وفهما لأصلتها الحقيقية بالشرع في آن واحد<sup>(1)</sup>.

هذا و لكن بالرغم من كل تلك التحولات الاجتماعية و تطور الحياة المعاصرة، و بالرغم من كل ما قيل و أثير بشأن قوانين الأسرة، و رغم الانتقادات التي وجهت إليها، إلا أن الأسئلة التي كانت و ما برحت مدار الجدل هي الكامنة في معرفة عما إذا كان أي تطور في الواقع الاجتماعي يجب أن يكون في ظل الأحكام الإسلامية للأسرة؟ أم يجب، في حالة مراجعة تلك القوانين مراجعة شاملة و واعية، مراعاة التطورات و التحولات التي عرفها المجتمع الإسلامي مع الأخذ بعين الاعتبار ضعف الوازع الديني، و ذلك بحذف ما لا يناسب التطور الواقعي أو إضافة ما يساعد سير الأسرة وفق متطلبات العصر.

وللإجابة على هذه التساؤلات، سنبدأ أو لا بعرض نبذة سريعة عن آثار الاجتهاد الفقهي على تطوير منهجية التشريع في المسائل الأسرية [1]؛ ثم سنبين أن بعض الأحكام التي نص عليها قانون الأسرة تحتاج إلى إعادة النظر فيها، لأن منها ما هو مخالف لما اتفق عليه جميع الفقهاء، و منها ما تبين أنها لا تحقق المصلحة الاجتماعية، و منها ما تكتسي طابع الغموض و النقص، كما أن بعض نصوصها تعبيرها غير صحيح [2].

## 1- تأثير الاجتهاد الفقهي في تطوير المناهج التشريعية في المسائل الأسرية

لم يقف الفقه الإسلامي جامدا إزاء ما طرأ من حوادث جديدة، بل أتيح له من المجتهدين في مختلف العصور من بذلوا غاية الجهد في تعرف حكم الله فيما عرض لهم من مسائل : تارة بالاستنباط من النصوص الشرعية، و تارة بقياس ما عرض لهم من حوادث على حوادث أخرى ورد بشأنها نص شرعي، و أخرى بتحكيم المصلحة

(1) انظر، أبو المجد أحمد، الاجتهاد الديني المعاصر، ط. 1، 1985، ص. 183.

إذا لم يسعفهم نص شرعي و لا قياس يعطي الشبيه حكم الشبيه والنظير حكم النظير<sup>(1)</sup>.

و على العموم، قد بلغ توفر المسلمين على البحث والتحري درجة جعلتهم لا يقفون نفس الموقف من المنهجية المتبعة. لذلك، لاشك أن تحديد الطريقة التي يسير عليها القاضي في بحثه عن الحكم بصدد المسألة المطروحة عليه يعتبر نوعاً من التقنية القانونية، لأنها تقيد حرية القاضي في اختيار الحكم الذي يريد تطبيقه، كما أنه يمكن للأشخاص معرفة الأحكام التي يخضعون لها، فينظمون معاملاتهم على أساسها، حتى لا يقصر أي واحد منهم في الواجبات التي عليه، ولا يطالب بأكثر من حقوقه<sup>(2)</sup>.

هذا، وقد تبدو العلاقة غير واضحة بين تلك المنهجية و بين الاجتهاد الفقهي المؤثر على تطور أحكام الأسرة. لكن بقليل من التأمل و التحليل يظهر العكس. و الواقع، إن ما نقرأه في الكتب الفقهية عن هذه المسائل، ترك أثره واضحاً على واضعي قوانين الأسرة الذين وجدوا في تلك الآراء الفقهية فتاوى شرعية تبيح لهم سن مضمونها في نصوص تشريعية<sup>(3)</sup>.

وهذه الطريقة تبنتها معظم قوانين الأسرة في الدول الإسلامية إذ جعلت من اجتهاد وفتاوى الفقه مصدراً لها<sup>(4)</sup>. وهذا ما يمكن أن نستنتج من الأحكام الشرعية الواردة في تلك القوانين. وأن تأثير الاجتهاد الفقهي في تطوير منهجية التشريع ظهر بجلاء بعد أن خطت تطورات التشريع الإسلامي خطوات بالغة في عصر نشوء

(1) انظر، عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي و أحكام الملكية و الشفعة و العقد، منشورات جامعة قارابونس، ط. 3، 1978، ص. 39.

(2) انظر، محمد صالح موسى حسين، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، طلاس، ط. 1، 1989، ص. 119 وما بعدها.

(3) انظر، مناع القطان، المرجع السابق، ص. 32 وما بعدها؛ عبد السلام الترميني، القانون المقارن و المناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط. 1980؛ علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية و الفقه الإسلامي، دار الفتح، بيروت 1966.

(4) انظر، الإمام محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، ص. 17 وما بعدها.

المذاهب الفقهية<sup>(4)</sup>. ويكفي للتدليل على ذلك الإشارة إلى بعض هذه المناهج التشريعية.

ويبدو من خلال استقرائنا للفقه الإسلامي أن له اتجاهاً يلتزم مذهباً معيناً، دون مقارنة، مع ممارسة الاجتهاد عند الحاجة الملحة طبقاً لأصول المذهب وقواعده المنهجية وبناء على السوابق العديلة داخل المذهب والآراء الفقهية السابقة الخاصة به.

ومن أمثلة هذه المنهجية في ساحة أحكام الأسرة تنص القلعدة المالكية المذهبية أن ترشيد المرأة لا يتم إلا إذا أبرمت عقد القران ودخل بها زوجها وقضت في بيت الزوجية مدة سبع سنوات<sup>(5)</sup>. مع أن القران الكريم جعل بلوغ سن النكاح للرجال والنساء علامة على انتهاء الصغر في قوله سبحانه وتعالى {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم<sup>(6)</sup>}. وعليه، فالبلوغ وظهور حسن التصرف يرشدان الرجل والمرأة معا دون التمييز بينهما.

تأثرت المحاولات الأولى للتقنين في الدول الإسلامية بهذه المنهجية؛ بحيث، حسب ما لدينا من معلومات، أصدرت الخلافة العثمانية، ما بين سنة 1869 وسنة 1876 أول قانون مكتوب بشكل منظم تضمن مجلة الأحكام العديلة للقانون المدني الإسلامي. واشتملت المجلة على 1851 مادة اقتصرتها أحكامها على كتب الأحناف الأولين<sup>(2)</sup>، وجاءت تلك المواد مقسمة إلى كتب وأبواب، ومرقمة وفق ترتيب موضوعي. كما قد كتب محمد قادري باشا في

(4) انظر، سمير عالية، المرجع السابق، ص. 66 و ما يليها؛ محمد صالح موسى حسين، المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية و العقود، مؤسسة شباب الجامعة، ص. 135 وما بعدها.

(5) انظر خاصة، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، المسألة رقم 52.

(1) سورة النساء، الآية 6.

(2) فهذه المجلة لم تأخذ بأراء المتأخرين من الأحناف إلا نادراً. انظر، محمصاني صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، ط.3، بيروت 1961، ص. 29 وما بعدها؛ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 16-17؛ محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات الكويت و دار القلم بيروت، ط. 1، 1977، ص. 354-357.

مصر مدونة مرشد الحيران للقانون المدني الإسلامي في 31 ديسمبر 1883، وقد اقتصرت هي الأخرى على المذهب الحنفي، وذلك بخلاف مجلة الأحكام الشرعية للقانون المدني الإسلامي التي اشتملت على 2382 مادة، مأخوذة من المذهب الحنبلي<sup>(٥)</sup>. ولاشك أن مثل هذه المنهجية تأبأها روح الشريعة إذ أنها تحل المذهب محل الإسلام، و الفقه محل الشريعة؛ لذلك فإنه سرعان ما تبين أن الاعتماد على مذهب واحد قد يؤدي إلى الأخذ ببعض القواعد التي لا تتماشى وحاجيات العصر، مما أدى إلى ضرورة كتابة التقنين الشرعي من المذاهب السنية كلها، دون التقييد بمذهب منها، مع الأخذ ما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة.

لذلك، إن الرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال المسائل الأسرية، والحرص على استمرار هذا التطبيق وصموده دفع ببعض المشرعين اعتناق عند وضع النصوص القانونية، المنهجية المذهبية المقارنة. هذه المنهجية، وإن كانت تركز على مذهب معين، إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى، مما يدفعها أحيانا ترجيح الرأي من غير المذهب المرتكز عليه، كما أنها تخير القاضي أن يأخذ من أيها شاء عند انتقاء النص التشريعي.

ودخلت هذه الطريقة في تشريع الأحكام ميدان التقنين في الدول الإسلامية منذ قانون حقوق العائلة العثمانية الصادر سنة 1917<sup>(٦)</sup>. وقد أخذ هذا القانون معظم أحكامه من المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وأخذ في كثير من المسائل أحكاما

(٥) قام بتدوين هذه المجلة السيد أحمد بن عبد الله القاري، رئيس المحكمة الشرعية بمكة آنذاك.

(٦) انظر صبحي المحمصاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها و حاضرها، دار العلوم للملايين، بيروت 1965، ط. 3، ص. 180 و ما يليها؛ شافيق شحاتة، القانون الإسلامي، دالوز 1980، ص. 54 وما بعدها.

من المذاهب الفقهية الأخرى<sup>(2)</sup>، كمنع زواج المجنون و المجنونة إلا عند الضرورة (وهو رأي عند الشافعي وأحمد)<sup>(3)</sup>، وكاعتبار عقد الزواج صحيحا و الشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها و إن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق (مذهب الحنابلة)<sup>(4)</sup>، و كجواز التفريق بين الزوجين للضرر و إعطاء المرأة الخيار في فسخ الزواج إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالسل و الجنون (مذهب مالك)<sup>(5)</sup>.

وهذه الخطوة قد شجعت "الاتجاه اللامذهبي" لكي يتحرك في إطار سابقة رسمية مما جعل، فيما بعد، قوانين الأسرة توسع من ميدان الأخذ بأراء المذاهب الفقهية الأخرى<sup>(6)</sup>. ومن ثم، اعتنقت هذه المنهجية التشريعية أغلب تقنيات الدول الإسلامية، منها خاصة قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1929<sup>(7)</sup> و قانون العائلة الأردني الصادر في 16 أوت 1951؛ وقانون

(2) انظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج. 1 الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية، بيروت 1967، ص. 3.

(3) انظر، الشرازي، المهذب، دار النشر حلبي، ج. 2 ص. 40؛ الرملي، نهاية المحتاج، دار النشر حلبي، ج. 6، 256 - 259؛ ابن قدامة، المغني ط. 3، المنار، ج. 6، ص. 499 - 500.

(4) انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت 1983، ص. 33-34.

(5) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، الاستقامة، ج. 2، ص. 50؛ دردير الدسوقي، الشوح الكبير، الأزهرية، القاهرة 1309 هـ. ج. 2، ص. 277 - 279؛ الإمام أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، مطبعة الخربوطلي، 1994، ص. 399 - 409.

(6) إذ أنه "من الصعب الاعتقاد بأن الحركة اللامذهبية في مجال التقنين لم تصادف عقبات صعبة التجاوز، فمن الثابت تاريخيا أن "علماء المذهبيين" وقفوا بصلافة في وجه المدرسة اللامذهبية، و حالوا دون صدور عدة قوانين للأحوال الشخصية في مصر لأخذها بأراء من المذاهب الأخرى". انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 364.

(7) وقد تخطى هذا القانون المذاهب الأربعة، و أخذ من آراء بعض الفقهاء المشهورين مثل ابن تيمية، و اعتبر أن "الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلاقة واحدة". وقد سبق هذا

الأحوال الشخصية السوري الصادر في 17 سبتمبر 1953<sup>(1)</sup>؛ ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في 22 نوفمبر 1957<sup>(2)</sup> وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984.

وفي سياق الحديث عن هذه المنهجية نذكر على سبيل المثال بعض المواد التي تعكس إرادة المشرع الجزائري في عدم الاعتماد الكلي على مذهب واحد. بحيث استطاع هذا القانون أن يبتعد عن الفكرة المذهبية، وأن يقتبس أحكامه من الآراء الفقهية المختلفة، و لو كانت من غير أهل المذاهب الأربعة، و أنه ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك<sup>(3)</sup>.

نصت المادة 222 منه على " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". ومن هنا أصبح التطبيق القضائي يشكل عاملا مستقلا في ميدان تطوير التشريع العائلي، لأن الاجتهاد الفقهي مجرد أحكام نظرية، يملك القاضي وحده تكييف الوقائع التي تنطبق عليها. إذن، بما أن المشرع لم يحدد المذهب المعتمد عليه عند انتفاء النص التشريعي، سيلعب في هذا المجال الاجتهاد الفقهي والسلطة التقديرية للقاضي دورا هاما جدا في تطوير القواعد القانونية.

القانون قانون رقم 25 لسنة 1920 المنظم أحكام التطلاق لعدم الإنفاق أو للعب أو الفقدان والعدة.

(1) و يعد هذا القانون قانون متكامل للأحوال الشخصية إذ اشتملت مواده أحكام الزواج و الطلاق و الولاية و الوصية و الميراث.

(2) و قد نصت المدونة في الفصل 82 على أن كل ما لم يشملها هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك. انظر، عبد العزيز توفيق، قانون الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1988.

(3) إذ تقتضي " الدقة في الإصلاح عدم إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهية المحضة، بل احتفاظها بتسمية الفقه فقط، لأن الشرع من عند الله و هو مستقر لا يمكن تبديله و تغييره، فإذا جوزنا إطلاق اسم الشرع على الآراء الفقهية التي تقبل التغيير، لأدى ذلك إلى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشرع الأمر غير الجائر إسلاميا ". انظر، سمير عالية، المرجع السابق، ص. 69.

وفي الوقت ذاته، نصت المادة 9 عند ذكرها لأركان الزواج أن " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة، و بشاهدين و صداق " ( و يعد الصداق شرطا من شروط صحة عقد الزواج عند المالكية فقط )<sup>(4)</sup>.

كما نصت المادة 51 منه أن " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء ". وهكذا، يتضح لنا بمفهوم المخالفة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة، وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم<sup>(5)</sup>.

كما نصت المادة 52 منه على أنه " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ". وما لاشك فيه، فالأخذ بهذا الرأي الخارج عن إطار المذاهب المعتمدة المشهورة يعد مبادرة حسنة إذ سيوسع من الأحكام المستحدثة التي تفرضها المصلحة الاجتماعية والتي لا تتعارض والضوابط والأصول الشرعية.

وكما نصت، أخيراً، المواد 169 - 172 من هذا القانون على التنزيل ( الوصية الواجبة من المذهب الظاهري )<sup>(4)</sup>.

وهكذا، فإذا فتحت هذه المنهجية التشريعية الباب أمام القوانين المقبلة لكي تأخذ بها وبالأحكام التي يفرضها الواقع الاجتماعي تحقيقاً للمصلحة العامة، فإنه مع ذلك يجب أن لا تأخذ على أنها ثغرة فاتحة الباب ليحكم الهوى في الأحكام الشرعية والعبث بها بشكل يخل بالمقاصد الشرعية وبالأحكام الثابتة.

(4) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، دار النشر الاستقامة، ج. 2، ص. 18؛ دردير الدسوقي، الشرح الكبير، الأزهرية، ج. 2، ص. 271.

(5) انظر، ابن تيمية، فتاوى، مطبعة القردي، القاهرة 1328 هـ، ج. 13، ص. 16 و 77 و ما بعدها؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص. 17.

(1) انظر فيما يتعلق بأراء الفقهاء حول هذا الموضوع، هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، بيروت 1981.



ويمضي الزمان، وتأتي المنهجية الثالثة، و انفردت بموقف لم يسبق له مثيلا في مجال التقنين الإسلامي : إذا أخذت هذه المنهجية التشريعية تارة الأحكام من مذهب معين وحده، و تارة من الاختيار من مذهب آخر، فالخطوة الجديدة فيها هي أنها استطاعت أن تستحدث أحكاما جديدة خرجت بمقتضاها ليس على المذاهب الفقهية كلها فحسب، بل حتى على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية.

وقد جاءت هذه المنهجية بقواعد تشريعية بعيدة كل البعد عن شريعتنا السمحاء متأثرة في ذلك بالغزو القانوني الغربي الذي تبلور بسهولة في بعض الدول الإسلامية لظروف اجتماعية واقتصادية و سياسية<sup>(2)</sup>، وهو ينتظر لولا بوادر الصحوة الإسلامية و لولا حكمة بعض أولياء الأمر، أن يتبلور في باقي العالم الإسلامي.

تبلور ذلك الغزو و ظهرت هذه المنهجية التشريعية في كل من تركيا و تونس و العراق. هذا المشرع التركي حذو المشرع السويسري، وأصبح بمقتضى المادة 58 من القانون المدني التركي، لا يمنع المسلمة أن تتزوج بغير المسلم؛ وألغت المادة 92 منه تعدد الزوجات وجعلته جريمة يعاقب مرتكبها جنائيا<sup>(1)</sup>.

أما في تونس، ألغت مجلة الأحوال الشخصية، الصادرة سنة 1956، تعدد الزوجات ( المادة 18 منها )<sup>(2)</sup> و اعتبرتها جريمة

(2) انظر، تشوار جيلالي، أسباب بطلان عقد الزواج وأسباب الطلاق في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه دولة، ران 1987، ص. 112 - 114.

(1) انظر، ز. فهري، محاولة تغيير قانون الأسرة في تركيا، رسالة دكتوراه، باريس 1936، ص. 19 و ما بعدها؛ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 113.

(2) و في هذا الإطار، بين محمود العنابي " العوامل الرئيسية التي حملت المشرع إلى منع التعدد و منها ترقية الأسرة بصفة عامة و المرأة بصفة خاصة و ضرورة السير على هذا المنوال، سلطة المشرع في تحديد مجال المباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك و أخيرا تحديد النسل...و أنه سعيا وراء استقرار الأسرة و حمايتها من التفكك، تقرر تعديل نظام الزواج أخذاً بمبدأ عدم إمكانية الزواج بأكثر من واحدة، و قد تبنى المشرع فعلا هذا التعديل نظرا لتشعب المشاكل الناتجة عن إباحة التعدد ( تعقيدات أسرية، انتقامات، الخ.)

تستوجب العقاب بالسجن مدة سنة وبغرامة قدرها 240.000 فرنك أو بإحدى العقوبتين فقط<sup>(3)</sup>. كما أنها أضفت الصبغة القانونية على التبني بحيث اعترفت في مادتها 15 للمتبنى بنفس الحقوق والواجبات للابن الشرعي؛ وسوت بين الرجل والمرأة في حق التطليق والتعويض (المادة 31 منها)<sup>(4)</sup>.

بينما القانون العراقي للأحوال الشخصية الصادر سنة 1959 سوى بين الرجل والمرأة في الإرث و ألغى ترتيب الورثة الشرعي<sup>(5)</sup>.

وخلاصة ما تقدم يتضح لنا أن سن القوانين مبني في مجال الأحوال الشخصية على مناهج تشريعية شتى، ومن ثم لنا أن نتساءل ما هي الأصلح لتطوير قوانين الأسرة؟ أم أن تطوير القوانين وازدهار المجتمع يتم مهما كانت المنهجية المتبعة، أي سواء كانت تتماشى و الأحكام الشرعية أو لا تتماشى معها نظرا لتعدد المنافع وتنوعها على حسب مقتضيات الأحوال التي توحى بها الأزمنة ومواقف الناس من الناس. أو بتعبير أدق، في ضوء الأسس السابقة و المناهج التشريعية التي عرضناها، ما هو الحل الذي نقترح الأخذ به؟

ولكن قبل عرض ذلك الحل يجب أن نوضح بعض الحقائق. ولاشك أن الدراسات والبحوث التي يجريها الباحثون والمختصون تؤكد كل التأكيد أن المنهجية المذهبية تعارض تطور المجتمع بسبب

" انظر محمود العنابي، تطور التشريع المتعلق بالأحوال الشخصية في تونس، ص. 10

11-

(3) انظر، م. لسكور، العلاقة الزوجية في تونس، رسالة دكتوراه، باريس 1958، ص.

321 و ما يليها، محمد شرفي، القانون التونسي بين الإسلام والعصرانية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية 1974، عدد 3، ص. 11.

(4) و يرى الإمام محمد أبو زهرة فيما يتعلق بهذه المساواة أن " ذلك غير المعروف عن سلف هذه الأمة، و أن الأمر في الطلاق للرجل، وأن الطلاق منسوب إليه دائما، و لكن خولف كل هذا، و لا حول و لا قوة إلا بالله العلي العظيم ". انظر محمد أبو زهرة، المرجع السابق، دار الفكر العربي، ص. 51.

(5) و حسن ما فعل الدستور العراقي لسنة 1964 حينما تنبأ للخروج الفاضح عن أحكام الشرع، و نص في فصله 12 على أن حق الإرث مكفول وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

نظرتها الضيقة لأمر المسلمين، إذ أنها تحل آراء الفقهاء محل الوحي، أو بمعنى أدق بسبب تطرفها المذهبي الذي يضع آراء البشر في مواجهة الوحي : فإنه لا يجعل لنصوص الوحي أية رقابة على تلك الآراء. و لا نود هنا أن نناقش كل نقائص هذه المنهجية، و إنما نكتفي بأن نقول أن التجربة العملية قد أثبتت أن مساييرة تطور المجتمع لا يرتبط برأي من مذهب متطرف خاصة وأن عادات وتقاليد المسلمين تختلف باختلاف الدول و الجماعات.

ولا شك أن المغالاة في تقديس المذهب، ولو على حساب الصالح العام للأفراد، قد يؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها، إذ أن ذلك يقتل في الأفراد روح المبادرة، و يخل من قيمة الاجتهاد. ولذلك،" علينا أن نفتح باب الاجتهاد، وأن نشجع العلماء عليه لأنه الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى إعادة الفقه الإسلامي لدوره القيادي في مجال القضاء، و يجب أن نسلم في البداية أن الفقه الإسلامي ليس ما كان من آراء مدونة في كتب الفقهاء، و إنما يشمل كل رأي جديد يصدر عن أي فقيه معاصر أيضا، وإذا أردنا له النماء والثراء فعلينا أن نشجع حركة الاجتهاد، وأن تحتضن كل رأي جديد، وأن نضيفه إلى ثروتنا الفقهية..."<sup>(1)</sup>.

إذن، يجب نبذ التقليد الأعمى والتعصب المذهبية، و عدم التقيد بمواقف مذهب واحد من المذاهب الفقهية. بل يجب تشجيع الاجتهاد الصحيح في أمور الدين و الفقه مع الأخذ بالعلوم العصرية و الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية، وذلك بغية فهم روحها الحقيقية، و بغية توفير للإنسانية ما تطمح إليه من تقدم و ازدهار و استقرار<sup>(2)</sup>. بحيث فإذا تميزت تلك المصادر بالتنوع و المرونة، فإنها حتما سببا لتكيفها بظروف الزمان و المكان، و تطورها وفق الحاجات و العادات.

(1) انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 322.

(2) انظر، صبحي محمصاني، القانون و العلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت 1972، ص. 24 - 25.

أضف إلى ذلك، فالإمام مالك رضي الله عنه يقرر " أن كل مجتهد يمكن أن يؤخذ بعض كلامه، و يرد بعضه، و ليس كل ما أثير عن المجتهدين صوابا، بل يجوز الخروج عليه ومخالفته لدليل أقوى منه، ويقول في هذا الصدد : " ما من أحد إلا و هو مأخذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم"<sup>(1)</sup>. "أنا بشر أخطئ وأصيب - يضيف قائلا - فانظروا في رأيي، فما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافق فاتركوه"<sup>(2)</sup>. هذا الهدف وهو الدعوة إلى التحرر الفكري، أي إلى الاجتهاد الذي يتماشى وأصول الدين الإسلامي. أما إذا كان من اليسير على المتحمسين للأفكار الغربية أن يدعموا رأيهم بحجة أن تغريب الأحكام الأسرية سيؤدي لا محالة له إلى تطوير المجتمع مع التوفير للإنسان ما يطمح إليه من استقرار وللمرأة ما ترجوه من مساواة قانونية بينها وبين الرجل في جميع الحقوق وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس<sup>(3)</sup>.

إلا أنه من الناحية القانونية وكذا العملية فإن هذه الحجة ليست صحيحة ولا يمكن الأخذ بمدلولها في هذا المجال إذ كيف ننبهر بالحضارة الغربية ككل ونسينا أن النظام الأسري لا يتماشى ومصصلحة المجتمع إلا إذا صدر وفقا لدعوة الحق، دعوة الإسلام و الإصلاح الإلهي<sup>(4)</sup>. وما منهجية التغريب إلا أثر من آثار الانحراف البشري في فهم المصادر بما توحيه العصبية الكريهة.

ويجب أن نوضح هنا أن وضع الأسرة مازال يعاني من مشاكل عويصة في الدول الغربية. وهذا الوضع لا يتعلق بقضية المساواة أو التفرقة بين الجنسين بمفهومها الإسلامي، و إنما يرجع

(1) انظر، عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 206.

(2) انظر، عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص. 214.

(3) انظر، قاسم أمين، تحرير المرأة، ص. 208 و ما بعدها؛ عليا شريف شماري، المرأة

و القانون في تونس، الجزائر، 9، ص. 17.

(4) انظر، الإمام محمود شلتوت، الإسلام، عقيدة و شريعة، الشروق، القاهرة 1980، ص.

ذلك إلى ما تعانيه هذه الدول من مشاكل اجتماعية خطيرة مثل التفكك الأسري، انخفاض مستوى الأخلاق، انتشار جريمة الزنا وكأثر لها ازدياد عدد الأطفال الطبيعيين، إعراض الشباب عن الزواج وازدهار العلاقة الحرة، الزواج بين الأشخاص من نفس الجنس، التغيير الجنسي، الخ<sup>5</sup>. ولذلك، فإذا كانت قضية المساواة و تحرير المرأة كما تنادي بها المنهجية التغريبية في الدول الإسلامية لا تعرف فلاحا في عقر دارها، فكيف نضمن لها الفلاح و النجاح في مجتمع تختلف عاداته وأعرافه وتقاليدته اختلافا جذريا عما هي عليه في المجتمع الغربي المنفك<sup>6</sup>. بل يجب أن يراعى في تحديد

التشريع الظروف الاجتماعية والأسس الدينية لمجتمعنا الإسلامي.

ولذلك يمكن القول بصفة مؤكدة بضرورة العمل على الوقوف ضد المنهجية التغريبية والتخلص منها نهائيا، ويجد هذا القول ما يبرره، كما سبقت الإشارة إليه، في اعتبارات الدين وصيانة الكائن البشري من الانحراف والمجتمع الإسلامي من الانحطاط. إذا جعل الله للإنسان مرتبة السيادة في الكون والخلافة في الأرض، فإن هذه الخلافة لا تتحقق إلا إذا عمل الإنسان طبقا للقوانين والضوابط التي أرادها سبحانه.

ومن أجل هذا و ذلك لا نرى فيما فعلته بعض البلدان الإسلامية و تحاول أن تفعله بعض البلدان الأخرى " إلا مجرد استرضاء للغربيين...، و هو في الوقت ذاته دليل تهافت

(5) أهذه هي الحياة الكريمة التي تنادي بها المرأة الغربية و المنهجية التغريبية، أهذا هو تحرير المرأة و المساواة بينها و بين الرجل، بل هي انحلال خلقي و هو عبثا و ترفا. انظر فيما يتعلق بهذه المسائل، تشوار جيلالي، المرجع السابق، رسالة دكتوراه، ران 1987.

(6) أن المرأة بشكل أو باخر ما زالت كما هي و كما كانت من قبل في هذا المجتمع مجرد أداة في كل ميدان من ميادين الحياة تقريبا : أداة لإشباع غريزة الرجل؛ أداة لإظهار غلبتها ما تخفيه من سدها لإرضاء رجال الأعمال و سلعة رخيصة تافهة مهما نالت من الشهرة.

الشخصية، واحتقار الذات، وترام على أقدام المتعصبين الغربيين لاستجلاب عطفهم وثنائهم وثناء صحفهم ومنشوراتهم ومستشتر فيهم على حساب أمتنا وكرامتنا وديننا<sup>(1)</sup>.

إذ كيف نمنع تعدد الزوجات مع أن هذه الرخصة ذات الطابع الاستثنائي نص عليها القرآن الكريم صراحة<sup>(2)</sup>؛ وكيف نحدد أحكام الميراث<sup>(3)</sup> ونقر التبني<sup>(4)</sup> مع أن نظامهما غير قابل للاجتهاد والتغيير لأنهما من نطاق الثوابت التي نص عليها القرآن و السنة.

فعوض التفكير في تشجيع المنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت ومهما كان الثمن، وعوض التسرع في سن التشريعات التي تؤدي إلى أضرار بالغة في مستقبل الأمة الإسلامية، نحاول أن نعمل جاهدين في إيجاد المنهجية التشريعية التي بموجبها يتم تحقيق تطور الحياة الاجتماعية، أي المنهجية التي يبنى عليها ازدهار المجتمع وتساييره في تطوره الإيجابي قانونيا وواقعا.

وإنه لذلك يجب عدم الإخلال بما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، وما انتهت إليه الاتجاهات الإسلامية المعاصرة من الأخذ بمنهجية المذهبية المقارنة<sup>(1)</sup>، ولا التقيد المطلق بمذهب ما،

(1) انظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط. 5، ص. 112.

(2) إذ يقول سبحانه وتعالى { وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء، مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم، ذلك أدنى ألا تعولوا }. سورة النساء، الآية 3.

(3) هذا، وقد بين القرآن الكريم في سورة النساء، أنصباء الأبناء والوالدين والزوجين والإخوة في الآيات 11، 12 و 176. وقال عليه الصلاة والسلام في هذا الصدد " الحقوق الفرائض بأهلها، ... رواه الجماعة عن ابن عباس. وقال أيضا عليه الصلاة والسلام " إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " رواه أبو داود.

(4) وفي هذا الصدد يقول تعالى { وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل،

أدعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فبخوانكم في الدين...}. سورة الأحزاب، الآيتين 4 و 5.

(1) ويرى الأستاذ محمد فاروق النبهان " أن أهم ما يلفت النظر في المؤلفات التي تظهر في هذا العصر " شيوع ظاهرة الدراسات الفقهية المقارنة "، و الموازنة بين آراء الفقهاء المختلفة، و ترجيح ما يدل عليه الدليل، و لم تكن هذه الظاهرة معروفة قبل هذا

وبما هو صالحا للمسلمين وقوي الحجة من الكتاب والسنة، لأن من الطبيعي أن يتفاوت الفقهاء في مقدار استيعابهم لمعاني القران نظرا لاختلاف المدارك وتباين القدرات اللغوية والبيانية.

وانطلاقا من هذه المنهجية و التقنية التشريعية في وضع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، يمكن لنا وضع الضوابط التي يتم بمقتضاها تطوير المذاهب الفقهية نفسها ومسايرة التشريع لحاجات الناس و مصالحهم<sup>(2)</sup>، ومن ثم اجتناب الجمود و الركود اللذان اتهمت بهما الشريعة الإسلامية، وذلك ما سَنحاول تطبيقه على بعض مسائل الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأسرة الجزائري نظرا لمخالفة أحكامها المذاهب الإسلامية كلها أو لعدم تحقيق عند تطبيقها المصلحة العامة، الخ.

## 2- الاجتهاد الفقهي و تعديل قانون الأسرة الجزائري

خلال المدة التي طبق فيها قانون الأسرة تبين أن بعض الأحكام التي نص عليها تحتاج إلى إعادة النظر فيها، لأن منها ما هو مخالف للأحكام المتفق عليها في الفقه الإسلامي، و منها ما يتنافى والمصلحة العامة، كما أن بعض مفرداتها تكتسي طابع الغموض الذي يتعذر معه معرفة المقصود منها، ويتجلى ذلك مثلا في المسألتين التاليتين.

العصر، لسيطرة الروح المذهبية التي كانت تحصر التأليف في إطار الفقه المذهبي".  
انظر، محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص. 329.

(2) و يقترح الأستاذ سليمان الطماوي في هذا الصدد " إن الصفات التي يتعين توافرها في المجتهد لا يمكن اكتسابها في الوقت الحاضر إلا فيمن تلقى قدرا معينا من الثقافة، و لما كانت الدولة هي التي تشرف على التعليم فإنه من الممكن حصر صفات الاجتهاد في جملة شهادات معينة تعترف بها الدولة رسميا بعد التثبت من أن تلك الشهادات لا تمنح إلا لمن يصل إلى مرتبة الاجتهاد، ثم يتكون من جملة هذه الشهادة مجلس استشاري، تعرض عليه كافة مشروعات القوانين قبل أن تتولى السلطة التشريعية إصدارها؛ ليقرر مدى مطابقتها للأصول العامة في التشريع الإسلامي، ثم يعرض هذا الرأي على السلطة التشريعية قبل أن تقر التشريع بصفة ملزمة ". انظر، سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الإسلام، ص. 241 وما بعدها.

### أ - الطبيعة القانونية للفاتحة

تنص المادة السادسة من قانون الأسرة على أنه " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة و الفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه " (1).

فمن خلال هذا النص يتبين أن الفاتحة [ أو الخطبة المقترنة بالفاتحة ]، هي التي لا تتصف بالزواج الشرعي ولا تنطبق عليها أحكامه، ومن ثم لم يترك النص التشريعي الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي بحيث لم يمنح للقضاء سلطة تقديرية في التحري عن صحة الاتفاق الواقع بين المعنيين به، أو في مدى ملاءمته للنظام الشرعي لعقد الزواج، أو عدم ملاءمته، أخذا بعين الاعتبار عدة عوامل أهمها التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي طرأ على الأسرة الجزائرية، فأحدث عادات وتقاليد تتنافى مع النظام الشوعي لعقد القران كاختلاء الخطيب بخطيبته مرارا وتكرارا.

ومن خلال قراءتنا كذلك قراءة متأنية لهذا النص نلاحظ أنه سوى بين الخطبة والفاتحة فيما يتعلق بحق العدول والآثار المترتبة عنه، وكما أنه لم يأخذ بالمذاهب الفقهية فيما يتعلق بالآثار المترتبة على جل هذه العلاقة بحيث أضفى صبغة الخطبة على الفاتحة وعدولها حق للطرفين، وذلك على خلاف تلك المذاهب التي كيفت هذه العلاقة بالزواج. مما يعني أن المشرع الجزائري، و إن نص في المادة 222 من قانون الأسرة على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي، فإنه مع ذلك قد خرج عنها بخصوص الفاتحة اللاحقة للخطبة.

(1) وقد نص مشروع القانون العربي الموحد لأحوال الشخصية مادته الأولى على أن : الخطبة طلب الزوج و الوعد به، و يدخل في حكمها قراءة الفاتحة، و تبادل الهدايا "



ويجب التنويه أن المادة السادسة من ذات القانون قد أثارَت خلافا كبيرا في الفقه الجزائري حول الطبيعة القانونية للفتحة، بحيث ذهب السيد عبد العزيز سعد إلى القول " أن المشرع لم يعترف في قانون الأسرة بما دون العقود بما فيها العقد العرفي الذي يبرم عن طريق الفتحة بين يدي جماعة من المسلمين، لأن المشرع قد حصر دليل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة هي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية بعد إبرام العقد بين يدي الموثق أو أي موظف مختص " (2).

وأيد موقفه هذا بالمادة الخامسة من قانون 63-224 الصادر في 29 جوان 1963 التي منعت كل شخص من أن يدعي أنه زوج و يتجه إلى القضاء ليطلب الحكم بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يكن زواجه قد سجل في سجلات الحالة المدنية.

ولكن بالرغم من هذه الأسانيد والتفسير الحاث على الحكم بتكييف الفتحة بخطبة، فإنه مع ذلك لا يمكننا تأييد هذا الاتجاه وإن للفتحة، موضع هذه الخطبة، حظوظ ضعيفة لتكييفها بخطبة، وذلك لحجتين على الأقل:

أولا: اختلطت الأمور على الرأي السالف الذكر بحيث أنه لم يفرق بين الكتابة كأداة لإثبات عقد الزواج وبين وسائل الإثبات الأخرى التي يمكن بمقتضاها أن يثبت المعنى بالأمر، أمام القضاء، وجود الزواج كشهادة الشهود، وإلا كيف يمكن لنا تفسير المادة 22 من قانون الأسرة والقرارات القضائية الصادرة في هذا الإطار من المحكمة العليا.

أضف إلى ذلك، فإن الرأي القائل بتطبيق قانون 63-224 رغم ما فيه من وجهة، إلا أنه عرضة للنقض، فهو يتجافى مع طبيعة قواعد التشريع من حيث الإلغاء ومن ثم عدم قابليتها للتوسع في التفسير عن طريق القياس أو غيره. فإذا لم يلغ قانون الأسرة قانون 1963 صراحة و اكتفى بالإشارة إلى إلغاء "جميع الأحكام المخالفة

(2) انظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، ص.

لهذا القانون"، فإن مع ذلك تقضي القواعد العامة بأنه بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعا سبق أن نظمه تشريع قديم، فإن هذا القانون الأخير يلغى ضمنا إلغاء كليا حتى ولو لم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد. والعلّة في ذلك أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول عن التشريع القديم بأكمله، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

ثانيا : وهذا، فالقول بخلاف ما نتمسك به يجعل تطبيق المادة 22 من قانون الأسرة مجرد أفكار عامة، بل من ذلك تجريد هذا النص القانوني من قوته الإلزامية ككل. وعلى كل حال، يستنتج من هذا أن المشرع قد تناقض مع نفسه، بحيث اعتبر في المادة السادسة الفاتحة خطبة ثم جاء في المادة 22 من ذات القانون ونص على " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون و يتم تسجيله بالحالة المدنية"، وهو الزواج العرفي، أي الزواج الذي يتم أمام جماعة من المسلمين بمجرد قراءة الفاتحة.

واجتتابا لهذا التعارض بين النصوص التشريعية بشأن مسألة التكيف القانوني للفاتحة، واستجابة للتحويلات التي عرفت بنيات المجتمع الجزائري في العصر الحديث والمتمثلة في تصدع البنية التقليدية، والذي نراه منسجما مع باقي نصوص قانون الأسرة وروح الشريعة الإسلامية ومتماشيا مع العادات والتقاليد الجزائرية أن الفاتحة [ الفاتحة اللاحقة للخطبة ] لا تكيف، في الميدان القانوني، على أنها خطبة، بل زواج عرفي يخضع عند انحلاله للأحكام الواردة في المادة 47 وما يليها من قانون الأسرة ولا للمادة الخامسة من نفس القانون، لأن حالات انحلال الزواج محددة حصرا

(1) حول موضوع الإلغاء هذا، انظر مؤلفنا المعنون " الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية"، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص. 60 وما بعدها.

بموجب المادة 47، و ليس ضمن هذه الحالات العدول عن الخطبة الذي جاءت به المادة الخامسة.

وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 27 مارس 1990 بأنه "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين" <sup>(1)</sup>. كما قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 1984 بأنه "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاتحة و تحديد الصداق وحضور الشهود والولي هو زواج صحيح" <sup>(2)</sup>.

إذن قضاء الأحوال الشخصية الجزائري يؤكد مراعاة مسألة العقد العرفي الناتج عن قراءة الفاتحة. ويلاحظ أن هذا هو أيضا موقف الفقه الإسلامي <sup>(3)</sup>، فكل الفقهاء متفقين على القول بعدم وجوب الخطبة مع اعتبار العقد العرفي زواجا صحيحا يكون التزاما قانونيا بين طرفيه.

ويلاحظ في النهاية أنه لا يدخل في الرؤية الخلوة بالخطيبة لأن الخطيب لازال أجنبيا عنها، فالخلوة بالأجنبي باسم الخطبة بلب من أبواب الفساد والانحلال الخلقي فتح على مصراعيه في وجه الشباب والشابات. تعد هذه التقاليد و العادات بدعا وضلالة، و من ثم فإن كل تعديل أو تغيير في الحكمة المرجوة من الخطبة وفي حقوق طرفيها لا يستدعي بتاتا نظاما قانونيا جديدا، وهذا يعني الاعتناق بالقواعد الشرعية وعدم إخضاعها للتطور الاجتماعي".

(1) انظر محكمة عليا، غ.أ.ش.، 27/03/1990، المجلة القضائية 1990، عدد 3، ص. 82.

(2) انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 24/09/1984، المجلة القضائية 1990، عدد 1، ص. 64.

(3) إذ أنه لا يشترط لصحة الزواج شرعا أن يكون مسجلا أو مكتوبا على يد مأذون أو موثق أو غيره، انظر، أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 251 و ما بعدها؛ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، ص. 17 و ما بعدها.

و عليه في حالة ما إذا نال الخطيب من خطيبته ما ينال الزوج من زوجته وحملت منه فينسب الولد إلى أمه باعتباره ابن زنى.

بينما يبدو أن الرأي الذي نتمسك به هنا والقائل بأن قراءة الفاتحة أمام جماعة من المسلمين تبعا للاتفاق الواقع بين أطراف العقد - وهذا هو الجاري به العمل حسب العادات والتقاليد الجزائرية - يعد عقد زواج في هذه الحالة رأي صائب من شأنه أولا حماية حقوق الزوجة من مهر ونفقة وميراث. وثانيا حماية حق الولد في أن ينسب إلى والده الزوج و لا الخطيب... وبذلك ليس من المعقول وليس من العدل تضييع الزوجة وحرمان نسب المولود إذا ما اعتبرنا أن عقد القران غير حاصل وهو أمر لا تقره الشريعة الإسلامية.

ومع ذلك فإن هذا ليس هو العيب الوحيد في التشريعات المنظمة للأحكام الأسرية فقد قررت أيضا جواز تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب من جهة الأم كي يتطابق مع لقب كافله.

#### ب- الكفالة والتبني

تنص المادة 120 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية " التي تنص صراحة على أن ضابط الحالة المدنية يعطي "الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"<sup>(2)</sup>.

ومعنى ذلك هو أن أحكام النسب من النظام العام و كل اتفاق على تغييرها باطل بطلانا مطلقا وأن المكفول معلوم النسب يحتفظ

(2) انظر الفقرة الرابعة من المادة 64 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

بنسبه وأن مجهول النسب يختار له ضابط الحالة المدنية اسما. فيستنتج من كل ذلك، أن الكفالة هي أن يضم الرجل إليه طفلا، ويجعله كابنه فيحضنه ويطعمه ويكسوه و يعامله معاملة حسنة و مع هذا لم ينسبه لنفسه و لم يثبت له أحكام البنوة<sup>(1)</sup>.

وهذا، فإن المشرع قد جاء بهذا النص التشريعي حماية للطفل، وقضى في الوقت ذاته للأسرة، على غرار الشريعة الإسلامية، نظاما تحصينا للنفوس، وتصريفا شرعي للطاقة الجنسية لا يترتب عليه ضياع للأنسب بل حماية للأعراض والأولاد. ومن ثم جعلت الشريعة النسب نعمة تلحق بنظام أسري، فحثت على ارتباط الرجل بالمرأة بميثاق فتختص المرأة برجلها، و على أن القاعدة الشرعية لثبوت النسب هي أن يولد الولد حال سريان العقد الصحيح أو بمقتضى العقد الفاسد، وذلك حتى لا يترك المولود بلا عائل.

وعلى الرغم من وجود النصوص السالفة، فإن في سنة 1992، أي بعد سبع سنوات و نصف من صدور قانون الأسرة، جاء المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 بمبدأ لم نجد له مثيلا في النظام القانوني الأسري السابق<sup>(2)</sup> إذ نص في مادته الأولى على أنه " يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفانته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب"<sup>(3)</sup>.

ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع الانتفاع بحكم هذا النص في الجزائر كل شخص معلوم النسب من الأب، أما ما عدا ذلك يمكن، في إطار هذا النظام، أن يتم بعد التغيير لمطابقة لقب الولد المكفول

(1) انظر المادة 116 من قانون الأسرة

(2) و كان ذلك نتيجة للضغوطات التي مارسها الجمعيات النسوية في مطالبتها بتحليل التنبؤ.

(3) انظر، الجريدة الرسمية، عدد 05، الصادرة في 22 يناير 1992، ص. 138-139.

بلقب الوصي، ولا يهيم مطلقا إن كان الطفل منتميا إلى أمه أم مجهول النسب تماما إذ هو على الحالين محلا لهذا التغيير، كما لا يهيم كذلك ما نصت عليه المادتين 46 و 120 من قانون الأسرة. ولا يحدث ذلك كله بقوة القانون، وإنما يجب اتخاذ بعض الإجراءات كتقديم الطلب إلى وزير العدل وموافقة رئيس المحكمة على إصدار أمر تغيير لقب المكفول حتى يطابق اسم كافله.

وما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أن صياغة الفقرة الثانية من المادة الأولى لهذا المرسوم جاءت بصياغة احتيالية و تغريزية إذ من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء قراءتنا للنص هو التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا التغيير. هل يعد كفالة بمعناها الفعلي؟ أم تبني بمعناه الشرعي؟ وعلى أي أساس تم اختياره؟ وما هي البواعث التي دفعت الدولة الجزائرية لسلوك هذا المسلك؟ إننا لا نريد الدخول في تفاصيل كافة هذه التساؤلات، ويكفينا هنا أن نقرر أنها تدور جميعا حول مسألتين هما التكييف القانوني لهذا النوع من الكفالة ومدى مشروعيتها.

للإجابة على هذا وذاك فقد اختلفت آراء الكتاب بشأن التكييف القانوني لهذه المسألة، بحيث اعتبر البعض أحكام هذا المرسوم بدعا و ضلالة، تهدف خاصة إلى إباحة التبني مخالفًا في ذلك الأحكام الشرعية والنصوص التشريعية الواردة في قانون الأسرة. غير أن الرأي الثاني، على النقيض من ذلك، لم يقر هذا التفسير إذ يرى أن هذا المرسوم جاء ليتم المرسوم التنفيذي رقم 71-157 الصادر في 03 جوان 1971 كون أن أحكامه لا تتعلق بالتبني ولا تلحق النسب إلى الكافل، إنما تمنح للمكفول اللقب فقط، وتبقى على البيانات الأساسية الأخرى له كما هي.

ولكن إذا كان ذلك هو منطق الأمور عند الرأي الثاني فشتان بين ما هو كائن وما يجب أن يكون.

فبالنسبة للطبيعة القانونية لهذا التغيير، نجد أن فحوى المرسوم يقتضي استلحاق المكفول بالكافل عن طريق التسمية، بحيث يخلع الكافل اسمه على المكفول مع العلم اليقين بأنه ليس من صلبه. فإذا تأملنا هذا الحل لوجدنا أن المرسوم الذي اعتنقه أقر صراحة التبني حتى ولو اقتصر آثاره في أخذ الطفل اسم من تبناه فقط، وهذا ما يطلق عليه تسمية التبني البسيط في بعض التشريعات الغربية<sup>(1)</sup>. لذلك، فنظام الكفالة و إن كان يتشابه مع نظام التبني في أن الولد يعيش في كنف شخص آخر غير والده، إلا أنه يبقى على نسبه الأصلي ويضحى مرتبطاً بأسرته الأصلية، فلا وجود للترفيف ولا لتغيير النسب.

أضف إلى ذلك، كيف يمكن أن نضفي عليه صبغة الكفالة، مع أن المكفول يتخذ لقب الكافل حتى ولو كانت أمه معلومة وعلى قيد الحياة. أهذه هي الكفالة الشرعية أم التبني بعينه؟ فمن العجب أن يأتي المشرع الجزائري ويسن نصاً قانونياً يسمح بحرمان الولد من الانتساب إلى أمه التي حملته طواعية ووضعتة كرها؛ ويفهم من هذا التعبير أن التبني كذب وافتراء على الله وعلى الناس أجمعين، إذ قال الله سبحانه وتعالى: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم. ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل}**<sup>(1)</sup>.

وهذه النتيجة التي توصلنا إليها تبدو بالغة الخطورة وقد بين الفقه الإسلامي مدى هذه الخطورة المتمثلة في أن التبني ليس إلا ألفاظ لا تعبر عن حقيقة الأمور، وخطا بين الأنساب تضيع معه معالم الحق، وتتهدم روابط الأسر، التي تقوم على أساس مزيف وارتباط اصطناعي زائف يستوجب لعنة الله، مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "من ادعى إلى غير أبيه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، ولا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا

(1) En droit français, par exemple, en matière de l'adoption simple, l'enfant entre dans la famille de l'adoptant dont il s'adjoint le nom ( art. 364 al. 1 du code civil ).

(1) سورة الأحزاب، الآية 3.

عدلا" <sup>(2)</sup>. زيادة على ذلك، فالتبني يثير بين أفراد الأسر روح العداة والكراهية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا النظام صدر بموجب مرسوم تنفيذي دون أن يكون قد ناقشه ممثلو الشعب في المجلس الشعبي الوطني، فواضعي هذا النص لم يكن يهمهم أن يتعارض أو لا يتعارض مع ثوابت الشريعة الإسلامية، ولم يكن الوقت يسمح لهم بالتفكير فيما إذا كان هذا النص يعبر عن مطامح الشعب الجزائري المسلم.

وفي اعتقادنا أن هذا الخلاف ما كان أن يثور على الإطلاق، فقد أغنانا المشرع نفسه مشقة البحث والجدل في هذا الصدد حينما قال في المادة 46 من قانون الأسرة "يمنع التبني شرعا و قانونا"، فهل من المعقول أن يقرر المشرع حكما كهذا ثم يأتي مرسوم متناقض معه؟ كما أغنانا المشرع الإلهي نفسه غشاء الجدل في هذا الموضوع حينما قال سبحانه وتعالى {أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله. فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين} <sup>(3)</sup>.

ومن الأهمية بمكان ألا نقف عن هذا الحد الفني من الصياغة الشكلية والموضوعية لفكرة التبني، بل يجب أن نذهب إلى أبعد من ذلك فنحدد البواعث الاجتماعية والسياسية التي بنيت عليها هذه الفكرة والتي حجتها في الحقيقة انتشار وتزايد عدد الأطفال غير الشرعيين. ويلاحظ هكذا أن التبني الذي جاء به المرسوم في هذا الظرف من الزمن هو وثيق الصلة بالزنا. وهذا يعني الخروج عن القواعد الشرعية وإخضاعها للتطور الاجتماعي، فيصبح التطور والعصرنة هما الأصل وهما الصواب والقواعد الشرعية هي الاستثناء، وعليه إذا أرادت المحافظة على كيانها وعلى تطبيقها أن تتكيف مع هذا الواقع المستجد.

(2) رواه البخاري.

(3) سورة الأحزاب، الآية 4



فبالنسبة للطبيعة القانونية لهذا التغيير، نجد أن فحوى المرسوم يقتضي استلحاق المكفول بالكافل عن طريق التسمية، بحيث يخلع الكافل اسمه على المكفول مع العلم اليقين بأنه ليس من صلبه. فإذا تأملنا هذا الحل لوجدنا أن المرسوم الذي اعتنقه أقر صراحة التبني حتى ولو اقتصر آثاره في أخذ الطفل اسم من تبناه فقط، وهذا ما يطلق عليه تسمية التبني البسيط في بعض التشريعات الغربية<sup>(1)</sup>. لذلك، فنظام الكفالة و إن كان يتشابه مع نظام التبني في أن الولد يعيش في كنف شخص آخر غير والده، إلا أنه يبقى على نسبه الأصلي ويضحى مرتبطاً بأسرته الأصلية، فلا وجود للتزييف ولا لتغيير النسب.

أضف إلى ذلك، كيف يمكن أن نضفي عليه صبغة الكفالة، مع أن المكفول يتخذ لقب الكافل حتى ولو كانت أمه معلومة وعلى قيد الحياة. أهذه هي الكفالة الشرعية أم التبني بعينه؟ فمن العجب أن يأتي المشرع الجزائري ويسن نصاً قانونياً يسمح بحرمان الولد من الانتساب إلى أمه التي حملته طواعية ووضعتة كرها؛ ويفهم من هذا التعبير أن التبني كذب وافتراء على الله وعلى الناس أجمعين، إذ قال الله سبحانه وتعالى: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم. ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل}**<sup>(1)</sup>.

وهذه النتيجة التي توصلنا إليها تبدو بالغة الخطورة وقد بين الفقه الإسلامي مدي هذه الخطورة المتمثلة في أن التبني ليس إلا ألفاظ لا تعبر عن حقيقة الأمور، وخطا بين الأنساب تضعيع معه معالم الحق، وتتهدم روابط الأسر، التي تقوم على أساس مزيف وارتباط اصطناعي زائف يستوجب لعنة الله، مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "من ادعى إلى غير أبيه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، ولا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا

(1) En droit français, par exemple, en matière de l'adoption simple, l'enfant entre dans la famille de l'adoptant dont il s'adjoint le nom ( art. 364 al. 1 du code civil ).

(1) سورة الأحزاب، الآية 3.

إذن، هذا النهج من المشرع لا يتناقض فقط مع المبادئ الشرعية المنظمة للنسب ولكنه يتناقض أيضا مع ضرورة مقاومة ظاهرة إجرامية انتشرت واستفحلت في المجتمع الجزائري و هي تزايد جرائم الزنا وكأثر لها وجود وابل من الأطفال مجهولي الآباء الذين ضاقت بهم مراكز الأمهات العازبات.

إذن، ليس لهذا المرسوم ما يؤيده من الكتاب أو السنة أو منطق اجتماعي، ولا نجد له نظيرا إلا فيما عند الغربيين<sup>(1)</sup>، فإن كان تقليدا لهم فليكن، وهو مخالف للكتاب.

ولكن مع ذلك فإننا نرى لا مناص من اتباع الرأي الذي نقول به، فنصوص النسب تنظم مسائل متصلة اتصالا وثيقا بكيان الأسرة وتتعلق بالصالح العام في الدولة ومن ثم فإنها لا تقبل التغيير بسبب التطور الاجتماعي وغيره. وهو الأمر الذي يستوجب من المشرع أن يغلق باب التبني مع التشديد في عقوبة الزنى ردعا للجناة سواء كانوا هؤلاء الجناة متزوجين أو غير متزوجين.

والحق أن هذا الموقف له كل ما يبرره، فالنسب، وهو يحدد عنصرا من عناصر الأسرة الأساسية وهو اللقب، إنما يرتبط ارتباطا وثيقا بكيان هذه الأسرة، الأمر الذي يقتضي أن تحظى هذه الأخيرة بكامل الحماية والعناية الكافية حينما يشرع في المسائل المتصلة بها، وذلك حتى نستطيع أن نحافظ على مصالحها المختلفة وكيانها الأصلي سواء كانت هذه المصالح سياسية أم اجتماعية. وينبغي على ذلك أن القواعد التي تقنن في هذا الخصوص تعتبر قواعد ذات صبغة سامية بحتة، قواعد تختص بسنها السلطة التشريعية ولا السلطة التنفيذية مثلما جاء بها مرسوم 13 يناير 1992.

(1) هذا و يعد تشريع العائلة التونسي هو التشريع العربي الوحيد الذي عمل بطريقة كاملة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي و غير الشرعي فيما يتعلق بالتمتع بالحقوق، و ذلك باعتباره المطلق للتبني { المواد من 8 إلى 16 من القانون رقم 27/58 الصادر في 4 مارس 1958 }.

ويتجه الرأي الحديث إلى تأييد هذا الاتجاه، بل وهو الرأي المعمول به في الجزائر وفي سائر البلاد العربية الأخرى فعلا؛ فقد جاء في المادة 115 من الدستور الجزائري لسنة 1989<sup>(1)</sup> أن "المجلس الشعبي الوطني يشرع في مجال القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة، ولاسيما الزواج والطلاق والبنوة...".

وهذا الذي تقرره هذه المادة يهدف إلى حماية الخلية الأولى للمجتمع. ومن ثم، فإن مسألة اللقب هي مسألة نسب وبنوة تتدرج في مسائل الأحوال الشخصية وحق الأسرة باعتبار أن اللقب من خصائص الشخصية الطبيعية وملك معنوي مشاع بين جميع أفراد الأسرة الذين لهم حق توارثه أبا عن جد<sup>(2)</sup>.

ولاشك أن تقرير الأمور على النحو المذكور يعتبر مخالفا لمبدأ تدرج القوانين؛ فمن يتأمل في الأحكام الواردة في المادتين 81 فقرة 4 و 116 من دستور 1989 يجد أنها كانت تعترف لرئيس الحكومة صلاحية إصدار نصوص إجرائية تطبيقية لاحقة بقصد تنفيذ قواعد تشريعية سابقة<sup>(3)</sup>. والأخذ بذلك المبدأ يؤدي ضرورة إلى القول بعدم صحة المرسوم الذي خالف الدستور<sup>(4)</sup> من حيث تقرير اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ ولكنها مخالفة اضطر رئيس الحكومة آنذاك إلى ارتكابها حتى يرضي الجمعيات النسوية التي حلت التبرني كي يساير، في أذهانها، التشريع الواقع الاجتماعي المعاش ولو على حساب التعاليم الإسلامية والمبادئ الدستورية.

(1) تنص كذلك المادة 122 1996 " يشرع البرلمان في الميادين التي

يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية :

1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية،...

2- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة، لاسيما الزواج والطلاق، والبنوة، والأهلية، والتركات.

(2) انظر المادة 28 من القانون المدني.

(3) وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 85 الفقرة 4 من دستور 1996.

(4) انظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ص. 38.

وبتعبير أدق، فإذا كانت المادة 116 من دستور 1989 لا تمنح لرئيس الحكومة صلاحية إصدار قواعد تشريعية أساسية جديدة، فإن المرسوم المذكور سري على عكس ذلك باعتباره سمح بتغيير لقب من ليس له لقب أصلاً، ولم يكن أبداً قد سجل به، ومع العلم فالمرسوم رقم 71-157 الصادر في 03 جوان 1971 كان يسمح فقط بتغيير لقب من كان له لقب معروف ومسجل به في سجلات الحالة المدنية، بناء على حق شرعي يطلب تغييره. ومن ثم فإن مرسوم 1992 جاء ليس بقصد وضع قاعدة إجرائية لتنفيذ قاعدة تشريعية سابقة وإنما لينشئ قاعدة تشريعية موازية.

ينبغي أن يلاحظ إذن، أن هذا الأمر لم يقل به أحد في أي تشريع من التشريعات الأجنبية، ويخالف المبادئ العامة التي يجب أن يقوم عليها التشريع في مسائل النسب واللقب؛ كما ينبغي أن نلاحظ من ناحية أخرى، أنه ليس من المفهوم كذلك أن تأتي الأحكام الواردة في ذلك المرسوم الصادر عن السلطة التنفيذية، مخالفة للأحكام الواردة في المادة 64 من قانون الحالة المدنية<sup>(1)</sup> وفي المادتين 46 و 120 من قانون الأسرة، الصادرة عن السلطة التشريعية.

ولذلك من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء هذا العرض هو التساؤل عن معرفة إذا كان للمرسوم التنفيذي من القوة القانونية ما يلغي نصوص تشريعية؟ احتراماً لمبدأ تدرج التشريع، فالإجابة لا تكون هنا إلا بالنفي.

بل و أكثر من ذلك، فإذا كان المرسوم المذكور قد خرج عن المؤلف بالنسبة لمبدأ تدرج القوانين الذي أشرنا إليه حيث خالف كما قلنا قواعد تشريعية أعلى منه درجة، فإنه لم يكتف بذلك ولم يقف عند هذا الحد، فقد تمادى هذا المرسوم في قلب الأوضاع والمبادئ العامة فقرر في مادته الخامسة مكرر 2 على أنه "لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة الثالثة أعلاه، عندما

(1) انظر كذلك إلى المادة 56 من قانون الحالة المدنية.

يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى، المقطع الثاني، أعلاه".

وواضح من هذا النص أنه يمنع نشر تغيير اللقب على الأشخاص، ويمنع، بمفهوم المخالفة، أفراد الأسرة الشركاء في اللقب من فرصة العلم به، ومن حق الاعتراض عليه. ومن ثم، إذا كان فتح باب الاعتراض يبدو معقولا (وذلك في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 71-157 وفي المادة 48 من القانون المدني<sup>(2)</sup>) ومضمونا بحماية المادة 247 من قانون العقوبات، فإن تقرير عكس الحكم بالنسبة لمن يطلب التغيير بمقتضى المرسوم رقم 92-24 يبدو غريبا وغير منطقي ومتنا فيا للنصوص التشريعية السارية المفعول<sup>(3)</sup>.

وبناء على كل الملاحظات السالفة الذكر، فإننا نعتقد أن هذا المرسوم ينطوي على الشيء الكثير من التجاوز، فمصلحة الأسرة تقضي بعدم تحويل الكافل حق تغيير لقب المكفول، وهكذا يكون من اللازم أن يمنع غرس بدور التبني في مجتمع لا زال دستوريا وواقعيًا دينه الإسلام. وإلا فهذه الحالة إذا أرست قواعد لها بلغت مداها، اليوم تغيير اللقب وغدا تأكيد الميراث وتحريم الزواج الذي حلله الله بسبب قرابة خيالية ومصطنعة، إيماننا بالشريعة وحرصنا على فهمها فهما صحيحا وتطبيقها تطبيقا سليما، يحتم علينا أن نحكم أعمالنا وتصرفاتنا بقواعد الشريعة، لا أن نؤول النصوص حسب رغباتنا وأهوائنا.

وما من شك في أن هذا المرسوم استطاع بنوع من الحيلة إباحة التبني ووضع الحجر الأساسي له، ولاجتباب التناقض المشلر إليه أعلاه، فإن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة جاء بصياغة جديدة للمادة 120 تجعلها تنسجم مع المرسوم ذاته وهي كما

(2) تنص هذه المادة على أنه " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون ميرر و من انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون لحقه من ضرر".

(3) انظر في كل ما يتعلق بهذا الموضوع، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط. 2، ص. 219.

يلي "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه النصوص التنظيمية السارية المفعول".

والحق فإنه ينبغي التتويه في هذا الصدد أننا لا نتصور لهذا التعديل فوائد جمة ووظيفة اجتماعية، بل سببا في تفشي الزنا والبغضاء بين أفراد الأسرة. وعلى ضوء تفسيرنا لهذه المادة المعادلة نجد أن التناقض أصبح واضحا بينها وبين المادة 46 من قانون الأسرة التي تحرم التبني.

وخلاصة الكلام، نقول بأنه لا يمكن تبرير المرسوم المقرر للتبني ولا المادة المعدلة لقانون الأسرة على الإطلاق، وتقضي الصياغة الفنية بل والمصلحة العامة بالغائه جملة وتفصيلا في أقرب وقت، وما على ممثلي الشعب إلا رفض التعديل المقترح، فالقانون لا يقتصر هدفه على تنظيم العلاقات والمراكز القانونية بأحكام منطقية ولكنه يرمي أيضا إلى تحقيق أهداف تربوية وخلقية. وفي هذا الصدد تهدف الثوابت الشرعية التي بنيت عليها أحكام النسب إلى حماية الطفل، وتبعد عنه نظرة السلعة محل المتاجرة كما هو عليه في حالة التبني في البلدان الغربية (1).

## خاتمة

نشير في آخر كلامنا إلى أنه بجانب القواعد الدينية، هناك التطور السريع والمستمر الذي يعرفه المجتمع البشري. والمشكل يكمن في كيفية التوفيق بين ذلك التطور والخروج بتنظيم قانوني عائلي يوفق بين الأحكام الدينية والاعتبارات الإيديولوجية والنظريات القانونية، والواقع المعاش للبشرية، وإزاء هذا الوضع يأخذ كما لاحظنا الاجتهاد حكم الوجوب. طبعاً، فمن المعلوم أنه لا مجال للاجتهاد في المسائل التي "ورد فيها نص قطعي الثبوت

(1) انظر فيما يتعلق بهذه المناجزة، تشوار جيلالي، المرجع السابق، دكتوراه دولة، ران

قطعي الأدلة"، وإنما الاجتهاد في الوقائع والحوادث التي لم يرد فيها نص ولا إجماع.

وقد لا يجازف المرء بالكلام إن هو أضاف بأن التطور الكبير الذي سجلته الجزائر في مجال الوعي الاجتماعي، لم يواكبه ذلك التطور المطلوب على مستوى التنظيم القانوني للأسرة. فمسألة الفاتحة والتبني والطلاق القضائي والآثار المترتبة عنه كلها مشاكل أصبحت تتخذ أبعاد كبيرة في مجتمعنا خاصة في الوقت الحاضر. ومن أجل هذا وذاك، يتطلب الوضع قانونا للأسرة بدون ثغرات، مسايرا لروح العصر، دون تفريط في الثابت من الأصل. إذا كنا ننشد التطور تحت المظلة الشرعية فهذا عمل واجب كل دولة تعتبر دينها الإسلام (المادة الثانية من دستور 1996) ولمثل هذا فليعمل العاملون.

فليعمل العاملون.

### المستأنف

المستأنف