



جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية



تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة و القانون

المشرف:

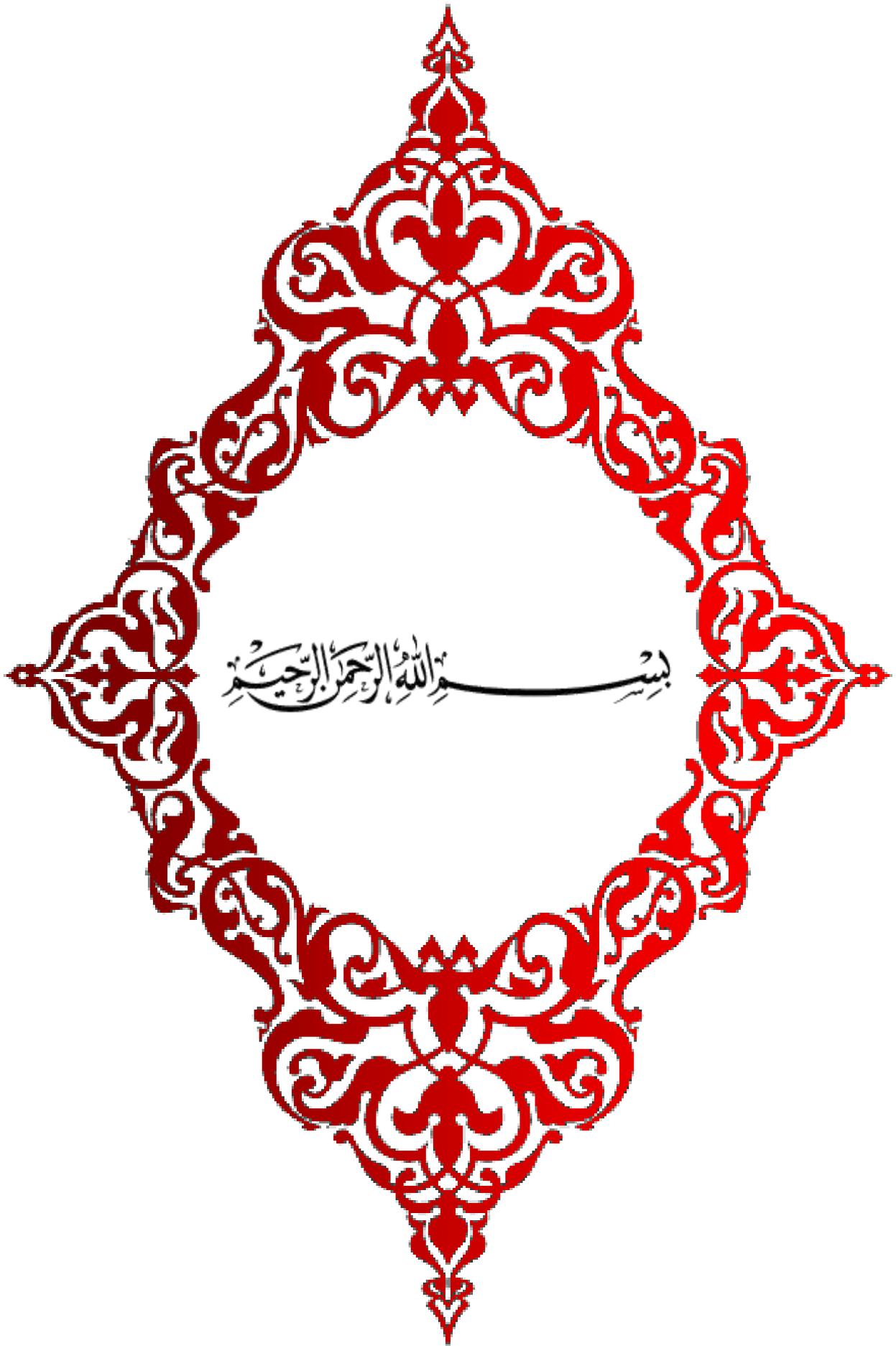
د. شوقي نذير

الطالب:

مسعودي نورالدين

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
بكير حمودين	دكتور	جامعة غرداية	رئيسا
شوقي نذير	دكتور	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
داودي مخلوف	دكتور	جامعة غرداية	ممتحنا



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في:

نصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا الممضي أسفله:

(1) اسم ولقب الطالب (01): مسعود بن نور الدين

رقم التسجيل: 2102426562

التخصص: شريعة وقانون

(2) اسم ولقب الطالب (02):

رقم التسجيل:

التخصص:

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر والموسومة ب:

تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على

قانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أنني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدي الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها

في البحث العلمي (دليل إعداد مذكرات التخرج) وذلك أتحمّل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لقواعد الأمانة العلمية وما

يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: الطالب الثاني:



عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
بغرداية
إسحاق بشير فر





غرداية في:

إذن بالتجليد وإيداع [مذكرة ماستر]

أنا الممضي أسفله الأستاذ (م): حموديين بكير

رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ:

تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته

على قانون الأسرة الجزائري

من إعداد الطلب (ة): 1- مسعودي نورالدين

2-

وإشراف: الدكتور شوقسي نسرين

تخصص: شريعة وقانون

أقر بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من ملاحظات وتعديلات في لجنة المناقشة.

ويمكنهم تجليد المذكرة وإيداعها عند إدارة القسم قصد إتمام الإجراءات الإدارية اللازمة.

إمضاء رئيس لجنة المناقشة

إمضاء المشرف:

قائمة الرموز والإشارات والمختصرات المستخدمة في البحث

الرمز	المعنى
ج	الجزء
ص	الصفحة
ط	الطبعة
هـ	هجري
م	ميلادي
د ط	دون ذكر الطبعة
دم	دون ذكر مكان الطبع
ع	العدد
تح	تحقيق
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
مج	المجلد
ف	الفقرة من المادة القانونية
"..."	رمز الإقتباس الحرفي من الكلام العادي
(...)	للدلالة على كلام محذوف

رسالة إهداء

إلى من ذاقا مرارة الحياة لأذوق حلاوتها، إلى روح والديّ الكريمين، تغمدهما الله
برحمته الواسعة وأسكنهما فسح جناته،
وجزاها عنّي خير الجزاء .

إلى من قال الله ﷻ فيهما: ﴿وَقَلِّبْ أَرْحَمَهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: 24]

إلى شريكة الروح، وأم الأولاد، وسيدة البيت، زوجتي العزيزة حفظها الله ورعاها، وأبنتها
سندا ومونلا .

إلى أفلان الأكلاب، وقراء أعينني، أبنائي الأعمى وبناتي العزيزات، أريج، عبد الرحمن،
إسراء، ياسين .

إلى أشقائي وهنئياتي في الرحم، إخوتي وأخواتي، أدام الله عزهم، وجعلهم ذخرا لنا .
إلى إخواني في الله وزملائي في المهنة .

إلى طلاب العلم، الذين يبتغون وجه الله، ويرومون المجد للأمة الإسلامية .

أمدي هذا العمل المتواضع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ شكر و عرفان

الشكر أولاً وأخيراً لله **رب العالمين** على ما أنعم علي بالتوفيق والتيسير لإتمام هذه المذكرة وإخراجها على ما هي عليه وعملاً بقول النبي ﷺ

﴿لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ﴾ [رواه أحمد في مسنده] .

فإنني أتوجه بخالص الشكر وجزيل الامتنان، وفائق التقدير وكامل الاحترام لأستاذي الفاضل والمهرف على مذكري الدكتور : هوقي نذير

الذي لم يبخل عليّ بنصائحه وبتوجيهاته القيمة كما أشكر كافة أساتذة وأستاذات قسم العلوم الإسلامية الذين ساهموا في تكويننا طيلة سنوات الدراسة الجامعية وعلى رأسهم :

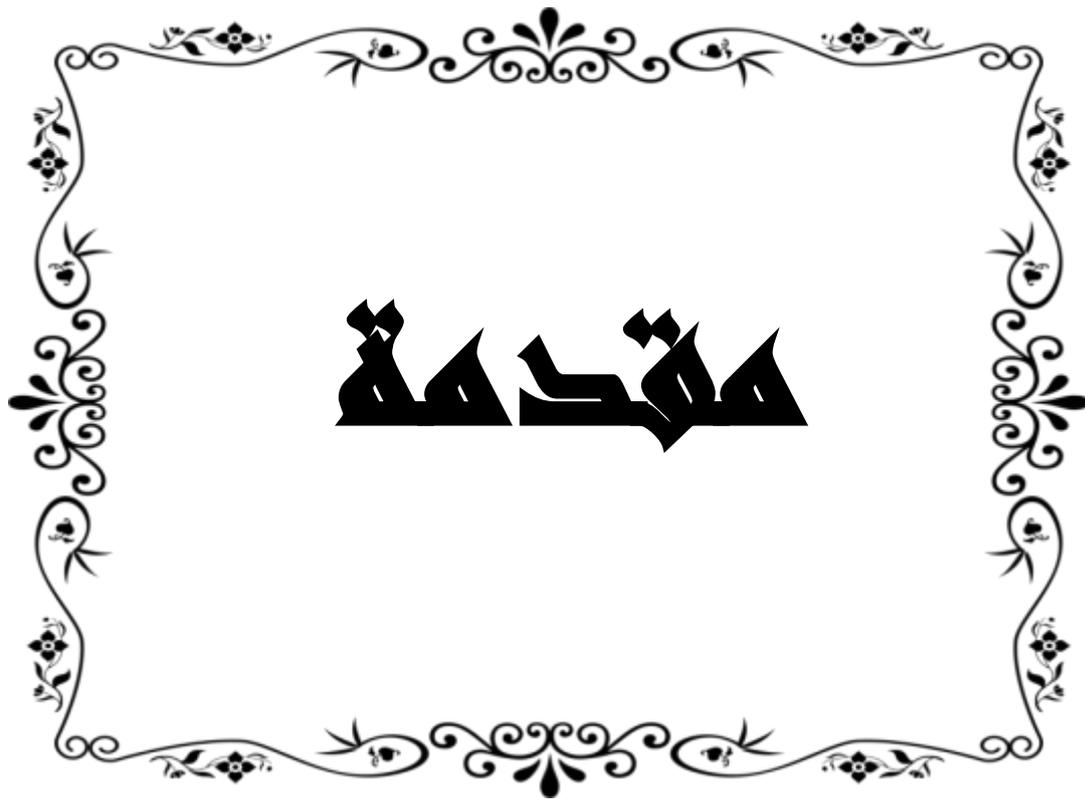
كـه رئيس القسم الأستاذ : بن الشيخ عباس

الذي شجعني من أول وهلة في التسجيل في جامعة خرداية . كما لا أنسى بتقديم الشكر لكل من كان له أثر في هذا البحث والمذكرة وطرح كل فكرة تخدم موضوع البحث ليلبغ مداه في الإتمام والإلمام وأخص في ذلك كل من :

كـه الأستاذ الدكتور : عادل شهاب

كـه الأستاذ الدكتور : عباس عبد القادر

كـه أخي و زميلي الأستاذ : عظامو نذير



مقدمة

الحمد لله الجليل الوهاب، الذي أثار قلوب عباده بأنوار السنة والكتاب، والصلاة والسلام على خير أنبيائه وسيّد أصفیائه، وعلى آله وأصحابه، مصايح الدجى وشموس العلم والعرفانوبعد:

ظلت الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد المطبق في العالم الإسلامي زهاء 13 قرنا من الزمان، حتى ابتلي العالم الإسلامي في أكثره بالاستعمار الغربي ، الذي حاول بكل الطرق طمس هوية الدول المستعمرة وتغريبها ، حتى أنه غير نُظْمَهَا القانونية ، فأحل بذلك نُظْمَهُ وقوانينه بدل الشريعة الإسلامية وشمل ذلك جميع المجالات القانونية عدا مسائل الأحوال الشخصية وبعد أن إستردت هذه الدول المستعمرة حريتها وأخرجت المستعمر من أراضيها ، أتى دور الشريعة الإسلامية الغراء وبروز أثرها في تقنين أحكام قانون الأسرة الجزائري بمختلف مراحلها بدءاً من وضع مدونة للأحوال الشخصية غداة الإستقلال تتكفل بتنظيم العلاقات الأسرية، وإنتهاءً بإصدار أول قانون للأسرة سنة 1984م يستوعب كل الأحكام والقضايا التي تتعلق بالمسائل الأسرية سواء كانت بين الزوجين كالزواج والطلاق والنفقة أو فيما بينهما وبين الأولاد كالحضانة، والولاية .

وامتاز هذا القانون علاوة على ذلك بمسايرة التطورات الحادثة، والنوازل الطارئة على المجتمع الجزائري التي احتاجت من المشرع إلى استصحاب الملكة الفقهية التي تزوج بين اختيار الأحكام الفقهية المناسبة، ومعالجة المشاكل الواقعية للعائلة الجزائرية التي تمتاز بالتمسك الصارم بالعادات، والتقاليد .

ولما كانت الشريعة الإسلامية في جانبها الفقهي العملي - التي هي مصدرشكلي وموضوعي للمشرع الجزائري - تتأسس على مذاهب إجتهادية ومدارس إستنباطية اتسمت بطابع الخلاف الذي أنتج تعدد الآراء الفقهية، وكثرة الإتجاهات المذهبية كان لزاما على المشرع أن يختار مذهباً يعتمد عليه كمصدر للتقنين، مع مراعاة القواعد الآمرة الناهية التي لا يجوز عدم تطبيق ما يخالفها عكس القواعد المفسرة المكملة التي تسمح للمشرع بجواز تطبيق ما يخالفها ، ولما كان موضوع الإحالة على الشريعة الإسلامية غير مطبق غالباً في المحاكم الجزائرية لقدم الآراء والملكّة الفقهية لفقهاء الشريعة الإسلامية وصعوبة الرجوع إلى تقنين الفقه الإسلامي باتباع المذهب الواحد- مذهب المالكية - وجعله السائد في البلاد في أغلب مناطقها، وهو الأمر الذي يدفع المشرع الجزائري إلى التلفيق والعدول عناتباع المذاهب الأخرى ، وطبعاً المشرع الجزائري كانت له الدوافع والمسوغات لهذا التلفيق ولاختيار من الآراء أنجعها وأنفعها للأسرة الجزائرية ، والدوافع نابعة من مقتضيات المصلحة والضرورة .

المقدمة

وبالعودة لقانون الأسرة رقم: 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير، وذلك في الباب الأول تحت عنوان: الزواج من المواد 04 إلى 46 والباب الثاني تحت عنوان: انحلال الزواج من المادة 47 إلى 73.

والذي أثار قبل تعديله العديد من النقاشات وردود الأفعال المتباينة بين تيار مؤيد وهو الإتجاه المعارض لتعديله وبين تيار ثاني مطالب بإلغائه جملة وتفصيلا، لأنه يرى أن هذا القانون يعرقل في مضمونه تطور العائلة الجزائرية وتيار ثالث يرى ضرورة تعديل بعض أحكام مواده وذلك مع الإلتزام بالقيم الإنسانية التي أقرتها الشريعة الإسلامية والمستجدات الإجتماعية والعلمية، دون المساس بثوابت الشريعة وروحها ومقاصدها .

وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج الذي سارت عليه معظم قوانين الأسرة للدول العربية، وهذا يجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس لهذا القانون وقد نص على هذا في المادة (222) من ق، أ، ج): "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ولما كان الفقه المالكي أحد أعمدة الفقه الإسلامي الثري بدوره بالإجتهدات والفتاوى والأحكام التي جادت بها قرائح العلماء ابتداءً من الإمام مالك الفقيه المحدث صاحب السلسلة الذهبية مؤسس المذهب، ومرورا بتلامذته الأفاضل كابن القاسم، ابن وهب، وأشهب بن عبد الحكيم، وأسد ابن الفرات، والذين توارثوا علمه جيلا بعد جيل، حيث نذروا حياتهم لتقعيد أصول هذا المذهب وتبسيط فروع ونشره شرقا وغربا، ولم يألوا في تنوير الأفهام عن كل ما استعصى على الأنام فجعلوا من المذهب مشكاة لا تنطفئ عبر القرون .

وعليه تأتي هذه الأسطر المتواضعة لإبراز أحد المجالات التي تجلت فيها بوضوح بصمات الفقه المالكي ألا وهي التقنين كهيئة حية حاضرة على تضلع وعراقة هذا المذهب ورغم أن المذهب المالكي هو المعتمد في الجزائر وهو عمدة قانون الأسرة إلا أن المشرع الجزائري اعتمد على كافة المذاهب السنية وغيرها من المذاهب فضلا عن اعتماده على القوانين المقارنة، وقد كان للفقه المالكي تأثيرا كبيرا في قانون الأسرة الجزائري سواء كان ذلك في باب الزواج أو في باب انحلاله ومن هنا جاء هذا البحث الموسوم

"تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري"

أولا) أهمية الموضوع:

المقدمة

- التعريف بالتقنين الفقهي وبيان معالمه التاريخية، ومعرفة الغاية منه في الفقه الإسلامي .

- ارتباط هذا الموضوع بالمذهب المالكي السائد في أغلب مناطق بلادنا .

- تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع في بيان مدى ضرورة التمسك بقواعد الشريعة الإسلامية من خلال سن قوانين من مختلف المذاهب الفقهية السنية الأربعة، من شأنها المحافظة على المرجعية الفقهية الإسلامية عامة والمالكية خاصة .

- كما تتجلى أهميته في صلاحية الفقه للتقنين ومواكبة كل النوازل والتطورات والعصور ولكل زمان ومكان .

- تكمن أهميته من خلال الأعداد الرهيبة والمهولة لحالات الزواج والطلاق والتي أصبحت ظاهرة إجتماعية خطيرة تثير الكثير من القلق والخوف على نتائجها وآثارها المستقبلية .

- إبراز المسوغات، والأسباب والدوافع التي (وافق، لفق) المشرع الجزائري بين المذاهب في قانون الأسرة

ثانيا) إشكالية الموضوع:

قانون الأسرة الجزائري قانون فقهي بامتياز استمدته المشرع من أحكام الفقه الإسلامي، ولما كان هذا القانون ناظما للعلاقات الأسرية في المجتمع الجزائري أنه متمسك بالمذهب المالكي كانت السمة البارزة على أحكام هذا القانون اعتماده على المذهب المالكي كمصدر تشريعي سواء إبان إقراره لأول مرة سنة 1984م، أو أثناء تعديله الأخير سنة 2005 م، ومن هنا نستطيع طرح الإشكال الرئيسي لهذا البحث على النحو الآتي:

ما مركز وحضور الفقه المالكي في نصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالزواج وانحلاله وآثارهما ؟

ويتفرع على هذا الإشكال الرئيسي، والمحوري عدة تساؤلات فرعية أهمها:

- هل التزم المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في تقنين وتعديل أحكام قانون الأسرة في جميع موادّه أم خرج عن المذهب ملتجئا إلى التلفيق بين المذاهب الأخرى ؟

المقدمة

- ماهي المواد القانونية التي وافق المشرع الجزائري المذهب المالكي فيها ؟

ثالثا) أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية، وأخرى موضوعية استثارت رغبتني في إختيار هذا الموضوع:

أما الأسباب الذاتية فتعود إلى:

- الميل والإنشداد إلى هذا الموضوع عندما إقترحه عليّ فضيلة المشرف .

- إعجابي الشديد بدراسة قانون الأسرة الجزائري منذ كنت طالبا في مرحلة الليسانس لتعلقه الوثيق بتراثنا الفقهي الزاخر .

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل فيما يأتي:

- موضوع التقنين له أهمية ومزية في الوقت الراهن وهو بحاجة لدراسات عميقة .

- إشكالية الموضوع مدعاة إلى البحث فيه، وتجلية غوامضه .

- الرغبة في اكتشاف أهم المسائل التي وافقت الفقه المالكي كليا أو جزئيا والتي لفق فيها المشرع بين المذاهب .

- معرفة مدى انسجام المشرع الجزائري مع أحكام الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي خاصة في موضوع الزواج وانحلاله وآثارهما .

- معرفة ما وصل إليه القضاء من اجتهادات المحكمة العليا في مسائل الزواج وانحلاله وآثارهما، والتي اعتمد فيها على الفقه المالكي باعتباره المرجع في تفسير القانون وحل الكثير من الإشكالات التي تظهر في المحاكم نتيجة للفراغ التشريعي في بعض المواضيع ..

- تبيان مدى التزام المشرع الجزائري بالخط الأصيل المتعارف عليه عند الشعب منذ قرون وهو المذهب المالكي.

رابعا) أهداف الدراسة:

تتجلى أهداف البحث التي أصبوا إلى الوصول إليها:

المقدمة

- يؤدي تقنين الفقه إلى تشجيع طلبة العلم الشرعي، والإنكباب على البحوث العلمية والتوسعة فيها .
- التقنين يرد على الشبهات والذرائع التي يندرع بها المعوقون لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .
- الرد على الذين يتهمون الشريعة أنها ليست صالحة للتطبيق في العصر الحديث .
- التقنين يقلل الخلاف وتوحيد تطبيق الأحكام .
- تأكيد صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر، والوقوف على مزاياه ومسايرة الواقع والتكيف مع المستجدات، والقدرة على الاستيعاب لكل ما هو نافع وصالح ومفيد للإنسانية، وبيان مدى السبق والاستقلال التشريعي في هذا الموضوع، وإمكانية المساهمة وتقديم الحلول لمشكلات الأسرة
- الخروج بنتائج علمية مؤصلة فقها وتنزيلا تتبلور من خلالها رؤية معاصرة للمسلمين في حفظ الأسرة .

خامسا: المنهج المعتمد في الموضوع:

- المنهج الإستقرائي: الغرض من اعتماده هو استقراء وتتبع أقوال وآراء فقهاء المالكية في موضوع الزواج والحلاله وآثارهما، وكذا ما جاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري، للكشف عن مدى موافقتها للفقهاء المالكي كليا أو جزئيا .
- المنهج التحليلي المقارن: وهذا بمقارنة نصوص قانون الأسرة الجزائري وبعد تحليلها ودراستها مع أقوال وآراء فقهاء المذهب المالكي والبحث عن القواسم المشتركة لكشف المتشابه منها والموافق لها كليا أم جزئيا .

سادسا: الدراسات السابقة في الموضوع:

- رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون للباحثة شهرزاد بوسطلة تحت عنوان تقنين الفقه الإسلامي، مفهومه، مشروعيته، منهجه ، جامعة الوادي ، 2021م .
- مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول من طرف الباحثة لعيادة هاجر تحت عنوان حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي ، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر ، 2016 م / 2018م.

المقدمة

- أطروحة دكتوراه للطالب بريبر محمد تحت عنوان: "مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج والطلاق نموذجا -"

سابعاً: الصعوبات:

- من الصعوبات التي اعترضتني صعوبات خارجة عن البحث كالتزامات العمل والأسرة ، وضيق الوقت لتشعب موضوع الدراسة .
- تفرق مادة البحث في أكثر من مرجع، كذلك الجمع بين الدراسة الشرعية والقانونية في ترتيب وتبويب مادة البحث .
- لعل أبرز صعوبات البحث عدم الحصول على الكتب القانونية التي تشرح الموضوع شرحاً مقارناً قانون الأسرة الجزائري بأحكام الفقه المالكي كدراسة تأصيلية متخصصة وخاصة في الزواج وانحلاله
- نقص الدراسات الأكاديمية المتخصصة في موضوع "الزواج وانحلاله وأثارهما" ومدى موافقة قانون الأسرة الجزائري لأحكام الفقه المالكي .

خطة الموضوع:

- للإجابة على إشكالية البحث اعتمدنا على خطة ثنائية تتكون من فصلين، وكل فصل يحتوي على أربع مباحث .

الخطة العامة للبحث:

مقدمة

تمهيد : تقنين الفقه الاسلامي

المبحث الأول: مفهوم التقنين الفقهي ونشأته

المطلب الأول مفهوم التقنين الفقهي

المطلب الثاني: نشأة التقنين وتطوره وأهم الجهود المبذولة فيه

المبحث الثاني: حكم تقنين الفقه الإسلامي وآراء المعاصرين فيه

المطلب الأول: المميزون للتقنين الفقهي

المطلب الثاني: المانعون للتقنين الفقهي

المطلب الثالث: الرأي المختار

المبحث الثالث: بواعث التقنين الفقهي و مبرراته وضوابطه

المطلب الأول: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته

المطلب الثاني: ضوابط التقنين الفقهي

المبحث الرابع: مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي وعيوبه

المطلب الأول: مزايا التقنين

المطلب الثاني: عيوب التقنين

الفصل الأول : تطبيقات الفقه المالكي على قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج-

المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري المطلب الأول:

أركان عقد الزواج

المطلب الثاني : مسائل متعلقة بنشأة عقد الزواج

المبحث الثاني: مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين

المطلب الثاني : مسألة النسب وإثباته

المطلب الثالث: النفقة الزوجية ومشتملاتها

المقدمة

الفصل الثاني : تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

المبحث الأول : مكانة الفقه المالكي في نشأة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: الطلاق بإرادة الزوج

المطلب الثاني: الطلاق بغير إرادة الزوج

المبحث الثاني : مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المطلب

الأول: أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

المطلب الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

المطلب الثالث: أحكام النزاع في متاع البيتفي قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

خاتمة

الفصل التمهيدي

تقنين الفقه الإسلامي

و يشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم التقنين الفقهي و نشأته

المبحث الثاني: حكم التقنين وآراء المعاصرين فيه

المبحث الثالث: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته و ضوابطه.

المبحث الرابع: مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي و عيوبه .

المبحث الأول: مفهوم التقنين الفقهي ونشأته

المطلب الأول مفهوم التقنين الفقهي

الفرع الأول: تعريف التقنين:

أولاً) التقنين لغة:

وردت كلمة (التقنين) في معاجم اللغة العربية القديمة بمعان كثيرة مغايرة وبعيدة عن الاستعمال الحديث لها في القواميس المعاصرة ولهذا سنقتصر على المعاني القريبة للدلالة الحديثة فالتقنين في لغة العرب مشتق من الفعل الثلاثي (قَنَّ) والقن هو العبد . قال ابن سيده: العبد: القن الذي مُلك هو وأبواه¹ والتقنين: مَصَدَّرٌ للفظ (قَنَّ) بمعنى وضع القوانين² والقوانينُ : الأصولُ، وقانون كل شيء طريئُه ومقياسُه³ وقيل القانون هو " القضية الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات المحكوم عليه فيها، وتسمى تلك القضية أصلاً وقاعدةً، وتلك الأحكام فروعاً " ⁴ أو هو: " أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يُعرف أحكامها منه " ⁵

وقد عرّفت المعاجم الحديثة كلمة (قانون) بعد تعريبها بأنه: " اللفظ الدال على النظام المكتوب التي تعمل به الحكومة ويطبقه الشعب " ⁶

أما عملية التقنين الفقهي: " وضع القواعد القانونية بواسطة سلطة مختصة من سلطات الدولة " ⁷. يستخلص من هذا كله أن كلمة (قانون) -غير العربية- يقابلها من الألفاظ العربية: الأصل، المبدأ، الطريقة، المقياس، القاعدة، النظام، وقد استعملت لتدل على كل قاعدة إطرادها معنى الاستمرار والنظام فيقال مثلاً: قانون الجاذبية، وقانون الحساب وهكذا ..

¹ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ، ج، 13، ص 348. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد، الملقب بمرتضى الزبيدي، تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية، الكويت، ط2، 2008م، ج 36/20، 21.
² مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة الإسكندرية، سنة الطبع، 2004، 2/763.
³ الزبيدي، تاج العروس، المرجع نفسه 36/26، لسان العرب، المرجع نفسه 13/348.
⁴ أيوب بن موسى الحسيني أبو البقاء الكفوي، الكليات، تح: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت - 1419هـ - 1998م . 734.

⁵ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ، تح: إبراهيم الأبياري . 219

⁶ حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي -، دار النفائس الطبعة : الثانية، 1408هـ - 1988م . ص 355

⁷ أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الإجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت 1982م . 241.ص.

لذا نجد فقهاء الإسلام قد إستعملوا كلمة (قانون) في مؤلفاتهم بمعنى القاعدة أو النظام الثابت، من ذلك قول الإمام القرطبي في تفسير قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [النساء: 105] معناه: على قوانين الشرع إِمَّا بِوَحْيٍ وَنَصٍّ، أَوْ بِنَظَرٍ جَارٍ عَلَى سُنَنِ الْوَحْيِ " ⁸ وقول القاضي أبي يعلى الفراء في حق القاضي: " فإذا صح التقليد فالذي نُدِبَ له ستُهُ أَشْيَاءٌ: حفظُ القوانين، واستيفاءُ الحقوق ... " ⁹

ثانيا) التقنين اصطلاحاً:

عُرِّفَ التقنين بعدة تعريفات منها:

1/ " جمع الأحكام التشريعية التي تحكم النظم التي تكون فرعا معيناً من فروع القانون في متن واحد، مع ترتيبها وتبويبها في نصوص تجعلها مُيسرة التطبيق " ¹⁰

2 / " جمع القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة " ¹¹.

3/ وبصفة أكثر دقة هو: " جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض - في مدونة (code) واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون (loi) تفرضه الدولة، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون " ¹²

الفرع الثاني: تعريف الفقه

أولاً) الفقه لغةً:

هو العلم بالشيء والفهم له، والفتنة ¹³، وقيل فهم الأشياء الدقيقة، وقيل فهم غرض المتكلم من كلامه ¹⁴

⁸ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. تح : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية القاهرة ط: 2، 1384هـ 1964م، 5/ 376

⁹ أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية وصححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1421هـ - 2000م / 253 ص،

¹⁰ شركة أبناء شريف الأنصاري، الموسوعة العربية الميسرة، بيروت، ط 1 - 1431هـ - 2010م / ص 1018.

¹¹ معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، المرجع نفسه، ص 241

¹² محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)،. إدارة إحياء التراث الإسلامي قطر، ط 2، 1407هـ 1986 م. ص 21

¹³ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف:

ثانياً) الفقه اصطلاحاً:

عُرِّفَ الفقه بتعريفات عديدة أهمها:

1/ " العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة " ¹⁵

2/ "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية " ¹⁶

- هذا التعريف الأخير هو المشهور المعتمد لدى العلماء المتأخرين، وذلك لإختصاصه بالأحكام الفرعية دون الأصولية، ولا اتصاله بالأحكام العملية دون الاعتقادية والأخلاقية .

الفرع الثالث: تعريف التقنين الفقهي كمركب إضافي:

أولاً) التعاريف:

عُرِّفَ التقنين الفقهي بتعريفات حديثة متعددة، نذكر أهمها:

1) تعريف طارق البشري: "تجميع الأحكام وتصنيفها، وترتيبها بترتيب منطقي علمي على هيئة مواد متتابعة " ¹⁷.

2) تعريف جمال الدين عطية: " إختيار رأي من الآراء الفقهية المتعددة يصدر به قانون ويصبح ملزماً واجب الاتباع بالنسبة للأفراد وبالنسبة للمحاكم " ¹⁸

3) تعريف يوسف القرضاوي: " صياغة الأحكام في صورة مواد قانونية مرتبة مرقمة على غرار القانونية الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية ...، وذلك لتكون مرجعا سهلا محددًا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون " ¹⁹

محمدنعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة : الثامنة، 1426 هـ - 2005 م . 1250 ص.

¹⁴ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة 3 / 49

¹⁵ أبو حامد محمد الغزالي، المستصفى، تح : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط 1، 1413 هـ . 1993 م

¹⁶ تقى الدين علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإيجاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت 1416 هـ - 1995 م . 1 / 28

¹⁷ طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الشروق القاهرة ط 1، 1996 م، ص 15.

¹⁸ جمال الدين عطية، مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، العدد 12، السنة 1379

هـ - 1977 م . (<https://almuslimalmuuser.org>)، اليوم 1 / سبتمبر

4) تعريف يحي محمد عوض الخلايلة: " صياغة أحكام الشريعة الاسلامية القابلة للتقنين من قبل أهل الخبرة والإختصاص في صورة مواد متجانسة قابلة للتطبيق والتنفيذ، بصورة ملزمة من الحاكم يُسهل الرجوع إليها " 20 .

ثانيا) ملاحظات حول هذه التعاريف:

بعد هذا العرض المفاهيمي يمكن تسجيل جملة من الملاحظات هي كالآتي:

1) اعتمدت بعض التعريفات على الركن الشكلي للتقنين من حيث الإشارة إلى مرحلة التجميع

وطريقة الترتيب والتبويب ... (يُمثل هذا الإتجاه التعريف الأول) بينما اعتمدت باقي التعريفات على الركن الموضوعي القائم على بيان القواعد والمبادئ التي تزخر بها الأحكام الفقهية المنظمة للعلاقات المختلفة²¹.

2) عبّرت بعض التعريفات عن عملية التقنين بأنها " صياغة الأحكام الشرعية " (ويُمثل هذا الاتجاه

التعريف الرابع) بينما فضلت بعض التعريفات عبارة " صياغة الأحكام الفقهية " (ويُمثل هذا الاتجاه التعريف الثاني) ولعل العبارة الثانية أدق وأصح استعمالا، لأن المقصود الفعلي من التقنين هو أحد أقسام الفقه وهو القسم الخاص بفقه المعاملات، أما أحكام الشريعة فهي الوحي الذي يشمل الأمور الاعتقادية والأخلاقية الغير قابلة للتقنين في عمومها²².

ثالثا) التعريف المختار:

¹⁹ يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1، 1414 هـ - 1993م، ص259

²⁰ يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، بحث لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون، (1422هـ - 1423هـ) / (2001 م - 2002م)، ص25

²¹ بوكركب عبد المجيد، كبحل عزالدين، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مقال بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 36، 37، سنة 2014م . ص233، 234 .

²² هيثم الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث، دار التدمرية، دار بن حازم، الرياض، السعودية، ط/ 1433 هـ / 2012م، ص 355، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، رافع ليث سعود جاسم القيسي، ج1، ط1، بيروت، لبنان، مركز نماء للبحوث والدراسات، 1436هـ / 2015م، ص60 .

بالأخذ بهذه الاعتبارات وتفاديا للمآخذ المذكورة يمكن تعريف التقنين الفقهي بأنه: صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس، فيعبارات أمره يميّز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والتضارب²³

فقد احتوى هذا التعريف على العناصر الأساسية التالية:

- الصياغة: وهي ميزة التقنين عن الفقه المدوّن .
- الترتيب والترقيم: وهي ميزة أخرى تجعل الرجوع للأحكام سهلاً .
- الإلزام: للتمييز بين مجرد بيان الأحكام والإلزام بها.
- وحدة الموضوع: وهذا شأن القوانين التي تفصل عادة بين كل موضوع وآخر ولا يمنع أن يكون مجموع هذه المواضيع يمثل تقنين الفقه الإسلامي²⁴

المطلب الثاني: نشأة التقنين وتطوره وأهم الجهود المبذولة فيه

الفرع الأول: نشأة فكرة التقنين:

يرى كثير من الباحثين أن مبدأ فكرة جمع الناس على رأي واحد في القضاء ظهرت في أوائل العصر العباسي، من قبل الأديب المشهور عبد الله بن المقفع، رسالته المسماة (رسالة الصحابة في طاعة السلطان) الموجهة إلى الخليفة أبي جعفر المنصور (ت158هـ)، يشكو فيها حال القضاة في عصره وانفراد كل واحد باجتهاده مما ترتب على ذلك أحكاماً متناقضة²⁵ ولعل فكرة تدوين الأحكام الشرعية وإلزام القضاة بها كانت محلّ اهتمام الخليفة المنصور الذي طلب من الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه -في حجج 138 أو 148هـ - حمل الناس على مذهبه، فرفض الإمام ذلك معللاً امتناعه بأن "لكل قوم

²³ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي تاريخه - فقهاء - ضوابطه، المرجع السابق، ص61،

نقلاً عن مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، شويش الحاميد، دار عمار الأردن، 2001م، ص 437.

²⁴ عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانع والمجيزين، ورقة بحث مقدمة إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمأمول بالشارقة، الفترة الواقعة بين 12-13-14 ربيع الأول 1427هـ . الموافق 11/12/13/4/2006هـ، ص 2، 3.

²⁵ عبد الله بن المقفع، آثار بن المقفع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1409هـ -1989م . ص316.

سلفاً وأئمة، فإن رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل²⁶. ووضع الإمام مالك على إثر ذلك موطأه ولم يحمل الناس عليه، لكن المنصور أعاد طلبه في موسم الحج لعام 158هـ قائلا: "إني عزمت أن أمر بكتيبك هذه التي وضعتها - أي الموطأ - فتنسخ نسخا، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها بنسخة؛ وأمرهم أن يعملوا بما فيها يتعدوه إلى غيره، ويدعو ماسوى ذلك.. فإني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة وعلمهم". فقال الإمام مالك: "يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا؛ فإن الناس قد سيقت إليهم أقاويل، وسمعو أحاديث ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سيق إليهم وعملوا به ودانوا من اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم، وإن ردّهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وماهم عليه، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم". فقال المنصور: "لعمري لو طواعني لأمرت بذلك". وروي أيضا أنه لما تولى المهدي (ت169هـ) الخلافة طلب من الإمام مالك نفس الطلب فرفض الإمام مالك ذلك قائلا: "يا أمير المؤمنين أما هذا الصّقع - وأشار إلى المغرب - فقد كُفيتّه، وأما أهل الشام ففيهم من قد علمت - يعني الأوزاعي -، وأما العراق، فهم أهل العراق".

وروي قريب من ذلك، أن الرشيد (ت193هـ) لما تولى الخلافة شاور الإمام مالك في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على مافيه، فامتنع الإمام مالك مرة أخرى وعلل تحفظه "بأن صحابة رسول الله قد اختلفوا في الفروع وتفرقوا في الآفاق وكل عند نفسه مُصيّبٌ..".

الفرع الثاني: الجذور التاريخية للتقنين الفقهي (تطوره)

ظهرت خلال القرنين الماضيين عدة محاولات لتقنين الفقه الإسلامي، ومنها تقنينات فردية وأخرى جماعية، وبعضها كان بشكل رسمي وأخرى بشكل غير رسمي، وهذا ذكر لأهم تلك الجهود:

أولا) الفتاوى الهندية (1073هـ):

²⁶ أبو محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري، الإمامة والسياسة، أبو محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري، تحقيق خليل المنصور، دارالكتب العلمية بيروت، 1418هـ / 1997م. ج2/316.

ألفها لجنة من علماء الهند بإشراف الشيخ نظام الدين البرهانوري وبطلب من السلطان أبو المظفر محمد بهادر أحد ملوك الهند والملقب ب (عالمكير) ²⁷. وقد جمعت هذه الفتاوى ظاهر الروايات التي اتفق عليها المذهب الحنفي في مسائل العبادات والعقوبات والمعاملات بشكل مرتب ومبوب خالية من الدليل ليسهل تناولها والرجوع إليها. ²⁸

ثانياً) قانون نامة العثماني: (قوانين نامه):

هي التشريعات والأوامر التي تصدر من قبل السلطان عملاً بمبدأ السياسة الشرعية في الأمور المالية والإدارية والعقابية والحكومية، وعرفت بهذا الاسم تمييزاً لها عن أحكام الشرع الحنيف. فقد أصدرها عدد من خلفاء آل عثمان قبل تبني الدولة العثمانية المذهب الحنفي رسمياً، فمنها ما أصدرت في عهد سليمان الأول (حوالي سنة 900م) ومنها ما أصدرها محمد الفاتح بعد فتح القسطنطينية (حوالي سنة 1455م) ومنها ما أصدرها سليم القانوني (سنة 1550م) وعرفت باسمه. ²⁹

ثالثاً) تقنين الأحكام الشرعية لسلطان المغرب محمد بن عبد الله العلوي (ت 1790م):

أصدر سلطان المغرب الأقصى ³⁰ بصفته الفقهية مواد قضائية على شكل أبواب وفصول في مائة (100) مادة. ورغم أن هذا العمل لا يشبه مجلة الأحكام العدلية في الكمية والأسلوب والترقيم والتبويب إلا أن هناك من اعتبره أول عمل تقنيني فقهي .

رابعاً) مجلة الأحكام العدلية:

يمكن اعتبار هذه المجلة أول قانون مدني إسلامي مدون، وضعته الدولة العثمانية على الراجح من مذهب أبي حنيفة وأمرت بالعمل به في الأراضي التابعة لها، وقد كتبت المجلة باللغة التركية ثم

²⁷ هو محمد أورنك سلطان الهند، من سلالة تيمورلنك : المجاهد العالم الصوفي من علماء الملوك المسلمين، فتح بلدانا كثيرة .. أمر العلماء الأحناف في إمارته أن يجمعوا باسمه فتاوى لما يحتاج إليه من الأحكام الشرعية، فجمعوا (الفتاوى الهندية) أقام في الملك خمسين سنة، توفي (1118هـ - 1707م) الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، ط 15، 2002م. ج 46/6

²⁸ مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (العالمكية)، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دارالكتب العلمية، بيروت لبنان، مج 1، 1073هـ، ص 324.

²⁹ انظر : السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1993م، مج 9/ 119.

³⁰ سلطان مغربي من سلالة العلويين، وفقهه ومجتهد في المذهب المالكي، تولى الحكم بعد وفاة والده سنة 1757م فقام بإصلاحات شملت جميع الميادين، له عدة مؤلفات في الحديث والفقه .. توفي سنة 1204 هـ. انظر : الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416 هـ، 1995م. ج 2/ ص 349، 350.

ترجمت إلى العربية كما تضمنت مجلة الأحكام العدلية جملة من الاحكام المتعلقة بالبيوع والقضاء والدعاوى وغيرها³¹

تكونت لجنة إعداد المجلة من علماء أجلاء في الفقه برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية (أي برتبة وزير العدل الآن)، وقد استغرق العمل عليها سبع سنوات من عام 1285هـ / 1869م إلى 1293هـ / 1876م. وكانت بداية العمل بأحكامها سنة 1876م باعتبارها قانونا للمعاملات المدنية. وقد تألفت المجلة من 1851 مادة مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتابا وتتضمن هذه الكتب جميعها 64 بابا تحت كل باب فصول، وتوجد تحت الفصول مباحث، إضافة إلى بعض الملاحق،... ولقد شرحت المجلة بشروح عدة³².

1) أسباب وضع مجلة الأحكام العدلية:

تعددت أسباب وضع المجلة بين أسباب علمية وأخرى إدارية واختلف إلى حد ما في هذه الأسباب بين موسع لها ومضيق ولعل أسباب وضعها أن الخلافة العثمانية أُلجئت إلى ذلك بسبب إنشاء محاكم تجارية أساسها القوانين الأوروبية وكانت هذه القوانين تحيل كثيرا إلى القانون المدني وهذا الأخير غير موجود فلو استمدته الدولة العثمانية من الغربية لأدى إلى فوضى كبيرة ولأن القانون المدني أو ما يعرف بقانون المعاملات المالية له ارتباط كبير بنشاط الناس ومعاملاتهم فلا يقبلون باستمداده من القوانين الأجنبية فلذلك كله واستباقا لأن لا تقدم السلطة الحاكمة على استمداد القانون المدني في الدول الغربية في عملها وأنجزت ما سمي بمجلة الأحكام العدلية . وقيل غير ذلك فقد جاء عن المحجوي حول القصد من وضع المجلة أنه قال: " وكان القصد منها ضبط نصوص الاحكام التي يتلاعب بها المفتون، والقضاء بأنواع التأويل وتطبيقها على القضايا حسب الأهواء والشهوات، حتى أن القضية الواحدة يحكم فيها القاضي اليوم بالاباحة وغدا بالمنع، ويجد في النصوص فسحة وإجمالا يسوغ له الوصول إلى ما بيد الطالب للاباحة أو الطالب للمنع من غير حياء ولا احتشام"³³

³¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص 977.

³² دردور إلياس، تاريخ لفقه الإسلامي، دراسة تاريخية ومقاربات نقدية، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 1431 هـ / 2010 م، ج1، ص 1263

³³ سامر مازن القبيج : مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الاسلامي، دار الفتح للدراسات عمان، الاردن، ط1/ 2008م. ص 290، 293

(2) مميزات المجلة: 34

- أ) إظهار الراجح من الأقوال فقط إلا في بعض الحالات الخاصة
- ب) البعد عن الخوض في المناقشات
- ج) أثبتت استقلالية الفقه الإسلامي وقدرته على مواكبة العصر بتشريعات حديثة مبنية ومرتبطة .
- د) بينت إمكانية الجمع بين الأسلوب المعاصر القانوني وأسلوب كتب الفقه القديمة .

(3) عيوب المجلة: 35

- أ) احتوت على مسائل لا علاقة لها بالقانون المدني مثل الدعاوى والمرافعات ...
- ب) أكثر من التمثيل الفقهي في موادها .
- ج) لم تحتوي على نظرية عامة في الالتزام ماعدا بعض مسائل المسؤولية التقصيرية، كما أنها لم تتطرق الى النظريات الفقهية العامة .
- د) تقيدت بالمذهب الحنفي فقط.

خامسا) مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906م):

بعد أن خضعت تونس للانتداب الفرنسي عام 1881م كُلفت لجنة قانونية مختصة بتقنين القوانين التونسية، وقد تألفت من خمسة أعضاء على رأسها المستشرق التونسي المولد والإيطالي التعلم دافيد سانتيلانا (ت 1931م) وكان هو الوحيد المختص في الشريعة الإسلامية لهذا لعب دورا هاما في وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري التونسي، مستمدا إياه من الفقه الإسلامي بعامة والمذهب المالكي بخاصة في 2479 مادة، وبعد المناقشة تمت الموافقة عليه والعمل به سنة 1906م. ولأن سانتيلانا أحسن الاستفادة من مجلة الأحكام العدلية محاولا تفادي بعض النقائص التي استدركت فيما بعد فقد جاءت المجلة التونسية أفضل صياغة وأكثر اهتماما بالنظريات العامة للالتزامات، هذا ما

³⁴المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³⁵تاريخ الفقه الإسلامي، عمر سليمان الأشقر، دت ن، دار النفائس الأردن، ط3، 1412هـ، ص 201

جعلها محلّ اقتباس وتطبيق في كثير من الدول العربية كالمغرب سنة 1913، ولبنان سنة 1934 مع إضافة بعض التغييرات عليها، وموريتانيا سنة 1979. وقد بذلت هذه اللجنة جهدها في التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي وأحكام القوانين الغربية وأحكام الشريعة الإسلامية³⁶ مع مراعاة الاعراف والعوائد التونسية³⁷، وبعد أن أتمت اللجنة عملها نوقش المشروع على مدار سنة كاملة، ثم عرض على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى وعشرة من علماء الشريعة، منهم خمسة من أساتذة الشريعة في جامع الزيتونة، وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية وهاته اللجنة هي التي قامت بالترجمة أولاً، ثم راجعته مراجعة دقيقة، وخرّجته على أحكام الشريعة الإسلامية ولم تجد فيه ما ينافيها، وقد اعتمدت في عملها هذا الأسس الآتية:

- جواز الإقتباس من الغير .

- ملاحظة مقاصد الشريعة فيما يقتبس من القوانين .

- تجاوز التعصب المذهبي عند الترجيح أو التخرّيج .³⁸

فصدر بذلك مرسوم الباي في 15 ديسمبر 1906 م³⁹، مصادقا على عمل اللجنة، وبذلك خرج هذا التقنين الوجود باسم مجلة الإلتزامات والعقود والتي دامت 3 أشهر فقط .

سادسا) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية في الجزائر (1906م):

عملا بفصل الدين عن الدولة أصدرت فرنسا الاستعمارية بواسطة حاكمها العام للجزائر **دومينيك لوسيان** سنة 1905م قرار يقضي بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية لتطبق على المسلمين الجزائريين . وبناء على ذلك كلّف الأستاذ **مارسيل موران** أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بالجزائر العاصمة آنذاك بمهمة إعداد المشروع الموسوم ب: (تدوين الحثيات والخصوصيات في الشريعة

³⁶ عبد الرزاق السنهوري، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، السنة 2، مارس 1936، بغداد . ص 20

³⁷ بوزغيبية محمد، حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية بين 1857م و1965م، مركز النشر الجامعي 2003، ط 2، ص 202.

³⁸ أحمد أدرويش . أصول قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الرباط 1996م، ط 1، سلسلة المعرفة القانونية، ص 177 وما بعدها.

³⁹ بوزغيبية محمد . المرجع نفسه، ص 202 .

الإسلامية المطبقة على المسلمين في الجزائر)⁴⁰، وقد ترأس هذا الأخير سنة 1906م لجنة مكونة من ستة عشر عضوا فرنسيا وستة علماء جزائريين لتقنين الأحكام الشرعية الخاصة بالأسرة والوقف والعقارات والبيئات وفق المذهب الحنفي والمالكي. إلا أنه في الأخير صدرت هذه المجلة باسم عالين جزائريين هما: مصطفى بن أحمد الشرشالي⁴¹ وعبد الرزاق بن محمد الأشرف. والملاحظ أن هذه المجلة لم تطبق إلا فترة قصيرة لوجود معارضة جزائرية واضحة، فلم يعتبروها ملزمة وإنما كانت للاستشارة فقط، لذلك لم تعترف بها المحاكم العليا وكانت ترى فيها مجرد مشروع ليست له أي أولوية على قواعد الفقه، كما لم تعترف به غالبية الجزائريين، لأن نية فرنسا كانت مكشوفة في محاولة دمج الشريعة الإسلامية في القانون الفرنسي وفتح أبواب التجنس والزواج المختلط وما يترتب على ذلك من عواقب تؤدي إلى ذوبان الجزائريين في غيرهم .

ومنه لا تعتبر هذه المجلة تقنيننا رسميا بل مجرد محاولة لتدوين أحكام الشريعة الإسلامية في الفترة الاستعمارية للجزائر من 1830م إلى 1907م⁴² .

سابعاً) جهود أخرى متفرقة في التقنين:

هناك جهود أخرى عديدة في مجال التقنين الفقهي منها الفردية وأخرى جماعية .

1) الجهود الجماعية:

1/1) ما قام به مجمع البحوث الإسلامية التابع لجامعة الأزهر سنة 1392هـ من إصدار مشروع لتقنين المعاملات المدنية على المذاهب الأربعة، ورغم ضخامة هذا العمل الذي شارك فيه ثمانية وعشرون عالما موزعين على المذاهب الفقهية الأربعة إلا أنه لم يكتمل ولم يتبن رسميا وانتقده البعض بأنه لم يستوف حقه من الدراسة والتحقيق والموازنة، فجاء مقسّما كل مذهب على حدة .

⁴⁰ تم اختصارها فيما بعد باسم (مجلة الأحكام السارية الجزائرية)، انظر : تاريخ الجزائر الثقافي، أبو القاسم سعد الله، دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر ط1، 1998م، ج 105./7.

⁴¹ لعبايدة هاجر، حركة التقنين الفقهي، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2016/2017م، ص73

⁴² فيروز مناصر و هجيرة بن شعاعه، القضاء الإسلامي في الجزائر أثناء فترة الإحتلال الفرنسي، مذكرة ماستر -تاريخ المغرب العربي المعاصر - إشراف د/ محمد الحاكم بن عون، 1441هـ / 2019م، جامعة الوادي. ص 69

1/2) ما قامت به بعض دول الخليج العربي في تقنين المعاملات المالية خاصة، من ذلك ما قامت به دولة الإمارات من طبع (موسوعة تقنين الشريعة الإسلامية)، وكذا دولة البحرين في إيجاد صيغة موحدة لقانون البنوك الإسلامية، وكذا دولة الكويت في وضع (موسوعة تقنين أحكام فقه المعاملات المالية المعاصرة).

1/3) قوانين الشريعة الإسلامية الأزهر الشريف 1434 هـ / 2013 م:

أعدت مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية وفقاً للمذاهب الإسلامية الأربعة وفق مخطط عمل لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية - القانون المدني (180 مادة) ، والتي استقو أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية ، كما وردت في الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه ، بالإضافة إلى تحاشي النصوص على أي حكم يتضمنه القانون الوضعي، ويكون مخالفاً لحكم قطعي من أحكام الشريعة مع مراعاة ما خضع له علم القانون من تطور وما أصابه من تقدم ، وذلك في ضوء تطور المجتمع الإنساني وتقدم الفكر الإنساني ويستفيد هذا المخطط من التقنيات التي وضعت في البلاد العربية والإسلامية والمأخوذة من الشريعة .

أمّا فيما يخص التقنيات والأعمال الفقهية التي أخذت من الشريعة الإسلامية والمعتمدة من قبل مجمع البحوث (مجلة الأحكام العدلية ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، التقنين المدني العراقي 1951م ، التقنين المدني الأردني 1976م ، نظرية الإلتزامات في التقنين التجاري الكويتي 1961م، التقنين السوري 1949م ، الليبي 1953، الكويتي أيضا 1980م ، أعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت ما يقرب 5 سنوات من 1962م إلى 1966م⁴³ .

2) من الجهود الفردية:

2/1) ما قام به عبد الرزاق السنهوري من تقنين للقانون المدني المصري (سنة 1948 م)، ومشاركته في وضع قوانين لكثير من الدول العربية كالقانون المدني السوري (1949م) والقانون المدني العراقي (سنة 1951)، والقانون المدني الليبي الصادر في (1953م) والقانون التجاري الكويتي (الصادر في 1961).

⁴³ لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، القانون المدني (180 مادة)، دار ابن رجب، دار الفوائد، ط1، 1434 هـ / 2013 م، مج2، ص6

(2/2) ما قام به أيضا الشيخ مصطفى الزرقا من وضع مشروع لقانون الأحوال الشخصية الموحد بين مصر وسوريا في الفترة الممتدة بين (1958م - 1961م) .

المبحث الثاني: حكم تقنين الفقه الإسلامي وآراء المعاصرين فيه

المطلب الأول: المميزون للتقنين وأدلتهم

الفرع الأول: المميزون للتقنين

وهم جمهور الفقهاء المعاصرين، ومنهم بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، كما تبين ذلك في وجهة نظر المتحفظين على قرار الهيئة بمنع التقنين، وهم: الشيخ عبد الله خياط (ت 1415هـ)، والشيخ صالح بن غصون (ت 1419هـ)، والشيخ راشد بن خنين (ت 1435هـ)، والشيخ عبد المجيد بن حسن، والشيخ عبد الله بن منيع، والشيخ محمد بن جبير. وممن يرى الجواز كذلك من أعضاء هيئة كبار العلماء: الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد .

ومن مشاهير المعاصرين الذين رأوا جواز التقنين: الشيخ محمد عبده (ت 1323هـ) والشيخ محمد رشيد رضا (ت 1354هـ)، والشيخ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت 1376هـ) والشيخ أحمد شاکر (ت 1377هـ) والشيخ محمد أبو زهرة (ت 1394هـ)، الشيخ مصطفى الزرقاء (ت 1420هـ)، والشيخ علي الطنطاوي (ت 1999م) والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور يوسف القرضاوي،... وغيرهم كثير .

الفرع الثاني: أدلة المميزين:

استدل القائلون بجواز التقنين بأدلة كثيرة أهمها:

(1) من القرآن:

- (أ) قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، [النساء: 59]
- قال الشيخ محمد رشيد رضا: " لو وضع أولو الأمر للأمة قانونا مدونا لا خلاف فيه، بحيث يعرف الحاكم والمحكومون مابه يكون الحكم لكانوا مهتدين بهدي الإسلام، ولم يمنع ذلك من أن يكون

القاضي مجتهدا كما كان في عهد السلف مع إلتزام أحكام الكتاب والسنة، فإن ما يرضه أولو الأمر لمصلحة الدنيا واجب الإلتباع بنص القرآن كما يجب إلتباع الله ورسوله⁴⁴.

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

- بأن طاعتهم فيما وضع حكمه وانفتحت عليه الأمة، أما ما اشتبه أمره واختلف فيه العلماء

فالمرجع في فصل النزاع فيه الكتاب والسنة بدليل قول الله ﷻ في نفس الآية: ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، [النساء: 59]، ولذا استدل علماء الأصول بهذه الآية على حجية الإجماع، وبذلك تكون الآية دليلا على المنع لا على الجواز⁴⁵.

- بأن طاعة ولي الأمر فيما لا معصية فيه مما لا ينازع فيه، لكن الشأن في النظر للتقنين هل هو

سائع ويحقق مصلحة للأمة كما يراه المجيزون، أو هو محرم وبالتالي فهو معصية ليس لولي الأمر أن يأمر بتنفيذها، كما يراه المانعون للتقنين.

(2) من السنة النبوية والآثار:

• (أ) قال النبي ﷺ: «السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ»⁴⁶

وجه الدلالة: "أن الطاعة واجبة لولاة الأمور فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة، والتقنين مصلحة ظاهرة يرجى منها إقامة العدل، وتوضع أحكامه بناء على قوة الحجة ورعاية المصلحة، وما كان كذلك فهو لازم لمن أمر به"⁴⁷.

ونوقش هذا:

⁴⁴ فتاوى الإمام محمد رشيد رضا، جمع صلاح الدين المنجد ويوسف ق. خوري دار الكتاب الجديد، بيروت. ط1426هـ -

2005م. 2 / 628

⁴⁵ هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، اجاث هيئة كبار العلماء، 1421هـ/ 2001م، مج3/ 195، 196.

⁴⁶ رواه البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية (7144)، ورواه مسلم بلفظ قريب منه، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية (1839)

⁴⁷ الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص440.

- بأن طاعة ولاة الأمور إنما تكون في الطاعة وهذا أمر مسلم به، أما التقنين فليس من الطاعة بل هو محل الخلاف، فلا يصح الاستدلال بذلك⁴⁸.

ويجاب عن هذا:

- بأنه وقد أقرتم بأن التقنين من مسائل الخلافات " فإن الاستدلال - هنا - ليس بوجوب الطاعة على الإطلاق، بل بما قرره الفقهاء من أن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المتنازع فيه، فمتى ألزم الحاكم بأحد القولين في الخلافات فإنه لازم⁴⁹ والتقنين في حقيقته كذلك، فهو ليس بإبطلا لقول الآخر بل هو رفع وقتي محدود بالتقنين في المسائل الخلافية⁵⁰.

• (ب) مارواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، الْأَمْرُ يَنْزِلُ بِنَا لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ قُرْآنٌ وَلَمْ تَمْضِ فِيهِ مِنْكَ سُنَّةٌ قَالَ: «اجْمَعُوا لَهُ الْعَالَمِينَ - أَوْقَالَ الْعَابِدِينَ - مِنَ الْمُؤْمِنِينَ، فَاجْعَلُوهُ شُورَى بَيْنَكُمْ وَلَا تَقْضُوا فِيهِ بِرَأْيٍ وَاحِدٍ»⁵¹. فثبت بهذا أن الشورى أصل شرعي، فيجب على العلماء وضع كتاب فقهي مشتمل على الأقوال الراجحة؛ ليسهل على الجميع معرفة الأحكام منه، وبالتالي يلزم القضاة الحكم بمقتضاه؛ تفاديا لمفاسد الاختلاف، وقضاء على التناقض في الأحكام، وإلا تعطلت الشورى، واستشرى الفساد، وتفاقم التناقض⁵². ونوقش هذا الدليل: بأن الشورى مشروعة باتفاق.. لكنها غير ملزمة لمن استشار إلا إذا وافق اجتهاده اجتهاد من أشار عليه واقتنع به، ولا يصح أن يلزم بما أشير به عليه من آراء خالفت اجتهاده، وإن كان فردا، والمشيرون عليه كثرة؛ لأن الحق ليس وقفا على الكثرة، وليست الكثرة ميزانا يفرق به بين الحق والباطل⁵³.

⁴⁸ بكر أبو زيد: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، ط1، مج2، 2008، م، ج33/1، 34، الصياغة الفقهية / الرومي، مرجع سابق، ص

441

⁴⁹ أبوالمعالى الجويني قال: " يجب إتباع الإمام قطعا فيما يراه من المجتهدات " . انظر: الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم، المحقق: عبد العظيم الديب. مكتبة إمام الحرمين الطبعة: 2، 1401هـ، ص. 216.

⁵⁰ الصياغة الفقهية، مرجع نفسه، ص442 .

⁵¹ رواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله، باب اجتهاد الرأي على الاصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة (1611 . وانظر: الفقيه والمتفقه. الخطيب البغدادي المحقق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي دار ابن الجوزي - السعودية الطبعة 21421 هـ. 1/476.

⁵² أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع سابق، 3/197

⁵³ أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع نفسه، 3/197 بتصرف

(3) من عمل الصحابة:

وذلك أن الخلفاء فمن بعدهم كانوا في أحوال كثيرة يلزمون بأحد الأقوال في الخلافات لمصلحة ما يرونها، فيمثل المأمور بما أمر به وإن كان له رأي آخر⁵⁴، من أمثلة ذلك:

ما روي عن شعبة ابن التوأم قال: تُؤَيِّ أَحُّ لَنَا فِي عَهْدِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَتَرَكَ جَدَّهُ وَإِخْوَتَهُ، فَأَتَيْنَا ابْنَ مَسْعُودٍ، فَأَعْطَى الْجَدَّمَ مَعَ الْإِخْوَةِ السُّدُسَ، ثُمَّ تُؤَيِّ أَحُّ لَنَا آخَرَ فِي عَهْدِ عُثْمَانَ، وَتَرَكَ جَدَّهُ وَإِخْوَتَهُ، فَأَتَيْنَا ابْنَ مَسْعُودٍ، فَأَعْطَى الْجَدَّ مَعَ الْإِخْوَةِ الثُّلُثَ، فَقُلْنَا: أَمَا أَتَيْنَاكَ فِي آخِنَا الْأَوَّلِ فَجَعَلْتَ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ السُّدُسَ، ثُمَّ جَعَلْتَ لَهُ الْآنَ الثُّلُثَ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: "إِنَّمَا نَقْضِي بِقَضَاءِ أَيْمَانِنَا"⁵⁵ من القياس:

(أ) قياس التقنين على جمع القرآن الكريم: وهذا ما فعله عثمان رضي الله عنه حين جمع الأمة على حرف واحد من الحروف السبعة التي بها نزل القرآن، وقصر الناس على القراءة بهذا الحرف وتحريقه المصحف الأخرى التي تخالف مصحف الإمام، وقد كتب من هذا المصحف نسخا وأرسل بها إلى أمهات البلاد الإسلامية، واستمرت القراءة لهذا اليوم. فكذا إلزام القضاة بالقول الراجح من أقوال الفقهاء، بل هو أولى بأن أقوال الفقهاء شرع مؤول يحتمل كل منها الخطأ أو الصواب، والقراءات شرع منزل كلها حق لا يحتمل الخطأ، فكان الإلزام واجبا، رعاية للمصلحة⁵⁶

ونوقش هذا بأنه قياس مع عدة فوارق منها مايلي:

- أن هذا الجمع الذي جمعه عثمان رضي الله عنه أجمع الصحابة عليه فأمضوه، وأما الإلزام برأي أو مذهب معين فعامية أقوالهم وما وقع لهم من الحوادث والاختلاف فيها تفيد منع ذلك.
- أن عامة القراءات الصحيحة التي لم تنسخ لا خلاف في وجوب العمل بها كالقراءة المعتمدة في المصحف، أما التقنين أو التدوين للأحكام الملزم بها - فلا يجوز عند من ألزم بها العمل بما عدا هذا القول الملزم به، والإجماع على خلاف ذلك.

⁵⁴ أنظر: ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، ط1، 1430هـ، الدمام المملكة العربية السعودية، ص، 109، الصياغة الفقهية، الرومي، مرجع سابق، ص443

⁵⁵ رواه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض باب قول عمر في الجد (61).

⁵⁶ أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع سابق، 3/200، 201،

- أن المصحف الذي جمع عثمان الناس عليه هو صواب لا خطأ فيه وحق لاشك فيه، وأما الأحكام الاجتهادية الملزم بها فلا شك في وجود خطأ فيها لأنها من إجتهد غير معصوم والخطأ فيها متحتم كما هو معلوم .

- أن الذي جمع عثمان الناس عليه هو من جنس خصال الكفارة، من أن الإنسان مخير في واحدة منها فاقتصر على قراءة بحرف واحد، كمن اقتصر فيمن لزمه كفارة على خصلة واحدة منها . وهذا خلاف الإلزام فهو في أحد القولين - أو الأقوال - في مسألة الحق فيها في أحد القولين - أو الأقوال -⁵⁷

(4) من المعقول:

- أن الإجماع يكاد يكون منعقدا على أن من توفرت فيه شروط الإجتهد من القضاة لا يجوز إلزامه بالحكم بمذهب معين، أما إذا كان القاضي مقلدا - كما هو حال أكثر قضاة اليوم - فأقوال الفقهاء صريحة بأن إلزام هؤلاء بالحكم بمذهب معين أمر سائغ، ومن لا يرى هذا الإلزام من الفقهاء إنما يمنعونه لأنهم لا يرون توليه القضاة غير المجتهدين، وهذا فيه من الحرج مالا يعلمه إلا الله، فلم يبق إلا الإلزام بمذهب معين لهؤلاء القضاة غير المجتهدين .⁵⁸

المطلب الثاني: المانعون للتقنين وأدلتهم .

الفرع الأول: المانعون للتقنين :

هم معظم أعضاء هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في القرار الصادر عنها سنة 1393 هـ الذي تناول موضوع التقنين تحت عنوان: (تدوين الراجح من أقوال الفقهاء)، ومن قال بالمنع أيضا طائفة من المعاصرين منهم: الشيخ محمد الأمين الشنقيطي (ت 1393 هـ)، والشيخ بكر أبو زيد (ت 1430 هـ)، والشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام (ت 1423 هـ)، والشيخ محمد ناصر الدين الألباني (ت 1420 هـ) .

الفرع الثاني: أدلة المانعين:

(1) من الكتاب: استدلووا بآيات كثيرة منها:

⁵⁷ فقه النوازل، مرجع سابق، 1/36، 37 .

⁵⁸ أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع سابق، 3/263 .

• (أ) قول الله ﷻ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾، [النساء: 105] فإصابة العدل والحكم به هو ما يتوصل إليه القاضي بالنظر في وجوه الأدلة الشرعية بما يؤديه إليه اجتهاده⁵⁹.

• (ب) قول الله ﷻ: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾، [ص: 26]

والحق لا يتعين في مذهب أو رأي بعينه، ولا في قول رجحه بعض الفقهاء، فلا يلزم القاضي ونحوه الحكم أو الفتوى به، ولا يصح أن يشترط عليه ذلك في التولية ولا بعدها⁶⁰

وقد نوقش الاستدلال بهاتين الآيتين من وجهين:

- أن الأمر بالحكم بالحق وبما أنزل الله تعالى في كتابه إنما يتوجب - عند جمهور الفقهاء - فيما إذا كان القاضي مجتهدا، وقد تقرر أن هذا في المتأخرين قليلا جدا، وما وجد منه فهو نادرٌ والنادر لاحكم له.
- أن هذه الآيات عامة وليست في موضوع الإلزام، ويصعب القول بأن ما يختاره العلماء من الأقوال الراجحة هو خلاف الحق، أو أننا إذا رجعنا إلى قولهم فإننا نرجع إلى غير كتاب الله وسنة رسوله ﷺ.

(2) من السنة النبوية:

• (أ) قال النبي ﷺ: ﴿الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ، فَهُوَ فِي النَّارِ﴾⁶¹.

ووجه الدلالة:

- أن من عرف الحق - من القضاة - حسب اجتهاده واقتنع به ثم حكم بغير ما ظهر له أنه الحق فقد جار وأثم⁶² فكيف إذا دُون الرأي الراجح في التقنين وقد يحكم به القاضي وهو يرى أنه خلاف الحق⁶³.

⁵⁹ بكرين عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، التقنين والإلزام، ط1، بيروت، 1416 / 1996م، ج 1 / 57

⁶⁰ أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع سابق، اصدار 1421هـ - 2001م . 3 / 187، 188

⁶¹ رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب القاضي يخطئ (رقم 3573) وقال : هذا أصح شيء فيه . رواه الترمذي في سننه،

كتاب الأحكام، باب القاضي (رقم 1322) وقال الألباني : صحيح

⁶² أبحاث هيئة كبار العلماء، مرجع سابق 3، 189/

ويناقش هذا:

- بأن الحديث وعيد للقاضي الجائر المعتدي الذي لا يحكم بالحق، والتقنين يتصدى لمثله، كما في قوله (وجار في الحكم) فيه وعيد للقاضي المجتهد؛ لأنه هو الذي يستبان له الحق باجتهاده دون المقلد⁶⁴.

• (ب) حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه لما بعثه ﷺ إلى اليمن قال: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ

لَكَ قَضَاءٌ»، قال أقضي بكتاب الله . قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ»، قال فبسنة رسول الله ﷺ قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ»، قال أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»⁶⁵ . ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ لم يرد معاذًا عن طريق الاجتهاد بل أقره على سلوكه، وإذا كان الأمر كذلك فإن الإلزام بمذهب معين فيه رد لشيء معين سوى الكتاب والسنة⁶⁶

ونوقش هذا بأن:

- الحديث يفيد رجوع القاضي المجتهد إلى الكتاب أولاً ثم إلى السنة ثم إلى اجتهاده هو، وهذا أمر

مسلم لا خلاف فيه ولكن الكلام فيقضاة هذا الزمن الذي يغلب عليهم التقليد فإذا رجع هؤلاء إلى ما خلص إليه صفوة من أهل العلم بطريقة ميسورة، فلا يقال: غنهم جانبوا الصواب بل هو عين الصواب المأمور به أصلاً في حق المقلدين " ⁶⁷

(3) من عمل الصحابة:

فلم يكن من هدي الصحابة مع مكانتهم في العلم وكثرة مشاورتهم بعضهم بعضاً الزام واحد منهم للآخر بقوله، بل المعروف والمعهود بالنقل عنهم خلاف ذلك، وقد نقل الإجماع على هذا ابن تيمية⁶⁸ وابن

⁶³ حكم تقنين الشريعة الإسلامية، الشثري، مرجع سابق، ص34. وفقه النوازل 1، مرجع سابق، /68

⁶⁴ النوازل التشريعية، الميمان، مرجع سابق، ص118، بتصرف .

⁶⁵ رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب إجتهد الرأي في القضاء (رقم 3594)، والترمذي في سننه، كتاب الحكام، باب القاضي كيف يقضي (رقم 1327) .

⁶⁶ فقه النوازل، مرجع سابق، /68

⁶⁷ النوازل التشريعية، المرجع السابق 119

⁶⁸ مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، تح: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المملكة العربية السعودية، در، 1416هـ - 1995 م، ط27 /296

القيم الجوزية⁶⁹. قال الإمام الشافعي: "أجمع المسلمون على أن من استبانة له سنة رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد من الناس" ⁷⁰، والعمل بالتقنين على خلاف الإجماع⁷¹

4) من المعقول:

• (أ) التقنين لا يرفع الخلاف في الآراء، وهو من أهم مبررات التقنين، وهذا ما أثبتته تجربة الدول

التي دونت الأحكام المعمول بها، حيث يختلف القضاة في تفسير النصوص .

ويجاب عن هذا:

- بأنه مع التسليم بذلك فإن التقنين يُخدُّ من الاختلاف وإن لم يرفعه وهذا هو المطلوب .

• (ب) التقنين يؤثر على حركة الفقه عامة، وعلى القضاة خاصة، حيث يؤدي إلى تعطيل الثروة

الفقهية، لأن عمل القضاة سيرتبط بهذه القوانين شرحا وتفسيرا مما يعطل التعامل مع كتب الفقه، ويججر على القضاة، ويوقف حركة الاجتهاد، كما أن فيه فصلا للقضاء عن مصادر الاستدلال والاكتفاء بالقول الراجح .

ويجاب عن هذا:

- بأن التقنين ليس فيه حجر كبير على القضاة لأن تدوين الفقه لا يمنع الاجتهاد، والحياة تولد من

المستجدات مما يعطي القاضي المجتهد مجالا واسعا في تبني أحكاما جديدة لها ويكفيه أن يجتهد في ملابسات القضية المعروضة عليه ويعينه على الاجتهاد في القضايا الاخرى اللجان المختصة لوضع القوانين كما أن للأحكام المقننة مذكرات ايضاحية وشروح لا يستغني واضعوا هذه المذكرات والشروح عن كتب الفقه .

⁶⁹ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: محمد عبد السلام إبراهيم دار الكتب العلمية، بيروت، ط 11411هـ-1991م، 2، /166.

⁷⁰ إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، المرجع نفسه، 1/6

⁷¹ فقه النوازل، مرجع سابق، 1/83

المطلب الثالث: الرأي المختار

بعد ذكر أقوال العلماء في مسألة التقنين تبين في الأخير اختيار القول الأول لما يلي:

- (1) عموم الأدلة النقلية (من القرآن والسنة) التي استدل بها المانعون .
- (2) وجاهة وقوة الأدلة العقلية التي استدل بها المجيزون وسلامتها من الإعتراض .
- (3) أكثر الإعتراضات التي أوردتها المانعون على جواز التقنين هي اعتراضات محتملة لا يوجد ما يثبتها أو سابقة لأوانها مبنية على توقعات، وفي حالة اختيار جواز الإلزام - وهو ما عليه العمل منذ قرون - فإن هذه الإعتراضات تكون محل أخذ بعين الإعتبار⁷²
- (6) إن في اختيار التقنين الفقهي كوسيلة لتطبيق الشريعة الإسلامية لا يمنح المقنن صلاحيات هي نفسها التي يتمتع به المشرع في القانون الوضعي، بل هو مقيد بضوابط يجب الإلتزام بها⁷³.
- (8) الواقع يشهد أن القوانين الوضعية مطبقة اليوم في معظم البلاد الإسلامية " أحبّ الفقهاء أم كرهوا، فلأن يُجعل لها مخرجا وتجري على نظام وباسم الشريعة خير من تعصّب لا فائدة منه سوى العزلة وسقوط هيبة الإسلام ونبد أحكامه كليا . فلا يجوز للعلماء أن يضيقوا على الأمة أو الدولة فيما لا مندوحة عنه وفيما به حياة الهيئة الاجتماعية " ⁷⁴.

⁷² انظر: نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، رافع القيسي، مرجع سابق، 264.

⁷³ انظر المحاضرة السابعة، مادة التقنين الفقهي . - د/ محمد بلعياض، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان - مطبوعة بيداغوجية، 2020

2021م-

⁷⁴ محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ / 1995م، 2/ 478، 479

المبحث الثالث: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته وضوابطه

المطلب الأول: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته

يمكن إجمال بواعث التقنين ومبرراته في النقاط التالية:

1. ضبط الأحكام الشرعية وتنظيم المسائل:

فالمدونات الفقهية كتبت بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر وهي تغصُّ بالخلافات والآراء والنظريات في نطاق المذهب الواحد فضلا عن المذاهب المختلفة . وما يشهد له الواقع المعاصر من مستجدات ونوازل عصرية تدعو إلى السرعة في إيجاد الحلول المناسبة لتلك المعضلات، فإن التقنين الفقهي يعمل على تنظيم تلك المباحث والأبواب الفقهية المتناثرة، ما يوفر - أيضا - عناء البحث والتحري والسرعة في إيجاد الحكم الشرعي⁷⁵ .

2 . توحيد الأحكام القضائية:

في عملية تقنين الأحكام الشرعية التي تنتهي إلى اختيار قول واحد من الأقوال المعتمدة تحقيق للوحدة القضائية داخل حدود الدولة الواحدة، وفي هذا منع لتعدد الأحكام القضائية واختلافها من محكمة إلى محكمة ومن قاض إلى قاض بما يساعد على الإستقرار القضائي وتحقيق العدالة⁷⁶ .

3. حماية هيئة القضاء وإبعاد الشبهة عن القضاة:

في التقنين حماية للقضاة من التأثيرات الشخصية التي قد يتعرضون لها، فليس كل القضاة على درجة واحدة، فقد يحكم أحدهم باجتهاده في قضيتين متشابهتين بحكمين مختلفين فيؤدي هذا إلى إلحاق التهمة والمحابة به، ما ينتج عن هذا من دخول الشك في نفوس المتقاضين، والانتقاص من هيئة وسمعة جهاز العدالة⁷⁷ .

4. حماية مصالح الناس من التعطيل:

⁷⁵ عباس حسني محمد، الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره،، مطبوعات رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، ط2، 1414هـ، ص 238

⁷⁶ انظر: تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، عبد البر، مرجع سابق، ط2، 1407/1986م، ص 23 .

⁷⁷ الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص381، / مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، المكتبة السلفية، القاهرة، دط، دس، ص267/، حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي، لعيابدة، المرجع السابق، ص42.

ذلك أن القضاة في عصرنا - وقبل عصرنا بقرون - هم مقلدون ملتزمون بالمذاهب السائدة في بلدانهم ومن كان منهم من أهل الترجيح والإجتihad الجزئي، فهو يلتزم عادة بمذهب الدولة التي يعمل بها بل بالراجح غالباً في هذا المذهب، ولأنه فاقد لحرية الإجتihad والاختيار فالأولى أن نقيد بتقنين إسلامي يضعه علماء ثقات أفضل من تركه يتخبط في التناقض والإضطراب⁷⁸.

5. العلم بالأحكام المقتنة ويسر مراجعتها:

يساعد التقنين على جمع الأحكام التشريعية في مؤلف واحد يمكّن القضاة والمحامين والمتقاضين والباحثين من الاطلاع عليها بيسر وسهولة⁷⁹، "ومرد ذلك مبدأ (علنية القانون) لأن علم المكلف بالقانون الذي تطلب منه طاعته شرط لصحة التكليف، وأن تكليفه بطاعة قانون غير معلن بل هو في ضمير الحاكم - أو القاضي - هو تكليف بما لا يُطاق، وهو ممتنع شرعاً وعقلاً"⁸⁰، وفي تحقيق الإعلان والإعلام رفع للجهل، وانقياد للنفوس وحصول للقناعة بالحكم القضائي⁸¹.

6. الحاجة الى تجديد الفقه الإسلامي وممارسة الإجتihad:

فتطبيق الفقه الإسلامي عن طريق تقنينه والحكم به في القضاء من شأنه أن يفتح مجال المناقشة والمقارنة والمراجعة والتعديل من حين لآخر.. وهذا ما حصل لمجلة الأحكام العدلية في بدايات تطبيقها. وهذا كله يثري الحياة الفقهية ويزيد من نشاطها ويستنفر الفقهاء والمختصين لتقديم دراسات مقارنة معمقة تهدف لبيان الراجح من الأقوال والمذاهب مسايرة لكل تطور وجديد⁸².

7. التعريف بحقيقة الدين الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان:

تجمع الشريعة الإسلامية بين خاصيتي الخلود والإستمرار، ولم يُعط هذا الفضل لأيّ شريعة قط؛ ويقتضي ذلك أنها في خلود مصدرها الإلهي صالحة لمواكبة جميع التطورات والتغيرات حسب الزمان والمكان

⁷⁸مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 268، / الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص381/ المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، ط2، 1996، م، الكويت، ص382/383.

⁷⁹تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص 22، 23، مجلة الأحكام العدلية، سامر القبيج، مرجع سابق، ص55.

⁸⁰المدخل الفقهي العام، الزرقا، مرجع سابق 1/ 314، 315.

⁸¹الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص380، مدخل لدراسة الشريعة، القرزاوي، مرجع سابق، 267، مجلة الأحكام العدلية مرجع نفسه، ص56.

⁸²تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع سابق نص25، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي مرجع سابق، ص172.

.ومن هذا المنطلق يفرض التقنين الفقهي نفسه ليثبت لنا " خصوصية الفقه الإسلامي وسعته، وقدرته على مسابرة التطور ومواجهة كل جديد بعلاجيناسبه، ووقوفه أمام أحدث القوانين وأرقاها على قدم المساواة، بل تفوقه عليها في كثير من الأحيان في الصنعة والصياغة، فضلا عن المضمون والموضوع . وهذا ما شهد به كثير من المخلصين الذين درسوا الشريعة دراسة مقارنة، من رجال القانون"⁸³.

8. ضمان تطبيق الشريعة الإسلامية وحتمية جدارتها:

في تقنين الأحكام الشرعية منجاة من استيراد القوانين الوضعية أو البقاء تحت وطأتها، وقد أبحرت فناما من المسلمين بحسن ترتيبها ويسر تناولها ؛ حتى ظهرت جملة من التقنينات الشرعية في عدد من البلاد الإسلامية من أجل سدّ ذريعة استجلاب هذه القوانين من قبل السلطات الحاكمة بدعوى ميسس الحاجة إليها⁸⁴.

المطلب الثاني: ضوابط التقنين الفقهي

عند الاستقراء التاريخي لمختلف التجارب الماضية لتقنين الفقه الإسلامي في البلاد العربية والإسلامية نجد أن هناك ضوابط وشروط ذكرها العلماء والمختصون في وجوب توفرها في عملية التقنين والصياغة، وهي كثيرة متنوعة منها المتصلة بالجانب الشرعي الدياني، ومنها المتعلقة بالجانب الموضوعي، وأخرى متعلقة بالجانب الشكلي، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

الفرع الأول: الضوابط الشرعية

أولا) عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية:

ومعناه عدم احتواء التقنين على أيّ مواد تتعارض مع الشرع ونصوصه، فلا بد من التقيد بما ورد في الشريعة من أحكام في كل مسألة من المسائل التي يُراد تقنينها - سواء منها الصريحة أو المستنبطة - وعدم وضع أحكام تتصادم مع نصوص الشريعة ومقاصدها حتى في الحالات التي تخضع فيها لقاعدة (تغير الأحكام بتغير الزمان) كأن تكون مبنية على مصلحة زالت، أو عرف تغير.. فيجب أن يكون

⁸³القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة الثانية، 1419هـ-1999م . 40.

⁸⁴الصياغة الفقهية مرجع سابق، ص379، 380، الفكر السامي، مرجع سابق، 481/2، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 56

الاجتهاد فيها من جديد خاضعا لقواعد وضوابط الاجتهاد بحيث لا يهدم نصا من أصول الشريعة ومبادئها العامة .

ثانيا) مراعاة المقاصد الشرعية:

فالمقاصد هي التي انبنى عليها الشرع الحنيف ووالمنحصرة في الضروريات والحاجيات والتحسينيات على الترتيب في الاولوية، لذا يجب على المقنن مراعاتها في عملية التقنين الفقهي باعتباره عملية اجتهادية⁸⁵، يقول الإمام الجويني: " ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة"⁸⁶. ومنه لا يتحقق فقه المقاصد عند المجتهد إلا إذا تحقق عنده العلم بفقه الموازنة بين حدود كل مقصد منها، وذلك حين يحلّ ظاهر التعارض بين مقصدين شرعيين تواردا على مسألة واحدة . مثال ذلك: ما جاء في مسألة تضمين الصانع⁸⁷ كما قضى بذلك الخلفاء الأربعة عندما حافظوا على الأموال من الضياع، وهو رعاية ظاهرة لمقصد من مقاصد الشريعة وهو المال⁸⁸ .

ثالثا) الوضوح فيما يتعلق بالمعاملات المحرمة:

فعلى المواد المقننة أن تكون واضحة فيما يتعلق بالربا والغرر والاحتكار والاستغلال والغش والاكنتاز والغبن .. وتراعى في ذلك القواعد الدالة على ذلك مثل: (ما أدى إلى الحرام فهو حرام) و(استباحة المحرم بالحيل المحرمة) و(الحرام لا يؤثر فيه المقصد والنية الحسنة)، أما بخصوص الربا فيجب على المقنن أن يعرضه بشكل جديد خصوص في هذا الزمان الذي توسعت فيه المعاملات المالية وتطورت وجوهها حتى استبيحت الربا بالحيل⁸⁹ .

رابعا) مراعاة ميزة الخصوصية في أحكام الفقه الاسلامي:

⁸⁵ تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، بوكركب عبد المجيد، مرجع سابق، ص14 .

⁸⁶ عبد الملك بن محمد الجويني، أبوالمعالى، البرهان في أصول الفقه، تح: عبد العظيم الديب، ط1، دولة قطر، 1399هـ، مج 1/101.

⁸⁷ انظر: الموافقات، الشاطبي، مرجع سابق، مج3/58

⁸⁸ رياض منصور الخليلي، التجديد في فقه المعاملات المالية المعاصرة المفهوم - الضوابط - المجالات، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، ط1، البحرين، 1427هـ/2006م، ج1/21.

⁸⁹ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، القيسي، 310، 309، التجديد في فقه المعاملات المالية المعاصرة مرجع نفسه ص27، 28.

تتميز أحكام الفقه الإسلامية باتصال أجزائها وتعاضدها كالبناء المحكم، فالأحكام التي يتضمنها باب من أبوابه تُفسر وتؤيد أحكاماً لأبواب أخرى، فأبواب النفقات مثلاً متصلة بأبواب الموارث والديات، وأبواب العبادات لها تأثير في أبواب البيوع وهكذا...⁹⁰ ضف إلى ذلك كله لزوم إبراز المقنن للأحكام الفقهية ذات الطابع الخاص كأحكام إيجاز الوقف، والأراضي الزراعية، وهلاك الزرع، والمريض مرض الموت والخيارات وغيرها...⁹¹.

خامساً) النظر إلى صحة الدليل وقوته عند الترجيح:

ينبغي على المقنن في مسائل الخلاف - وهي الأغلب الأعم - أن يعتمد في ترجيحه على الأدلة الأكثر قوة والأصح سنداً بغض النظر عن صاحب القول أو مذهبه⁹²، أما في حالة الترجيح المبني أساساً على المصلحة فوجب بيان وجه هذه المصلحة من كونها ظاهرة وعامة؛ قد سلك فيها المقنن قواعد الترجيح المنصوص عليها والمعروفة في علم أصول الفقه⁹³. ومن ثم وجب بيان تفاصيل الرأي الفقهي المختار ودليله الذي يستند إليه، وذكر الخلاف عند المتقدمين إن وجد، وبيان وجهة نظر المخالفين في لجنة إعداد التقنين، مع الإشارة إلى المصطلح القانوني الوضعي المقابل للمصطلح الفقهي عند الاقتضاء⁹⁴. ويمكن ذكر ذلك كله في المذكرة الإيضاحية أو التفسيرية للتقنين.⁹⁵

سادساً) الاقتصار على القواعد الكلية والبعد عن التفاصيل:

وذلك أن عملية التقنين تتطلب مراعاة صِفَتَي العموم والتجريد في النص الفقهي، لهذا وجب على المقنن أن يتبع المنهج القرآني في وضع القواعد العامة والنظريات التي تتماشى مع التغييرات مما يتيح للقانون أن يتطور ويمنع جموده وعجزه⁹⁶. أما محاولة الإحاطة بكل شيء في التقنين فمقضيٌّ عليها بالفشل؛ فمهما

⁹⁰ جمال عطية، وهبة الزحيلي، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1420 هـ / 2000م، ص23. الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص408

⁹¹ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، القيسي، مرجع سابق، ص313.

⁹² عبد الباسط الهادي، النعاس، ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات قانونية، ط1، 2008م، ج1/13، 14.

⁹³ الصياغة الفقهية، مرجع سابق، ص401.

⁹⁴ انظر: نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، القيسي، مرجع سابق، ص318.

⁹⁵ هي التي توضح مدلول النص وتبين قصد المقنن. ومن صفاتها: التفصيل وبيان حكمة التشريع وشرح الألفاظ الواردة في النص، وهي لا تضيف حكماً جديداً.

⁹⁶ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي مرجع نفسه، ص321، الصياغة الفقهية، مرجع نفسه، ص404.

كان المقنن بعيد النظر فإنه يبقى عاجزا عن تصور كل أمر ليضع له حكما، بل قد يعجز عن وضع أحكام صالحة لكل زمان ومكان للأمر التي يعرفها⁹⁷.

سابعاً) البعد عن الاهتمام بموافقة مضمون القوانين الوضعية:

فلا يكون المقصود بتقنين الفقه الإسلامي أن يتفق أو يختلف عن القوانين الوضعية، فللفقه أسلوبه وخصائصه ما يجعله كامل الاستقلالية عن أي نظام قانوني آخر. هذا وقد حاولت بعض لجان تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري أن يضيفوا على قانون المرافعات - المأخوذ أصلاً من القانون الفرنسي - صفة الشرعية استناداً للدليل المصلحة المرسله⁹⁸، ولعل هؤلاء ما عناهم الأستاذ:

عبد الرزاق السنهوري بقوله: " لن نحاول أن نصطنع التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة"⁹⁹، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صفة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته، وتقضي الأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه بمقوماته وطبائعه"¹⁰⁰

كما لا نحاول الانسياق مع النظريات الأجنبية التي دلت التجارب الطويلة على عدم جدواها¹⁰¹، يقول الإمام ابن الصلاح في حق من يتخير القول أو الفتوى بالهوى: " واعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتواه أو علمه موافقاً لقول أو وجه في المسألة، ويعمل بما يشاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به فقد جهل وخرق الإجماع"¹⁰².

⁹⁷ تقنين الفقه الإسلامي محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 92.

⁹⁸ انظر: تقنين الفقه الإسلامي، المرجع نفسه ص 82، الصياغة الفقهية، مرجع نفسه، ص 407، 408.

⁹⁹ انظر في هذا الشأن: الوضع القانوني المعاصر، طارق البشرى، مرجع سابق، ص 125، 126.

¹⁰⁰ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العرب، ط 2، بيروت 1997

م، ج 1/6

¹⁰¹ المدخل الفقهي العام، الزرقا، مرجع سابق، 1/ 323.

¹⁰² عثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو، المعروف بابن الصلاح أدب المفتي والمستفتي، تح: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم

والحكم، بيروت، ط 1، 1407 هـ. 63/1.

الفرع الثاني: الضوابط الموضوعية

ويقصد بها الضوابط الحاكمة لنصوص الأحكام والماد المقننة من حيث مشروعية الحكم وبيان أصله وطريقة صياغته وأسلوبه واصطلاحاته¹⁰³.

أولاً) نطاق التقنين:

أي بيان نوع الأحكام التي تنصب عليها عملية التقنين¹⁰⁴. فنوع من الأحكام وردت نصوصه صريحة قطعية في ثبوتها وفي دلالتها فهذه لا مجال للاجتهاد فيها، لأن الأصل فيها المنع ونوع منها وردت بصيغ تقبل التأويل لأنها ظنية، فالأقوال فيها كثيرة ويختار المقنن رأياً واحداً يلزم القضاة به. أما ما لم يرد فيه نص خاص لا بالقطعية ولا بالظنية فباب الاجتهاد فيه مفتوح¹⁰⁵.

مع وجوب التفريق بين المسائل الواجبة ديانة (التي تكون بين العبد وربّه)، والمسائل الواجبة قضاء (التي هي محل التقاضي) التي يتناولها التقنين بالصياغة والتنظيم والترتيب...¹⁰⁶

فالتقنين لا يتناول الأحكام التعبدية ولا يحق له التدخل فيها كأصل عام، لكن قد يرد الاستثناء التشريعي والقضائي في تقنين بعض الأحكام المتعلقة بحماية العبادات والحفاظ على شعائرها .

من أمثلة ذلك: ما جاء في القانون المغربي من النص على عقوبة تعطيل العبادات، وعقوبة المجاهرة بالإفطار في رمضان .. وفي القانون الليبي النص على معاقبة التعرض لإقامة الشعائر الدينية وإهانة المقدسات وتقنين بعض أحكام الزكاة وأن الدولة هي التي تقوم بجبايتها وعقوبة منعها .. وفي القانون الماليزي: النص على عقوبة المجاهرة بالإفطار، وعقوبة عدم أداء صلاة الجمعة والتخلف عنها وعدم أداء الزكاة الواجبة وزكاة الفطر ومنع الآخرين من العبادات...¹⁰⁷

¹⁰³ حركة التقنين الفقهي، لعبادة هاجر، مرجع سابق، ص 156 .

¹⁰⁴ بوسطة شهرزاد، أثرتقنين الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، ع 03، جامعة الوادي، م 2021، مج 88/7 .

¹⁰⁵ انظر : محمد كمال الدين إمام، في منهجية التقنين، مرجع سابق، ص 423، 424، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 22

¹⁰⁶ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 79 .

¹⁰⁷ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، القيسي، مرجع سابق ص 340 . نقلا عن القيمة القانونية في الشريعة الإسلامية ومكانتها في الخطاب القانوني العربي، ومحاولة تأطير وتقييم، صالح الطيب محسن، منشورات مجلس تنمية الإبداع الثقافي ببنغازي، ط 1، 2004م، حركة التقنين الفقهي، لعبادة، مرجع سابق، ص 145 .

ثانيا) مصدر التقنين:

حتى يوصف التقنين بأنه (إسلامي) أو (فقهي) لا بد أن يكون مصدره الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المعتمدة، التي تعتمد على الأدلة الشرعية النقلية والعقلية، الأصلية والتبعية، المتفق عليها والمختلف فيها، دون الرجوع إلى القوانين الوضعية بالإقتباس أو النظر في مدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الإسلامية¹⁰⁸. والناظر في التجارب التقنية السابقة ومختلف الجهود الرسمية منها وغير الرسمية الفردية والجماعية يجدها لا تخلوا عن اتجاهين رئيسيين هما¹⁰⁹:

1)الاتجاه الفقهي الإسلامي:

وفيه ينطلق المقنن - سواء كان فردا أو لجنة - من الفقه الإسلامي ذاته بالاعتماد على مصادره وشروحاته والبناء على أصوله وقواعده، والالتزام بعباراته ومصطلحاته والسير على طرائق الفقهاء في الترتيب العقلي المنطقي للموضوعات، وهذه هي الطريقة المنشودة في التقنين الفقهي¹¹⁰.

وفي ظل الاتجاه الفقهي العام هناك ثلاثة مناهج فرعية هي كالاتي:

أ) الاتجاه الأول:

يقوم على تقنين الفقه الإسلامي وترتيبه وفقا لتبويب وترتيب القانون الوضعي، وذلك ما يحقق سهولة لتطبيق الشريعة في العصر الحديث وسرعة إنجاز المطلوب .

ب)الاتجاه الثاني:

يقوم على الانطلاق أولا في التقنين من الفقه الإسلامي، ويكون في قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الإسلامية، وفي ذلك ما يحقق الوحدة المرجوة والابتعاد عن الخلافات المذهبية .

ت)الاتجاه الثالث:

¹⁰⁸عباس حسني محمد، الفقه الاسلامي آفاقه وتطوره، الطبعة الثانية، 1414هـ، ص 247 .

¹⁰⁹الصياغة الفقهية، الرومي، مرجع سابق، ص 394 .

¹¹⁰انظر الصياغة الفقهية، مرجع نفسه، ص 395، تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 81 .

يقوم على تقنين الفقه الإسلامي كل مذهب على حدة، ثم ينظر فيما فُتن فيختار منه ما يكون قانوناً موحداً مختاراً¹¹¹.

ومن هذا المنطلق تُثار قضية التخير في المذاهب أو ما يعرف عند المتأخرين ب (مسألة التلفيق)، حيث يُؤخذ بقول أكثر من إمام أو مذهب سواء في جزئيات المسألة الواحدة أو في المسائل المختلفة¹¹². فيكون بذلك قد أتى بكيفية لا يقول بها مجتهد¹¹³. وهذه الطريقة محل خلاف بين الفقهاء بين مانع مطلقاً، ومجيز مطلقاً، ومجيز بضوابط وشروط أهمها: ألا يفضي التخير بين الأقوال إلى تفويض دعائم الشرع وحكمته، كالتلفيق المبني على التشهي والهوى وتتبع الرخص؛ وهذا هو مذهب جماهير المحققين من الفقهاء¹¹⁴.

أما التلفيق في مجال التقنين أو ما يعرف بـ (التلفيق التشريعي) فهو: "تخير ولي الأمر أحكاماً من مختلف المذاهب ليجعل قانوناً تسيّر عليه البلاد الإسلامية"¹¹⁵. وقد يكون هذا التخير الرسمي وفق مذهب واحد كما فعلت مجلة الأحكام العدلية وما جاء في أعمال قدري باشا والقاري ومحمد بن عامر وغيرهم¹¹⁶. وقد يكون من مختلف المذاهب الفقهية، كما حصرها مفتي الديار المصرية الشيخ محمد المطيعي (ت1354 هـ) في المذاهب الأربعة المشهورة، بينما عمّم غيره الأخذ من مختلف المذاهب الإسلامية بشرط صحة الدليل من الكتاب والسنة وعدم مخالفة الإجماع¹¹⁷. فيما ذهب آخرون إلى أن يؤخذ تقنين

¹¹¹ هذا ما حاولت لجان تقنين الفقه في الأزهر القيام به لكن العمل لم يتم للصعوبات الكثيرة التي واجهتها منها: اللغة الصعبة والغامضة التي كتبت بها المتون الفقهية في ذلك الزمان، إضافة إلى الطابع الجزئي الذي اتسمت به أغلب تلك المتون ما خلق صعوبة للجان التقنين الذين كان همهم جمع أحكام ذات طابع كلي. انظر في ذلك كله: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد حنبل، اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، مقدمة الأمين العام للمشروع، محمد بن عبد الرحمن بيسار، الطبعة التمهيديّة، 1392هـ/1982م، ص9 وما بعدها.

¹¹² انظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1416هـ/1996م، 142/2، الصياغة الفقهية مرجع سابق، ص395.

¹¹³ محمد سعيد الباني، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، تعليق حسن السّماحي سويدان، دار القادري، دمشق ط1، 1418هـ/1997م، ص183.

¹¹⁴ محمد سعيد الباني، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، تعليق حسن السّماحي سويدان، دار القادري، دمشق ط1، 1418هـ/1997م، ص183.

¹¹⁵ النوازل التشريعية، مرجع نفسه، ص28

¹¹⁶ انظر مجلة الأحكام العدلية سامر القبيج، مرجع سابق، ص313. المدخل الفقهي العام الزرقا، مرجع سابق، 1/229

¹¹⁷ الفكر السامي، الحنجوي، مرجع سابق 2/476، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، مرجع سابق ص269. المدخل للفقه الإسلامي، مذكور، مرجع سابق، ص327، الصياغة الفقهية، مرجع نفسه ص397، 398، 399.

كل بلد من مذهب السائد مع الخروج عنه متى اقتضت الحاجة¹¹⁸. لكن " المشاهد في الواقع العملي أن الهيئات واللجان المخولة بتقنين الاحكام الشرعية تأخذ بالتلفيق والتخير من المذاهب المختلفة، بما تراه أرجح دليلاً وأوفق بحاجات الناس ومصالحهم وفق مقاصد الشريعة وقواعدها ونظرياتها الحاكمة ومعاهد الإجماع فيها .. وقد جرت أكثر التقنينات الشرعية على هذا المنوال لا سيما في مجال الأحوال الشخصية "119 .

(2) الاتجاه القانوني الوضعي:

والمراد به أن يعتمد إلى القوانين الوضعية القائمة فتنسب إلى الشريعة الإسلامية متى كان ثمت وجه لإلحاقها بها¹²⁰. وعلى هذا سار بعض أعضاء لجنة إعداد مشروع قانون المرافعات في مصر، وانتهوا إلى عدم مخالفته - عموماً - للشريعة الإسلامية و لذا يمكن تعديل أو حذف ما هو مخالف واستحداث مواد جديدة، استناداً في ذلك للمصالح المرسلة¹²¹ وتحقيقاً للسرعة المطلوبة في التقنين. ولا يخفى خطأ هذا المنهج وخطورته في إضفاء الشرعية على ما هو غير شرعي، وهو ما حاولت هذه اللجنة أن تقوم به - بعلم أو جهل - مع قانون المرافعات الذي هو قانون فرنسي في الأصل¹²².

ثالثاً) الصياغة والأسلوب

(1) الصياغة:

وهي صبّ الأحكام الفقهية في قوالب تقنينية منظمة، حسب التبويب الفقهي المعهود، والذي يبدأ بإيجاب الشارع، وإيجاب المكلف، ثم يبحث في أحكامه، أي يبدأ فيه بالسبب ثم ينتقل منه إلى المسبب، وهو النظر المنطقي العملي¹²³.

¹¹⁸ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص 84.

¹¹⁹ الصياغة الفقهية، الرومي، مرجع سابق، ص 399، 400، 401 وانظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا، مرجع سابق، 1/260.

¹²⁰ الصياغة الفقهية، مرجع نفسه، ص 405.

¹²¹ انظر: تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، لا يمكن بحال من الأحوال التعويل على دليل المصلحة في نسبة القانون الوضعي للفقه الإسلامي، فهو إضافة إلى كونه دليل تكميلي فلم يسلم من الخلاف، وما شرع إلا عند عدم ثبوت النص الشرعي أو حصول الإجماع وهذا ما لم يتحقق في عمل هذه اللجنة ص 84

¹²² تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع نفسه، ص 81، 82، الصياغة الفقهية مرجع نفسه، ص 406، 407، 408.

¹²³ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع نفسه، ص 87.

وهذا ما سارت عليه بعض التقنينات الفقهية كمجلة الأحكام العدلية وأعمال قدري باشا وملخص الأحكام الشرعية لابن عامر .

أما التقنينات الرسمية لأغلب الدول الإسلامية فقد أخذت بالتبويب القانوني المعاصر، والذي استمد في أصله من القانون الروماني¹²⁴ وبه أخذ القانون المدني الفرنسي، وهو القائم في معاملاته المالية على "الحق، وتقيسسه إلى حق شخصي وحق عيني، ثم يبحث عن مصادر وأحكام كل من الحقيين، أي البدء بالمسبب وهو الحق، ثم البحث عن السبب وهو مصدر وأحكام الحق"¹²⁵ .

"كما أيضا من طريقة الصياغة الرومانية قيام الفقهاء المسلمين بوضع نظريات فقهية على غرار النظريات القانونية"¹²⁶ .

(2) الأسلوب:

هو كيفية صياغة الأحكام أو اختيارها بطريقة تكون أكثر اتفاقا من غيرها مع أحكام الشريعة، وبهذه الطريقة يمكن تلاقي كثير من الأخطاء في وضع أحكام التقنين،¹²⁷ ولذلك ويتطلب الأسلوب مايلي:

- استعمال الصيغة المناسبة لكل حكم، فالأمر والنهي يعبر عنهما بصيغة قاطعة جازمة، والإباحة يعبر عنها بصيغة مرنة واسعة .
- تجنب العبارات الغامضة واللفظ الغريب، لأن من مقاصد التقنين الإفهام والتواصل مع جمهور الناس
- تجنب التكرار والتناقض، لتعارضهما مع وظيفة التقنين وروحه العملية .
- الحفاظ على معنى اللفظ الواحد في كل فصول التقنين وأبوابه، فلا ينزاح من معنى إلى معنى بحسب الموضوع والسياق بل يطرد معناه في كل الاستعمالات .
- تجنب ذكر التطبيقات والأمثلة العملية للقواعد القانونية إلا الضرورة أو الفائدة، كاحتمال حصول الاختلاف في تطبيق القاعدة فيذكر التطبيق التشريعي لحسم الأمر .
- تجنب الإكثار من الإحالة من نص إلى نص إلا في حالة الضرورة، لصعوبة تعقب الإحالات وماجعل التقنين إلا للتسهيل¹²⁸ .

¹²⁴ حركة التقنين الفقهي، لعيادة، المرجع السابق، ص 149.

¹²⁵ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، المرجع السابق، ص 87.

¹²⁶ حركة التقنين الفقهي، لعيادة، المرجع نفسه، ص 149.

¹²⁷ تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، يحيى الخلاليلة، المرجع السابق، ص 283.

- عدم إغفال الجوانب الجغرافية والعرقية وعادات وأعراف المجتمع المخاطب في التقنين¹²⁹.

رابعاً لغة التقنين:

وتتطلب مايلي:

- اعتبار اللغة العربية، فهي اللغة المعتمدة في التقنين الفقهي لكونها لغة القرآن¹³⁰.
- استعمال لغة فنية خاصة بصياغة التقنين، يتوفر فيها الوضوح والدقة وسلامة التركيب والقواعد اللغوية، من خلال تخيّر الحروف والكلمات والعبارات المناسبة، واختيار زمن الفعل المناسب¹³¹ للعبارة القانونية¹³².
- مراعاة ترتيب الضمائر والمضاف والمضاف إليه، والمعطوف والمعطوف عليه، والعدد والمعدود وغير ذلك ..
- الابتعاد عن التحسينات البديعية، والحشو والإسهاب ، أو الاختزال والاختصار المخلّ .
- الالتزام بمصطلحات الفقه الإسلامي دون مصطلحات القانون فاللفظ الواحد في الفقه الإسلامي قد يكون له غير المعنى في القانون¹³³.

الفرع الثالث: الضوابط الشكلية

هي التي تُعنى بالقضايا الشكلية والإجرائية للتقنين، وهي مسائل اجتهادية تقبل الأخذ والرد والتطوير حسب إمكانيات البلد وأوضاعه¹³⁴، ومنها:

¹²⁸ قطب الريسوني مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م، ص46، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، عبد الرزاق السنهوري، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق مصر، العدد 1، السنة السادسة، 1936م ص72، 73.

¹²⁹ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، القيسي، مرجع سابق، ص359، 360.

¹³⁰ حمد بن ناصر الشيباني، الأسس العلمية المقترحة لتقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف عمان، 2008م، ص568.

¹³¹ وهو أن يلتزم ببدء الصياغة بجمل فعلية بالفعل المضارع مثلاً : مادة 1: (تحريم شرب الخمر وتعاطيها وحيازتها واحرازها وصنعها ..)، مادة 2: (يعتبر خمرا كل سائل مسكر سواء أسكر قليلاً أم كثيراً). نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية، علي علي منصور، مؤسسة الزهراء، المدينة المنورة، ط1، 1369هـ-1976م، 1/105.

¹³² انظر: وجوب تنقيح القانون المدني المصري، السنهوري 73، تقنين الفقه الاسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص95، 96، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، قطب الريسوني، مرجع سابق، ص46.

¹³³ تقنين الفقه الاسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص96، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، الريسوني، مرجع نفسه، ص46 الصياغة الفقهية، الرومي، ص402، تقنين الفقه الاسلامي، بوسطلة، مرجع سابق، ص99.

أولاً) التبويب والترتيب و الترقيم:

(1) يراد بالتبويب: وضع المادة التي تسطرها الهيئة المقننة ضمن تقسيماتمخصوصة، تكون مترابطة

ترابطة منطقيا محكما¹³⁵.

(2) الترتيب والترقيم: فهو عمل علمي بحت، وهو مهم في عملية التنظيم وعدم .وقوع التناقض

والخلل . وخير تبويب للتقنين وهو ما يلاحظ فيه أمران: أحدهما أن يكون منطقيا: فتكون الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم . والآخر أن يكون عمليا: فيقسم إلى أبواب وفصول تبين الأحكام الشرعية العملية¹³⁶.

كما لا يشترط في هذه العملية أن يكون الترتيب علميا وفق ترتيب كتب الفقه، بل يُتبع الترتيب المنطقي الميسور والذي يأخذ تدرجا هرميا تنازليا على الوجه التالي:

- الأبواب: وتنقسم إلى فصول ويعكس عنوان كل باب جوهر عناوين فصوله ويمكن أن يكون للباب مقدمة تمهيدية تبين الأحكام العامة والقواعد الفقهية .
- الفصول: وتندرج تحتها فروع معنونة تعكس ماتحويه أقسامها .
- الأقسام: وتندرج تحتها المواد وتكون مرقمة ترقيما تسلسليا هكذا: (1-) أو (مادة1).
- البنود: وهي التي تحتوي على أحكام مستقلة بذاتها وقد ترقم تسلسليا أيضا¹³⁷.

ثانيا) الإجراءات:

¹³⁴نظرات في تقنين الفقه الاسلامي، القيسي، مرجع سابق، ص365.

¹³⁵ حركة التقنين الفقهي، لعيادة، مرجع سابق، ص148، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، السنهوري، مرجع سابق، ص 69

¹³⁶تقنين الفقه الاسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص89.

¹³⁷مشكلات التشريع، بكر، مرجع سابق، ص144، 145. تقنين الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ص89، 90 تقنين الفقه الإسلامي، بوسطة، مرجع سابق، ص95

هي المبادئ الشكلية والمراحل التي تضمن السير الحسن والأمثل للتقنين، بدءا بوضع مشروع التقنين وشروط القائمين عليه وانتهاء بإخراجه على هيئة مخصوصة¹³⁸. ويمكن إجمال هذه المراحل فيما يلي:

- (1) **لجان وضع مشروع التقنين:** وهم القائمون مباشرة على عملية التقنين، ويشترط فيهم أن يكونوا من ذوي الاجتهاد والكفاءة العلمية المتخصصة في النطاق المراد تقنينه. ولو جمعت اللجنة بين أصحاب التكوين الشرعي والقانوني لكان أفضل، فإن لم يوجد فيشرك أهل التخصص والعارفين بشؤون الدولة وسير تنظيمها كالقضاة ومثلي الوزارات .. ويستحسن أن تكون هذه اللجان محدودة العدد على شكل فريق يسوده روح الوحدة والانسجام¹³⁹
- (2) **لجان المراجعة:** والواجب أن تكون أكثر عددا من لجان الوضع لمناقشة المشروع، وأن تكون أكثر تنوعا في التخصصات، فتشمل الفقهاء والمحامين والخبراء الاقتصاديين والمصرفيين والاجتماعيين وأهل اللغة والترجمة .. إلخ¹⁴⁰.
- (3) **مرحلة الإقرار:** وذلك حتى يجوز صفة الإلزامية ويكون بالإجماع من رجال الفقه والقضاء، أو بالإقرار عن الأمة عن طريق الاستفتاء أو بالاختيار من طرف أهل الحل والعقد .
- (4) **مرحلة الإصدار:** ويلاحظ أن في هذه المرحلة يتم تدارك كل النقائص والتحفظات والتعديلات، حتى يصدر التقنين في شكل وحدة متكاملة¹⁴¹.

ثالثا)مراجعة التقنين وتعديله:

وهذا أمر روتيني يجب القيام به من حين إلى آخر حتى يبقى التقنين مسائرا للظروف وتطورات المجتمع، وبدون هذه التعديلات يصاب التقنين بالتخلف والجمود. مع ملاحظة أن منظومة الفقه الإسلامي

¹³⁸ حركة التقنين الفقهي، لعيادة، مرجع نفسه، ص154

¹³⁹ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع سابق، ص97، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، القرضاوي، مرجع سابق، ص268 مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، الريسوني، مرجع سابق، ص44، حركة التقنين الفقهي، لعيادة، مرجع سابق، ص 154 .

¹⁴⁰ وجوب تنقيح القانون المدني المصري، السنهوري، مرجع سابق، ص67، تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع سابق ص97، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، الريسوني مرجع نفسه، ص45.

¹⁴¹ تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي، مرجع نفسه، ص97، 98.

واسعة في ميدان التعديل بالأخذ بالمذاهب والأخرى غير القول الذي اعتمد عليه أولا في التقنين بما يحقق المصلحة المتجددة¹⁴².

المبحث الرابع: مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي وعيوبه

لتقنين أحكام الفقه الإسلامي مزايا متعددة وكما يؤخذ عليه بعض المثالب والمآخذ .

المطلب الأول: مزايا التقنين

يرى الكثير من العلماء المعاصرين أنّ إيجابيات التقنين تستغرق عيوبه ومحاذيره ولعل من أهمّها:

(1) يعدّ التقنين وسيلة فعالة لما يمتاز به من يسر وسرعة في وضع القواعد و الأحكام الشرعية، أو الكشف عنها في موضعها، وفي تعديلها أو إلغائها - إذا كانت قاعدة اجتهادية - وهذا يدلّ على مرونة التشريع الإسلامي وصلاحيّة الشريعة للتطبيق في كلّ زمان ومكان.

(2) يترتب على تقنين أحكام الفقه الإسلامي ضبط الأحكام الشرعية، وبيان الرأي الراجح في المسألة، باعتبار أن القضاة يجدون أنفسهم أمام آراء متعددة . سواء داخل المذهب الواحد أو بين المذاهب المختلفة فلا يتيهون حينئذ بين الأقوال المختلفة الموجودة بين ثنايا كتب الفقه الإسلامي، والتي لا يتبين راجحاً من مرجوحها إلا العلماء المتخصصون ذووا الكفاءة والدراية¹⁴³، كما أنّ ضيق الوقت من جهة، والكمّ الهائل من المنازعات المعروضة عليهم لا يتيح لهم الترجيح بين الآراء المتعارضة.¹⁴⁴

(3) يؤدي تقنين الأحكام الفقهية إلى اشتغال القضاة والمحامين والباحثين بدراسة الفقه، ويعين هذا على تيسير دراسة وتدريس الفقه الإسلامي، ومقارنته مع النظم والتشريعات الأخرى .

¹⁴² تقنين الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ص 98، 99 مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، القرضاوي، مرجع سابق، ص 270، 271 مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، الريسوني، مرجع نفسه، ص 45.

¹⁴³ د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي : تقنين الفقه الإسلامي بين المؤتمرات والتشريعات، بحث مقدم مؤتمر تطور العلوم الفقهية - الفقه الإسلامي - المشترك الإنساني والمصالح، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مسقط - عمان - من 6 إلى 9 أفريل 2014 ص 16.

¹⁴⁴ انظر محمد الألفي : محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة" جامعة الإمارات العربية الموحدة، الفترة من 20 إلى 22 أفريل 1994. ص 115.

- 4) يعدّ التقنين ضرورة ملحة في الدولة المعاصرة، التي تمتاز بكثرة وتشعب الهيئات الإدارية، ولا يخفى أن تسيير أعمال هذه الأخيرة يكون من خلال نصوص واضحة المعنى سهلة التطبيق¹⁴⁵.
- 5) سرعة الفصل في النزاعات في هذا العصر الذي تزاومت فيه الدعاوى والأقضية. يقول الدكتور وهبة الزحيلي معددا مزايا التقنين: "فمن المعروف أن كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغص باختلاف الآراء في القضية الواحدة. وهذا يجعل غير المتخصص (وهم أكثر الناس) في حرج وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي. فإذا ماقنت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، ورتبت ترتيبا ميسرا، فعندئذ يسهل على القاضي والفقير والمحامي والمتقف العادي معرفة أحكام الشريعة في العقود والمعاملات... وربما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع لكتب الفقهاء، مفضلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية، المذلة الطريق في مراجعتها وموسوعتها"¹⁴⁶.

المطلب الثاني: عيوب التقنين

نُسب إلى التقنين ما يتلخص في عيبين هما: **الجمود والنقص**. وسيتبين أنّهما عيبان موهومان.

الفرع الأول: الجمود

قدما أن التقنين تشريع كغيره من التشريعات ولكنه يمتاز عليها بالضخامة والأهمية، وبما يبذل فيه نتيجة ذلك من جهد، وبما يوضع فيه من فن مما يكسبه شيئا من الهيبة والتقدير بل ما يقرب من التقديس. يضاف إلى ذلك ما تجنيه الروابط القانونية من فائدة كبيرة نتيجة تركيز قواعد القانون في مواد موجزة سهلة التداول بدلا من القواعد القديمة المبعثرة والأحكام المتضاربة. هذا إلى أنه قد يوجد لدى الفقهاء الاعتقاد بأن "التقنين" أصبح المصدر الوحيد للقواعد القانونية وأنه كالكتاب المقدس قد أحاط بكل شيء علماً وأتى بالحلول لكل مشكلات الحياة مما يستتبع أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيرا لفظياً وأن تكون مهمتهم هي الكشف عن نية واضعيه¹⁴⁷ - كل ذلك قد يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسابرة

¹⁴⁵ محمد الألفي: المرجع السابق، 115.

¹⁴⁶ د/ وهبة الزحيلي: تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، 1987، ص. 2728، نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 319.

¹⁴⁷ في هذا إشارة إلى مدرسة الشرح على المتون التي تجعل القانون محصورا في "النصوص التشريعية" دون غيرها. وقد دالت دولة هذه المدرسة (مذهب فرنسي يجعل المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع دون غيره كالعرف والعادة) انظر السنهوري وأبوستيت، أصول القانون، البنود 24 - 28 ص 37 - 41.

لما يحدث في المجتمع من تطور، وهو أمر يتنافى مع وظيفة القانون التي تقتضي أن يتطور مع ما يجد من ظروف المجتمع. ولكن سرعان ما تبين أن هذا الانتقاد مبالغ فيه وأن القانون يظل محتفظاً بمرونته في ظل التقنين فضلاً عما يتمتع به التقنين من مزايا، وقد ترتب على ذلك أنه لم يعد أحد يعتبر هذا العيب .

الفرع الثاني: النقص

أما العيب الثاني الذي رموا به التقنين فهو - النقص - أو - القصور - وذلك يتمثل في وجهين:

- خلو المدونات من التعريف بالألفاظ التي وردت فيه وترك ذلك للفقه والقضاء مع خطورة النتائج التي تترتب على الاختلاف في تعريفها، كألفاظ الغلط والتدليس والغرر وحسن النية وسوء النية
- قصور التقنين عن استيعاب كل الأحكام القانونية .وبعبارة أخرى عدم شمول التقنين للأحكام القانونية

ويلاحظ على هذا العيب (النقص) بادئ ذي بدء أنه لا يتصل بطبيعة التقنين وإنما بمنهجه إذ من الممكن إيراد تعريف للألفاظ المستعملة في التقنين وهو ما فعلته فعلا بعض التقنينات كالمجلة . ومن الممكن محاولة استقصاء كل الأحكام، ولكن هذا العيب، مع ذلك، مردود حتى من ناحية المنهج بما يأتي:

أما الوجه الأول وهو خلو التقنين من التعريفات فهو فضيلة تحسب للتقنين لا عليه، ذلك لأن التعريفات مسألة علمية فينبغي أن تترك للفقه والقضاء يذهبان فيها المذهب المناسب لمقتضى الحال المتغير بتغير الظروف .

وأما عدم استيعاب التقنين لكل الأحكام فهو ما تقضي به الحكمة، إذ ينبغي أن يقتصر التقنين على القواعد العامة وأن تترك التفاصيل للقضاء وعلى القضاء أن يكمل ما في التقنين من نقص وفقاً لما تقتضيه الضرورات العملية وتستوجبه العدالة .

وهذا النقص المزعوم يهيء الرد على العيب الأول الذي وجه إلى التقنين وهو الجمود وذلك أنه نتيجة عدم الإحاطة بكل الجزئيات أمكن تحت ستار التفسير التوسع في فهم النصوص لإدخال الحاجات الجديدة تحتها، وبذلك يبقى للتقنين مرونته مهما تقادم عليه العهد .

وهذا ما نجده فعلا في فرنسا إذ أن التقنين الفرنسي وضع سنة 1804 ثم جدت معاملات وواقعات لم تكن يوم وضعه ومع ذلك أمكن باسم التفسير مد نصوصه حتى شملت ما وجد من معاملات وواقعات، وفي ذلك يقول الفقيه الكبير سالي saleilles عن تقنين نابليون بمناسبة مرور مائة

عام عليه: " المجموعة المدنية تطورت، فقد بقيت النصوص على حالها ولكن الذي تغير هو محتواها، ففي أوعية ظن أنها قديمة جرى (رحيق) جديد، وقد كفت قوته المتجددة لأن تعيد إلى الوعاء نضارة الشباب " ¹⁴⁸. وقد خفت الأصوات المعارضة للتقنين بل تلاشت إذ لم يعد أحد يدعوا إلى مناهضته (إلا في بعض الدول العربية) بل اتجهت الدعوة إلى الإجابة في صناعته ثم مراجعته بين حين وحين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة التي جدت وأقدر على متابعة التطور في المعاملات .

ومن سلبيات التقنين أيضا:

- أن التقنين يؤدي إلى إيقاف حركة الإجتهد، ذلك أن القاضي يجد نفسه مقيدا بنصوص قانونية لا يجوز له أن يُعيد عنها قيد أملة، باعتبار أنه لا اجتهد في مورد النص، وعندئذ يتوقف الإبداع الفكري و التشريعي في مواجهة الظروف المستجدة والنوازل الطارئة .
- يُصيب التقنين القضاة بالتكاسل والخمول اتكالا على النصوص المقننة، حيث تفتت عزائمهم فلا يرجعون إلى المصادر الفقهية للتنقيب والبحث عن الأحكام الشرعية .
- أن الأخذ برأي واحد مراعاة للمصلحة الآنية ربما أوقع الناس في الضيق والحرج، لأن الاختلاف في الآراء رحمة للأمة، حيث يقول البعض في هذا الصدد: "إننا الآن بحاجة إلى استخراج الأحكام لما استجد من الأوضاع أكثر من الإدعاء بتقنين جديد، فإنّ التقنين الجديد لا يفيد شيئا، بل هو ضرر علينا وعلى أمتنا" ¹⁴⁹ .
- التقنين يؤدي إلى مفسدة عظيمة تتمثل في تعطيل الشريعة والإخلال بمبدأ الحاكمية، وترك النصوص الشرعية والاستعاضة عنها بالنصوص القانونية، حيث يجعل من هذا النص المقنن مرجعا للأحكام وليس النص الشرعي ¹⁵⁰ .

¹⁴⁸ انظر: السنهوري، المرجع السابق، البند 69 ص 80

¹⁴⁹ حمزة إبراهيم فودة : هل الشريعة الإسلامية في حاجة إلى تقنين جديد، جريدة البلاد، 11 ربيع الثاني، 1406 هـ، 23 ديسمبر

1985، نقلا عن د/ محمد جبر الألفي : المرجع السابق، ص 117، هامش 108

¹⁵⁰ انظر د/ عبد المهدي محمد سعيد العجلوني : تقنين الأحكام وأثره على مكانة النصّ الشرعي، بحث مقدم لمؤتمر " النصّ الشرعي

بين الأصالة والمعاصرة، الجمعية الأردنية للثقافة المجتمعية، عمان، الأردن في الفترة من 28 إلى 29 أبريل 2012، ص 24 .

الفصل الأول

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج -

و يشتمل على مبحثينهما:

المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
المبحث الثاني: مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

تكتسي أركان الزواج أهمية بالغة في العقد؛ لتوقف إمضاء، أو إبطال عقد الزواج عليها، وسنرى موقف المشرع منها في ضوء الفقه المالكي من خلال هذه الأركان

الفرع الأول: مسألة الرضائية في عقد الزواج

لقد ورد ضمن نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري¹⁵¹: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، وبالرجوع إلى التدقيق الاصطلاحي القانوني يتبين أنّ المقنن أكد لاسيما بعد التعديل سنة 2005 بموجب الأمر رقم 02-05 على رضائية عقد الزواج، بمعنى أنه لم يخضعه في انعقاده لأي كتابة لازمة لاعتبار الوجود القانوني له، وإنما جعله من العقود التي يكفي فيها مجرد تبادل التراضي بين الأطراف العقدية، وهو ما أكده ضمن نص المادة 9 من ذات القانون، وبه يكون المقنن الجزائري موافق للمذهب المالكي من هذا الباب، أين لم يتم الوقوف في الأمهات من الكتب على إلزام لكتابة الزواج حتى يكون معتبرا وذو أثر، ولو أن المقنن جعل الكتابة من المسائل المثبتة لعقد الزواج فهذا لا ينافي ما اشتهر عن المذهب المالكي في أن الكتابة مندوبة في عقد الزواج لحفظ الحقوق.¹⁵² ثم إنّ المقنن عمّم حينما استعمل مصطلح الوجه الشرعي، بحيث اعتمد على أحكام الشرع فيما يتعلق بطبيعة الزواج وكنهه، ولم يطنب في ذلك كله وجعل من الرجوع إلى الشرع مناط التحكيم باستخراج الأحكام

¹⁵¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق : 09 يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

² محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزّي الكلي الغرناطي : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبنيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، دط، دم، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2009 . ص 218

والوقوف عندها بتطبيقها، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى القول أن اللجوء إلى الشرع يُفضي إلى الرجوع إلى الفقه المالكي أو غيره يبقى خيارا متاحا، خاصة بالرجوع إلى سنده القانوني في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهي المجسدة في نص المادة محل المناقشة فضلا عن المادة 222 من نفس القانون¹⁵³.

الفرع الثاني: مسألة الخطبة والعدول عنها

أولا) الخطبة:

وفقا لنص المادة 5 من ق أ ج: أن الخطبة " وعد بالزواج "، وعرفها بعض فقهاء المالكية بأنها:

"استدعاء النكاح"¹⁵⁴، وعرفها البعض الآخر بأنها: "إلتماس التزويج والمحاولة عليه صريحا"¹⁵⁵ وقد اختلف تعريف المشرع عن تعريفات فقهاء المالكية، والأجدر من ذلك أن الإختلاف في التعبير فقط؛ واتفقا على الهدف من ورائها وهو الزواج، ولأن مصطلح الوعد مسألة مهمة من الناحية التطبيقية والقضائية، فإنه يجب إيجاد صياغة أخرى لمصطلح الوعد في قانون الأسرة حيث يمكن صياغة المادة 5 على الشكل التالي: "الخطبة تمهيدا للزواج ولكل طرف العدول عنها"¹⁵⁶.

وقد وافقت المحكمة العليا المشرع والفقه المالكي في ذلك حيث نصت في قراراتها على طبيعة الخطبة بأنها وعد بالزواج يجوز العدول عنه عملا بأحكام الشرعية والقانونية كما أنه لا يجوز للطرف الذي لم يعدل عن الخطبة أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الآخر بإبرام عقد الزواج، لأن العدول حق للطرفين، أو إتمام مراسيم الدخول رغم عدم رضاه. وهي عند فقهاء المالكية كذلك وصفها وطبيعتها.¹⁵⁷

¹⁵³ والتي ورد فيها: "كل مالم يرد فيه النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

¹⁵⁴ الخطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحي بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، تصحيح وتح: دار الرضوان للنشر نواكشوط موريطانيا، الطبعة الأولى 2010 - ج 4، ص 205.

¹⁵⁵ الخرشني، أبو عبد الله محمد، شرح على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر المحمية، ط2، 1317هـ، ج3، ص167

¹⁵⁶ بن شويخ الرشيد، الخطبة في الزواج، دراسة في أحكام الفقه والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة " الصراط" كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الثامنة، العدد 14، ديسمبر 2006، ص- 109، 110

110

¹⁵⁷ د. محمد بشير الشقفة : الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح، المجلد الثالث، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة 2008، ص 62. د/ بلقاسم شتوان: الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر، بدون سنة طباعة، ص 43 وما يليها.

إذلا ترقى الخطبة إلى الزواج مهما بلغت أهميتها، ومراعاة للمقنن الجزائري لمثل هذا الحكم الشرعي الشرعي اعتمد ضمن نص المادة 6 من القانون تفصيلا أكد فيه على أن الخطبة لا تعتبر عقد زواج إلا إذا تضمنت مقوماته التي بها ينقلب وصفها من خطبة محضة إلى خطبة وعقد زواج¹⁵⁸.

ثانيا) مسألة العدول عنها:

الخطبة وعد بالزواج، ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن هذا الوعد، ومع أن العدول عن الخطبة حرام ديانة؛ لأنه إخلاف بالوعد؛ إلا أن الشريعة الإسلامية قضاءً لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد؛ لأن ذلك إكراه لهما على الزواج، وهو عقد أبدي رضائي منزه عن الإكراه، والضرر الناتج عن الإكراه في الزواج أكبر من الضرر الناتج عن العدول¹⁵⁹.

وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في مسألة العدول عن الخطبة، حيث نص في المادة 5 من ق أ الجزائري على أن: "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"¹⁶⁰ لكن العدول عن الخطبة يرتب آثارا فيما يتعلق بالهدايا والمهر (أولا)، وإلحاق الضرر بأحد الطرفين جراء ذلك (ثانيا).

1) الآثار المتعلقة بالهدايا والمهر:

اتفق المالكية على وجوب رد المهر إلى الخاطب في حالة العدول عن الخطبة سواء قل أو

كثراً لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره، وما دام الزواج لم يتم فلا حق للمخطوبة فيه فيسترده إن لم يستهلك أو يهلك أو يورد إليه مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا¹⁶¹، أما المشرع الجزائري فقد نص على استحقاق الزوجة وليس الخطيبة للمهر كاملا بالدخول أو وفاة الزوج ونصفه عند الطلاق قبل الدخول¹⁶²، وبالتالي فقد ذهب مذهب فقهاء المالكية في عدم استحقاق المخطوبة للمهر أوجزه منه عند العدول عن الخطبة، غير أن المشرع لم يتطرق إلى حالة تصرف المخطوبة في

¹⁵⁸ ورد ضمن نص المادة مايلي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"

¹⁵⁹ السرطاوي: محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، سنة 1431هـ / 2010م، ص22

¹⁶⁰ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 17/03/1992، ملف رقم 81129، المجلة القضائية 1994، العدد3، ص62

¹⁶¹ شلي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1977 ص65

¹⁶² المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري.

المهر، كأن تشتري جهازا للبيت من أفرشة وملابس وغيرها، ومن يتحمل الخسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى له¹⁶³.

أما بالنسبة للهدايا فقد اختلف فقهاء المذهب المالكي، فمنهم من يرى أن لارجوع للخاطب

على خطيبته للمطالبة بالهدايا سواء كان الترك من قبله، أو من قبلها إلا لشرط، وأعرف حيث قال الزرقاني في شرح متن العزية: يحرم عليه الإنفاق عليها بخلاف الإهداء إليها فيجوز، ولا رجوع لمنفق أو مهد إذا ترك تزوجها سواء كان الترك من قبله أو من قبلها ... إلا لشرط أو عرف بالرجوع فيعمل به فيما يظهر¹⁶⁴. وأصل المذهب عدم الرجوع عليها بغض النظر عن الطرف الذي رجع عن الخطبة .

وذهب فريق آخر من المذهب المالكي إلى رجوع الخاطب على المخطوبة للمطالبة بالهدايا في

حال العدول عن الخطبة من طرفها¹⁶⁵ ويستثنى من ذلك إن وجد عرف أو تم اشتراط عدم ارجاع الهدايا في حالة الرجوع، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "وجاز الإهداء في العدة لا النفقة عليها فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ومثل المعتدة غيرها ولو كان الرجوع من جهتها والأوجه الرجوع¹⁶⁶ عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط"، وهذا "لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، أما إذا كان الرجوع من جهته فلا رجوع له عليها قولاً واحداً"، وخرج عن الأصل بعض المالكية واعتبروا الأوجه الرجوع عليها إن كان العدول من قبلها، وليس له الرجوع عليها إن عدل هو عن الخطبة .

أما المشرع الجزائري فقد نص على حكم الهدايا عن العدول عن الخطبة من طرف الرجل أو

¹⁶³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2010، ص99

¹⁶⁴ الكشناوي الكسادي، أبوبكر الحسن بن حسن، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى " بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية " مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص 121.

¹⁶⁵ الخطاب، أبو عبد الله محمد ابن محمد، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، تح، عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى (1404 هـ 1984 م) ج4، ص 226

¹⁶⁶ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة، وبدون سنة، ج2، ص 219

المرأة من خلال المادة 5 في فقرتها الثانية والثالثة حيث جاء فيها "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته . وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" وبهذا فالمشرع الجزائري قد أخذ بقول بعض فقهاء المالكية الذين خرجوا عن أصل المذهب فنظر إلى مصدر العدول أو الضرر ففي حالة العدول من طرف الخاطب لا يسترد شيئاً من الهدايا لكي لا نجمع عليها بين ألم العدول، وألم استرداد الهدايا أو تعويض ما استهلك وإن كان العدول من طرفها فله أن يسترد ما أهدى، ويلاحظ على المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أضاف إلى ما سبق من استرداد الهدايا تحديد ما يجب أن يسترد، فيسترد الخاطب ما لم يستهلك أو قيمته إن كان العدول من طرفها¹⁶⁷.

وقد أخذت المحكمة العليا بأحكام قانون الأسرة فنصت في قرار لها لغرفة الأحوال الشخصية

على مايلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه" وذهبت في قرار آخر إلى أنه يتوجب على المرأة المخطوبة إرجاع ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها عند عدولها عن إتمام الزواج¹⁶⁸.

2) التعويض على ضرر العدول عن الخطبة:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، فقد يلحق بأحد المخطوبين ضرر مادي أو معنوي جراء ذلك، ولم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى إلى الضرر عن العدول وذلك لعدم حصول ذلك في عصورهم، ولأن التمسك بالآداب الإسلامية وفقاً لما حدده الشرع من ضوابط وأحكام خاصة بالخطبة والعدول عنها يمنع إلحاق الضرر بأي طرف، وإنما أصل الضرر الإنحراف عن الأخلاق الإسلامية بتقليد أخلاق غير المسلمين، فلم يكن في أعراف المسلمين الإشتراط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما اشترط من مهر فيترب بذلك ضرراً مادياً، ولم يكن للخاطب أن يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء بحجة التعارف فيكونا في خلوة غير شرعية حرمها الإسلام فيلحق الضرر المعنوي بأحد الطرفين¹⁶⁹.

¹⁶⁷أخذ المشرع الجزائري هذا الحكم من المذهب الحنفي، ابن عابدين، محمد أمين، الرد المختار، على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار،

دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة (2003 م 1423 هـ) ج 4 ص 306

¹⁶⁸المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 13/07/1993، ملف رقم 92714، المجلة القضائية 1995، العدد 1، ص 128

¹⁶⁹ أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 69

أما الفقهاء المعاصرون، فقد ذهب أغلبهم إلى التعويض عن الضرر المادي والمعنوي¹⁷⁰، لماشهدته المجتمعات الإسلامية من تطور بإحداث ما ليس في الدين من شيء، عملاً بقواعد الشريعة العامة مثل تحريم التغرير، وإعمالاً بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"¹⁷¹ التي ترتب عليها تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية¹⁷² ولو أنّ الفقهاء لم يعملوا هذه القاعدة صراحة على العدول عن الخطبة، وإنما هي قاعدة عامة في الفقه المالكي، ومن أصول هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية قول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنْفِقْنَ فَمَا سَكُوهُنَّ مَعْرُوفٌ أَوْ سَرْحُوهُنَّ مَعْرُوفٌ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾، [البقرة 231]، فللزواج الحق في إرجاع زوجته قبل انقضاء عدتها في الطلاق الرجعي، فإن أرجعها كان ذلك بالمعروف وإلا تركها إلى انتهاء عدتها فتبين منه¹⁷³، وقد كان الرجل يطلق زوجته حتى إذا قاربت انتهاء العدة أرجعها لكي لا يتزوجها غيره مضرة لها، ثم يرجعها ليطلقها مرة أخرى لتطول عدتها¹⁷⁴

الفرع الثالث: الرضا (الإيجاب والقبول)

اتفق كل من فقهاء المالكية وفقهاء القانون على أن الرضا - التراضي - هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وقد تم تعريف الرضا في الشريعة الإسلامية، وفي باب الزواج بالخصوص، ونكتفي بتعريف الدكتور بدران أبو العينين: بقوله: "هو - الرضا - الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما".¹⁷⁵ والرضا شيء كامن في في النفس، فهو أمر خفي باطني لا يمكن الاطلاع عليه إلا بمظهر ملموس تنوب الصيغة عنه في إظهاره، لأنها هي المعبرة عنه

¹⁷⁰ انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق، أ، ج، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010 م، ج1، ص 102

¹⁷¹ رواه الإمام مالك ابن أنس، الموطأ، رواية يحيى الليثي، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى (1434 هـ - 2013 م)، دمشق

سوريا، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث 1503 - ص، 567

¹⁷² الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية 1985، ج 7، ص 27

¹⁷³ الشنقيطي، محمد الأمين ابن محمد المختار الجكني، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع بدون

طبعة، بدون سنة، ج 1 - ص 255

¹⁷⁴ ابن كثير، أبو الفداء اسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار التوزيع والنشر الإسلامية، الطبعة الأولى (

1419 هـ - 1998 م) ج 1 - ص 380

¹⁷⁵ بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، در، القاهرة، سنة 1964 م، ص 56

حيث تتخذ شكل الإيجاب، والقبول¹⁷⁶ وقد سار المشرع الجزائري على منوال فقهاء المالكية فاعتبر الرضا أمراً جوهرياً في عقد يرتبط فيه شخصان رباطاً مؤبداً¹⁷⁷.

أما معنى الإيجاب والقبول فيرى المالكية أن الإيجاب هو ما يصدر من ولي المرأة في مجلس العقد، والقبول هو ما يصدر من الزوج. والمشرع الجزائري نصّ على هذه المسألة في المادة 10 الفقرة الأولى من ق، أ، ج والتي جاء فيها مايلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر". فإنه - التراضي - ركن الزواج الركين وعموده المتين الذي لو تخلف لبطل العقد وهو الذي يجسّد في الإيجاب والقبول وهو على هذه المكانة عند السادة المالكية¹⁷⁸، ومنهم اقتبس المقنن الحكم وأدرجها ضمن المادة 9 من قانون الأسرة. فعبارة القانون تفيد أن الإيجاب لم يقصر على ولي المرأة والقبول على الزوج لأنه لم يحدد مرتبة الصدور¹⁷⁹.

الفرع الرابع: مسألة الولي في تزويج القاصر

بالرجوع إلى الحكم الذي ضمّنه المقنن نص المادة 11 / 2 من قانون الأسرة الجزائري يتبين أنه أراد موافقة الفقه المالكي موافقة تامة باعتماده، أين أكد على المبدأ معنى وفحوى في النص لما ورد فيه "... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" إذ يمثل هذا النص القانوني يكون قد لخص أنواع الولاية الشرعية؛ الأصلية وبالنيابة وبالتوكيل، فضلا عن الولاية العامة التي جسدها في شخص القاضي الذي يمثل بدوره الحاكم، على ما يظهر من صياغة النص من ترتيب للولاية على الاشخاص المذكورة تعيينا كالأب أو بالصفة كالأقارب، وفيه يكون المقنن قد وافق المذهب المالكي موافقة تامة¹⁸⁰.

¹⁷⁶ السباعي : مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، المكتب الإسلامي، دمشق، در، دس، ج 1 / 73 ص

¹⁷⁷ محمّد: محمد، الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر، باتنة، الجزائر، ط2، سنة 1994، ص 128

¹⁷⁸ أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1398هـ، ص 420

¹⁷⁹ محمّد: محمد، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص 143

¹⁸⁰ الشيخ محمد عرفة الدسوقي: المرجع السابق، ص 223

الفرع الخامس: مسألة المهر (الصداق)

خصّ المقتن الجزائري المهر بأربع مواد قانونية جاءت على التوالي¹⁸¹ وفي الأولى منها تبين كيف أن المقتن أراد لتعريف المهر وتحديد الأشياء التي يصلح أن يتمثل فيها أن يكون موافقا للفقه المالكي موافقة كبيرة أين أورد في المادة 14 من ق،أ،ج: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ماهو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" ومنه تتأكد موافقة المقتن للفقه المالكي أين سايره في تعريف الصداق واعتبره صحيحا نقدا أو غيرها من الأشياء الجائزة شرعا لما فيه من إحالة على الشروط الفقهية المعلومة والمملخصة في:

- أن يكون مما يصح التعامل فيه
- وأن يكون معلوما
- وأن يسلم من الغرر¹⁸².

وفي المادة 15 من القانون أكد على تحديد الصداق وهو إحدى الشروط الفقهية المذكورة ولكنه أراد معه أنه لا يسقط بحال وهو فحوى نص المادة وفتوى المالكية، فيما أوعز حالة عدم تحديده إلى مهر المثل وهو ما يصطلح على تسميته فقها بنكاح التفويض، وهو النكاح المقر له بصحته عند السادة المالكية¹⁸³ والصداق في الفقه المالكي على أحوال تطراً عليه، فإما أن يكون لازما لزوما كاملا وإما لزوما مُشَطَّرًا وإما لا يلزم منه شيء، وذلك خاضع لحالات فك الرابطة الزوجية، وهو ما أوما له المقتن ضمن نص المادة 16 من ق،أ،ج موافقا في الأحكام التي أوردتها فيها الفقه المالكي: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". وفي الأحوال التي يتنازع فيها الزوجان عن مقدار المهر فإن الأمر على حالين:

- إذ لو تحقق قبل الدخول فالقول للزوجة مع يمينها وإن نكلت حُكِمَ عليها
- وأما لو تحقق النزاع بعد الدخول فالقول للزوج مع يمينه وإن نكل حُكِمَ عليه بنقيض مانكل عليه.
- وإلى نحو مثل هذا الحكم نحى المقتن الجزائري ضمن نص المادة 17 من قانون الأسرة:

¹⁸¹بدءً من المادة 14 إلى المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري

¹⁸² محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزّي الكلبي الغرناطي - المرجع السابق -، ص 159، 160

¹⁸³الذي يبرم العقد بصدده (من غير تسمية المهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحمد)؛ انظر : د. محمد بشير الشقفة: الفقه المالكي في

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

وهو" في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين" متماشيا تماما مع الفتوى في الفقه المالكي .¹⁸⁴

المطلب الثاني : مسائل متعلقة بنشأة عقد الزواج

الفرع الأول:مسألة تقديم وثائق طبية في عقد الزواج (فحص طبي)

ولأن بعضا من الأمراض حائلة دون تحقيق الغرض من الزواج وهي عند فقهاء المالكية مؤدية إلى فسخ الزواج¹⁸⁵ لاسيما إن كُتبت على الزوج أو على ولي الزوجة بعدم الإخبار بها أو بالكذب في عدم التصريح بها، فإنّ المقنن عمد خلال نص المادة 7 مكرر من ق، أ، ج" يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج . "إلى إجراء الفحص الطبي كإجراء قانوني لا يمكن إبرام عقد الزواج مدني إلا بتوفيره، درءاً لكل مفسدة فُسخ عقد الزواج بعد إبرامه وسدّاً لكل باب غش قد يسعى إليه أحد العاقدين¹⁸⁶ .

الفرع الثاني:مسألة الإشتراط في عقد الزواج وإثباته

خوّل فقهاء المالكية للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية في زواجهما، ما لم يرد منها ما يخالف الشرع لحديث عقبة بن عامر قال، قال رسول الله ﷺ: « إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج »¹⁸⁷، فإن المقنن الجزائري قد أقر هذا الحكم الشرعي المالكي ضمن إطار نص المادة 19 من قانون الأسرة والتي جاء نصها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية.

¹⁸⁴ محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي : المرجع السابق، ص، 162

¹⁸⁵ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 249

¹⁸⁶ القاضي عبد الوهاب البغدادي : المعونة على مذهب عالم المدينة، تح : عبد الحق حميش، الجزء الثاني، طباعة مكتبة نزار مصطفى

الباز، بدون عدد طبعة، بدون سنة طباعة، ص -771

¹⁸⁷ الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، بدون عدد طبعة، دار المعارف،

بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة، ص 217

الفرع الثالث: مسألة موانع الزواج

قال القراني في المعقود عليها: "المعقود عليها وهي المرأة الخالية من الموانع الشرعية"¹⁸⁸ وجاء في القوانين لابن جزى: "للزواج أربعة شروط في صحة النكاح وهي: الإسلام في نكاح مسلمة و العقل والتميز وتحقيق الذكورية تحزرا من الخنثى المشكل فإنه لا ينكح، ولا ينكح، ويجوز له أن يتسرى، وخمسة شروط في استقرار النكاح وهي: الحرية، والبلوغ، والرشد، والصحة، والكفاءة"¹⁸⁹.

وموافقة لذلك جاء ضمن نص المادة 23 من قانون الأسرة: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"، ولذات الغرض أيضا اعتمد المقتن الجزائري سبعة نصوص قانونية حول من خلالها حصر كل النسوة اللائي يحرمن على الرجال حرمة مؤبدة أو مؤقتة مسايرة منه لما هو مفتى به في الفقه المالكي أين اعتبر كل:

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

كلهن محرمات حرمة مؤبدة لسبب القرابة كما صرح به في الفقرة الأولى من نص المادة 24 والمادة الموالية لها¹⁹⁰. فيما اعتبر كل من.

1. أصول الزوجة بمجرد العقد عليها

2. فروعها إن حصل الدخول بها

3. أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا

4. أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا محرمات بدورهن حرمة مؤبدة لسبب المصاهرة، لما صرح به في المادة 26 على الترتيب المذكور، وتأكيذا منه على تحريم الرضاع فإنه خصه بثلاث نصوص قانونية أدرج ضمن الأول منها المبدأ أين أدرج خلاله نصا شرعيا صحيحا وهو قول النبي ﷺ: "يحرم من الرضاع

¹⁸⁸ شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني : الذخيرة، الجزء الأول، (دط) ، طباعة دار الغرب، بيروت، لبنان، سنة 1995م، ص 256

¹⁸⁹ محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي : المرجع السابق، ص 157

¹⁹⁰ نص المادة 25 من ق، أ، ج المعدل والمتمم "المحرمات بالقرابة هي : الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت "

مايحرم من النسب"¹⁹¹ فيما خص النص 28 من القانون ببيان الأشخاص الذين تلحقهم الحرمة من الرضاع أين قصرهم على الراضع وحده مع من رضع معهم دون إخوته من الرحم .

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

1. المحصنة، 2. المعتدة من طلاق أو وفاة، 3. المطلقة ثلاثا، 4. الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أوخالتها، سواء كانت الشقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، 5. زواج المسلمة من غير المسلم؛ وهي من أصناف النسوة المحرمات مؤقتا في الفقه المالكي ؛ وبه نتأكد موافقة قانون الأسرة لأحكام الفقه المالكي لاسيما منها ما تعلق بالمحرمات منهن من الزواج¹⁹² .

المبحث الثاني: مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

تختلف آثار عقد الزواج باختلاف صور انعقاده بين الصحيح والفاقد، وبين الفاسد فسادا لا يصح معه العقد بعد الدخول وفساد قد يصح معه العقد بعد الدخول، ولأجل ذلك كانت نصوص قانون الأسرة لا سيما ما ضُمن منها آثار الزواج المتباينة في أحكامها والمتعارضة في كثير من الأحيان مع المذهب المالكي وله تباينت النصوص بين الآخذ منها بالفقه المالكي (مطلب أول).

المطلب الأول: حقوق وواجبات الزوجين

الحقوق والواجبات المشتركة عديدة، ذكر منها المقتن أمثلة خلال تعرضه لها في المادة 36 من ق، أ، ج¹⁹³، إذ لا يمكن حصرها بحال، أين ركز بالأخص على المحافظة على روابط الحياة الزوجية، وواجبات الحياة

¹⁹¹الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري المرجع السابق ، ص141

¹⁹² د. محمد بشير الشقفة : الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح،، المرجع السابق، ص333 وما يليها .

¹⁹³ ولقد ورد في المادة 36 مايلي : " يجب على الزوجين : 1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

2. المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والرحمة والمودة

3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم

4. التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات

المشتركة وفيها أنه يقوم على الزوجين الالتزام بعدم التعدي على كل صلة تجمع بينهما مهما اختلفت طبيعتها ؛ معنوية كانت أو مادية، بحيث أن الزواج ذو طبيعة خاصة جدا وأن لكل زوجين صلات خاصة تجمع بينهما وتلك هي المقصودة في متن النص القانوني وهي محل الإلزام بالمحافظة عليها عن طريق منع التعدي عليها، وهي نفسها واجبات الحياة المشتركة، والتي منها الإحترام المتبادل والطاعة والرحمة والمودة بين الزوجين وعليها نص الفقه المالكي بل وألزم .

هذا ولقد أكد المقنن خلال الفقرة الثانية على: "المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة" وكأنه أراد أن يفسر روابط الحياة المشتركة بين الزوجين بأنها قائمة على مبادئ المعاشرة بالمعروف، من احترام ومودة ورحمة، فإن فعلا كانا قد نفذنا الإلتزام القانوني والواجب الشرعي لاسيما عند فقهاء المالكية الذين جعلوا من المعاشرة بالمعروف من واجبات الحياة الزوجية، لقول الله ﷻ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [سورة النساء:20]، و قول النبي ﷺ: « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف »¹⁹⁴ ومنه يتبين أن المقنن قد وافقه المذهب في هاتين الفقرتين من نص المادة .

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

وإذا كان من حسن تسيير شؤون الأسرة من لدن الزوج المشاورة والمحاورة مع زوجه إذ كل ذلك من مكارم الأخلاق، بل هو سنة سنّها رسول الله ﷺ حينما استشار أم سلمة في صلح الحديبية حين أمر رسول الله أصحابه بالنحر والحلق ثلاثا فلم يجيبوه إلا بعد أن دخل على أم سلمة فأشارت عليه بأن ينحر ويحلق أمامهم ليعملوا بعمله فصلحت مشورتها رضي الله عنها¹⁹⁵، ولأجله أقر المقنن الجزائري هذا

5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم

6. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف

7. زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف

¹⁹⁴ السيد سابق: فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1990، ص 283

¹⁹⁵ الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 199

المبدأ السديد بإلزام كلا الزوجين بالتشاور بينهما في تسيير شؤون الأسرة التي يكتون "التشاور في تسيير شؤون الأسرة".

المطلب الثاني: مسألة النسب وإثباته

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

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

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

- أن يكون المقر نسبه مجهول النسب.

- أن يصدق العرف ويصدق في العادة مثل حاله .

كل ذلك يصح ولو كان أثناء مرض الموت، هذا الذي جاء به قانون الأسرة ضمن نص المادة 44 منه، وهي نفس الشروط التي اعتمدها الفقه المالكي.¹⁹⁶

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

ورغم ما اشتهر على أن المالكية أفتوا بأن أقصى مدة حمل خمس سنين، فيما تعدى بعضهم إلى خمس سنين إلا أن المشهور من الأقوال عندهم، كما عند غيرهم أن أقصى مدة حمل عشرة أشهر وأقلها ستة،

1د. وهبة الزحيلي : الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني، الجزء 3، ط2، دار الكلم الطيب، سنة 2000 م، ص271.

وعليه يكون المقنن حينما أقر تلك المدد القانونية يكون قد وافق الفقه المالكي من هذا الباب، لاسيما ضمن نص المادة من قانون الأسرة التي صرح فيها بهذه الآجال القانونية.¹⁹⁷

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

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

ومن بين أهم نوازل العصر الحديث الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي التي لم يختص بها فقيه نسب بحثه للفقه المالكي¹⁹⁸، إلا أن الفقه علق على أن التلقيح الاصطناعي إن تم بين الزوجين وبرضاها وأثناء حياتهما، أن يكون القصد محاربة عقم الزوجة، وأن تُعدم وسيلة من وسائل الإنجاب الأخرى بحيث يكون آخر حل للإنجاب، ثم أن يُؤمن في العملية عدم التلاعب بالمياه بذلك الحل، وإن تخلف شرط بين هذه الشروط المذكورة كان الأمر أقرب منه إلى الحرام منه إلى الحلال بحسب الشرط المتخلف.¹⁹⁹ وعلى أساسه أورد المقنن الجزائري ضمن نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة شروطاً موافقة لإقرار التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، والتي تمثلت على الأخص في:

- أن يكون الزواج شرعياً

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

¹⁹⁷ د/ وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المرجع نفسه، ص271.

¹⁹⁹ د. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي: شروط التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين، مقال منقول عن موقع الملتقى الفقهي www.fiqh.islammessage.com بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، مرجع سابق، ص267 ومايليها؛ لبي محمد جبر وشعبان الصفدي: الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، سنة 2007، ص30 ومايليها

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها .

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

المطلب الثالث: النفقة الزوجية ومشمولاتها:

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

وما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد قصر موجبات نفقة الزوج على زوجته بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة، كما أنه لم يتطرق إلى مسقطات النفقة، ومنه فإنه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من نفس القانون .

أما نفقة علاج الزوجة المريضة لم يختلف الفقهاء في وجوب نفقة الزوج على زوجته المريضة غير الناشز والمحتبسة في بيت الزوجية، أما مشمولاتها - النفقة - فحصرها في المطعم والملبس والمسكن، ثم إن الشرع قد ترك أمر تقدير النفقة إلى العرف، وقد تعارف الناس وساروا على أنّ الرجل كما ينفق من أجل إطعام زوجته وإسكانها وإكسائها، فإنه ينفق من أجل تطيبها، ومامن شك أن العرف ينكر على الزوج القادر عدم تطيب الزوجة إذا احتاجت إلى العلاج²⁰⁰، وهذا ما رجحه الدكتور سعيد رمضان البوطي في إجابة له على سؤال حول الموضوع نفسه بقوله: "مسألة نفقة العلاج الطبي على الزوجة كمسألة خدمتها المنزلية تابعة للعرف الساري في تلك البلدة"²⁰¹

ولم يختلف المشرع الجزائري عن فقهاء المالكية في نفقة علاج الزوجة المريضة وهو ما نصت عليه المادة 78 على مشمولات النفقة: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف"، ومن خلال النص الصريح يتبين أنّ تطيب الزوجة وعلاجها مما يجب على الزوج؛ لأن ضرورته أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة، وهذا مما تقره الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية، والأعراف الصحيحة²⁰² .

²⁰⁰ انظر الغرياني الصادق عبد الرحمان : مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، ط1، 2002م، 642 / 2

²⁰¹ موقع الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي على شبكة الانترنت www.bouti.net

²⁰² شلي مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 444، 445

أما الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها قانونا وقضاء قال المالكية هي نفقة الكفاية، بلا إسراف ولا تقتير في حدود المعروف، وفي حدود طاقة الزوج، ويراعى في تقديرها عرف وعادة أهل البلد، وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 79: "يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". أي يخضع تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب طبقا للمادة 80: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب عن الإمتناع عن دفع النفقة المستحقة للزوجة عند صدور الحكم بوجودها إلا خلال المادة 331 من قانون العقوبات .



الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

و يشتمل على مبحثين هما:

المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: الطلاق بإرادة الزوج

لم يخالف المشرع الجزائري الفقه المالكي في عدّ الطلاق إنهاء للعلاقة الزوجية، وذلك بكل لفظ يفيد معناه²⁰³، كما وافق فقهاء المذهب المالكي في وقوع الطلاق بإرادة الزوج، وقد نص صراحة على ذلك في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، وأقر فقهاء المالكية أن الطلاق قد يقع من الزوج مباشرة بإرادته، كأن يتلفظ به، أو بما يدل عليه، أو بتوكيل غيره، كتفويض الرجل أمر طلاقه لغير زوجته بإنابة الحاكم، أو وكيل²⁰⁴. وهذا ما سنعتمده بالتفصيل كما يأتي:

الفرع الأول: أنواع الطلاق:

وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي في كون الطلاق إما طلاق رجعيًا، وإما بائنًا، ونص عليهما في المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 50 على مايلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، كما نصت المادة 51 على مايلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء .

أولاً) الطلاق الرجعي

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في أحكام الطلاق الرجعي، وهو الطلاق الذي يخول للرجل إرجاع زوجته مالم تنته عدتها، لقول الله ﷻ: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 228].

²⁰³القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح، عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 2006، ج4، ص33

²⁰⁴ الخطاب، مواهب الجليل، المصدر السابق، ج4، ص486، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2،

ص541 .

وأصل الرجعة عند فقهاء المالكية قول الله ﷻ: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1] أي يحدث الندم في النفوس على الفرقة، وإرادة الرجعة²⁰⁵، وللرجعة شروط وصيغة كما قد يدعي أحد الزوجين عكس ما يدعيه الزوج الآخر في وقوع الرجعة فتستوجب الإثبات لمن يدعيها، كما حساب أيضا عدة الطلاق الرجعي التي تختلف بحسب كل حالة .

1) شروط الرجعة:

يشترط في الطلاق الرجعي ما يشترط في الطلاق على العموم من أهل ومحل وصيغة ولفظ وقصد وهو ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي ويستثنوا من ذلك الصبي والمجنون، ويرتجع للمجنون وليه، أو الحاكم، أما الصبي فإن طلق وليه عنه فطلاقه بائن ولا رجعة فيه سواء كان بعوض أو بغير عوض، وتكون الرجعة أثناء فترة العدة، ولا رجعة إن كانت العدة من نكاح فاسد يفسخ بعد الدخول، كما تصح رجعة من وطأ زوجته وطئا حراما كفي فترة حيض أو في إحرام بحج²⁰⁶ أما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة 50 من قانون الأسرة، بما يلزم به للرجعة بعقد، أو بدونه حيث نصت على مايلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وقد وافق بذلك إلى حد بعيد ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي، وذهب القضاء الجزائري إلى أن الرجعة في فترة العدة جائزة قانونا وشرعا ما دامت العصمة بيده²⁰⁷، ولا تكون الرجعة إلا في فترة العدة²⁰⁸.

ومن خلال نص المادة 50 أيضا جعل المشرع من شروط الطلاق الرجعي أن تكون المرأة لها

²⁰⁵ ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهديات، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ/1988 م، ج 1، ص 543

²⁰⁶ انظر : : الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 2، ص 416، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 2، ص 605

²⁰⁷ المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية 09 / 05 / 2007، ملف رقم 395557، المجلة القضائية 2008، عدد 2، ص 299، "مراجعة الزوج لزوجته في فترة العدة جائزة شرعا وقانونا مادامت العصمة بيده "

²⁰⁸ المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 17 / 12 / 1984، ملف رقم 35322، المجلة القضائية 1989، عدد 4، ص 91

صفة الزوجة بعقد صحيح، وللتمييز بين الطلاق الرجعي والبائن فقد أشار المشرع إلى تحديد العقد في البائن، وبذلك يكون قد وافق أحكام الفقه المالكي في ذلك إلى أن الطلاق الذي يقع من الزوج طلاق رجعي، وأن الحكم القضائي به لا يغير من رجعيته²⁰⁹.

وقد أقر المشرع الجزائري بحساب عدة الطلاق الرجعي من تاريخ وقوعه من الزوج في نص المادة

58 من قانون الأسرة التي نصت على مايلي: "تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" والتصريح المقصود في المادة ؛ تصريح الزوج الموقع للطلاق بإرادته طبقا للمادة 48، وليس تصريح القاضي، على عكس من يقول بأن المشرع لم يعتد بالطلاق الرجعي²¹⁰، وذهب القضاء الجزائري إلى ما ذهب إليه المذهب المالكي، والقانون الجزائري بأخذ بعدة الطلاق الرجعي، لكن بقي عليه ضبط النصوص القانونية من حيث صياغتها، لعدم تنظيمها بشكل دقيق فشأبها الغموض²¹¹.

(2) صيغة الرجعة:

اتفق علماء الشريعة الإسلامية على أن الرجعة تكون بالقول أو بالفعل مع النية²¹²، وأضاف

المالكية النية حيث قال الدردير: "بقول كرجعت وارتجعت وأمسكتها، أو بفعل نية فيهما أو بنية فقط على الأظهر، أو بقول صريح ولو هزلا في الظاهر فقط لا بمحتمل بلا نية كأعدت الحل ورفعت التحريم أو فعل كوطء"²¹³. ويستفاد من ذلك أن الصيغة إما أن تكون:

أ) باللفظ الصريح: كأن يقول الزوج "رجعت زوجتي"، "ارتجعت لزوجتي"، "راجعتها، ورددتها

²⁰⁹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 10 / 02 / 1986، ملف رقم 39463، المجلة القضائية 1989، ع 1، ص 115، " من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع مقابل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها . إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا " .

²¹⁰ لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 70

²¹¹ لمطاعي نورالدين، المرجع نفسه، ص 73

²¹² الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، مرجع سابق، ص 465

²¹³ الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المصدر السابق، ص 74

لعصمتي، أو لنكاحي" ويكون اللفظ مع النية رجعة في الظاهر والباطن، أما اللفظ مع عدم النية فهو رجعة ظاهرة فقط .

(ب) **باللفظ المحتمل**: كقول الزوج "أمسكتها" ولا تصح الرجعة بالقول المحتمل لها ولغيرها بغير نية

كقوله "أعدت الحِلَّ"، "رفعت التحريم"، فيحتمل الرفع عنه، كما يحتمل عن غيره .²¹⁴

(ت) **بالفعل مع النية**: وللزوج إرجاع زوجته بفعل كالوطء ومقدماته، وتجب لذلك مع الفعل نية

الرجعة أي قصد بفعله رجعتها ، وبذلك هي رجعة ظاهرا وباطنا، ولا تصح الرجعة بالفعل دون النية .

(ث) **بالنية فقط** : وهي حديث النفس كقوله في نفسه "راجعتها" وقد اختلف فقهاء المذهب في صحة

الرجعة بالنية فقط دون اللفظ أو الفعل، وبالعودة إلى نص المادة 50 من ق، أ نجد أن المشرع قد فتح بابا للقاضي للتأكد من نية الزوج بعدم تقييده في استخلاص إرادة الزوج . ويستشف من صيغة المادة التي جاءت على العموم باستعمال عبارة "من راجع زوجته" المقصود به راجع الحكم الشرعي لا اللفظ الدال على الصيغة، فيدخل فيه جميع الصيغ . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .²¹⁵

(3) الخلاف في الرجعة: ذهب المالكية إلى أن الزوج إذا ادعى أنه راجع زوجته التي طلقها طلاقا رجعيا، أنكرت هي ذلك، يُنظر إلى العدة كانت قائمة عند الخلاف فالقول للزوج، وإن انتهت العدة عند الخلاف فالبينة على الزوج بما يدعيه . والأجدر عند فقهاء المذهب أن يثبت الزوج الرجعة بالشهود - ذكورا، عدولا -²¹⁶ أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على ثبوت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، وذهب القضاء الجزائري إلى جواز إثبات الرجعة بالشهود حسب قرار المحكمة العليا .

وقد يقوم الخلاف حول صحة الرجعة كتخلف ركن أو شرط من شروطها- غير بالغ، به جنون،

²¹⁴ عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 181 اشترط الحنايلة النية مع الكناية، انظر الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج 4، ص 437 وما بعدها .

²¹⁵ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 01 / 06 / 1987، ملف رقم 45867، المجلة القضائية 1992، العدد 4، ص 54

²¹⁶ ابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دت ن، ج 4، ص 238

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

وقوع الرجعة بعد فوات زمن العدة، طلاق بائن، عدم ثبوت الدخول، زواج فاسد، - فيتطلب الامر إثبات ما يدل على صحة الرجعة لا إثبات الرجعة .

4) عدة الطلاق الرجعي: وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في تحديد عدة الطلاق الرجعي، غير أن النص القانوني جاء مبهما، فبالنظر إليه من حيث الصياغة، نجد أنه خص العدة بالطلاق الرجعي وهو ما يستوجب:

أ) تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي: لم يفرق فقهاء المذهب المالكي بين عدة الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فكل طلاق أو فسخ وجب فيه جميع الصداق وجبت فيه العدة، وكل ماوجب فيه نصف الصداق أو سقط كله سقطت فيه العدة، وتحسب العدة إما بالقروء، أو وضع الحمل للحامل، أو بالأشهر بالنسبة للتي لا تحيض وهي الصغيرة، أو اليائس²¹⁷، أما المشرع الجزائري فقد خص المادة 58 من ق،أ، ج بالطلاق الرجعي فنصت على مايلي: "تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" ويستنتج من ذلك من أن العدة تحسب من تاريخ التصريح بالطلاق والذي يكون من طرف الزوج بإرادته المنفردة .

ب) مدة عدة الطلاق الرجعي: عرّف فقهاء المالكية العدة بأنها: "مدة معينة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها من النكاح، وهي للحامل مطلقا وضع الحمل كله ولو علقه وإلا فللمطلقة الآيسة أو التي لم تر الحيض ثلاثة أشهر ...، ولذات الحيض ثلاثة قروء أطهار"²¹⁸، عدة الحامل - وضع حملها - مطلقة أو متوفى عنها زوجها، والتي تعدد بالأشهر - التي لا تحيض (آيسة، صغيرة السن، عدم حيضها) - وتعدد ذات الحيض بثلاثة قروء أطهار، وأقل القروء خمسة عشر يوما، وهو الطهر عند المالكية واستدلوا في ذلك بقول الله ﷻ: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، [البقرة: 228]، والنساء اللواتي في سن الحيض على ثلاثة أصناف:

- المعتادة: تكمل ثلاثة قروء بحسب حيضها مهما قلّ أو كثر .
- المرتابة: التي انقطع عنها الحيض لا بسبب الحمل ولا الإرضاع .
- المستحاضة: التي لم تستطع التمييز بين دم الحيض ودم الإستحاضة كانت كالمرتابة تنتظر التسعة أشهر استبراءً وثلاثة أشهر عدة .

²¹⁷ ابن جزري، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 260

²¹⁸ الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المصدر السابق، ص 78

ثانياً)الطلاق البائن

ربط المشرع الجزائري بينونة الصغرى بثبوت الطلاق عن طريق الحكم القضائي في أجل ثلاثة أشهر قياساً على العدة، وهي المدة التي يجري من خلالها القاضي جلسات الصلح وعبر عنها بلزوم عقد جديد بعد النطق بالحكم، مع عدم مراعاة وقت انتهاء العدة الفعلي وبذلك قد وافق أحكام الفقه المالكي في المبدأ، كما لم يتطرق المشرع إلى طلاق الزوجة قبل الدخول، فهو أيضاً طلاق بائن بينونة صغرى يستوجب عقداً جديداً لمراجعتها²¹⁹. وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في جعل الطلاق بالثلاث طلاقاً بائناً بينونة كبرى وهو طلاق بإرادة الزوج، بحيث لا يجوز للزوج مراجعة زوجته إلا إذا تزوجت غيره وطلقت منه، إذن فكيف تكون صيغة الطلاق البائن بينونة كبرى؟ .

1) صيغة الطلاق البائن بينونة كبرى:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في وقوع الطلاق بائناً بينونة كبرى، وفي ذلك تفصيل عند فقهاء المذهب لتعدد الالفاظ واقتنائها بالنية من عدمه، فقد يقع ثلاثاً باللفظ الصريح، وقد يقع ثلاثاً بألفاظ الكناية الظاهرة .

أ) اللفظ الصريح: للطلاق البائن باللفظ الصريح مسألتين وهما، حالة الطلاق السني ثلاثاً؛ أي

يطلق الزوج زوجته مرتين منفصلتين ويرجعها فيهما قبل انتهاء العدة، أما الحالة الثانية فهي الطلاق البت

أ) . وقوع الطلاق مرتين:

المقصود به الطلاق الرجعي الذي يقع من الزوج، فيطلقها ثم يرجعها، فيطلقها ثانية ثم يرجعها،

فإن طلقها ثالث مرة بانت منه وهذا لقوله الله ﷻ: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾، [البقرة: 229] وقوله ﷻ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾، [البقرة: 230] وهو الطلاق السني. ويؤخذ بالنية في عدد الطلقات، فيقع الطلاق بطلقة واحدة ويلزم الزوج بها، إلا إذا كانت نيته أكثر من ذلك فيلزم بما نوى،

²¹⁹أشار المشرع الجزائري إلى الطلاق قبل الدخول باستحقاق الزوجة نصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة

كأن يقول الزوج لزوجته: "أنت طالق" وينوي ثلاثا، أي يلزم في صريحه طلقة واحدة، إلا إن نوى بها أكثر فيلزم بما نوى²²⁰.

وقد وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي فنص في المادة 51 من قانون الأسرة على مايلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ب/أ). الطلاق البت:

ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أنه لا يجوز أن يطلق الزوج زوجته ثلاثا في لفظ واحد²²¹، وأجمعوا على وقوعه²²²، وهو الطلاق البدعي لأن الزوج أوقعه على غير الوجه الذي أورده الشرع في ذلك²²³، وقد روي عن الإمام مالك: "أنه بلغه أن رجلا قال لعبد الله ابن عباس: إني طلقت امرأتي مئة تطليقة، فماذا ترى عليّ؟ فقال له بن عباس طُلِّقْتُ منك لثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا ولعبا"²²⁴ ويقع الطلاق ثلاثا متى تلفظ الزوج بالطلاق لفظا واحدا صريحا مع إقرانه بنية الثلاث كقول الزوج لزوجته: "أنت طالق" ويقرنها بنية الثلاث، وفي ذلك قال القيرواني: "من قال لزوجته: أنت طالق، فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك"²²⁵ ويقع الطلاق ثلاثا في تكريره ثلاثا، كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق؛ وينظر في حال التكرار - بينهما حرف عطف، أو بغير حرف عطف - إلى نية الزوج ناويا التكرار للتوكيد كانت طلقة واحدة، أما إن نوى ثلاثا وقع بائنا²²⁶.

ب) ألفاظ الكناية الظاهرة: ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أن الكناية الظاهرة سبعة أقسام، حيث

راعوا في ذلك ما يقع قبل الدخول وبعده، كما راعوا النية المقترنة باللفظ وبذلك هناك الفاظ الكناية ما يقع به ثلاثا على الاطلاق، ومنها ما يقع به ثلاثا إلا إن نوى أقل، ومنها ما يقع به طلقة واحدة إلا إن

²²⁰ انظر: الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ص 71، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص 560

²²¹ ابن رشد، المقدمات الممهدة، مصدر سابق، ص 501 .

²²² الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ج 2، 537.

²²³ الباجي، المنتقى، المصدر السابق، المجلد (3 - 4)، ج 4، ص 2، 3 .

²²⁴ رواه الإمام مالك، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب ماجاء في البتة، لرقم الحديث 1197، ص 425 .

²²⁵ القيرواني، ابن أبي زيد، متن الرسالة في مذهب الإمام مالك، النوادر والزيادات، تح: محمد عبد العزيز الدباغ، المكتبة ثقافية دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، طبعة 1، 1999 م، ص 108 .

²²⁶ بن حنيفة العابدين، العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة أبي زيد القيرواني، دارالإمام مالك، الطبعة الثانية، الجزائر، ص 281

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

نوى أقل . أما المشرع الجزائري ولو أنه لم ينص صراحة على وقوع الطلاق بالكناية الظاهرة في قانون الأسرة، إلا أنه نص عن التعبير عن الإرادة في نص المادة 60 من القانون المدني فيكون بكل لفظ يفهم القصد منه، وما على القاضي إلا الحكم بثبوته فيمكن أن يقع بألفاظ الكناية الظاهرة التي توجب وقوعه بالثلاث، أي البيونة الكبرى .²²⁷

(2) أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في أحكام الطلاق البائن، فهو بخلاف الطلاق الرجعي لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته في العدة فتقطع العلاقة الزوجية، ولما كان لميعاد انتهاء العدة أثر في تحليل المطلقة ثلاثا لغير زوجها فإن إشكالية ثبوت وقوع الطلاق توجب البحث في عدة الطلاق البائن بينونة كبرى .

(أ) انقطاع الزوجية:

لا يمكن للزوج مراجعة زوجته المطلقة ثلاثا، لأنها تبين منه بينونة كبرى وتحرم عليه، إلا أن تتزوج غيره وتطلق منه، ويشترط فقهاء المذهب المالكي أن يكون الزواج صحيحا للتحليل، فيكون كامل الأركان، وليس أن يتزوجها بنية تحليلها لزوجها الأول، كما اشترطوا الوطء بعد العقد وقد وافقهم في ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 3/30 والمادة 51 من قانون الأسرة، حيث جعلت المادة 3/30 من المحرمات مؤقتا المطلقة ثلاثا، فتحل لزوجها الأول بعد زواجها وطلاقها من زوجها الثاني بعد البناء بها، أما المادة 51 فقد نصت على مايلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"

وقد أسست المحكمة العليا في قرار لها على ذلك فنصت على أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن

أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"²²⁸ فوافق القضاء فقهاء المذهب المالكي وقانون الأسرة في ذلك.

²²⁷ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16 / 02 / 1999، ملف رقم 216850، المجلة القضائية 2001 ن عدد خاص، ص100

²²⁸ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 17 / 02 / 1998، ملف رقم 176551، المجلة القضائية 2000، عدد 1، ص

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

ب) عدة الطلاق البائن بينونة كبرى: لم يفرق فقهاء المذهب المالكي بين عدة الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فهي نفسها، سواء كان بالإقراء أو بالأشهر أو بوضع الحمل، وقد وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي في ذلك خلال نص المادتين 58 و 60 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: أركان الطلاق

جعل فقهاء المذهب المالكي للطلاق أربعة أركان وهي: الأهل، والقصد، والمحل، واللفظ. والمقصود بالأهل الشخص الذي يوقع الطلاق، فيكون الزوج، أو نائبه من وكيل، أو حاكم، أو الزوجة في حالة تملكها أمرها، أو مخيرة أو موكلة²²⁹، أو وليه إن كان صغيرا، أو مجنون لا يفيق²³⁰. أما المشرع الجزائري فقد وافق فقهاء المذهب المالكي ضمينا، فنص في المادة 47 من قانون، أ ج على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق" فبين المحل من خلال تبيان ما يقع عليه الإنحلال وهي الرابطة الزوجية، كما حدد موقع الطلاق الذي هو الزوج في نص المادة 48 والتي جاء فيها "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون" كما أن النص على الإرادة في هذه المادة يعبر عن القصد ونية الطلاق، وعن عدم الإكراه في إيقاع الطلاق، والعقل

وبالتالي نتناول أركان الطلاق على النحو التالي: الأهل - المحل - الصيغة - القصد.

أولا (الأهل):

وافق المشرع الجزائري المالكية في أن موقع الطلاق - الأهل - يكون إما (الزوج، نائبه من وكيل أو حاكم)، أما الزوجة في حالة تملكها أمرها أو تخييرها، فهو طلاق بإرادة الزوجة لأنها ملكت

²²⁹ عيش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ص 42

²³⁰ الصاوي، مصدر سابق، ص 541 وقد وافق القضاء الجزائري الفقه المالكي في مسألة ركن الأهل حيث جاء في قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1984/05/14 ملف رقم: 32786، المجلة القضائية 1989، ع 2، ص 66 مايلي: " متى كان من المقرر شرعا أن الطلاق، هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك العصمة ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ... "

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

عصمتها²³¹. آخذا بقول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232]

1) الزوج:

الزوج هو من كان مؤهلا لإيقاع الطلاق على الزوجة، وملك عصمة زوجته بالزواج الصحيح قبل الطلاق أو قبل الزواج بالتعليق إلى زمن مستقبل كأن يقول: "إن تزوجت فلانة فهي طالق" فإن تزوجها لزمه الطلاق وذلك على رأي من يقول بصحة هذا²³² وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في شروط الزوج لكي يقع طلاقه، وهي أربعة: الإسلام، العقل، البلوغ، الطوع²³³.

وقد نص المشرع الجزائري في ق، أ، ج على عدم صحة طلاق الكافر ضمينا بنصه على حرمة الزواج بغير المسلم في المادة 30 حيث جعل من المحرمات مؤقتا المتزوجة من غير المسلم، ولو أن زواجها من غير المسلمين يعد زواجا باطلا لحرمة شرعا، فيفسخ العقد ولها الزواج بعد انتهاء عدتها.

أما ما يخص العقل فالمالكية ذهبت إلى أن طلاق المجنون لا يقع إلا في حالة إفاقته²³⁴، كما ذهبوا إلى أنه يقع طلاق السفية²³⁵، كما يقع أيضا طلاق السكران في مشهور المذهب ولو كان السكر طافحا بحيث لا يميز بين السماء والأرض فلا يعذر بعدم التمييز على عكس النكاح والبيع والإجارة وسائر العقود الأخرى، بشرط أن يكون السكر حراما كما لو شرب خمرا عمدا²³⁶ فاستثنى كل سكر بحلال فلا يلزم بطلاقه.

أما الغضبان فيقع طلاقه ولو اشتد غضبه إلا في حالة ذهاب العقل؛ بحيث لا يميز بين الليل والنهار وبين السماء والأرض.

²³¹ ابن رشد، المقدمات الممهدة، مصدر سابق، ص 497

²³² الجعلي، عثمان بن حسين بري المالكي، سراج السالك، شرح أسهل المسالك، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1994 م، ج 2، ص 324.

²³³ الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كامو، نيجيريا، 2000 م، ص 70.

²³⁴ الجعلي، سراج السالك، مصدر سابق، ص 325

²³⁵ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص 542

²³⁶ انظر: الجعلي، سراج السالك، المصدر نفسه، ص 325، و الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ص 70

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

كما لا يقع طلاق المدهوش بشهادة عدول على هذيانه، فطلق دون شعور منه، أما لو شهدوا بصحة عقله فإنه يقع، ومنه كذلك المغمى عليه²³⁷

أما فيما يخص البلوغ فاشتراط المالكية في موقع الطلاق أن يكون مكلفا (بالغ وعاقل) والبلوغ يكون بالعلامات الطبيعية المعروفة، فإن لم تظهر عليه أخذ بالسن - 18 سنة - وبالتالي طلاق الصبي غير البالغ لا يقع²³⁸

أما المشرع الجزائري فقد اشترط لانعقاد الزواج بلوغ سن الزواج - 19 سنة - فجعل الأهلية من شروط الزواج في نص المادة 9 مكرر من ق، أ، ج وقياسا على ذلك يشترط في الطلاق ما يشترط في انعقاد الزواج فهو تحصيل حاصل، وهو ما يوافق رأي فقهاء المالكية في وجوب بلوغ الصبي ليقع طلاقه، حيث اشترط المشرع بزيادة سنة عما قرره فقهاء المالكية . أما القاصر فالملاحظ أن المشرع لم يرشد الزوج القاصر لرفع دعوى الطلاق من خلال نص المادة 2 / 7 من قانون الاسرة: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" كما أكدت على ذلك المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم طلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة" موافقا بذلك قولاً من المذهب المالكي .

(2) نائب الزوج (الحاكم والوكيل):

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في إيقاع الطلاق من طرف شخص آخر غير الزوج، وهو النائب ويشترطون في الحاكم ما اشترط في الزوج بأن يكون مسلما مكلفا²³⁹، وقد خص فقهاء المالكية السلطان أو القاضي بالنيابة دون الوكالة، ووافق المشرع الجزائري المالكية في تفويض الطلاق للحاكم وهو القضاء، فنص المادة 49 على مايلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي". فلا تبقى إلا مسألة الثبوت التي تكون في الحكم النهائي بعد محاولات الصلح في أجل ثلاثة أشهر، لأن للزوج إرجاع زوجته قبل انتهاء هذه المدة .

²³⁷الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ص 365

²³⁸ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 253

²³⁹الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص 73

(3) الزوجة:

أما بالنسبة للزوج في تفويض الطلاق للزوجة فقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي على ذلك ويكون عن طريق توكيلها أو تملكها أو تخييرها²⁴⁰ وقد أقر القضاء الجزائري بالنيابة عن الزوج في إيقاع الطلاق، موافقا رأي المالكية، حيث نص في قرار للمحكمة العليا على مايلي: "متى كان من المقرر شرعا أن الطلاق، هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره،..."²⁴¹ والإشكال في الطلاق بالتوكيل يتمثل في ثبوته أمام القضاء، لأنه ليس للزوجة أن تطلق نفسها، ولأنه لم يجعل لها اللجوء إلى القضاء إلا في حالة طلبها حل العصمة الزوجية بالخلع أو التطلق .

(4) الغير:

وفيما يخص تفويض الزوج الطلاق لغير الزوجة - الغير - فاختلف فقهاء المذهب المالكي في جوازه والمشهور عندهم هو جواز ذلك²⁴²، حيث قال العلامة خليل: "وله التفويض لغيرها"²⁴³، وقد نص المشرع الجزائري على الوكالة في المرافعات أمام القضاء في القواعد العامة للقانون المدني في المادة 574، وقد ذهب القضاء الجزائري إلى صحة الوكالة الخاصة الرسمية للمرافعة أمام القضاء، حيث نص في قرار لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا على مايلي: "من المقرر قانونا أن الوكالة أو الإنابة، هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وأن الوكالة الخاصة، الرسمية، تصح للمرافعة أمام القضاء . غير أن المشرع الجزائري ذهب إلى أن الصلح لا يتم إلا بحضور الزوجين ولا تجوز الوكالة في ذلك كاستثناء حين نص في قرار له على مايلي: "من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقا للمادة 49 من ق،أ وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين، وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة"²⁴⁴

²⁴⁰ عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج4، ص 42

²⁴¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/05/14، ملف رقم 32786، المجلة القضائية 1989، العدد 2، ص 66

²⁴² الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م، ج4، ص 486

²⁴³ خليل، ابن اسحاق المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، دار الفكر للطباعة، والنشر والتوزيع، الطبعة الأخيرة 1401هـ

1981م، ص 146

²⁴⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16 / 01 / 2008، ملف رقم 417622، المجلة القضائية 2008، العدد 1، ص 304

على زمن مستقبل - فيه حالات متعددة قال فيها المشرع الجزائري المؤجل لا مجال للشك في وقوعه

وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في وقوع الطلاق باللفظ الصريح، فيكون باللفظ الدال

عليه صراحة .

(ب) وقوع الطلاق بالكناية: وهو إما كناية ظاهرة أو خفية.

(2) وقوع الطلاق بغير اللفظ:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في وقوع الطلاق بغير اللفظ، فيمكن أن يقوم مقامه الكتابة أو الإشارة، أو أي فعل جرت به العادة، كما يقع الطلاق أيضا بالإشارة المفهومة، وكتابته عازما، وبمجرد إرساله عازما على الطلاق فإن لم يكن عازما عند إرساله فبوصوله، أما وقوع الطلاق بالنية فقط والكلام النفسي ففيه خلاف بين فقهاء المالكية والمشهور عدم لزومه. الإشارة المفهومة من الأخرس، ومن القادر على اللفظ، طلاقه يُنظر إلى طبيعة القرينة المصاحبة للإشارة فإن كانت القرينة قطعية كانت الإشارة كاللفظ الصريح، وإن لم تكن القرينة قطعية كانت الإشارة كاللفظ الكناية بالطلاق وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في التعبير عن الطلاق بالإشارة في نصي المادتين 48، 49 من ق، أ، ج ضمنا حيث جعل الطلاق بيد الزوج الذي له أن يوقعه بكل طريقة شرعية، مادام أن الحكم القضائي ماهو إلا حكم كاشف وفي ظل الفراغ القانوني فقد أحال المسألة المسكوت عنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون وقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم المالكية إلى وقوع الطلاق بالإشارة²⁴⁸ وبالنظر إلى نص المادة 60 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد نص على الإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، فربط الإشارة بتداولها عرفا في مدلول مقصودها .

أما الطلاق بالكتابة فقد وافق المشرع الجزائري جمهور فقهاء الشريعة ومنهم المالكية في وقوع الطلاق بالكتابة كما أخذ المشرع بالكتابة في نص المادة 60 من القانون المدني السالفة الذكر فيعتد بها سواء كانت عرفية أو رسمية خطية كانت أو بالآلة الراقنة أوحى الشكل الإلكتروني لكن اشترط المالكية

²⁴⁸ قيد الحنفية والشافعية ذلك بعاهة الخرس، انظر : الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص 289 وما بعدها .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

لوقوع الطلاق بالكتابة اقتراها بالعزم عليه، فإن كتبت دون عزم على الطلاق وفي وقت إرسالها عزم عليه، وقع الطلاق حال إرساله، ومن الكتابة التي يقع بها الطلاق عريضة رفع دعوى الطلاق التي يصرح فيها الزوج بأنه قد طلق زوجته²⁴⁹.

وفيما يخص الطلاق بالرسول وافق المشرع الجزائري فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم المالكية في وقوع الطلاق عن طريق إرساله، لأن الرسول ينقل الكلام المرسل، ويعتبر التبليغ بالرسول كالطلاق شفهيًا²⁵⁰ حيث يلزم الزوج بالطلاق في حالة إرسال اللفظ إليها، أي الطلاق مع رسول، ويقع الطلاق بمجرد إخبار الرسول بإيصاله، فمتى قال للرسول: "أخبرها بأني طلقتها"، لزمه الطلاق في حينه ولو لم يصل الخبر إليها²⁵¹، أو سواء أخبرها الرسول، أو لم يخبرها، ومنه أن يقول الزوج لشخص: "أخبر زوجتي بطلاقها"، أو "أرسل إليها رسولا به"، فيقع الطلاق سواء بلغها أو كتب إليها²⁵².

رابعاً) القصد بالطلاق:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في القصد المقترن باللفظ، حيث اشترط المالكية في القصد تعلقه بلفظ يدل على الطلاق، قال ابن عرفة: شرطه تعلقه بلفظ يدل على الطلاق أو غيره معه²⁵³، فإن نوى الطلاق دون أن يتلفظ بما يدل عليه لا يقع .

ولا يؤخذ بالنية عند تلفظ الزوج بلفظ الطلاق صراحة، أو الكناية الظاهرة، فيقع الطلاق حتى ولو لم يقصده، أو كان مازحاً أو هازلاً، لأنه قصد التلفظ به، أما في الكناية الخفية فيجب أن يكون القصد المقترن باللفظ مع النية كقوله لها "أذهبي" و"انصربي" ويقع حتى بقوله "اسقني ماءً"، أو "أعطني غذاءً أو عشاءً" فمتى قصد الطلاق وقع²⁵⁴

²⁴⁹ لمطاعي نورالدين عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006م، ص 93

²⁵⁰ الشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، 2002، ص 251

²⁵¹ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص 568

²⁵² شرح منح الجليل، مصدر سابق، ص 91

²⁵³ شرح حدود ابن عرفة، المصدر السابق، ص 280

²⁵⁴ سراج السالك، المصدر السابق، ص 325

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

ويلزم الهزل والمزاح في الطلاق به، واستدل فقهاء المالكية بما ورد في حديث النبي ﷺ أنه قال: «ثلاث جدهن جد وهزهن جد النكاح والطلاق والرجعة»²⁵⁵.

المطلب الثاني: الطلاق بغير إرادة الزوج

كما أعطى الله عز وجل للزوج الحق في أن يطلق زوجته بإرادته، فقد جعل للزوجة الحق في اللجوء إلى الحاكم ليطلقها من زوجها لأسباب شرعية، كما جعل لها الحق في أن تخالع نفسها من زوجها في مقابل تقدمه لزوجها في حالة بغضها له .

الفرع الأول: أنواع الطلاق بغير إرادة الزوج

أولاً) التطلق:

وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي في حق الزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطلق، وقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي تخول للزوجة طلب التطلق في المادة 53 من قانون الأسرة، أما أسباب التطلق التي وافقه فيها برفع الزوجة أمرها للقضاء فهي:

1) التطلق للإخلال بالواجبات الزوجية:

إن الأسباب التي تعد إخلالا من قبل الزوج بواجباته الزوجية والتي من خلالها ترفع الزوجة أمرها للقضاء لطلب التطلق منه تتمثل في:

أ) التطلق لعدم الإنفاق:

تعتبر النفقة حق للزوجة يثبت لها بموجب عقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بفك العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا، أجاز لها المشرع الجزائري أن تطلب التطلق لعدم إنفاق زوجها عليها²⁵⁶ طبقا للمادة 1/53 حيث نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

²⁵⁵ رواه الترمذي، الجامع الكبير، سنن الترمذي، المصدر سابق، ج3، أبواب الطلاق، باب ماجاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم الحديث 1220، ص 45

²⁵⁶ نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإخفاء الرابطة الزوجية " التطلق "، قسم العلوم والحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2015، ص 23

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها والقانون الجزائري أخذ بمذهب المالكية في التطبيق لعدم الإنفاق بالشروط التالية:
- صدور حكم قضائي يقضي على الزوج بالإففاق على زوجته، وتنفيذه وثبوت امتناعه بمحضر من المحضر القضائي²⁵⁷
- ألا تكون عاملة بإعساره وقره وقت الزواج ؛ لأن بعلمها بحالته المالية سقط حقها فيالتطبيق لعدم الإنفاق²⁵⁸، وهو قول موافق للمذهب المالكي²⁵⁹ ولكن تستطيع فداء نفسها بالخلع إذا لم تتحمل شدة البقاء معه²⁶⁰، ويثبت الزوج عسره والزوجة تثبت حالة تغريه (تظاهر الغنى والحال أنه فقير) بكل وسائل الإثبات، وإن تعمد عدم الإنفاق وأصر الزوج طلق عليه القاضي في الحال²⁶¹.
- أن النفقة التي يعجز الزوج عن أدائها هي: ماتعلق بالغذاء والكسوة والعلاج والسكن ومايعتبر ضروري في العرف والعادة حسب نص المادتين (78 - 79) من ق،أ، ج .
- أن الإعسار الموجب للتطبيق هو العجز عن الإنفاق للمدة الحاضرة والمستقبل، والمشرع لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر به الزوج بحد أدنى، ولم يبين أيضا المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطبيق إذ نفس المادة حددت ذلك (1/331) من قانون العقوبات الجزائري والمتمثلة في شهرين²⁶² موافقا للمالكية .

أما فقهاء المذهب المالكي فأجازوا التفريق لعدم الإنفاق، واتفقوا على أن الإعسار الموجب للتفريق ؛ هو العجز عن النفقة الضرورة في أدنى أحوالها وعلى أن العجز عن النفقة الماضية لا يوجب التفريق، إنما

²⁵⁷ صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الزواج وانهلاله وآثاره، دون طبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، جوان 2010، ج 1 / ص 261 .

²⁵⁸ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، ج 1 / ص 297

²⁵⁹ نصر سليمان، وآخرون، أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر 05 - 02، دار الفجر، قسنطينة، (د، ط)، 2006، ص 112 .

²⁶⁰ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، البصائر الجديدة، الجزائر، ط3، 2016، ص 353

²⁶¹ بلحاج العربي، المصدر السابق، ص 277

²⁶² المادة (1 / 331) : " يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين (2) من تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروع، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم

الذي يوجب التفريق هو العجز في النفقة الحاضرة والمستقبلة²⁶³، وإذا أعسر الزوج عن النفقة ولم يجد ما ينفقه عليها ولم تصبر بدورها، جاز لها أن تطلب التطلق عند القاضي، فيؤمر الزوج بالتخيير الإنفاق أم الطلاق، فإن لم يتواجدا الإثنين قام القاضي بالتطبيق²⁶⁴.

ب) التطلق للهجر في المضجع:

في الأصل يجوز للزوج هجر زوجته في المضجع لأجل التأديب وهذا مخافة النشوز لقوله الله

﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نَشْوَزَهُنَّ فَعُظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِيمَا لَمْ يَمُضِجْنَ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾، [النساء:34]. من خلال الآية قال القرطبي: "إن الزوج إذا أعرض عن فراشها، فإن كانت محبة للزوج فذلك يشق عليها، فترجع للصلاح، وإن كانت مبغضة، فيظهر النشوز منها، فتبين أن النشوز من قبلها"²⁶⁵، فأقر فقهاء المالكية أن للزوجة طلب التطلق للضرر البين، وذهبوا إلى أن أقصى مدة الهجر لتأديب الزوجة شهر، كما فعل النبي ﷺ حين أسر إلى حفصة رضي الله عنها، فأفشتته إلى عائشة وتظاهرتا عليه، ولا يبلغ الأربعة أشهر التي جعلها الله أجلا للمولي، فإن هجرها إضرارا بها فإن المدة التي تتأذى بها الزوجة هي مدة الشهر أما الأربعة أشهر فهي أقصى ما تتحملة الزوجة .

أما المشرع الجزائري فقد جعل من الهجر في المضجع سببا لطلب التطلق من القاضي، وقيد حق الزوجة في طلب التطلق للهجر في المضجع بمدة تفوق الأربعة أشهر في نص المادة 53 / 3 التي نصت على مايلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" من خلال المادة يتبين أن الهجر في المضجع من أسباب طلب الزوجة التطلق، وبذلك وافق المشرع فقهاء المذهب .

ت) التطلق للغياب والفقدان:

عرّف المشرع الجزائري الغائب في نص المادة (110ق،أ) التي نصت على أن: "الغائب من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في

²⁶³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د،ط)، دون تاريخ النشر، ص 351

²⁶⁴ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري،

دار الهدى للطباعة، الجزائر، (د،ط)، 2000، ص 29، 30

²⁶⁵ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح: عبد الله عبد المحسن، مصدر سابق ط1، 2006 م، ج6، ص 284 ..

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

ضرر الغير يعتبر كالمفقود." فمن خلال المادة نلاحظ أن المشرع عدّ الغائب شخص على قيد الحياة، غير موجود في محل إقامته ويُعرف مكانه²⁶⁶، وورد في السبب الخامس من أسباب التطليق في المادة (53 ق،أ،ج) إذا جاء فيها أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية... 5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، نصت المادة على أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة قدرت بسنة، كان لها أن تطلب التطليق، سواء في غياب معلوم أو مجهول ؛ لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الإنحراف²⁶⁷. ولكن لا يجوز على الزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة .

أما فقهاء المذهب المالكي فقد قالوا يجوز التفريق بين الزوجين للغياب إذا طالت المدة وتضررت بها الزوجة، حتى لو ترك الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب ؛ لأن الزوجة تتضرر لغيبة الزوج ضررا بالغا، والضرر يدفع قدر الإمكان لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»²⁶⁸، وذلك بالتفريق بين الزوج الغائب وزوجته إن أبي أن يحضر إليها أو ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه . قال الدردير في الشرح الكبير: "لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إما أن يحضر، أو تُرحل امرأته إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه، ولا بد من خوفها على نفسها، ويعلم ذلك من جهتها، ولا يكفي مجرد شهوتها للجماع". ومما سبق يتضح أن الفقه المالكي كان موضوعيا في أخذه بالتطليق للغيبة، بعذر أو بدون عذر، ولو ترك لها المال تنفق منه طيلة مدة الغيبة، فالعبرة في تضرر الزوجة من الغياب وحرمانها من معاشرته لمدة طويلة .

(2) التطليق للعيوب:

وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي في التطليق للعيوب، والمقصود بالعيوب هو كل نقصان بدني أو عقلي يؤثر على الحياة الزوجية، وقد تؤدي إلى عدم تحقيق الهدف من الزواج²⁶⁹ وقد ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى تحديد العيوب والأمراض التي تخول لأحد الزوجين رد الزوج المعيب فيكون له الخيار

²⁶⁶ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993 م، ج8/ص460

²⁶⁷ نسرين شريفني وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، أشرف عليه : مولود دريدان، دار بلقيس، الجزائر، (د،ط)، (د،ت،ن) ص70

²⁶⁸ البيهقي : أبو بكر أحمد بن علي (ت 458 هـ)، السنن الكبرى للبيهقي، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي، كتاب الصلح باب لا ضرر ولا ضرار رقم 11495 ، مركز هجد للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، ط1، 2011، ج 11 / ص542.

²⁶⁹ سعادي لعلی، الزواج والخلاله في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 304 .

في ذلك، ويكون للزوج أن يطلق بحكم العصمة، وللزوجة اللجوء للقضاء للتطليق، تقتصر على تبيان العيوب الموجبة للرد في الفقه المالكي، ثم رأي المشرع الجزائري

أ) العيوب الموجبة للخيار في الفقه المالكي:

حدد المالكية العيوب الخاصة بالرجل التي تخول للزوجة الرد بشرط عدم علمها قبل إبرام العقد وهي: البرص، العذِيْطَة، الجذام، الجنون؛ وإن مرة في الشهر، الخشاء، الجب، العُنَّة، والاعتراض،²⁷⁰ ومن خلال هذه العيوب يتبين أنها إما عيوب جنسية أو غير جنسية .

قال فقهاء المالكية العيوب الجنسية: الخشاء، الجب، العُنَّة، الاعتراض، فعلى من يدعي بزوجه أحد هذه العيوب أن يثبته بما هو مقرر شرعا غير أن العنة والاعتراض يصدقان في نكراهما،²⁷¹ لكن المعتراض إن ثبت إعراضه يؤجل سنة للتداوي، إن كان لها الخيار برده بشرط أن لم يسبق أن وطأها²⁷² وأما العين والخصي والمحبوب، فإن أقر الزوج المعيب بعيبه كان للزوجة الخيار في فراقه دون الإمهال سنة، لأنه قد أقر بما لا يرجى برؤه، وإن أنكر ذلك يفحص بالجلس، أو ينظر إليه الرجال مثلما ينظر للنساء فيما يصدقن فيه²⁷³

أما العيوب الغير جنسية فقد ذهب فقهاء المذهب المالكي التي لأحد الزوجين الرد بها وهي أربعة: البرص، الجنون، الجذام، العذِيْطَة ويتضح من هذا أنها عيوب مرضية فالبرص والجذام مرضان يصيبان جلد الإنسان فيشوه خلقته، أما الجنون سواء كان بطبع أو بصرع أو وسواس ولو كان مرة في الشهر ويفيق في باقي أيامه لنفور النفس منه، ولخوف الجنانية منه²⁷⁴ والظاهر من ذلك أن الجنون إن وقع متقطعا مرة في الشهرين فلا رد به، ويقال أن الجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء، ولكن في الواقع هي عيوب تسبب النفرة من الزوج وتمنع التقرب منه ومسه . كما ذهب فقهاء المالكية إلى منح أجل سنة للمجنون

²⁷⁰ الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ص 65 .

²⁷¹ القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 240، 241 .

²⁷² حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 473 .

²⁷³ الباجي، المنتقى، المصدر السابق، المجلد (3 - 4)، ج 4، ص 118 .

²⁷⁴ الكاندهلوي، محمد زكريا ابن محمد ابن يحيى المدني، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، علق عليه تقي الدين الندوي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 2003م، ج 10، ص 338 .

للتداوي . وأما غير هذه العيوب فلا رد بها إلا إذا اشترطت السلامة منها .²⁷⁵ أي بغير العيوب المحددة فقها للرد، كالعَمى، العور، العرج وغيرها من العاهات لأنها لا تمنع الاستمتاع .

ب) موقف المشرع الجزائري من التطليق للعيوب:

فهو موافق لما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي في جواز طلب التطليق للعيوب، فنص في المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" من خلال هذه المادة لم يحدد المشرع العيوب التي بموجبها يحق للزوجة طلب التطليق من القضاء على سبيل الحصر وتركها على العموم بالعيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج . وعلى النقيض من التحديد السالف الذكر لفقهاء المذهب، فقد ظهرت في عصرنا الحالي بعض العيوب والأمراض التي لا يرجى برأها خلال السنة دون تحقيق الغرض من الزواج، كظهور أمراض خطيرة تنتقل بالمعاشرة الزوجية، ويصاب بها النسل وتؤدي إلى الوفاة، وهناك أمراض ما يؤدي إلى الشقاق المفضي إلى الفرقة بينهما متى اكتشفها أحد الزوجين في زوجه²⁷⁶، فرمما ظهرت عيوب أخرى مستقبلا، فترك المشرع الأمر على عمومته بتبني معيار وشرطا واحدا للتطليق بسبب العيب في قانون الأسرة فهو أن يحول العيب دون تحقيق الغاية من الزواج، وهو شرط عام يدخل في معناه جميع العيوب الموجبة للخيار في الفقه المالكي، وبالتالي وافق المشرع أحكام الفقه المالكي في طلب الزوجة للتطليق للعيوب .

3) التطليق للشقاق المستمر والضرر المعتبر شرعا:

لم يخصص فقهاء المذهب المالكي الشقاق المستمر كسبب يخول للزوجة طلب التطليق كما هو الحال بالنسبة لعدم الإنفاق والغيبة، وإنما لها ذلك بسبب الضرر اللاحق بها نتيجة له، بهجرها بغير سبب شرعي وضربها، وسبها وسب أبيها، كأن يقول لها: "يابنت الكلب، يابنت الكافر، بنت الملعون" أو يطؤها في دبرها، ومن الشقاق والإضرار بالزوجة أيضا غلق الباب عليها ومنعها من التجارة وفق ما تقره الشريعة في ذلك من ضوابط، كما لا يعد شقاقا، أو إضرارا بالزوجة الزواج عليها، أو تأديبها لترك الصلاة، أو

²⁷⁵ مختصر خليل في فقه الإمام مالك، المصدر السابق، ص 121 .

²⁷⁶ نذير أوهاب، أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة " الصراط " كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الثالثة عشر، العدد 22، جانفي 2011، ص 95

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

منعها من النزعات، أو الحمّام .²⁷⁷ ويجوز عند فقهاء المالكية طلب التّطليق من قبل الزوجة نتيجة للشقاق بين الزوجين حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاءً، لقول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»²⁷⁸. وذهب علماء المالكية إلى أن الفرقة تكون لوقوع خلل في مقصود الزواج من حسن العشرة والألفة .²⁷⁹ وإذا ثبت الشقاق المستمر والضرر فلها الخيار في التّطليق، أو البقاء معه مع زجره من الحاكم للكف عن إيذائها²⁸⁰، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها²⁸¹، فإن تكررت منها الشكوى دون ذلك بعث بالحكمين ؛²⁸² حكما من أهله وحكما من أهلها لفعل الأصلح بالجمع بينهما والصلح، لقول الله ﷻ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾، [النساء: 35] وينفذ حكم الحكمين بالطلاق للشقاق والضرر، سواء رضيا به الزوجان أم لم يرضيا ويقع الطلاق للشقاق والضرر بائنا عند فقهاء المالكية.

أما التّطليق للضرر في الفقه المالكي فذهب فقهاء المالكية إلى جواز التّطليق ولو لم يتكرر منه، سواء أكان ماديا كالضرب، والهجر، أو معنويا كسببها، أو سبب أبويها أو عدم الكلام معها وإيثار امرأة أخرى عليها²⁸³، ولم يرجع عن ذلك، فإذا أثبت وقوع الضرر فرّق القاضي بينهما بطلقة بائنة .²⁸⁴

4) مسألة التعويض عن الضرر في حالة التّطليق:

قد جاءت أقوال الفقهاء المالكية في هذه المسألة صريحة في أحقية الزوجة في التعويض في حالة ما إذا ضربها زوجها ضربا مبرحا أو شجها . ومن ذلك ما نقله الطبري عن الزهري المالكي: "لو أن رجلا شج امرأته أو جرحها لم يكن عليه في ذلك قود، وكان عليه العقل..."²⁸⁵

²⁷⁷ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ص 345 .

²⁷⁸ سبق تخريج الحديث

²⁷⁹ ابن العربي أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 1، ص 541 .

²⁸⁰ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر نفسه، ص 345 .

²⁸¹ ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 1، ص 543 .

²⁸² الخرشبي، شرح على المختصر الجليل، المصدر السابق، ج 4، ص 8 .

²⁸³ ابن قدامة : أبي محمد عبد الله (ت 620 هـ)، المغني، تح : طه محمد الزيني، مكتبة القاهرة، مصر، (د، ط)، 1969، ج 10/ ص 273.

²⁸⁴ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 345

²⁸⁵ الطبري : محمد بن جرجير يزيد أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984م، (ت) 310هـ).

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

وجاء في تفسير القرطبي: "والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظمًا ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فلا جرم إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان" 286

وذكر في مواهب الجليل "... من ضرب امرأته عمدا قضي عليه من حق، وهو يختلف باختلاف البلدان، وسئل أبو محمد عن ضرب زوجته ثم اصطلحا بعطاء فهو له لازم، فهذا يدل على أن لها حقا.. " 287

ونقل في الكواكب الدرية في فقه المالكية: "ولا يضربها ضربا مبرحا ولو علم أنها لا ترجع عما فيه إلا به، فإن وقع فهو جان ولها التطبيق و القصاص" 288

ومما سبق ذكره يتضح لدينا أن المالكية يُقرون بأحقية الزوجة في التعويض المادي أما التعويض المعنوي فهناك طائفة من فقهاء الشريعة المحدثين من أقرروا بالتعويض عن الضرر المعنوي ويرون أن "التعويض في الشريعة الإسلامية هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال أو شرف، وأن التقدير في تعويض الشرف هو من باب التعزير الذي وكلت به الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر، ومنزلة المجني عليه، والعرف الجاري في مثله" 289

ثانيا) الخلع وطبيعة الفرقة فيه

1) الخلع:

أ) الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

قد تطرق المشرع الجزائري إلى الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على مايلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم" فيفهم من خلال النص المشرع لم يعط تعريفا صريحا للخلع وإنما ذكر أحكامه التي تبين أن للخلع طرفين هما الزوج والزوجة، وبذلك يكون موافقا أحكام الفقه المالكي .

286 القرطبي، المرجع السابق، ج 5 / ص 172

287 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص 15

288 محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، (د ط)، 2003، ج 3 / ص 178 .

289 محمود شلتوت، الإسلام شريعة وعقيدة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 9، 1977م، ص 415.

وافق المشرع الجزائري أحكام الفقه المالكي في عدم تعلق الخلع بالشقاق والضرر على عكس التطبيق، فعلق فقهاء المذهب طلب الزوجة التطبيق من أولي الأمر بالشقاق والضرر، حيث تنعدم الألفة بين الزوجين بسبب إضرار الزوج بزوجته بضررها، وسببها، وغيرها أما الخلع فهو غير متعلق بذلك وإنما بسبب نفسي وهو الكراهة، فيكون اختياراً من الزوجة وحبا في فراق زوجها من غير إكراه ولا ضرر منه بها²⁹⁰ فتدفع الزوجة مقابل مالي نظير طلاقها، واستدل فقهاء المذهب المالكي بالحديث: عن ابن عباس: "أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن لا أطيعه، فقال رسول الله ﷺ: فتردين عليه حديثه؟ قالت نعم"²⁹¹، وهذا الحديث أصل في الخلع.

وقد بنى المشرع الجزائري الطلاق المقرري المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أسباب مادية ذكرها في هذه المادة، وينبغي على الزوجة المدعية بما إثباتها حتى يقضي لها بالطلاق، إضافة إلى حقها في التعويض، أما الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من نفس القانون فينبى على سبب نفسي وهو الكراهة، حيث لا يتطلب الأمر قيام الشقاق وإضرار الزوج بزوجته، فيكفي أن لا تجد الزوجة راحتها النفسية، ولا تتحقق لها السكنينة مع زوجها.²⁹² ويستفاد من النص القانوني ما يلي:

- أن الطلاق عن طريق الخلع لا يستوجب موافقة الزوج .
 - أن للخلع مقابل مادي تقدمه الزوجة وهو العوض الذي يكون محل اتفاق الزوجين .
 - الظاهر من نص المادة 54 أن الطلاق عن طريق الخلع لا يقع إلا قضاءً في حالة عدم رضا الزوج.
- (ب) الخلع في الفقه المالكي:

تطرق فقهاء المذهب المالكي للخلع بأنه: "عقد معاوضة على البضع، تملك به المرأة نفسها وبملك الزوج به العوض"²⁹³، كما عرّفه البعض بالطلاق بعوض، فالخلع نوع من أقسام الطلاق المختلفة، ويكون

²⁹⁰ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 257 .

²⁹¹ رواه البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث 5275، ص 1345

²⁹² بن شويخ رشيد، قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، الصراط، مجلة كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، السنة الرابعة، العدد 9، جمادى الأولى، جويلية (1425 هـ، 2004 م)، ص 123.

²⁹³ الرضاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تح : محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1993 م، ج 1، ص 275

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

الخلع أيضا باللفظ دون العوض، كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتك، أو أنت مخالعة²⁹⁴ وفي ذلك قال الدردير: "يجوز الخلع وهو الطلاق بعوض وإن من غيرها أو بلفظه وهو بائن لا رجعة فيه"²⁹⁵، ويستفاد من تعاريف فقهاء المذهب المالكي أن الخلع يكون بين طرفين هما الزوج والزوجة، فتكون الزوجة مبادرة إلى عرض البدل للزوج مقابل الطلاق الذي هو بيده، فالخلع طلاق من طرف الزوج بعوض تقدمه الزوجة، أو غيرها لذلك .

(2) طبيعة الفرقة بالخلع:

(أ) في قانون الأسرة الجزائري: المشرع الجزائري فقد وافق فقهاء المذهب المالكي في عدّ الخلع

طلاقا وليس فسخا، وذلك من خلال ترتيب النصوص القانونية في قانون الأسرة فقد خصص الفصل الثالث منه للفسخ حيث عنوانه: "النكاح الفاسد والباطل"، أما الطلاق فقد أورده في الباب الثاني تحت عنوان: انحلال الزواج" فابتدأ بالمادة 47 منه والتي تنص على أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بالطلاق أو الوفاة، حيث حصر الانحلال بهما، وقد أدرج المادة 54 المتعلقة بالخلع في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون: بالطلاق، فهذه إشارة صريحة إلى اعتبار المشرع الخلع طلاقا. غير أن المشرع الجزائري لم يبين من خلال نصوص قانون الأسرة إن كان الخلع طلاقا بائنا أم لا.

(ب) في فقه المذهب المالكي:

ذهب المالكية إلى أن الخلع طلاق سواء كان بعوض أو بلفظه وقد احتج فقهاء المذهب بأن: "الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا يرجع إلى الإختيار فليس بفسخ"²⁹⁶ واستدلوا في ذلك بقول الله ﷻ: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾، [البقرة: 229] وقوله ﷻ في نفس الآية: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، [البقرة: 229].

ووجه الدلالة في الحديث السابق أن النبي ﷺ أمره بطلاقهما مقابل إرجاع الحديقة بلفظ

²⁹⁴ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص 518 .

²⁹⁵ أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مصدر سابق، ص 68

²⁹⁶ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ص 135 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

الطلاق صريحاً وجعله طلاقاً .²⁹⁷ كما أن الطلاق بالخلع بائن لا رجعة فيه عند فقهاء المذهب المالكي، فلا تحل له إلا بعقد جديد، ويقع بائناً حتى لو تلفظ الزوج بالخلع: "طلقتك طلاقاً رجعية" حين قبض العوض.

الفرع الثاني: أركان الطلاق بغير إرادة الزوج

أولاً) أركان التطلق:

تعتبر أركان التطلق من نفس أركان الطلاق - المذكورة سالفاً- حسب قانون الأسرة الجزائري في مواده القانونية ولكن يجدر بنا الإشارة إلى أهم ركن في التطلق ألا وهو القاضي .

وبما أن التطلق رخصة منحها المشرع في قانون الأسرة للمرأة من أجل رفع ضرر وقع لها من الزوج إلا أنه قيدها بسلطة القاضي في تقدير الأسباب الواردة في المادة 53 من نفس القانون ، وإن توافرت الشروط اللازمة في كل سبب من أسباب التطلق ، فنجد السلطة المطلقة في بعض الأسباب وضيقة في تقدير الأسباب الأخرى ، ومادامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أي كان موضوع المنازعة ، فهذا يعني أن سلطته تبرز في كل فروع القانون .

ثانياً) أركان الخلع:

جعل فقهاء المذهب المالكي للخلع خمسة أركان وهي:

القابل، والموجب، والعوض، والمعوض والصيغة²⁹⁸، وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي ضمناً في عدّ هذه الأركان من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة.

1) طرفا الخلع:

حدد فقهاء المذهب المالكي طرفي الخلع ووافقهم في ذلك المشرع الجزائري، وهما الزوجين، حيث يعدان الطرفان الأصليان في الخلع، وقد اشترط الفقهاء في كل منهما عدة شروط:

أ) الزوج: وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في شروط الزوج، كما وافقهم في مسألة خلع

²⁹⁷ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ، 1997م، ص

²⁹⁸ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 517.

المريض مرض الموت.

أ/أ). شروط الزوج في الخلع:

بما أن الخلع طلاقاً فإنه يشترط فيهما ما يشترط في المطلق، فيجب أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً، أي أن يكون أهلاً لذلك، ألا يكون مكرهاً

أ-أ/أ) / الأهلية:

المشرع الجزائري وافق فقهاء المذهب المالكي في نص المادة 7 من قانون الأسرة المذكورة سالفاً، والتي تخص الأهلية فتقتضي هذه المادة أن يكون الزوج متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه، ونص أيضاً في المادة 49 من القانون على أنه إن كان الزوج فاقداً للعقل فإن طلاقه لا يقع لأنه فاقد الإرادة، فتصرفات المحجور عليه بسبب الجنون، أو العته أو السفه باطلة بعد الحكم بالحجر، ولا تكون كذلك قبله إلا إن كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدور التصرفات²⁹⁹ وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب المالكي بالنسبة للمجنون . أما خلع السكران فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى طلاقه عموماً والخلع خصوصاً .

ب- أ/أ) / عدم الإكراه:

من خلال القاعدة الفقهية "من صح طلاقه صح خلعه" فينطبق على المخالعة ما ينطبق على المطلق، وبالتالي فإن خلع المكره لا يقع عند فقهاء المذهب المالكي لعدم وقوع طلاق المكره، لقوله ﷺ: "لا طلاق في إغلاق"³⁰⁰، أي في إكراه³⁰¹. ومن خلال اعتبار وتسمية فقهاء المذهب الزوج والزوجة عند ذكر أركان الخلع بـ: الموجب و القابل، وهذا ما يعبر عن إرادة الزوجين في الخلع بعقد المعاوضة على البضع، حيث تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض³⁰²، وهذا يستوجب إيجاباً من أحد الزوجين وقبولاً من الطرف الآخر . وبما أن الخلع طلاق بعوض وفقهاء المذهب لم يشترطوا في تمامه وتملك الزوج للعوض حيازته له، وبالتالي هل يترتب عليه ما يترتب على عقود المعاوضات، من جواز الرجوع عن

²⁹⁹ المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري .

³⁰⁰ رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج1، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث 2046، ص (65

— 660)، عن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"

³⁰¹ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 545 .

³⁰² شرح حدود ابن عرفة، المصدر السابق، ص 275 .

الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر، ومن اقتصر الإيجاب على مجلس العقد فقط؟ فظاهر من أحكام الفقه المالكي أنه لا يوجد منهم من صرح بذلك أو نفاه، وبالتالي فإن مقتضى اعتباره من المعاوزات أنه تنطبق عليه أحكامها³⁰³.

قال ابن رشد: "إن فقهاء المذهب المالكي اتفقوا على أن الخلع جائز مع التراضي، إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها".³⁰⁴ والمقصود بالتراضي الجائز هنا هو رضا الزوجة، فلا يجوز للزوج إجبار زوجته على الخلع بأن يلحق الضرر بها فتضطر لذلك، وبذلك تطلق عليه بلا مقابل³⁰⁵.

المشروع الجزائري وافق فقهاء المذهب المالكي في كون الخلع معاوضة البضع بمقابل، وأقر بالخلع الرضائي، وذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الخلع لا يتم إلا عن طريق القضاء بالاستناد لنص المادة 48 من قانون الأسرة³⁰⁶، وفي هذه الحالة فإن الإشكال هو حالة التراضي على الخلع بين الزوجين قبل اللجوء إلى القضاء، فالزوجة تعد من تاريخ تطبيقها خلعا بالتراضي وليس من تاريخ النطق بالحكم.

أما نص المادة 54 السالفة الذكر على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج في مقابل مالي³⁰⁷. معناه الخلع للتراضي وعدم الإكراه عموما.

ب/أ) خلع المريض مرض الموت:

ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى وقوع خلع المريض مرض الموت قضاءً، غير أنه لا يجوز عندهم ديانة، وذلك لأنه يؤدي إلى إخراج وارث من الميراث، كما ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أن الزوج إذا خالع وهو في مرض الموت، ثم توفي قبل أن يشفى من مرضه، فإنها ترثه سواء كانت وفاته في عدتها أم بعد انتهائها، وسواء تزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لأن الزوج أقدم على ما يتسبب عنه إخراجها من ميراث لها الحق فيه، كما أنه لا يفرق في ذلك بين المدخول بها وغير المدخول بها³⁰⁸.

³⁰³ علي الحفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1429هـ - 2008م، ص 135

³⁰⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ص 133.

³⁰⁵ انظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص (257 - 258)

³⁰⁶ لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 73، والظاهر أن هناك تناقض بين نصي المادتين ما يقتضي إعادة النظر في صياغتهما مع اعتبار رضا الزوج وفقا لأحكام الفقه المالكي.

³⁰⁷ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/09/2011، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا 2012، عدد 1، ص 318.

³⁰⁸ الخرشني، شرح على المختصر الجليل، المصدر السابق، ص 18.

أما المشرع الجزائري فقد وافق فقهاء المذهب المالكي من خلال نص المادة 132 من قانون الأسرة، والتي نصت على مايلي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"، ويستخلص من هذه المادة أن طلاق، أو خلع المريض مرض الموت يقع، كما أن الزوجة ترث زوجها إن تم الخلع في مرض الموت.

(ب) الزوجة:

وافق المشرع الجزائري مذهب الفقه المالكي في شروط الزوجة المختلعة وحالاتها، فيشترط فيها أن تكون بالغة، عاقلة، غير محجور عليها، غير مكرهة على الخلع وبالتالي شروط الزوجة في الخلع نفسها شروط الزوج في الخلع. ثم خلع المريضة مرض الموت أيضا نفسه خلع المريض مرض الموت.

(2) صيغة الخلع:

يكون تبادل الإيجاب والقبول في الخلع بالألفاظ المقررة شرعا، وهي عند فقهاء المذهب المالكي كل لفظ أدى إلى بذل المرأة من مالها لقاء ملك نفسها، أو أدى إلى الفرقة بلفظ الخلع دون عوض³⁰⁹، وقد فرق فقهاء المذهب المالكي بين عدة ألفاظ تفيد نفس المعنى، فيختص الخلع ببذل الزوجة جميع ما أعطها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثر منه، والمباراة بإسقاطها حقا لها عليه³¹⁰؛ قال ابن العربي: "قال مالك: المبارئة هي المخالعة بما لها قبل الدخول، والمخالعة إذا فعلت ذلك بعد الدخول، والمفندية المخالعة ببعض مالها".³¹¹ والملاحظ أن فقهاء المذهب المالكي قد فرقوا بين المصطلحات الأربع على أساس مقدار العوض في ذلك، غير أنها تفيد كلها الخلع، ومن صور الخلع ما كان في نظير عوض دون لفظ الخلع كأن تقول الزوجة لزوجها: متى طلقني فلك ألف (الجواب لا يخص المجلس فمتى طلقها ألزمت بالألف)، ومن صور ما كان بلفظ الخلع بعوض أو بغير عوض كأن يقول الزوج: خالعتك على ألف، فقال قبلت، وبدون عوض كقول الزوج لزوجته: خالعتك، أو أنت مخالعة³¹².

³⁰⁹ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 518.

³¹⁰ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ص 129.

³¹¹ ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 1، ص 265.

³¹² انظر: ابن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص (501 - 502)، الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ج 2، ص 518.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق فقهاء المذهب المالكي، ولو أنه لم يشير صراحة لذلك، وإنما ترك أمر تقدير قيمة البديل لإرادة الزوجين الذين يمكن أن يتفقا على ما يعادل قيمة ما أعطاهما صداقا، أو أقل منه، أو أكثر من خلال نص المادة 54 قانون الأسرة والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم"، فاعتد بقيمة العوض التي تعبر عن المصطلحات السالفة الذكر، والتي تعبر بدورها عن بذل العوض في مقابل الطلاق. ولو أن المشرع سمى الخلع القضائي خلعاً، إلا أن إجازته للخلع العربي تجعل من كل صيغة للطلاق بعوض خلعاً، كما أنه لم يفرق بين الخلع قبل الدخول والخلع بعد الدخول، ويقتضي ذلك أن للزوجة أن تخالع نفسها بمجرد اكتساب صفة الزوجية موافقا بذلك لأحكام الفقه المالكي، على خلاف القضاء الجزائري الذي نص في قرار للمحكمة العليا على مايلي: "طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول"³¹³

(3) العوض في الخلع:

أجاز فقهاء المذهب المالكي وقوع الخلع بعوض وبدونه، والعوض عندهم هو الشيء المخالع به، وهو البديل الذي تقدمه الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، وقد وافق المشرع الجزائري فقهاء المذهب في وقوع الخلع بدفع الزوجة للعوض، وللعوض مسألتين هما: طبيعته (أولاً)، مقداره (ثانياً).

أ) طبيعة العوض:

اشتراط فقهاء المذهب المالكي أن يكون العوض مما يصح تملكه وبيعه، تحرزا من الخنزير والخمر وماشابه ذلك³¹⁴، كما اشتراطوا أن يكون مملوكا للزوجة، فإن كان مملوكا للغير قيدوا جوازه بجهل الزوجين معا أنه ملك للغير، فيرد إلى صاحبه ويعود الزوج عليها بقيمته إن كان مقوما، وبمثله إن كان موصوفا أو مثليا، أما إن علمت الزوجة وجاهل الزوج، فإن كان العوض معيناً فلا خلع، وإن كان مثليا رجع عليها بمثله³¹⁵، وأجازوا أن يكون العوض مالا مقوما، كما أجازوا أن يكون غرارا كجنين في بطن بهيمة ملك لها فإن كانت غير مالكة لها فغير جائز، فإن انفش الحمل أو ولدته ميتا فلا شيء للزوج وبانت، ويجوز أن

³¹³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 14/06/2006، ملف رقم 258613، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2، ص 421.

³¹⁴ القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 257.

³¹⁵ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 523.

يكون العوض غير موصوف، فيكون بالصفات غير المرغوب بها من الزوج كشيء أو كحيوان، أو ثمر لم يظهر صلاحه، وللزوج في هذه الحالة الوسط من حيث جودة العوض غير الموصوف³¹⁶.

أما المشرع الجزائري فقد نص على العوض في المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي والملاحظ على ذلك أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة المقابل المالي فتركه على إطلاقه؛ سواء كان المال نقدا، أو منقولا، أو عقارا، وبذلك يكون قد وافق المشرع فقهاء المذهب المالكي وترك الأمر بيد الزوجين في تقدير قيمة المقابل المالي وطبيعته، لأن الخلع عقد معاوضة عندهم، لكن المشرع الجزائري أفرد التراضي فيما يتعلق بالمقابل المالي فقط، حيث نص في الفقرة الثانية من نفس المادة 54/2 على مايلي: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" ومفاد المادة أن الزوجين إذا لم يتفقا على العوض المالي على العموم، أي من حيث القيمة والطبيعة، فإن القاضي يتدخل بالحكم بصداق مثلها من النساء وقت الحكم، فيستفاد من المادة أن كل مالم يمكن تقويمه بمال لا يصلح لأن يكون عوضا في الخلع³¹⁷، كحضانة الولد، نفقة الحمل،،، .

ب) مقدار العوض:

مقدار العوض في الخلع عند فقهاء المذهب المالكي قد يعادل، أو يفوق، أو يقل عن الصداق، أي بما تراضى الزوجان عليه، واستدلوا بقول الله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، [البقرة: 229].

فجاء النص عاما يشمل ما فتدت به سواء كان كثيرا أم قليلا، واستدلوا كذلك بما رواه الدار قطني³¹⁸، والبيهقي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: "أرادت أختي أن تختلع من زوجها فأنت النبي ﷺ مع زوجها فذكرت له ذلك، فقال لها رسول الله ﷺ: تردين عليه حديقته ويطلقك، قالت نعم وأزیده فقال لها الثالثة، قالت نعم وأزیده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته³¹⁹ .

³¹⁶ انظر : عليش، شرح منح الجليل، مصدر سابق، ص6 / حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر نفسه، ص524

³¹⁷ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، سنة (2004 م، 2005 م)، ص484 .

³¹⁸ الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ص (79 - 80)

³¹⁹ رواه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة (2003م - 1424هـ)، ج 7، رقم الحديث 14850، ص (514 - 515) .

أما المشرع الجزائري فلم يخالف أحكام الفقه المالكي في ذلك، حيث ترك أمر تقدير مقدار العوض إلى اتفاق الزوجين، وبذلك فإن المقدار قد يعادل، أو يفوق، أو يقل عن مقدار الصداق، حيث نصت المادة 54 / 2 من قانون الأسرة على مايلي: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، ويستفاد من نص هذه المادة أن الأصل في تحديد مقدار العوض هو اتفاق الزوجين، أما الاستثناء فهو في حالة عدم الاتفاق عليه، فيتدخل حينها القاضي في تحديده، بقيمة لا تتجاوز صداق المثل وقت النطق بالحكم .

(4) المعوض في الخلع:

المعوض هو بضع الزوجة أو العصمة، وهو التمتع بها، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، أي أن تكون زوجته فيحل له التمتع بها شرعا، ولأن الهدف من الخلع هو أن تتخلص الزوجة من قيد الزوجية في الزواج الصحيح عن طريق بدل العوض لزوجها على خلاف النكاح الفاسد الذي لا يفيد ملك المتعة³²⁰. وذهب فقهاء المذهب المالكي إلى جواز الخلع قبل الدخول وهي المبرأة،³²¹ كما ذهبوا إلى أن خلع المعتدة من طلاق بائن هو مجرد طلاق على ما لا يملك، فلا يجب فيه العوض، لأنه لم يصادف محلا فيرد الزوج المال إن ثبتت بينونتها، لأن المقصود بالخلع هو بذل المال من طرف الزوجة لتملك عصمتها، وهو ما تحقق لها بالطلاق البائن السابق على الخلع، فلا تدفع مقابلا لما هو واقع فعلا، ويجب على الزوج رد ما أخذه إن كان قد قبض منها شيئا، أما في الطلاق الرجعي فيجوز الخلع أثناء العدة لأن الزوجية لتزال قائمة بين الزوجين، وللزوج أن يرجع زوجته متى شاء وقت العدة، وبالتالي فقد صح منها بذل المال عوضا للخلع، ولزم الزوج طليقة أخرى بائنة³²².

كما ذهب فقهاء المالكية إلى أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة، واستدلوا بقول الله ﷻ: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، [البقرة: 228]، وقوله ﷻ: ﴿وَأَلِيَّ يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ وَ أُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾، [الطلاق: 4].

³²⁰ الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص (486، 485)

³²¹ أحكام القرآن، المصدر السابق، ص 265 .

³²² الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط3 ، 2005م، ج3، ص 23 .

أما المشرع الجزائري، فقد وافق أحكام الفقه المالكي في محل الخلع، أو المعوض، فبالعودة إلى نص المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري نجده قد أشار إلى المعوض وهو العصمة الزوجية، بإعطاء الحق للزوجة في مخالعة نفسها بمقابل مالي، فنص على صفتها وهي أنها زوجة فلا يجوز لمن لم يكن لها مركز الزوجة القانوني أن تخالع نفسها لانتقاء المحل، وبالتالي فإن المعتدة من طلاق بائن لا تدخل في حكم الزوجة .

وباعتبار المشرع الخلع طلاقاً، فإن عدة المطلقة عدة المختلعة وهو بذلك وافق أحكام الفقه المالكي، كما أن الظاهر من نص المادة 54 السالفة الذكر يشير المشرع إلى موافقته الفقه المالكي في إمكانية لجوء الزوجة المعتدة من طلاق رجعي إلى الخلع، لأن صفة الزوجية لا تزال قائمة، غير أنه في نص المادة 50 من نفس القانون جعل للزوج إرجاع زوجته أثناء جلسات الصلح، وقد يكون طلقها قبل رفع الدعوى وانتهت عدتها، ما يجعل الخلع أثناءها لا محل له .

أما الخلع قبل الدخول ن فإن المشرع الجزائري بالنظر إلى عموم النص للمادة 54 فإنه وافق الفقه المالكي في جواز خلعه لتوفر صفة الزوجة، حيث لم يميز النص القانوني بين المدخول بها وغيرها في ذلك .

المبحث الثاني : مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

يقصد بالآثار التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية تلك المترتبة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، إذ تترتب على الطلاق آثار شرعية لا بد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعاً وقانوناً ؛ وهي كل من: العدة، الحضانة، النزاع في متاع البيت .

المطلب الأول: أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

تعتبر العدة من آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان بالتطليق أم الخلع أو بغيرها من طرق فك الرابطة الزوجية الأخرى، والعدة ما شرعت إلا حفظاً لاختلاط الأنساب وسيتم ذكرها كالاتي:

الفرع الأول: تعريف العدة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي

أولاً) تعريف العدة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف العدة بل اكتفى بذكر أنواعها وما يترتب عنها من خلال المواد 58 - 61 ق، أ، ج .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

ثانيا) العدة في الفقه المالكي:

العدة شرعا هي أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب تمتنع عن التزويج فيه بغير زوجها الأول³²³، أو هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها³²⁴.

الفرع الثاني: أنواع العدة:

للعدة ثلاثة أنواع، عدة بالأقراء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل، و المعتدات ستة أنواع؛ الحامل، والمتوفى عنها زوجها، وذات الأقراء، والمفارقة في الحياة، ومن لم تحض لصغر أو إياس، والمفارقة في الحياة من ارتفع حيضها لم تدر سببه .

وعدة الطلاق ثلاثة أنواع: ثلاثة قروء لمن تحيض، وضع حمل الحامل، ثلاثة أشهر لليائس والصغيرة، وستتطرق لكل نوع على حده:

أولاً) العدة بالأقراء أو (عدة الحائض) في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

1) العدة بالأقراء في قانون الأسرة الجزائري:

قد ذكر المشرع الجزائري العدة بالقروء في نص المادة 58 منه بقوله: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاثة قروء..."³²⁵، الأمر الذي يجعل عدة القروء مقصورة على من توافرت فيه ثلاث شروط:

أ) أن يكون سبب الفراق بينها وبين زوجها الطلاق ولا يكون هذا إلا في العقد الصحيح

القائم وفق أحكام المادة 09 من هذا القانون وما يليها، فإن كان العقد فاسدا فالأمر مع خلاف ذلك

ب) أن يكون قد دخل بها أو خلا بها خلوة صحيحة لكونها في حكم الدخول فإن لم يدخل بها

فلا عدة عليها بالقروء أو غيرها ما لم يكن سبب الفراق وفاة .

³²³ أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 674 .

³²⁴ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، دم ن، ط3، 1431هـ - 2010م، دج، ص 338 .

³²⁵ مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، الأمر رقم 02 / 05، المؤرخ في 04 / 05 / 2005، دار النجاح، الجزائر، ص

ت) أن لا تكون حاملا وقت طلاقها، فإن كانت كذلك فعدتها بالوضع لا بالقروء، أن تكون من ذوات الحيض بأن تكون آيسة أو صغيرة³²⁶.

(2) العدة بالأقراء في الفقه المالكي:

يرى فقهاء المذهب المالكي أن القراء هو (الطهر) لأن الله تعالى أثبت التاء للعدد ثلاثة فدل على أن ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾، [الطلاق: 1]. أي في وقت عدتهن، ولما كان الطلاق في وقت الحيض بدعيا لا يقع، فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، ومقدار العدة بالحيض هي ثلاث حيضات كاملات، ولذلك لو طلقها أثناء الحيض، وكان الطلاق بدعيا، لا تنتهي عدتها إلا بعد ثلاث حيضات كوامل، غير جزء الحيضة التي حصل فيها الطلاق³²⁷، وإذا انقطع العشر أيام من رؤيته وهي أكثر مدة الحيض انقضت العدة بمجرد انقطاعه، وأما إذا انقطع لأقل من عشرة أيام فلا تنقضي العدة بمجرد بل لا بد أن يعقب انقطاعه اغتسالها أو مضي وقت صلاة عليها حتى يتحقق من أنه انقطع لا إلى عدة، وأقل مدة تصدق فيها المرأة أنها انقضت عدتها بحيضها ثلاث حيضات كوامل هي ستون يوما من تاريخ الفرقة³²⁸.

والنساء كما تطرقنا سالفا مع الحيض ثلاث أصناف، معتادة، مرتابة، مستحاضة

ثانيا) العدة بالأشهر في قانون الاسرة الجزائري والفقه المالكي

(1) العدة بالأشهر في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري فقد ذكر هذه المسألة في نص المادة 2/58 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"³²⁹. من خلال هذه المادة نلاحظ ان المشرع ذكر عدة اليائس من المحيض يكون بثلاثة أشهر، غير أنه لم يذكر عدة الصغيرة التي لم تحض كما لم يذكر عدة المرأة الحائض التي ارتفع حيضها وبالتالي يرجع في عدتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالاعتماد على المادة 222 من هذا القانون، كما

³²⁶ أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة، ط1، 1430هـ / 2009م، ص161

³²⁷ الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 375.

³²⁸ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر، ط2، 1410هـ / 1990م، دج، ص

169.

³²⁹ مولود ديدان، مرجع سابق، ص 15.

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

ذكر عدة المتوفى عنها زوجها في نص المادة 1/59 حيث جاء فيها: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام".

(2) العدة بالأشهر في الفقه المالكي:

تكون لمن فارقتها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة وكانت لا تحيض لصغرها . وإن بلغت بالسن ولم تر الحيض ولم تكن حاملا أو لبلوغها سن اليأس، كما تكون لمن توفي عنها زوجها بعد العقد الصحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملا صغيرة كانت أو كبيرة تحيض أو لا تحيض . وهذه العدة صنفان:

- الأول: ثلاثة أشهر وهي بدل عن الحيض .
 - الثاني: أربعة أشهر وعشرة أيام وهي أصل وليست بدلا عن غيرها³³⁰.
- والعدة التي تجب بدلا عن الحيض بالأشهر فهي عدة الصغيرة، والآيسة والمرأة التي لم تحض أصلا، بعد الطلاق وسبب وجوبها الطلاق لمعرفة أثر الدخول وشرط وجوبها شيئان:
- أحدهما: الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلا.
 - الثاني: الدخول، أو الخلوة الصحيحة، في النكاح الصحيح وكذا النكاح الفاسد عند المالكية³³¹.

(3) عدة الآيسة والصغيرة:

تعتد بثلاثة أشهر، لقول الله ﷻ: ﴿وَأَلِّي يَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللِّي لَمْ يَحْضَنْ﴾، [الطلاق: 4]، أي اللاتي لم يحضن من نسائكم فعدتهن ثلاثة أشهر .

قال الإمام موفق الدين ابن قدامة: (أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة الآيسة والصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر)³³² . والأصل أن تكون عدتها بالأقراء، ولعدم وجودها قامت الأشهر مقامها فتعتد بثلاثة أشهر، لأنها تقوم مقام ثلاث حيضات، فالمرأة صحيحة الجسم تحيض في كل شهر مرة غالبا والنعتر هو الغالب³³³ .

³³⁰ أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 655 .

³³¹ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 633 .

³³² فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، (د، م، ن)، ط1، 1423 هـ، ج 2، ص 427.

³³³ محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 342 .

ثالثا) العدة بوضع الحمل في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

(1) العدة بوضع الحمل في قانون الأسرة الجزائري:

قد نص المشرع الجزائري على عدة الحامل في المادة 60 من القانون رقم 11/84 بقوله: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"³³⁴ ونلاحظ أن المشرع لم ينص على عدة المرتابة بالحمل وبالتالي يرجع في ذلك إلى المادة 222 التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي تنص على (كل مالم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) .

(2) العدة بوضع الحمل في الفقه المالكي:

الأصل في عدة الحامل قوله الله ﷻ: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، [الطلاق: 4] وهذه الآية محمولة على العموم في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن و هي مخصصة لآية الوفاة في قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾، [البقرة: 234] . لأنها نزلت بعدها وهي مختصة بالحائل من الصنفين ذوات الأشهر وذوات الحيض . وتنتهي عدة الحامل بوضع الحمل اتفاقا³³⁵ وهو ماذهب إليه فقهاء المذهب المالكي، ولكن ليس كل حمل تنقضي بوضعه العدة، وإنما المراد الحمل الذي قد تبين فيه خلق الإنسان .

وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثر عند فقهاء المذهب المالكي في المشهور خمس سنين ودليلهم على أقل مدة الحمل: المفهوم من مجموع آيتين هما قول الله ﷻ: ﴿وَأُولَادُتُ يُرَضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 233] . و قوله ﷻ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، [الأحقاف: 15]

وأما أكثر مدة الحمل فيعتمد فيها على الاستقراء وتتبع أحوال الناس: لأن ما لانص فيه يرجع إلى الموجود .

³³⁴مولود ديدان، مرجع سابق، ص15

³³⁵بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 302، 303 .

الفرع الثالث: عدة زوجة الفار

من طلق امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً بغير رضاها ثم مات وهي في العدة، اعتبر بهذا التطليق فاراً من ميراثها، وتأخذ عدتها حكماً آخر ؛ أي أنه إذا انقضت الحيضات الثلاث في أقل من أربعة أشهر وعشراً وجب عليها أن تنتظر إلى تمام هذه المدة، وإن لم تتم ثلاث حيضات في هذه المدة وجب أن تكون عدتها بالحيض .³³⁶

الفرع الرابع: عدة زوجة المفقود

أولاً) عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري

قد ذكر المشرع الجزائري عدة زوجة المفقود في نص المادة 2/59 بقوله: "تعتد المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"³³⁷.

والمفقود عرّفه المشرع بنص المادة 109 من قانون الأسرة بقوله: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم ."

ويتبين من نص المادة 2/59 أن زوجة المفقود وزوجة المتوفى يخضعان لمبدأ واحد فيما يتعلق بمدة العدة، ولا يختلفان إلا من حيث بداية احتساب العدة وهذا باعتبار أن عدة المتوفى عنها يبتدئ احتسابها من يوم الوفاة وعدة زوجة المفقود يبتدئ من يوم صدور الحكم بفقده أو وفاته طبقاً للمادة 113 من ق،أ كما نصت المادة 113 من قانون الأسرة بأنه "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب في الحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات".

كما أن المادة 89 من ق،ج،م الصادر في 19 / 02 / 1970 بأنه "يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين وأن الطلب يقدم إلى محكمة مكان الولادة أو محكمة الموطن محل الإقامة"³³⁸.

³³⁶ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، د،م،ن، 1999، 2001، د ج،ص 254 .

³³⁷ مولود ديدان، مرجع سابق، ص 15 .

³³⁸ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج، مرجع سابق، ص 373، 374 .

ثانيا) عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي

المفقود هو من انقطع خبره، فلم تعلم حياته ولا موته . فتنتظر زوجته قدومه أو تبين خبره في مدة ينظر بها القاضي تكون كافية للاحتياط في شأنه وتبقى في عصمته في تلك المدة³³⁹، وحكم زوجة المفقود بحسب حكم حاله، و قال فقهاء المذهب المالكي تنتظر امرأة المفقود أربع سنين، ثم تعدد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام³⁴⁰.

الفرع الخامس:مسألة تداخل العدتين في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي

أولا) مسألة تداخل العدتين في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في المادتين 49 و 50 منه نلاحظ أنه في حالة تطبيق هاتين المادتين يظهر إشكال يتمثل في ازدواجية العدة فتكون أمام عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين الشريعة والقانون من عدة أوجه، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية ويترب على ذا التعارض مايلي:

- لزوم المطلقة لبیت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا للمادة 61 من ق.أ.ج.
- حلول مؤخر للصدّاق شرعا لا قانونا
- يستحق الحي منهما ميراث المتوفي قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.
- يجوز للمطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر ولا يجوز له ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائيا .

ثانيا) مسألة تداخل العدتين في الفقه المالكي

وصورة المسألة أنه قد يجب على المرأة عدة من طلاق بائن فإذا وطئها زوجها أو غيره في أثناء عدتها وطئ شبهة فقد وجب عليها عدة لوطء الشبهة ويلاحظ أن العدتان قد تكونان لرجل واحد أو لرجلين وقد تكونان من جنس واحد وهو الأقراء أو من جنسين كالأقراء والأشهر.

³³⁹الملخص الفقهي، مرجع سابق، ص 429 .

³⁴⁰وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 643،644 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

وذهب فقهاء المذهب المالكي إلى القول بتداخل العدتين إن كانتا من شخص واحد ومن جنس واحد، فمن طلق بئنا ثم وطأها في العدة جاهلا كون لطلاق بئنا فإن العدتين بالأقراء أو بالأشهر تتداخلان فتدخل العدة الأولى في الثانية بمعنى أنها تبتدئ عدة جديدة للوطء في العدة ويدخل فيها ما بقي من عدة للطلاق .

وإن كانت العدتان لرجل واحد ومن جنسين بأن طلقها وهي غير حامل فبدأت العدة بالأقراء ثم وطئها في أثناء العدة وحملت منه من الوطء الثاني فقد وجبت عليها عدة بضع الحمل فإن العدتان تنقضيان بوضع الحمل وإن كانت العدتان لرجلين بأن طلقها زوجها ثم وطئها آخر في العدة وطء شبهة أو بنكاح فاسد فلا تداخل بين العدتين، وإنما تعدد لكل منها وتقدم عدة الطلاق فإذا انتهت اعتدت لوطء الشبهة³⁴¹ .

الفرع السادس: واجبات وحقوق المعتدة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي

أولاً) واجبات و حقوق المعتدة في قانون الأسرة الجزائري:

1) واجبات المعتدة: قد تطرق المشرع الجزائري لواجبات المعتدة في القانون في نص المادة 61 من

ق، أ، ج إلى لزوم المطلقة بيت الزوجية: "لا تخرج الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدتها من طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة..."³⁴²، غير أنه لم يذكر أي تفاصيل أخرى وبالتالي يرجع في ذلك إلى المادة 222 التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية .

2) حقوق المعتدة:

سنستخلصها من القواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة في نصوص متباعدة ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ) ملازمة المعتدة لبيت الزوجية:

وبهذا تقضي المادة 61 من ق.أ.ج والتي جاء فيها "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي مادامت في عدتها من طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة".

³⁴¹ شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 346.

³⁴² مولود ديدان، مرجع سابق، ص 15 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

(ب) الإحداد إذا كانت معتدة من وفاة:

وذلك طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تأمر الزوجة بالوفاء لزوجها المتوفى بأقل ماتملك وهو الحزن عليه خلال العدة وذلك بالرجوع إلى المادة 222.

(ت) النفقة:

نصالمشرع على حق المعتدة في النفقة في نص المادة 2/61 والتي جاء فيها: "...ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ونص هذه المادة يستتبع منه أن المشرع يحرم المعتدة من وفاة من النفقة فلأنه ساير الرأي المجمع عليه من فقهاء المذهب المالكي ، والمشرع حتى وإن نص على حق النفقة على المطلقة بصفة عامة دون أن يخصص المبتوتة نصاً بحكم وضعها الأمر الذي يجعلنا نقول أنه أعطى المطلقة حق السكنى وحق النفقة بكل مكوناتها طبقاً لنص المادة 78 ق.أ من هذا القانون.

(ث)نسبة الولد لأبيه:

إذا وضع الحمل في العدة أو وضع بعدها في اقل من عشرة أشهر طبقاً لأحكام المادة 43 من هذا القانون والتي جاء فيها"ينسب الولد لأبيه إذ وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"وذلك لاعتبار أنه خالطها قبل أن يطلقها.

(ج) الإرث:

فإذا توفي زوجها وهي في عدتها من طلاق رجعي أو بائن فإنها ترث نصيبها من تركته بموجب نص المادة 132ق،أ من هذا القانون والتي جاء فيها"... أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث".

تمتنع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي ولها ذلك بعد العدة أما أثناء العدة فالأحق بها هو زوجها الذي طلقها غير أنه إذا راجعها من طلاق بعد صدور الحكم بالطلاق أو بعد أن انتهت عدتها من طلاق بعد صدور الحكم بالطلاق أو بعد أن انتهت عدتها من طلاق رجعي لزمه عقد جديد بكل أركانه من صداق أو شهود وولي طبقاً لأحكام المادتين 09 و 50 من هذا القانون³⁴³.

ثانياً) واجبات وحقوق المعتدة في الفقه المالكي:

³⁴³فضيل سعد : مرجع سابق، ص 363،358 .

1) واجبات المعتدة:

أ) لزوم بيت الزوجية وعدم الخروج منه:

لقول الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: 1]. فقد سمى الله تعالى خروج المعتدات من بيت الزوجية فاحشة مبينة، والحكمة من إلزامها بالإعتداد في بيت الزوجية هدفين:

أولهما: أن تكون المطلقة على مقربة من مطلقها يحفظها ويصونها حتى انتهاء عدتها .

ثانيهما: أن يترك الزوج ليفكر في أمره بعد الطلاق، فعلى الله يحول قلبه، يفكر في الرجوع عن طلاقه، ويعيد زوجته إلى عصمته³⁴⁴.

ب) حداد الزوجة على زوجها المتوفي:

وهو ترك الطيب والزينة والكحل والذهب والمطيب وغير المطيب، وهو خاص بالبدن، فلا مانع من تجميل فراش وبساط وستور، وجلس امرأة على حرير، أو هو: (ترك الزينة بأنواعها طوال مدة العدة)³⁴⁵.

2) حقوق المعتدة:

أ) السكن في بيت الزوجي:

وهو حق للمرأة واجب على الزوج، أما سكنى المعتدة أي المعتدة في بيت الزوجية فواجبة لقول الله ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقْتُمُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾، [الطلاق: 1]، و فقهاء المذهب المالكي أثبتوا لها حق السكن دون النفقة لأن الزوجية بالطلاق البائن انقطعت فأشبهت المتوفى عنها زوجها، يقول القرطبي "قال مالك في قول الله ﷻ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6]

يعني أن المطلقات اللائي من أزواجهن فلا رجعة لهم عليهن وليست حاملا فلها السكنى... لأنها بائن منه".

³⁴⁴ بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 475 - 476 .

³⁴⁵ الزحيلي، مرجع سابق، ص 659 .

(ب) نفقة المعتدة:

فقهاء المذهب المالكي اعتبروا المعتدة بعد فرقة من زواج فاسد أو دخول بشبهة لا تستحق نفقة سواء كانت حاملا أم غير حامل، لأنها لا تستحق نفقة قبل هذه الفرقة لعدم مشروعيتها ما بين الرجل والمرأة ولا يقران عليه فأولى أن لا يجب لها بعد الافتراق، لأن حال العد معتبر بحال الزوج قبلها .

(ت) ثبوت الإرث في العدة:

إذا مات أحد الزوجين قبل انقضاء عدة المطلقة طلاقا رجعيا، ورثه الآخر بلا خلاف سواء كان الطلاق في حال الصحة أو المرض لبقاء الزوجية حكما فتكون سببا لاستحقاق الإرث من الجانبين . وإذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا في حال الصحة، فمات أحد الزوجين في العدة لم يرثه الآخر، وإن كان الطلاق بائنا أو ثلاثا في حال المرض فإن كان برضاها لآثرث زوجها، وإن كان بغير رضاها فإنها ترث زوجها .

(ث) ثبوت نسب الولد المولود في العدة:

إذا اعترفت أي معتدة بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ثبت نسبه، لظهور كذبها بيقين، فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر، لم يثبت نسبه، لأنه لم بالإقرار أنه حدث بعده لأنها أمينة في الأخبار، وقول الأمين مقبول إلا إذا تحقق كذبه وتنطبق هذه الأحكام في المذاهب الأخرى بملاحظة أن أقصى مدة الحمل عند الشافعية والحنابلة أربع سنين وعند المالكية خمس سنين .

المطلب الثاني : أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

تَبَّهَ الرَّسُولُ ﷺ إِلَى أَهْمِيَةِ تَنْشِئَةِ الطِّفْلِ تَنْشِئَةً صَالِحَةً، فَقَالَ: "كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ، أَوْ نَصْرَانِهِ، أَوْ مَجْسَانِهِ"³⁴⁶ فكانت للحضانة في الإسلام أهمية خاصة ؛ لخطورتها البالغة ولذلك أوجبها الإسلام على الأب أو من ينوب عنه في حال الوفاة أو العجز .

³⁴⁶الإمام مالك : الموطأ، كتاب الجنائز، باب جامع الجنائز، حديث رقم : 646، 1/ 329 . الترمذي : كتاب القدر، باب ماجاء كل مولود يولد على الفطرة، حديث رقم : 2138، 4/ 447 . أبو داود : كتاب السنة، باب في الذراري المشركين : حديث رقم 4714، 5/ 58-60 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

الفرع الأول: تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي

أولاً) تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

عرّفت المادة 62 من ق، أ، ج الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، حيث ركّز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها، أهدافها، محددات نطاقها ووظائفها الأساسية فعلى المحكمة عند حكمها بالطلاق الفصل في حق الحضانة ومراعات كل هذه الجوانب³⁴⁷.

ثانياً) تعريف الحضانة في الفقه المالكي:

الحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كالطفل، وكبير مجنون، أو معتوه وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها³⁴⁸.

■ من خلال التعريفين يتبين أن المشرع الجزائري قد وافق فقهاء المذهب المالكي في جميع مشتقات الحضانة .

الفرع الثاني: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

أولاً) مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًّا لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون".

ويبدو أن المشرع الجزائري قد نحى منحى فقهاء المذهب المالكي في تحديد مدة الحضانة ولم يخرج عما هو مقرر في الفقه المالكي.

ثانياً) مدة الحضانة في الفقه المالكي:

³⁴⁷الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/ 390 .

³⁴⁸انظر، الكاساني : بدائع الصنائع، مرجع سابق، 4/ 40. أبي عبد الله الرضاع : شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص 324 .

الشريبي : مغني المحتاج، مرجع سابق، 3/ 592 .

أما ماذهب إليه فقهاء المذهب المالكي أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور، وأما حضانة الأنتى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها³⁴⁹

الفرع الثالث: مكان الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

أولا) مكان الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 69 من ق،أ، ج على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة، أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". ومؤدى هذا أن ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر الحاضن سفر نقلة - كما يقول المالكية - متروك أمر تقديره لقاضي الدعوى - مع مراعاة مصلحة المحضون - .

ثانيا) مكان الحضانة في الفقه المالكي:

أما مكان الحضانة بالنسبة لفقهاء المذهب المالكي هو مكان مسكن الزوجين إذا كانت الزوجية قائمة بينهما، أو في أثناء العدة من طلاق، أما بعد انقضائها، فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لايتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي³⁵⁰.

وفيما يخص انتقال الحاضن، أو الولي إلى مكان آخر ففرق فقهاء المذهب المالكي³⁵¹، بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقطة والانتقطاع - أي تغيير محل الإقامة - والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، فإن كان سفر أحدهما (الحاضنة أو الولي) للنقطة والانتقطاع سقطت حضانة الأم وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشرط أن يكون الطريق آمنا ن والمكان المنتقل إليه مأمونا بالنسبة للصغير، والأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أم المنتقل .

الفرع الرابع: مسألة العودة في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

أولا) مسألة العودة في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

³⁴⁹مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، 3/165.

³⁵⁰الكاساني : بدائع الصنائع، مرجع سابق، 4/ (44،45)

³⁵¹الدردير : الشرح الكبير، مرجع سابق، 2/ 532 .

نصت المادة 71 من ق، أ، ج على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري." ويتضح من هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة، بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، فإن حق الحضانة سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه وأثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سقوط الحضانة ناتجاً عن تصرف الحاضن بناءً على رغبته واختياره، فإن حق الحضانة وفقاً لنص المادة 71، سوف لن تعود إليه أبداً بعد سقوطها"³⁵².

ثانياً) مسألة عودة الحق في الحضانة في الفقه المالكي

فرّق فقهاء المذهب المالكي بين العذر الاضطراري والعذر الاختياري في زوال الحضانة على النحو التالي:

1) زوال حق الحضانة لعذر اضطراري:

جاء عن الخرشي في مختصر خليل أنه: قد تسقط الحضانة عن صاحبها لسبب خارج عن إرادته، ويمنعه عن القيام برعاية المحضون، والنظر في شؤونه، بوصفه مرض يصيبه، أو سفر الولي للانتقال، أو سفر الحاضنة سفرًا يطول وهو خارج عن إرادتها كسفرها للحج أو العلاج، فمتى زال السبب المانع المسقط للحضانة عاد الأمر إلى ما كان عليه، للقاعدة الفقهية "إذا زال المانع عاد الممنوع"³⁵³، فإذا شفي من مرضه، أو رجع الولي إلى بلد الحاضنة أو عند رجوعها من السفر، فإن الحضانة تعود لمن كان له الحق؛ فيها لأن العذر قد زال³⁵⁴.

2) زوال حق الحضانة لعذر اختياري:

جاء عن ابن عرفة في حاشية الدسوقي: "أن هناك من الموانع التي تؤدي إلى إسقاط الحضانة عن صاحبها باختيار منه، ومن ثم تنتقل لمن يليه في ترتيب الحضانة، منها زواج الحاضنة من غير محرم الذي يعد مانعاً يسقط عنها الحضانة، فلو تزوجت ثم فارقها زوجها بموت أو طلاق، فإن الحضانة لا تعود لها، ويبقى حق الحضانة باقياً لمن انتقلت إليه، وكذلك لو كان نكاحها فاسداً ووجب فسخ عقد النكاح بينهما، فلا تعود إليها، وكذلك لو أراد صاحب حق الحضانة أن يسقط حقه عن نفسه من غير مانع، فله ذلك وتنتقل إلى من بعده، ومتى ما انتقلت الحضانة عنه، فإنه لا يملك حق المطالبة بها، ولا ترجع

³⁵² بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 390 .

³⁵³ الغزي: محمد صدقي أبو الحارث الغزي / موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ج1 / ص 316 .

³⁵⁴ الخرشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4 / ص218 . ابن عرفة: حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2 / ص532

إليه، ويستثنى مما سبق لو أراد من انتقلت الحضانة إليه أن يرجع المحضون إليه فله ذلك، فلو رده إلى أمه، فلا يملك الأب حق الاعتراض ؛ لأن الحضانة انتقلت إلى من هو أفضل، ولو أراد من انتقلت له الحضانة أن يرده إلى الأخت فللأب المنع من ذلك³⁵⁵. ويتبين مما سبق أن المالكية يرون أن الحضانة لو سقطت لسبب اضطراري، فمتى مازال المانع عادت الحضانة لمن كانت له، لزوال السبب المانع، وكذلك أن الحاضن لو أسقط حقه في الحضانة، فإنه لا يملك حق المطالبة به بعد إسنادها إلى غيره³⁵⁶.

الفرع الخامس: مسألة السكوت عن طلب الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

أولاً) مسألة السكوت عن طلب الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في نص المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها."

فهذه المادة تُبين أن السكوت عن طلب الحضانة لمن له الحق فيها، لمدة تزيد عن سنة يسقط فيها حقه، إذا كان هذا السكوت وعدم المطالبة دون عذر صريح ؛ أي كونه عالماً بحقه في الحضانة ومرت سنة، ولم يطلبها اختياراً .

ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي تتزوج فيها الأم الحاضنة بغير قريب محرم، ويكون آنذاك لمن له الحق في الحضانة أن يطلب من القاضي إسنادها له، بشرط أن يرفع دعواه في مدة سنة وإلا سقط حقه في ذلك، مالم يثبت وجود عذر حال دون رفعه لدعواه في تلك المدة³⁵⁷.

ثانياً) مسألة السكوت عن طلب الحضانة في الفقه المالكي:

موقف الفقه المالكي في مسألة السكوت عن طلب الحضانة وهي مما اختص بها المالكية دون غيرهم من المذاهب حيث اعتبروا أن سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة لمدة تزيد على السنة،

³⁵⁵ الخرشبي، المرجع السابق، ج4/ص218. ابن عرفة، المرجع السابق، ج2/ص532.

³⁵⁶ مريم الكندري، أحكام الحضانة دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد 47، عدد: 4، 2020، جامعة الكويت، ص 258.

³⁵⁷ الحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرعاً، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص78.

يسقط حقه فيها، وفي هذا الصدد يقول الإمام الدردير: "فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر زوجها، وتنتقل لمن يليها في الرتبة، وإلا أن يعلم من يليها بدخولها بزواج، ويسكت بعد علمه بلا عذر، فلا تسقط حضانة المتزوجة، وليس لمن يليها أخذ المحضون منها، فإن لم يعلم بالدخول أو علم، ولم يمض بعد العلم عام، أو مضى عام وكان سكوته لعذر يمنعه من التكلم، ومنه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها، فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها، ما لم تتأيم قبل القيام عليها، أو أن يكون الزوج الذي دخل بها محرماً للمحضون." ³⁵⁸

ولسقوط هذا الحق عند المالكية لا بد من توفر مجموعة من الشروط وهي كالآتي:

- 1) أن يعلم بحقه في الحضانة
- 2) أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة ³⁵⁹.
- 3) أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة ³⁶⁰.

الفرع السادس: مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي:

أولاً) مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم في قانون الأسرة

المشروع الجزائري قد ذكر في المادة 64 من ق، أ، ج الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الصغير كالآتي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم العممة ثم الأقربون درجة..." ³⁶¹

ومن خلال نص المادة أعلاه يتضح أن المشروع قد خالف فقهاء المذهب المالكي، وذلك بتقديم الأب على الجدة لأم، وجعله بعد الأم في الترتيب مباشرة .

والدافع إلى العدول عن ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي، أن المشروع يرى مصلحة المحضون تقتضي تقديم الأب بعد الأم في الحضانة في كل الأحوال، في تعديله لهذه المادة سنة 2005 بعدما كان في قانون 11/84 يقدم الجدة لأم، ففي ظل هذا القانون صدرت عدة قرارات قضائية من المحكمة العليا

³⁵⁸ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ص 220، 221 .

³⁵⁹ مصطفى عبد الغني شيبه، المرجع السابق، ص 233 .

³⁶⁰ وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ص 293

³⁶¹ ديدان : مولود، قانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص 15 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري - أحكام الطلاق -

تقضي بإسناد الحضانة إلى الأب بعد الأم في حالة سقوط حقها في الحضانة، أو وفاتها، وقد عللت ذلك بأنه مراعاة لمصلحة المحضون، فيبدوا أن هذه الإجهادات القضائية من المحكمة العليا هي التي دفعت المشرع إلى اختيار هذا التوجه فقام بتعديل المادة 64 في سنة 2005 م .

ثانيا) مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم في الفقه المالكي

الحضانة كأثر للطلاق تعتبر حقا أصيلا للأم، لأنه لا يوجد من هو أشفق على المحضون منها ولكن إذا انعدمت فكيف يكون ترتيب مستحقيها، وهذا ما نُجيب عنه .

إن تربية الصغير، والقيام بشؤونه يقوم به الوالدان في تعاون، وتأزر حال قيام الحياة الزوجية، فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين كان للأم الحظ الأولى، والأولى في الحضانة وهذا حسب فقهاء المذهب المالكي لوفور شفقتها إذا كانت صالحة للحضانة³⁶²، ولكن من يحق له ممارسة حق الحضانة بعد الأم من أقارب المحضون .

قال فقهاء المذهب المالكي³⁶³ أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة أم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، ثم الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم الأفضل من العصة .

المطلب الثالث: أحكام النزاع في متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة ما بين الزوجين، تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث وأدوات منزلية، ولكن عند حدوث الخلاف بينهما حول متاع البيت سواء أكان ذلك خلال الحياة الزوجية أم بعد الطلاق، فيدعي كل واحد منهما ملكية ذلك المتاع، سواء أكانت لهما البينة أم لا، فيثور الإشكال حول أحقية الزوجين في متاع البيت، وهذا ما سنأتي على تفصيله كالاتي:

الفرع الأول: تعريف متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري وفي الفقه المالكي:

أولا) تعريف متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف "متاع البيت" تعريفا صريحا وواضحا، وأن الفقه القضائي وقرارات المحكمة العليا في بلادنا ماتزال غير مستقرة في هذا المجال، ولكن الأستاذ عبد العزيز سعد أعطى

³⁶² الشرنباصي : رمضان علي السيد وآخرون، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص 173،

³⁶³ محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 149 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

له تعريفا مقتبسا من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا فقال: "أن متاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل لكل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل الاغطية والأفرشة وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الاكل، وقاعة الجلوس، وغرفة النوم وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك"³⁶⁴

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات، والملبوسات الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل الكتب والأدوات المستعملة لممارسة مهنة الطب والهندسة و...، ومثل بندقية الصيد والسيارة لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، وبالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة (73 ق، أ، ج) بشأنها، وإنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني³⁶⁵.

ثانيا) تعريف متاع البيت في الفقه المالكي:

(1) المتاع لغة:

هو السلعة والمنفعة، والمتاع: ما يستمتع به الإنسان في قضاء حوائجه، ومتاع البيت ؛ الأثاث من فراش ونحوه³⁶⁶.

(2) المتاع اصطلاحا:

هو أثاث المنزل وفراشه، وهو أدوات بيت الزوجية، أو المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية³⁶⁷، ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت، والأدوات المنزلية³⁶⁸.

³⁶⁴ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 148 .

³⁶⁵ عبد العزيز سعد، المرجع، مرجع سابق، ص 149.

³⁶⁶ محمد بجاق، التنازع بين الزوجين في المهر ومتاع البيت وجهاز المرأة النفقة الزوجية، مطبعة مزوار، الوادي، الجزائر، (دط)، 2009، ص 50

³⁶⁷ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، (دط)، 2007، ص 50

³⁶⁸ نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000، ص 316 .

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي من مسألة النزاع في متاع البيت
أولاً) موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة النزاع في متاع البيت المادة (73ق،أ،ج):

جاء في قانون الأسرة الجزائري في مادته (73) أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس أحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين."

يتضح من خلال هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية المشهورة: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"،³⁶⁹ وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك وله أن يأخذ طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية³⁷⁰.

و المشروع الجزائري ميز بين ثلاث حالات للفصل في النزاع حول ملكية المتاع هي:

1) في حالة تقديم أحد الزوجين البينة دليلاً على امتلاكه للمتع:

إذا قدم أحد الزوجين بينة على ملكيته للمتع فيقضى له به، سواء أكان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء³⁷¹، فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه ما هو معتاد للنساء كما يمكن للزوجة أن تقيم الدليل على تملكها ما هو معتاد أن الرجل هو من يشتره لبيته كغرفة النوم مثلاً.³⁷²

2) في حالة انعدام الدليل.

³⁶⁹ أصل هذه القاعدة الحديث المتفق عليه، الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، وقد غدا الحديث من أمهات القواعد الفقهية الإثباتية، قال الإمام النووي: " هذا حديث قاعدة كبيرة في قواعد أحكام الشرع " النووي، يحي بن شرف أبو زكريا، شرح صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي، لبنان، (دط)، 1972، ج4/ ص 301 .

³⁷⁰ منصور نور، التطبيق والخلع وفق القانون والتشريع الإسلامي، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2010، ص 89
³⁷¹ سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، 2015، ص 221 .

³⁷² باديس دياي، المرجع السابق، ص 103.

وفي حال انعدام الدليل ففي هذه الحالة تطبق أحكام نص المادة (73ق.أ.ج) التي ميزت بين الحالات التالية:

أ) في حالة ادعاء الزوج ملكيته للمتناع.

إذا ادعى الزوج ملكيته للمتناع وكان من المعتاد للنساء ولم تقدم بشأنها أي دليل مثل: الزوجة توجه له اليمين للحكم له به.

ب) في حالة ادعاء الزوجة ملكيتها للمتناع:

إذا ادعت الزوجة ملكيتها للمتناع وكان من المعتاد للنساء ولم تقدم بشأنها أي دليل مثل: الزوج يوجه لها اليمين للحكم لها به.

والنزاع الذي يقوم بين الزوجين أو بين الورثة على المتناع في حالة انعدام الدليل، وإنكار أحد الخصمين لوجود المتناع المدعى به، فإنه لا تثار بشأنه اليمين المنصوص عليها في المادة (73ق.أ.ج)، وإنما تطبق القاعدة العامة في الإثبات حيث تسمى اليمين الموجهة لأحد المتنازعين، في الفقه القانوني باليمين الحاسمة³⁷³، وفي يمين حسم النزاع، وتوجه من أي من الخصمين إلى الخصم الآخر، ولا يوجهها القاضي، وإنما دوره ينحصر في منعها إن كانت تتضمن تعسفًا، وهي توجه في أي مرحلة من مراحل الدعوى³⁷⁴.

3) في حالة النزاع على الأشياء المشتركة بينهما:

في الشرط الأخير من نص المادة (73ق.أ.ج) تضمن المشرع فكرة الأشياء ذات الاستعمال المشترك بينهما بنصه على: "...والمشتركات بينهما يتقاسمها مع اليمين"، فواضح مدى اتجاه المشرع الجزائري إلى جعلها بالتساوي بين الزوجين أو ورثتهما باليمين، وعلى هذا الأساس يظهر دور القضاة في تكييف ما يصلح للاستعمال المشترك. وهو ما سنأتي إليه لاحقًا من اجتهادات المحكمة العليا من المسألة³⁷⁵.

³⁷³ المادة (343) من القانون المدني، 75- 58

³⁷⁴ عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة الأحياء، العدد 5، 2002، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص 265 وما بعدها .

³⁷⁵ زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/2021، ص 143 .

ثانيا) موقف الفقه المالكي من مسألة النزاع في متاع البيت:

ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى القول بأن ما يخص النساء فهو للنساء، وما يخص الرجال فهو للرجال³⁷⁶، وإن ثبت بيّنة أن ما يكون للرجل هو للمرأة، أو ما يكون للمرأة هو للرجل، فهو لمن معه البيّنة مع يمينه³⁷⁷.

فالمراة عند المالكية تستحق متاع البيت إذا كان مما ينسب للنساء، أو ثبت شراؤه بالبيّنة حتى لو كان تصنيفه من متاع الرجل .

(1) اختلاف الورثة في متاع البيت:

في حال النزاع حول متاع البيت هل ورثة الزوجين بمنزلتهما في البيّنة واليمين ؟ .

جاء في المعيار المعرب، سئل ابن سراج عن رجل اشترى لزوجته أشياء متنوعة من حلي وغيره ثم مات فطالبت الورثة بذلك بأنه لأبيهم، فأجاب: "إن ثبت أن الزوج ملك زوجته تلك الحوائج كانت لها، وإلا فيحلف الورثة أنهم لا يعلمون أنه ملكها إياها ويقع فيها الميراث"³⁷⁸.

(2) الأشياء المشتركة بينهما عند المالكية:

وفي الأشياء المشتركة بينهما ففيه قولان :

أحدهما أنهما يتحالفان ويقسم بينهما، وهو ما عبر عنه ابن عاصم في قوله:

وَأِنْ يَكُنْ لَأَقَ بِكُلِّ مِنْهُمَا
مِثْلَ الرَّقِيقِ حَلْفًا وَاقْتَسَمَا
وَمَالُكَ بِذَلِكَ لِلزَّوْجِ قَضَى
مَعَ الْيَمِينِ وَبِقَوْلِهِ الْقَضَا³⁷⁹

³⁷⁶ ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، دار دجلة، عمان، الأردن، ط1، 1430هـ / 2009م، ص 81 .

³⁷⁷ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، (دط)، 2010، ص 530 .

³⁷⁸ الخطاب : أبو عبد الله محمد بن محمد (ت 904 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النكاح للطبع والنشر، ليبيا، (دط)، 1329هـ، ج 3/ ص 540 .

³⁷⁹ أبي بكر بن محمد بن عاصم، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تح محمد عبد السلام، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2011، ص 44 .

الفصل الثاني

تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الطلاق-

الثاني والذي اعتمد فيه المالكية على القاعدة المقررة عندهم والتي تلزم الزوج بأداء اليمين فيما هو مشترك عند عدم البينة على اعتبار أن البيت بيت الرجل، وأن له اليد على مافيه، وهو القول المشهور عند المالكية أنه يحكم به للزوج مع يمينه، وبهذا القول والقضاء³⁸⁰.

والمرجع الجزائري أخذ بالقول الضعيف حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (73ق.أ.ج)، وخالف القول المشهور الذي أخذ به المالكية .

³⁸⁰ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدار في هتك أسرار المختصر (شرح مختصر خليل)، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 2015، م، المجلد 6/ ص 572 .



الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف المخلوقات وبعد:

في نهاية هذا البحث يظهر لنا جليا مدى اعتماد المشرع الجزائري في قانون الأسرة للفقهاء المالكي وأثره على نصوصه وأحكامه، فهناك جملة من النتائج توصلنا إليها من خلال البحث في هذا الموضوع (تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري) وبعض التوصيات (الاقتراحات) التي نوصي بها وهي على النحو الآتي:

أولا) النتائج:

- أن المراد بالتقنين الفقه الإسلامي هو صياغة الأحكام الشرعية على شكل مواد قانونية مرتبة ومبوبة على شكل قانون تفرضه الدولة على المحاكم بشكل موحد، وتطبيقها على قضاة الحكم في قضايا الدولة والمجتمع .
- أن فكرة التقنين ليست حديثة بل تمتد جذورها التاريخية منذ عهد قديم قبل الميلاد .
- يعد التقنين الفقهي، وسيلة لتوحيد الأئمة على حكم مختار من بين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي
- أن مفهوم التقنين يرجع في النهاية إلى الترتيب والترقيم والتبويب . للفقهاء الإسلامي؛ حتى يتسنى للقضاة والمحامين معرفة حكم في قضية ما .
- يؤدي التقنين إلى تقليل الخصومات والجرائم والتلاعب من طرف القضاة والمحامين في القضايا؛ لأغراض شخصية .
- وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في عدة مسائل خاصة بالزواج والطلاق، سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية .
- إعتد المشرع الجزائري في قانون الأسرة في بعض المواد على أكثر من مذهب في المسألة الواحدة، منها على سبيل المثال ماتعلق بآثار العدول عن الخطبة الخاصة بالهدايا ، الولي ، تعدد الزوجات ، ..
- وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في ركني المحل والرضا، غير أنه جعل الولي شرطا من شروط صحة العقد، مخالفا المذهب المالكي في ذلك، آخذا برأي فقهاء المذهب الحنفي .
- وافق المشرع الجزائري الفقه المالكي في شرطي الصداق والشهود جاعلا إياهما شرطان لصحة الدخول، غير أنه خالف فقهاء المذاهب الأربعة، وفقهاء القانون في آثار عدم الإشهاد على عقد الزواج،

حيث عوضهم بمهر المثل، وهذا لا يجوز شرعا وقانونا، فيفسخ العقد على إطلاقه بعد الدخول ولا يمكن تصحيحه بمهر المثل .

- ثم إن المقنن لم تقصر مخالفته على الميل نحو مذهب مخالف آخر معين ومحدد، بل حاد عن المذهب في أحوال أغفل فيها الحكم تماما بحيث لم يتعرض مثلا ضمن موانع الزواج للكافرة غير الكتابية ولا للملاعة.

- وافق المشرع الجزائري فقهاء المالكية في أحكام الطلاق بإرادة الزوج في نص المادة 48 من قانون الأسرة، وليس على القضاء إلا اثباته بحكم، كما وافقهم ضمنا في أركان الطلاق، وفي الطلاق الرجعي، وفي شروط الرجعة، مع تسجيل وجود تضارب في مواعيد بدء سريان عدة الطلاق الرجعي وانتهائها بين مآقره فقهاء الشريعة الإسلامية ومآقره المشرع الجزائري في ذلك، كما وافقهم في أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى، سواء وقع بعد طلقتين رجعتين، أو كان بائنا بثلاث طلاقات في لفظ واحد، أو بكناية ظاهرة، أو خفية .

- راعى المشرع في التطبيق لعدم الإنفاق حال الزوجين، وأيضا حال البلد، وما هو جار في العرف في تحديد النفقة وتقديرها، كما قيد حق الزوجة في التطبيق لإعسار زوجها بعدم علمها حال العقد بفقره، وعليها إثبات عسره .

- قيد المشرع حق الزوجة في طلب التطبيق للهجر في المضجع بمدة تفوق الأربعة أشهر، حيث أنه لم يراع تضرر الزوجة من الهجر، على خلاف فقهاء المذهب المالكي الذين جعلوا لها الحق في التطبيق متى تضررت، لأن الأصل عندهم جواز الهجر للتأديب إن نشزت، لكن إن أضر بها كان لها حق طلب التطبيق دون تحديد للمدة، وبذلك فقد تأثر المشرع بأحكام الإيلاء .

- وافق المشرع أحكام الفقه المالكي بإعطاء الحق للزوجة في طلب التطبيق للغيبة لمدة سنة من تاريخ رفع الدعوى، لكنه خالفه في قيد ذلك بالعدر والنفقة، حيث أن الزوجة التي غاب زوجها عنها بعذر العمل، أو الدراسة مع عدم إهماله للنفقة لا يحق لها طلب التطبيق حتى ولو تضررت من الفراق .

- جعل المشرع من الشهادة الطبية وسيلة وقائية قبل إبرام عقد الزواج، وذلك للتأكد من العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج، مع تحري رضا، وعلم كل طرف بما هو عليه حال الطرف الآخر، موافقا بذلك لما أقره الفقه المالكي، ما يجعل من إخفاء العيوب تدليسا يخول للزوجة طلب التطبيق ومنها على الخصوص العيوب الجنسية، كما أحسن المشرع بعدم تحديد الأمراض والعيوب، وترك تحديدها للطب، لأنها تختلف من عصر إلى عصر .

- أخذ المشرع الجزائري بالخلع بعوض دون اللفظ، على خلاف رأي فقهاء المالكية القائلين بأنه يكون بعوض وباللفظ أيضاً، كما خالف جمهور فقهاء المالكية في وجوب رضا الزوج به، فلم يشترط رضا الزوج هنا، مما يخول لكل زوجة أن تخلع زوجها دون سبب شرعي .
- أحال المشرع الجزائري المسائل غير المنصوص عليها قانوناً إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك أخذاً بالرأي الفقهي الصحيح الذي يجب العمل به، والمسند بالدليل الشرعي القوي .

ثانياً) التوصيات (الاقتراحات)

- تكوين القضاة والمحامين والباحثين ذو الإختصاص العمل بالتقنين الفقهي لتسهيل في أمور القضايا التي تطرأ عليهم .
- يجب على البحوث العلمية أن يكون لها الدور الفعّال في إسهام هذا الجانب من العلم خدمة للفقهِ الإسلامي .
- أن يعتمد في التقنين على الرأي الراجح وليس على الآراء المرجوحة، على أن يتم الترجيح وفقاً لقواعد علم أصول الفقه وذلك حتى لا يكون التقنين ذريعة إلى هجر أحكام الفقه الإسلامي بتقنين الآراء الضعيفة أو الأقوال الشاذة .
- أن يتولى عملية التقنين لجنة متخصصة تكون مزيجاً من مختصين بالفقه الإسلامي وكذا من علماء التفسير والحديث واللغة العربية وأساتذة القانون والمحامين والقضاة، ولا يقتصر في التقنين على مذهب فقهي واحد كما كان عليه الأمر بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية التي اقتصر فيها على المذهب الحنفي
- إعطاء أهمية أكبر للفقهِ المالكي من خلال الدراسات والبحوث المتخصصة في فقه الأسرة، وإنشاء مراكز بحث تغني بهذا الفقه على المذهب المالكي .
- تشجيع البحوث العلمية المقارنة بين أحكام الفقه المالكي وأحكام القوانين الوضعية .
- لم يعط المشرع الجزائري الحق للزوجة في التطليق بسبب غياب زوجها عنها بعذر العمل، أو الدراسة، مع عدم إهماله للنفقة حتى ولو تضررت من الفراق، فكان عليه ترك الحق في التطليق للغياب مدة سنة على إطلاقه دون تقييده، لأن المرأة قد تتضرر من غياب زوجها عنها مدة شهر، كما في الإيلاء
- أقترح إضافة أحكام الإيلاء في مواد قانون الأسرة اعتماداً على الشريعة الإسلامية .

- إعادة النظر في مسألة بدء سريان عدة الطلاق الرجعي وانتهائها بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية بوضع قواعد في قانون الأسرة تتيح للقاضي التأكد من وقوع الطلاق من الزوج، كالإشهاد مثلاً .
- أقترح اعتبار رضا الزوج في الخلع، لأن للزوجة أن تطلب التطليق للضرر، كما أن الزوج قد يضر بزوجه فلتجأ حينها للخلع، وإن ثبت الضرر أعاد لها ما أخذته منها وتطلق عليه عند الملكية .



الفهارس العامّة

و تشمل على:

- فهرس الآيات و الأحاديث
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس المحتويات

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
60	228	البقرة	﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾
90،84،65	229		﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾
84 ،65	229		﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾
48	231		﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾
69	232		﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾
96	234		﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾

الفهارس العامة

54	20	النساء	﴿وعاشروهن بالمعروف﴾
77	34		﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾.
81	35		﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾
14	59		﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾
19	105		﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾
3	105		﴿بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾
19	26	ص	﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾
94	1	الطلاق	﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾
61	1		﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾
101	6		﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ﴾

فهرس الأحاديث

رقم	طرف الحديث	الصفحة
1	لا ضرر ولا ضرار	48
2	اجمعوا له العالمين - أوقال العابدين - من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد	16
3	السمع والطاعة على امرئ المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلاسمع ولا طاعة	15
4	الفضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم، فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل، فهو في النار	19
5	إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج	51
6	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	54
7	سنة سنّها رسول الله ﷺ حينما استشار أم سلمة في صلح الحديبية حين أمر رسول الله أصحابه بالنحر والحلق ثلاثا فلم يجيبوه إلا بعد أن دخل على أم سلمة فأشارت عليه بأن ينحر ويحلق أمامهم ليعملوا بعمله فصلحت مشورتها رضي الله عنها	54
8	كيف تقضي إذا عرض لك قضاء"، قال أقضي بكتاب الله . قال: "فإن لم تجد في كتاب الله"، قال فبسنة رسول الله ﷺ قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله"، قال أجهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لِمَا يُرْضِي رسولَ الله	20
9	يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	53

فهرس المصادر و المراجع

أولاً) القرآن، رواية حفص عن عاصم

ثانياً) الكتب

- 1 ● ابن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دت ن
- 2 ● ابن حنفة العابدين، العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة أبي زيد القيرواني، دارالإمام مالك، الطبعة الثانية، الجزائر.
- 3 ● ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط6، بيروت، 1982 م
- 4 ● ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ/1988 م
- 5 ● ابن شاس، أبو محمد جلال عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تح: حميد بن محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2003 م
- 6 ● ابن عابدين، محمد أمين، الرد المختار، على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة، 2003 م 1423هـ
- 7 ● ابن قدامة : أبي محمد عبد الله (ت 620 هـ)، المغني، تح : طه محمد الزيتي، مكتبة القاهرة، مصر، (د،ط)، 1969م
- 8 ● ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح : محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1 . 1411هـ-1991 م
- 9 ● ابن كثير، أبو الفداء اسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار التوزيع والنشر الإسلامية، الطبعة الأولى ، 1419هـ -1998م
- 10 ● ابن ماجة، سنن ابن ماجة تح الأرنبوط، دار الرسالة العالمية، ط. الأولى، 1430 هـ - 2009 م

الممارس العامة

- 11 ● الباجي، أبو الوليد، المنتقى في شرح موطأ مالك، تح: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1999م
- 12 ● البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين ابن علي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003م - 1424هـ
- 13 ● التسولي، أبو الحسن علي ابن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م،
- 14 ● الجرعي، عبد الرحمان بن أحمد. تقنين الأحكام الشرعية، دط، 1426. 2006م
- 15 ● الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2003م
- 16 ● الجعلي، عثمان بن حسنين بري المالكي، سراج السالك، شرح أسهل المسالك، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م
- 17 ● الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط3، 2005م.
- 18 ● الخطاب، أبو عبد الله محمد ابن محمد، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، تح، عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى، 1404هـ 1984م
- 19 ● الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م
- 20 ● الخرشبي، أبو عبد الله محمد، شرح على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر المحمية، ط2، 1317هـ
- 21 ● الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه. الخطيب البغدادي المحقق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي دار ابن الجوزي - السعودية الطبعة 2، 1421هـ
- 22 ● الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كامو، نيجيريا، 2000م

الممارس العامة

- 23 ● الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة، وبدون سنة
- 24 ● الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تح: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1993م
- 25 ● السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، المكتب الإسلامي، دمشق، در، دس
- 26 ● السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة بيروت، لبنان، ، دط، 1989م
- 27 ● السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، سنة 1431هـ / 2010م
- 28 ● الشرنباصي، رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، 2002م
- 29 ● الشنقيطي، محمد الأمين ابن محمد المختار الجنكي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، بدون طبعة، بدون سنة نشر
- 30 ● الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2002م
- 31 ● الطبري، محمد بن جرجير يزيد أبو جعفر (ت 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984م
- 32 ● الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، ط1، 2002م
- 33 ● الغزي: محمد صدقي أبوالحارث الغزي / موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2003م

المفاهيم العامة

- 34 ● القاضي عبد الوهاب البغدادي : المعونة على مذهب عالم المدينة، تح : عبد الحق حميش، الجزء الثاني، طباعة مكتبة نزار مصطفى الباز، بدون عدد طبعة، بدون سنة طباعة
- 35 ● القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ، مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة الثانية، 1419هـ-1999م .
- 36 ● القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تح، عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 2006
- 37 ● القيرواني، ابن أبي زيد، متن الرسالة في مذهب الإمام مالك، النوادر والزيادات، تح : محمد عبد العزيز الدباغ، المكتبة الثقافية، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1999م
- 38 ● الكاندهلوي، محمد زكريا ابن محمد ابن يحي المدني، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، علق عليه تقي الدين الندوي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 2003م
- 39 ● الكشناوي الكسادي، أبوبكر الحسن بن حسن، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى " بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية " مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010
- 40 ● المخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا. دار القلم، دمشق. ط 2، 1425 هـ - 2004 م
- 41 ● المستصفي، أبو حامد محمد الغزالي، تح : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط 1، 1413 هـ 1993 م.
- 42 ● المصري ميروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، (دط)، 2010م
- 43 ● النووي، يحي بن شرف أبو زكريا، شرح صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي، لبنان، (دط)، 1972م .
- 44 ● أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، دار البصائر للنشر والتوزيع الجزائر ط1، 1998م، ج 105/7

الممارس العامة

- 45 ● أبو المعالي الجويني، الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم، المحقق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين الطبعة: 2، 1401هـ
- 46 ● أبو بكر بن محمد بن عاصم، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تح محمد عبد السلام، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2011م
- 47 ● أبو داود، الطيالسي سليمان بن داود بن الجارود (ت 204 هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، تح: محمد بن عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر، مصر، 1419 هـ / 1999 م
- 48 ● أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تح: مصطفى ديب البغا، ط4، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، 1414 هـ / 1993 م
- 49 ● أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. دار الكتب المصرية القاهرة ط: 2، 1384 هـ 1964م
- 50 ● أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1398 هـ
- 51 ● أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1995 م
- 52 ● أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (ت 463 هـ)، جامع بيان العلم وفضله، تح: أبو الأشبال الزهيري، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1414 هـ / 1994 م
- 53 ● أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سؤرة، الترمذي (ت 279 هـ)، سنن الترمذي، تح: أحمد محمد شاكر، و محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395 هـ / 1975 م
- 54 ● أبو محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري، الإمامة والسياسة، تحقيق خليل المنصور، دارالكتب العلمية بيروت، 1418 هـ / 1997م
- 55 ● أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية وصححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة 2، 1421 هـ - 2000م

الممارس العامة

- 56 ● أحمد أدرويش . أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، ط1، 1996م،
- 57 ● أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دراسة وتحقيق، عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مطبوعات الناشر تهامة، جدة، السعودية، ط1، 1401هـ - 1981 م
- 58 ● أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، بدون عدد طبعة، دار المعارف، بيروت، لبنان، بدون سنة طباعة
- 59 ● أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الإجتماعية، ، مكتبة لبنان، بيروت 1982 م .
- 60 ● أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة، ط1، 1430هـ /2009 م.
- 61 ● أيوب بن موسى الحسيني أبو البقاء الكفوي، الكليات، تح : عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1419هـ - 1998 م .
- 62 ● بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، در، القاهرة، سنة 1964م
- 63 ● بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، التقنين والإلزام، ط1، بيروت، 1416/ 1996م
- 64 ● بلقاسم شتوان :الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر، بدون سنة طباعة
- 65 ● بن شويخ الرشيد، شرح ق، أ، ج المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى ، 1429 - 2008م
- 66 ● بوزغيبية محمد، حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية بين 1857م و1965م، مركز النشر الجامعي ، ط 2، 2003م

الممارس العامة

- 67 ● بوكركب عبد المجيد، كيحل عزالدين، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مقال بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 36، 37، سنة 2014م
- 68 ● تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت 1416 هـ - 1995 م .
- 69 ● جمال عطية، وهبة الزحيلي، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1420 هـ / 2000م
- 70 ● حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي ، دار النفائس الطبعة : الثانية، 1408 هـ - 1988م .
- 71 ● حمد بن ناصر الشيباني، الأسس العلمية المقترحة لتقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، ، التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف عمان، 2008م
- 72 ● حمدي، محمد بن محمد حجر ، المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه، دار البلاد للطباعة والنشر، ط1، 1421 هـ / 2001 م.
- 73 ● خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر، ط2، 1410 هـ / 1990م .
- 74 ● خليل، ابن اسحاق المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، دار الفكر للطباعة، والنشر والتوزيع، الطبعة الأخيرة ، 1401 هـ - 1981م
- 75 ● خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002م .
- 76 ● رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، مركز نماء للبحوث والدراسات، 1436 هـ / 2015م
- 77 ● رواه الإمام مالك ابن أنس، الموطأ، رواية يحيى الليثي، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا ، الطبعة الأولى 1434 هـ - 2013 م

الممارس العامة

- 78 ● رياض منصور الخليلي، التجديد في فقه المعاملات المالية المعاصرة المفهوم - الضوابط - المجالات، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، ط1، البحرين، 1427هـ/2006م
- 79 ● ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية دار الكتب العلمية، بيروت، ط/ الأولى سنة 2005 م
- 80 ● سامر مازن القبيج : مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الاسلامي، دار الفتح للدراسات عمان، الاردن، ط1/ 2008م .
- 81 ● شلي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1977 م
- 82 ● شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني : الذخيرة، الجزء الأول، بدون عدد طبعة، طباعة دار الغرب، بيروت، لبنان، سنة 1995م
- 83 ● شوكت محمد عليان، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، دار الشواف، ط 1996م
- 84 ● شويش المحاميد، دار عمار الأردن، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، 2001 م
- 85 ● صديق تواتي، قانون الاسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الزواج وانحلاله وآثاره، دون طبعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، 2010 م
- 86 ● طارق البشري، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الشروق القاهرة ط1، 1996 م
- 87 ● عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ، 1997م
- 88 ● عباس حسني محمد، الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره، مطبوعات رابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة، ط2، 1414هـ

المصادر العامة

- 89 ● عبد الباسط الهادي، النعاس، ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة دراسات قانونية، ط1، 2008 م
- 90 ● عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، تقديم محمد أبو زهرة مصطفى السباعي، دار الفكر، الطبعة الثانية 1968م
- 91 ● عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانع والمجيزين، ورقة بحث مقدمة إلى ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمأمول بالشارقة، الفترة الواقعة بين 14-13 ربيع الأول 1427 هـ . الموافق 11/12/13 /4 /2006 هـ
- 92 ● عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العرب، ط2، بيروت، 1997 م
- 93 ● عبد العزيز توفيق: دراسة تحليلية لمدونة الأسرة، دار الثقافة مؤسسة النشر والتوزيع، الدار البيضاء، سنة 2003م
- 94 ● عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط1، 1986، ط2، 1989م
- 95 ● عبد القادر داودي، أحكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، البصائر الجديدة، الجزائر، ط3، 2016.
- 96 ● عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1993 م
- 97 ● عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط /الأولى، 2011 م
- 98 ● عبد الله بن المقفع، آثار بن المقفع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1409 هـ - 1989م

الممارس العامة

- 99 ● عبد الملك بن محمد الجويني، أبوالمعالى، البرهان في أصول الفقه، تح: عبد العظيم الديب، ط1، دولة قطر، 1399هـ، مج 1 / 101.
- 100 ● عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة، الجزائر، (د،ط)، 2000م
- 101 ● عثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو، المعروف بابن الصلاح أدب المفتي والمستفتي، تح: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، بيروت، ط1، 1407هـ
- 102 ● علي الحفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1429هـ - 2008م، ص 135
- 103 ● علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ، تح: إبراهيم الأبياري
- 104 ● علي علي منصور، نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارنة بالقوانين الوضعية، مؤسسة الزهراء، المدينة المنورة، ط1، 1369هـ-1976م.
- 105 ● فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، (د، م، ن)، ط1، 1423هـ
- 106 ● قطب الريسوني، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م
- 107 ● الحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرعا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014م
- 108 ● مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة
- 109 ● محمدا، محمد، الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر، باتنة، الجزائر، ط2، سنة 1994

الفهارس العامة

- 110 محمد الصباغ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه، المكتب الإسلامي، ط/ الثانية بيروت 1977م
- 111 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د،ط)، دون تاريخ النشر
- 112 محمد بشير الشقفة : الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، سنة 2008
- 113 محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ / 1995م
- 114 محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416 هـ، 1995م .
- 115 محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، دط، دم، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2009 م
- 116 محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدار في هتك أسرار المختصر (شرح مختصر خليل)، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 2015 م.
- 117 محمد بن محمد، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية، الكويت، ط2، 2008م
- 118 محمد بن مفلح المقدسي، الفروع بحاشية ابن قندس، ، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424 هـ / 2003 م
- 119 محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ، ج، 13 ص 348.
- 120 محمد جمعة عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، (دط)، 2003م

الممارس العامة

- 121 محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، . إدارة إحياء التراث الإسلامي قطر، ط 2، 1407 هـ - 1986 م
- 122 محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الكويت، ط2، 1996 م
- 123 محمد كمال الدين إمام، في منهجية التقنين، أفكار أولية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 2020 م
- 124 محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة : الثامنة، 1426 هـ - 2005 م
- 125 محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ط/ الثانية، 1998 م
- 126 محمود شلتوت، الإسلام شريعة وعقيدة، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط9، 1977 م
- 127 محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة
- 128 محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، دم ن، ط3، 1431 هـ - 2010 م
- 129 مصطفى ابراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، تح :مجمع اللغة العربية، دار الدعوة الإسكندرية، سنة الطبع، 2004 م
- 130 منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والتشريع الإسلامي، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، (د ط)، 2010 م
- 131 مهند وليد الحداد وخالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق، مؤسسة الوراق مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، ، 2008 م .

الممارس العامة

- 132 مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، الأمر رقم 02 / 05، المؤرخ في 04 / 05 / 2005، دار النجاح، الجزائر.
- 133 ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، الدمام المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ
- 134 نبيل صقر، قانون الاسرة نصًا وفقهًا وتطبيقًا، دارالهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د،ط)، 2006م
- 135 نسرين شريفى وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، أشرف عليه : مولود دريدان، دار بلقيس، الجزائر، (د،ط)، (د،ت،ن)
- 136 نصر سليمان، وآخرون، أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر 05 – 02، دار الفجر، قسنطينة، (د، ط)، 2006م
- 137 هيثم الرومي الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، دار التدمرية الرياض، ط1، 1423هـ / 2012 م
- 138 هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، أبحاث هيئة كبار العلماء، 1421هـ / 2001 م
- 139 وهبة الزحيلي : الفقه المالكي الميسر، ط2، دار الكلم الطيب، سنة 2000 م
- 140 وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، 1985م،
- 141 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1416هـ / 1996م.
- 142 ياسين رشيد عمر الزبياري، الاختلاف بين الزوجين في متاع المنزل (دراسة مقارنة)، دار دجلة، عمان، الأردن، ط1، 1430هـ / 2009م.

- 143 ● يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1، 1414 هـ - 1993م

ثالثاً) الرسائل و المجلات العلمية

1) رسائل الدكتوراه

- 1 ● زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2004 - 2005م
- 2 ● زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/2021م
- 3 ● سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015م
- 4 ● لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006م
- 5 ● يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية باكستان، 2001م/2002م

2) رسائل الماجستير

- 1 ● اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2010/2020م

- 2 ● سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، 2015م
- 3 ● عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، شريعة وقانون، جامعة وهران، 1427هـ / 2006م
- 4 ● لبي محمد جبر وشعبان الصفدي : الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، سنة 2007
- 5 ● نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000م

(3) المجلات العلمية

- 1 ● أنس غازي عناية، حكم عودة الحضانة إلى مستحقها بعد رجوعه عن إسقاط حقه فيها دراسة فقهية مقارنة، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، (د ط)
- 2 ● بن شويخ الرشيد، الخطبة في الزواج، دراسة في أحكام الفقه والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة " الصراط " كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الثامنة، العدد 14، ديسمبر 2006
- 3 ● بن شويخ رشيد، قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، الصراط، مجلة كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، السنة الرابعة، العدد 9، جمادى الأولى، جويلية، 1425هـ - 2004م
- 4 ● جمال الدين عطية، مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، العدد 12، السنة 1379 هـ - 1977 م .

الممارس العامة

- 5 ● حمزة إبراهيم فودة : هل الشريعة الإسلامية في حاجة إلى تقنين جديد، جريدة البلاد، 11 ربيع الثاني، 1406 هـ، 23 ديسمبر 1985
- 6 ● داود حنان، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2019، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان
- 7 ● شهرزاد، أثر تقنين الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، ع03، جامعة الوادي، 2021 م، مج 7/ 88 .
- 8 ● عبد الرزاق السنهوري، مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، السنة 2، مارس 1936، بغداد .
- 9 ● عبد السلام عبد القادر، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والإجتihad القضائي، مجلة الأحياء، العدد 5، 2002 م، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة باتنة
- 10 ● محمد الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة" جامعة الإمارات العربية الموحدة، الفترة من 20 إلى 22 أبريل 1994 .
- 11 ● محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مقال بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الستة الثانية، ع2
- 12 ● مريم الكندري، أحكام الحضانة دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد 47، عدد 4: 2020، جامعة الكويت، ص 258 .
- 13 ● نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية " التطلاق "، قسم العلوم والحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، مجلة تحولات، العدد الأول، يناير 2015
- 14 ● نذير أوهاب، أثر التدخل الطبي في ثبوت خيار التفريق بالعيوب الطبية، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة " الصراط " كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الثالثة عشر، العدد 22، جانفي 2011

- 15 ● وجوب تنقيح القانون المدني المصري، عبد الرزاق السنهوري، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق مصر، العدد 1، السنة السادسة، 1936م

ثالثا) المطبوعات البيداغوجية

- محمد بلعلياء، مادة التقنينالقمهي، جامعة أيبكربلقايد- تلمسان - مطبوعةبيداغوجية، 2020-2021م

رابعا) القوانين والأوامر :

- 1 ● قانون 84-11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005.
- 2 ● المرسوم التنفيذي 06-154 المؤرخ في 11 / 05 / 2006 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر بخصوص الشهادة الطبية ما قبل الزواج.
- 3 ● قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
- 4 ● قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 / 11 / 2004 المتضمن قانون العقوبات .
- القانون العضوي 11-12 المؤرخ في 26 / 07 / 2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها.

خامسا) قرارات المحكمة العليا:

- 1 ● المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 14/05/1984، ملف رقم 32786، المجلة القضائية 1989، العدد 2
- 2 ● المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 17 / 12 / 1984، ملف رقم 35322، المجلة القضائية 1989، عدد 4

البحوث العامة

- 3 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 10 / 02 / 1986، ملف رقم 39463، المجلة القضائية 1989، ع 1
- 4 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 01 / 06 / 1987، ملف رقم 45867، المجلة القضائية 1992، العدد 4
- 5 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23/04/1991، ملف رقم 73919، المجلة القضائية 1993، العدد 2
- 6 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 17 / 03 / 1992، ملف رقم 81129، المجلة القضائية 1994، العدد 3
- 7 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11 / 02 / 2009، ملف رقم 480240، مجلة المحكمة العليا 2009، عدد 1
- 8 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 13 / 07 / 1993، ملف رقم 92714، المجلة القضائية 1995، العدد 1
- 9 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 17 / 03 / 1998، ملف رقم 179696، المجلة القضائية 2001، عدد خاص
- 10 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 17 / 02 / 1998، ملف رقم 176551، المجلة القضائية 2000، عدد 1،
- 11 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم 239349، المجلة القضائية 2001، عدد خاص
- 12 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16 / 02 / 1999، ملف رقم 216850، المجلة القضائية 2001 ن عدد خاص
- 13 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16 / 02 / 1999، ملف رقم 216850، المجلة القضائية 2001، عدد خاص

الممارس العامة

- 14 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18 / 05 / 1999، ملف رقم 44630،
المجلة القضائية 1989، عدد 3
- 15 ● المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، 15 / 06 / 1999، ملف رقم 224655،
المجلة القضائية 2001، عدد خاص
- 16 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 14 / 06 / 2006، ملف رقم
258613، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2
- 17 ● المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية 09 / 05 / 2007، ملف رقم 395557،
المجلة القضائية 2008، عدد 2
- 18 ● المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16 / 01 / 2008، ملف رقم 417622،
المجلة القضائية 2008، العدد 1

سابعاً المواقع الإلكترونية

- 1 ● (<https://almuslimalmuaser.org/>)، اليوم 1 / سبتمبر
- 2 ● محمد بن يحيى بن حسن النجيمي : شروط التلقيح الإصطناعي الداخلي بين الزوجين،
مقال منقول عن موقع الملتقى الفقهي www.fiqh.islammessage.com
- 3 ● موقع الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي على شبكة الانترنت www.bouti.net

فهرس الموضوعات

أ	مقدمة.....
9	الفصل التمهيدي
9	تقنين الفقه الإسلامي
2	المبحث الأول: مفهوم التقنين الفقهي ونشأته
2	المطلب الأول مفهوم التقنين الفقهي
6	المطلب الثاني: نشأة التقنين وتطوره وأهم الجهود المبذولة فيه
14	المبحث الثاني: حكم تقنين الفقه الإسلامي وآراء المعاصرين فيه
14	المطلب الأول: المميزون للتقنين وأدلتهم
22	المطلب الثالث: الرأي المختار
23	المبحث الثالث: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته وضوابطه
23	المطلب الأول: بواعث التقنين الفقهي ومبرراته
25	المطلب الثاني: ضوابط التقنين الفقهي
37	المبحث الرابع: مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي وعيوبه
37	المطلب الأول: مزايا التقنين
38	المطلب الثاني: عيوب التقنين
42	-الفصل الأول: تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري- أحكام الزواج-
43	المبحث الأول: مكانة الفقه المالكي في نشأة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الممارس العامة

- 43.....المطلب الأول:أركان عقد الزواج
- 51.....المطلب الثاني : مسائل متعلقة بنشأة عقد الزواج.
- 53.....المبحث الثاني:مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
- 53.....المطلب الأول:حقوق وواجبات الزوجين
- 55.....المطلب الثاني :مسألة النسب وإثباته
- 57.....المطلب الثالث:النفقة الزوجية ومشمولاتها
- 59.....الفصل الثاني : تطبيقات الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري -أحكام الطلاق -
- 60.....المبحث الأول :مكانة الفقه المالكي في نشأةالطلاق في قانون الأسرة الجزائري
- 60.....المطلب الأول: الطلاق بإرادة الزوج
- 75.....المطلب الثاني: الطلاق بغير إرادة الزوج
- 92.....المبحث الثاني : مكانة الفقه المالكي في نشأة آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
- 92.....المطلب الأول: أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي
- 102.....المطلب الثاني : أحكام الحضانة فيقانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي
- 108.....المطلب الثالث:أحكام النزاع في متاع البيتفي قانون الأسرة الجزائري و الفقه المالكي
- 115.....الخاتمة