

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

ما خالف فيه قانون الأسرة المذهب المالكي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص: الفقه المقارن وأصوله.

إشراف الأستاذ(ة):

د/ عبد العالي بوعلام

إعداد الطالب (ة):

بن زيطة محمد

لجنة المناقشة

رئيسا	أ.د. مصطفى باجو
عضوا مناقشا	د. رشوم مصطفى
عضوا مشرفا	د. عبد العالي بوعلام

الموسم الجامعي:

1443-1444هـ/2022-2023م

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ

مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا

إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً

وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ

لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾

سورة الروم



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 08.07.2023

إذن بالنجيد والإيداع [مذكرة ماستر]

أنا المضي أسفله الأستاذ(ة):أ.د. / مصطفى باجو
رئيس اللجنة المناقشة للمذكرة الموسومة بـ:

ما خالف فيه قانون الأوسرة المتبعة بالكلية

من إعداد الطلب(ة): 1- محمد بن زويدي

2-

وإشراف:أ.د. / عبد الحامد بن علي

تخصص:المتابعة الاستاذة وأستاذة

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

أ.د. مصطفى باجو

إمضاء المشرف:

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة المجلدة لأمانة القسم

الإهداء

الحمد لله أولاً وآخراً، الحمد لله حتى يبلغ منتهاه، الحمد لله الذي أكرمنا للوصول إلى ما وصلنا إليه، الحمد لله الذي وفقنا إلى تامين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية، بمدكرتنا التي هي ثمرة الجهد والنجاح بفضلہ وسبحانہ وتعالى مهداة إلى والدي رحمه الله وإلى والدتي حفظها الله ورعاها وإلى عائلتي الصغيرة الزوجة الوفية والأولاد البررة وإلى إخواني وأخواتي .
إلى كل من كان لهم الإثر الطيب في حياتي وإلى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلبي .

شكر وعرفان

شكر النعم من شكر ما خفا، فأشكر المولى عز وجل أولاً على هذه النعمة والتي سخى لي الرجال وأخص بالذكر الدكتور عبد العالى بوعلام الذى أشرف على فى هذا البحث من خلال توجيهاته السديدة ونصائحه القيمة، فكان نعم الأستاذ والموجه .

كما أقدم بخزير الشكر لكل الأساتذة الذين درسنا عندهم فقد أناروا بعلمهم عقولنا فلم كل النحبة والاحترام والتقدير .

مقدمة

مقدمة:

الأسرة هي النواة واللبنة التي يقوم عليها كل مجتمع ولعل الشريعة الإسلامية الغراء قد عنت واهتمت بها في جميع تفاصيلها فقد رفعت من قيمة الأسرة وأعلت من شأنها وبنتها على دعائم قوية من القداسة والروحانية العجيبة التي يقف أمامها العقل البشري مذهولا حائرا ، فهي أنصفت الأسرة وجعلت لها كيانا مستقلا، فشرعت الخطبة للرجل والمرأة على سواء ليختار كل منهما شريك حياته، وليسير على هدى وبصيرة بحيث لا يتردى في مهاوي الضلال، ثم شرع الزواج كحصن منيع وأحاطته بسياج من القداسة والطهر وجعلت الصداق هبة من الرجل وعطية وجعل الطلاق أبغض الحلال إلى الله وجعل له شروطا خاصة وفي حالات بعينها تقتضيها الضرورات القاهرة، ثم ربطت علاقة أفرادها برباط الألفة والمودة والمحبة واجتماع الكلمة والمحافظة على الصحة وسلامة البدن، وبذلك ضمنت للأسرة المسلمة الطمأنينة والاستقرار وأرسي أركانها وركز دعائمها وأعانها على صد تلك التيارات الزائفة الهدامة الماكرة وهي لا تزال إلى يومنا هذا تستعمل كل الوسائل والأساليب والطرق حتى تهدم أركان الأسرة والبيت وتبيح الأعراض

ولقد سارت الدول العربية إلى وضع ترسانة من القوانين لتنظيم شؤون الأسرة ومن بينها الجزائر ، حيث بعد فترة الاستعمار ونيل الاستقلال أصدرت في سنة 1984 قانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة مصدره الأساسي الشريعة الإسلامية متبعا في ذلك مرجعيته الفقهية ممثلة بالمذهب الغالب في البلد ألا وهو المذهب المالكي

وبعد أكثر من عشرين سنة عدل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، مما أثار جدلا واسعا في المجتمع نظرا لتعديل بعض موادته التي مست المرجعية الفقهية السائدة في البلد .

أسباب اختيار الموضوع :

نوعين من الأسباب التي جعلتني أختار موضوع بحثي هي :

- الأسباب الذاتية : تتمثل في :
- الحرص على معرفة المرجعية الفقهية لقانون الأسرة الجزائري باعتباره مرتبط بالفقه الإسلامي

الأسباب الموضوعية :

- ارتباط تنظيم الأسرة بالشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر أساسي
- معرفة الاختيارات الفقهية التي ارتكز عليها قانون الأسرة عند مخالفته للمذهب المالكي
- مدى تأثير العوامل الخارجية على تعديلات قانون الأسرة الجزائري

أهمية الموضوع :

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في

- بيان المرجعية الفقهية التي تبناها قانون الأسرة الجزائري من خلال تحليل نصوصه القانونية
- إظهار الأسس التي اعتمدها قانون الأسرة الجزائري في اختياراته الفقهية المخالفة للمذهب المالكي في بعض مواد
- قانون الأسرة هو المعيار والضابط لكيان المجتمع ومرجعته الدينية

وعليه تبرز الإشكالية على النحو التالي :

ما مدى اعتماد قانون الأسرة على أحكام الفقه المالكي؟

ومن خلال طرح هذه الإشكالية تتفرع عدة تساؤلات أخرى منها :

- ما هي الاختيارات الفقهية التي اعتمدها قانون الأسرة في المسائل المخالفة للمذهب المالكي؟ هل الخلاف جزئي في بعض مواد؟ هل المخالفة كانت تخص المذهب المالكي أم أحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة؟
- ما هي المواد التي خالف فيها المذهب المالكي؟

الأهداف :

تهدف هذه الدراسة إلى عدد من الأهداف منها مايلي :

- بيان المسائل المذكورة في مواد قانون الأسرة المخالفة للمذهب المالكي
- الوصول إلى معرفة الرأي الفقهي في المسائل التي خرج بها عن المذهب
- إظهار المسائل المخالفة للشريعة الإسلامية عموما

منهج البحث :

تبعاً لعنوان البحث فإن طبيعته تتوافق مع المنهج التحليلي والنقدي لنصوص المواد القانونية وذلك لفك الفقرات والجمل المركبة تركيباً في بعض الأحيان يصعب فهمها من الوهلة الأولى بالإضافة إلى المنهج المقارن بين ما جاءت به نصوص قانون الأسرة والأحكام الفقهية وبيان ما خالف منها الفقه المالكي

حدود الدراسة :

تنحصر دراستنا على قانون الأسرة الجزائري ومخالفته للمذهب المالكي معتمدين على القول المشهور في المذهب

خطة البحث :

جاءت خطة البحث على النحو التالي :

مقدمة فيها توطئة تربط تنظيم الشريعة الإسلامية لشؤون الأسرة المسلمة وما تواجهه من حملات مغرضة لقطع الصلة بين الشريعة الإسلامية والأسرة من خلال مراجعة قوانين الأسرة والأحوال الشخصية في البلدان العربية المسلمة تماشياً مع الاتفاقيات الدولية

ثم قسمنا البحث في فصلين اثنين، الفصل الأول تطرقنا فيه إلى المذهب المالكي وقانون الأسرة قسم الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول تناولنا فيه المذهب المالكي وانتشاره في الجزائر والمبحث الثاني تطرقنا فيه تطور قانون الأسرة ومصادره ، أما الفصل الثاني كان حول المسائل المختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري والمذهب المالكي ، ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول في المسائل المتعلقة بمقدمات وأركان وشروط عقد الزواج ، والمبحث الثاني في المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج وآثاره، أما المبحث الثالث خصصناه للمسائل المتعلقة بالميراث والتبرعات ، ثم خاتمة البحث

الدراسات السابقة :

تعددت الدراسات حول قانون الأسرة الجزائري والمذهب المالكي سواء من حيث أثره أو مرجعيته في هذا القانون ومما وقفت عليه من هذه الدراسات :

مذكرة ماستر من إعداد الطالب عبد الحكيم بنونور بعنوان "مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري" ، بجامعة آكلي محمد أولحاج بالبويرة ، حيث تطرق فيها إلى عدة مسائل منها ما هو متفق مع المذهب المالكي ومنها ما هو مخالف له

أيضا من الدراسات التي اطلعت عليها مذكرة ماستر بعنوان التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة من إعداد الطالب فواز سلامي جامعة الوادي

ومن المقالات العلمية مقالين للدكتور أحمد غرابي من كلية الحقوق بجامعة المسيلة كان عنوان المقال الأول مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري حيث ذكر فيه ما تعلق بالمسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري الشريعة الإسلامية وتحدث أيضا عن الفراغ القانوني بسبب إلغاء بعض المواد من قانون الأسرة الجديد المتمم والمعدل أما المقال الثاني كان بعنوان : المرجعية الفقهية لأحكام الميراث

الصعوبات :

-
- لكل بحث صعوبات وعوائق تعترض الباحث إلا أننا وقفنا على بعض الصعوبات تتمثل فيما يلي :
- النصوص القانونية تحمل عدة دلالات وقراءات مما يجعل صعوبة تحديد المعنى الدقيق من نص هذه المادة
 - الترتيب العشوائي غير الموفق للنصوص القانونية وفقا للأبواب والكتب التي تضمنها
 - تكرار النصوص القانونية في بعض المواد وعدم ضبط الألفاظ وتراكيب الجمل في بعض مواد يؤدي حتما الى اختلال المعنى وبالتالي يصعب فهمه
 - قلة المصادر والمراجع

الفصل الأول

مرجعية المذهب المالكي في الجزائر وقانون الأسرة

تمهيد

منذ أن دخل المذهب المالكي إلى المغرب العربي والناس يتعاملون وفق أحكامه وفتاويه وفي قضاياهم المعروضة على القضاء وعليه سنين في المبحث الأول: مرجعية المذهب المالكي من خلال التركيز على مفهومه وعوامل انتشاره وأسباب دخوله إلى الجزائر ومرجعياته في التدريس والقضاء والفتوى ثم نتطرق إلى المبحث الثاني الذي سنتناول فيه تطور قانون الأسرة الجزائري من فترة الدولة العثمانية إلى دخول المستعمر وفي خلال فترة الاحتلال ثم فترة الاستقلال وما بعدها وبعدها نتطرق إلى أهم مصدر قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : المذهب المالكي انتشاره و مرجعيته في الجزائر

وستتناول في هذا المبحث مطلبين يتعلق المطلب الأول بانتشار المذهب المالكي في الجزائر من خلال معرفة الأسباب .

المطلب الأول : انتشار المذهب المالكي في الجزائر

وفيه فرعين ، في الفرع الأول سنخصصه لمفهوم المذهب المالكي والفرع الثاني أسباب دخوله إلى الجزائر وأسباب انتشار المذهب المالكي في الجزائر .

الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي:

و فيه تعريف المذهب لغة واصطلاحاً.

أولاً : تعريف المذهب لغة:

المذهب مصدر ، كالذهب . والذهب : " السير والمرور"¹، وله إطلاقات عدة منها : " موضع الغائط والمتوضأ؛ والمذهب المعتقد ؛ والطريقة ؛ والأصل"².

ثانياً : تعريف المذهب اصطلاحاً

لقد أفرد العلماء لبيان المعنى الاصطلاحي عناية خاصة فكانت تعريفاتهم متفاوتة ومفهومة على العموم هو ما سلكه إمام من الأئمة فيما فيه حكم اجتهادي، ومن أهم تعريفاته تعريف الإمام القرآني³ حيث قال : "هو ما اختص به من الأحكام الشرعية الفرعية الاجتهادية ، وما اختص به من أسباب الأحكام والشروط والموانع والحجاج المثبتة لها ."⁴

وقال الخطاب الرعيني: "هو حقيقة عرفية فيما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية"⁵.
ومن أحسن التعريفات ما قاله إبراهيم رحمانى : أنه "ما سلكه إمام من الأئمة المجتهدين من آراء اجتهادية وما سار عليه أتباعه فيها بناء على قواعده وأصوله"⁶

¹ جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر، ط3، بيروت-لبنان، 1414هـ، ج1، ص393-394

² المصدر نفسه ، ص394-395

³ هو شهاب الدين ابو العباس أحمد بن إدريس القرآني ، ولد سنة 626هـ/1227م كان بارعا في الفقه والأصول له تأليف منها : الفروق-الذخيرة... توفي سنة 1285/684م، خير الدين الزركلي، الأعلام ، دار العلم للملايين، ط15، بيروت، 2002، ج1، ص

94-95

⁴ القرآني ، الأحكام في التمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة ، دار البشائر الإسلامية، ط2، بيروت، 1995م، ص195

⁵ الخطاب ، أبو عبد الله محمد بن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر ، بيروت، 1423هـ/2002م، ج1، ص24

⁶ إبراهيم بن محمد الأمين رحمانى ، المثرات الذهبية في صناعة المفتي، المؤتمر العلمي ، الفتوى واستشراف المستقبل ، دم، دت، 286

ومن خلال هذا التعريف فإن المذهب يختص في المسائل الاجتهادية دون المسائل المتفق عليها وفي هذا الصدد يقول القرافي: "ينبغي أن يقال إن الأحكام المجمع عليها التي لا تختص بمذهب نحو جواز القراض ووجوب الزكاة والصوم ونحو ذلك: إن هذه الأمور مذهب إجماع من الأمة المحمدية. ولا يقال هذا مذهب مالك والشافعي إلا فيما يختص به، لأنه ظاهر اللفظ في الإضافة والاختصاص. ألا ترى أنه لو قال قائل: وجوب الخمس صلوات في كل يوم هو مذهب مالك لنأى عنه السمع ونفر منه الطبع، ويدرك بالضرورة فرقا بين هذا القول وبين قولنا: وجوب التندليك في الطهارات مذهب مالك، ووجوب الوتر مذهب أبي حنيفة، فلا يتبادر الذهن إلا إلى هذا الذي وقع به الاختصاص دون ما اشترك فيه السلف والخلف والمتقدمون والمتأخرون"¹

الفرع الثاني: دخول وانتشار المذهب المالكي في الجزائر

أولا: أسباب دخول المذهب المالكي إلى الجزائر

كان من الطبيعي أن يدين الناس الجزائريون بعد الفتح الإسلامي بما وصل إليهم من تعاليم الإسلام التي أخذوها من الفاتحين الأوائل، ولم تكن مصبوغة حينئذ بالطابع المذهبي وإنما مرتبطة مباشرة بنصوص القرآن والسنة والمأثور عن الصحابة والتابعين

وبعد ظهور المذاهب الفقهية، حيث انتشر في إفريقيا المذهب الحنفي كأول المذاهب الفقهية بداية من تونس وما لبث أن غلب عليه

وقال الشيخ عبد الرحمان الجيلالي²: "وقد ظل الأمر كذلك حتى حل بين أهل المغرب المولى إدريس بن عبد الله الكامل ابن الحسن المثنى، وذلك سنة 142هـ/788م؛ حيث أسس دولة الأدارسة بالمغرب، وذكر لهم فضل مالك ومزيتته على العلم، وأنه ممن روى عنه والده عبد الله وحضر بيعة أخيه (النفوس الزكية) بالخلافة، وأنه كان يراه أحق بها وأجد من أبي جعفر المنصور العباسي، وجاءهم أيضا بالموطأ وقال لهم: نحن أحق باتباع مذهب مالك، فقلده الناس واتبعوه

لكن صاحب "رياض النفوس" يقرر غير ذلك، ويؤكد أن المذهب المالكي قد عرف طريقه نحو بلاد إفريقية والغرب الإسلامي على يد أبي الحسن علي بن زياد التونسي العبسي تلميذ مالك، وهذا الأخير

¹القرافي، الأحكام في التمييز الفتاوي عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، ص 194-195

²الشيخ عبد الرحمان الجيلالي، "كيف رسخ المذهب المالكي في المغرب العربي"، مجلة الموافقات، المعهد العالي لأصول الدين، العدد 3، الجزائر جوان 1994، ص 226

كان أول من أدخل بلاد المغرب الموطأ وفسر لأهلها قول مالك ولم يكونوا يعرفونه من قبل¹ ، وقد توفي علي بن زياد سنة 183هـ/800م، أي بعد وفاة إدريس بـ06 سنوات فقط.

وقال الشيخ الشاذلي النيفر: "وهذه المدرسة التي وضع لبنتها علي بن زياد وهي مدرسة مالك بن أنس، فهو الذي أدخل مذهبه هذه الديار المغربية وعرف به وشرحه للناس وبين قواعده حتى اقتنعت به الأفكار ولم يجتذبا عليه سلطان ولا نفوذ"²

وقد كان ممن تتلمذ على يد علي بن زياد في تونس بعد عودته ، كل من البهلول بن راشد وعبد الله بن غانم وعبد الله بن فروخ (ت176هـ)؛ حيث أخذوا عنه موطأ مالك والجامع الكبير لسفيان الثوري ثم ظهر بعد ذلك لهؤلاء الثلاثة أن يرحلوا إلى المشرق وهناك أخذوا الكتابين عن الإمام مالك والإمام سفيان الثوري مباشرة ، وبعد عودتهم إلى إفريقيا جلسوا للتدريس والتعليم والتفقيه على المذهب المالكي³

وإضافة إلى هؤلاء العلماء الثلاثة ، كان هناك عدد آخر من العلماء تتلمذوا هم الآخرون على الإمام مالك، وشاركوا في نشر مذهبه بإفريقية ، ومنهم : ابن أشرس الأنصاري، وأبو علي بن شقران بن علي القيرواني (ت186هـ)، وأبو محمد عبد الله بن عمر بن غانم الرعيني (ت191هـ)، وأسد بن الفرات (ت213هـ)، وأبو خارجة الغافقي (ت220هـ)، وأبو محمد عبد الله بن أبي حسان اليحصبي (ت229هـ)، وعبد الرحمان بن ثوبان الرعيني (ت190هـ)، وصقلاب بن زيد الهمداني (ت193هـ)، وأبو عون معاوية بن الفضل الصمادحي (ت199هـ)، وأبو عثمان المعافري، ويزيد بن محمد الجمحي ، وعمر بن الحكم اللخمي، وأبو القاسم الزواوي، وأبو الخطاب محمد بن عبد الأعلى الكندي، وعمر بن سمك بن حميد، وأبو طالب الابرازي، وأبو عبد الله بن زرارة، وأبو الحجاج الأزدي (ت237هـ)، والحارث بن أسد القفصي، وعبد المؤمن بن المستنير الجزري ، وعلي بن يونس الليثي، وغيرهم ... وهؤلاء كلهم تتلمذوا لمالك وأخذوا مباشرة عنه فلما عادوا إلى القيروان بثوا علمهم بين الناس، ومازال المذهب ينتشر ويتسع امتداده إلى أن جاء سحنون بن سعد المتوفى (234هـ/848م) ، فغلب في أيامه ، وفض حلق المخالفين⁴

¹ أبي بكر عبد الله بن محمد المالكي ، رياض النفوس، تحقيق بشير البكوش ، دار الغرب الإسلامي، د ط، 1983، ج، 1، ص 215

² مقدمة تحقيق كتاب الموطأ برواية علي بن زياد ، دار الغرب الإسلامي ، ط5، بيروت، 1984، ص 35

³ محمد بن حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي حتى نهاية العصر المرابطي، وزارة الأوقاف، المغرب، 2000، ص 32-35 بتصرف

⁴ عمر الجبدي ، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، منشورات عكاظ، 1987، م، ص 26

قال القاضي عياض رحمه الله: "وأما إفريقية و ما وراءها من المغرب ، فقد كان الغالب عليها في القديم مذهب الكوفيين [يعني بهم الأحناف] إلى أن دخل علي بن زياد وابن أشرس والبهلول بن راشد، وبعدهم أسد بن الفرات وغيرهم بمذهب مالك ، فأخذ به كثير من الناس ، ولم يزل يفشو إلى أن جاء سحنون فغلب في أيامه وفض حلق المخالفين واستقر المذهب بعده في أصحابه، فشاع في تلك الأقطار إلى وقتنا هذا"¹ وكان الفقيه سحنون ومعه الفقيه ابن سعيد التنوخي ، قد تتلمذا عليهما عدد من الجزائريين في القيروان التي كانت حاضرة مشهورة في بلاد إفريقية ، وهم الذين انطلقوا بعد ذلك بالمذهب المالكي ونشروه في أمهات المدن الرئيسة بالجزائر ، ونذكر من أولئك الجزائريين : النعمان بن المنذر بمجانة ، وكان من الزهاد، وقيل أن أستاذه سحنون عرض عليه القضاء فامتنع ، وعلي بن الصبار قاضي ميلة ، تلميذ سعيد بن الحداد المتخرج من مدرسة سحنون ، والذي اشتهر بنشر مذهب مالك ، حيث إنه كان أفقه وأعلم أهل زمانه²

ولعل من أهم كتب المالكية التي أدخلها الجزائريون من القيروان بتونس ؛ كتاب "المدونة الكبرى" على يد أبي إسحاق بن عبد الملك المشلوبي البسكري الذي سمعها من سحنون.

ثانيا :أسباب انتشار المذهب المالكي في الجزائر

ويمكن إرجاع انتشار المذهب المالكي ورسوخه في الجزائر على مدى القرون الطويلة السابقة إلى جملة من الأسباب تندرج ضمن نوعين³:

01- الأسباب المتعلقة بالمذهب وصاحبه

ومن أهم الأسباب التي أدت إلى انتشار المذهب المالكي في الجزائر إلى ثلاثة عناصر وهي :

أ- مكانة الإمام مالك رحمه الله:

¹ القاضي عياض ، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك ، مكتبة الحياة، بيروت، د.ت، ج1، ص 26

² المهدي البوعبدلي ، "مراكز الثقافة وخزائن الكتب بالجزائر" ، مجلة الأصالة ، العدد 7 ، الجزائر ، السنة 2، 1392هـ/1972م، ص6

³ إلياس بن عمر اوي ، " أعلام المذهب المالكي في الجزائر ودورهم في تأسيس وبناء المرجعية الفقهية" ، مجلة المعيار ، العدد36، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، المجلد 18، ص 13-14

فقد جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه فيما رواه أبو هريرة: « يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة »¹ والمعنى في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وآله يخبرنا بأنه يوشك ويقرب أن يتهافت الناس على طلب العلم فلا يجدون عالما أعلم من عالم المدينة². وقد كان سفيان بن عيينة يقول في هذا الحديث: "أراه مالكا"³.

وقال القاضي عبد الوهاب: "أما إنه لا ينازعنا في هذا الحديث أحد من أرباب المذهب، إذ ليس منهم من له إمام من أهل المدينة، فيقول المراد به إمامي، ونحن ندعي أنه صاحبنا بشهادة السلف وبأنه إذا أطلق بين أهل العلم عالم المدينة وإمام دار الهجرة فالمراد به مالك عندهم دون غيره من علمائها، كما إذا قيل الكوفي فالمراد أبو حنيفة دون سائر فقهاء الكوفة"⁴.

وقال ابن معين: مالك من حجج الله على خلقه، إمام من أئمة المسلمين، مجمع على فضله"⁵.

ب- مكانة المدينة المنورة:

لا يخفى على أحد أن المكان الذي ظهر فيه المذهب المالكي هو المدينة المنورة، فهي مكان السنن والآثار، وهي مكان الإيمان والبركة، وهي التي عاش فيها النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته وفيها نزل معظم الأحكام وتطبيقاتها، فهي عاصمة الإسلام والمسلمين⁶، فهي مهبط الوحي وقد ورث أهلها علم النبوة وتناقلوه جيلا عن جيل إلى زمن الإمام مالك مع علو في الإسناد.

ج- فضل فقه مالك وتميز أصوله في الاستدلال:

ويظهر ذلك من خلال كثرة أصول المذهب بين نقلية وعقلية التي بدورها أدت إلى توفير وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط⁷

فهذه الكثرة من حيث الأصول تسهل على الأئمة الاجتهاد، وذلك قصد استيعاب التطورات والمستجدات، واختيار ما هو أصح وأنسب لحياة الناس ومصالحهم، وفي هذا يقول أبو زهرة كذلك: "إن كثرة الأصول

¹ الترمذي، السنن، كتاب العلم 39، باب ما جاء في عالم المدينة 18، حديث رقم 2680، ج5، ص810

² محمد التاويل، "خصائص المذهب المالكي"، مجموعة الدروس الحسنية المغربية، المغرب، 1424هـ/2004م، ص3

³ ابن عبد البر، الانتقاء في فضل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1997، ص50

⁴ القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، المرجع السابق، ص126

⁵ المصدر نفسه، ص133

⁶ ابن تيمية تقي الدين، صحة عمل أهل المدينة، ضمن مجموع الفتاوى، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء، ط20، المنصورة

2001م، ص167

⁷ محمد الروكي، "المغرب مالكي لماذا"، وزارة الأوقاف، المغرب، 1423هـ/2003م، ص39

تطلق تخرّيج المخرج، فإنه بلا شك كلما أكثر ما بين يدي المفتي من أصول صالحة للإفتاء يختار منها أصلحها وأقربها إلى العدل والدين فيما يفتي به".¹

وعلى الجملة فإن كثرة الأصول تجعل المذهب، مرنا فتعلو به وتجعله محل قبول بين الناس ويزيد أبو زهرة هذا تأكيدا بقوله: " فكانت كثرة الأدلة كما قلنا من شأنها أن تعلو بذلك لا أن تحفضه"².

ويظهر أيضا في صحة الأصول والقواعد التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، وهي نفس الأصول المعتمدة لدى علماء المدينة، إذ قال ابن تيمية رحمه الله في هذا الصدد: " فإن من تدبر أصول الإسلام و قواعد الشريعة وجد أن أصول مالك و أهل المدينة أصح الأصول و القواعد .. ذكر ذلك الشافعي وأحمد وغيرهما".³

وكثرة أصول المذهب و تعددها، حيث أنه لم يحصيها أو يذكرها، وهذا ما جعله أكثر مرونة و أقرب إلى مصالح الناس وتلبية لحاجاتهم، حتى وإن اختلفت عاداتهم.

02- الأسباب المتعلقة ببلاد المغرب عموما والجزائر خصوصا:

وتتمثل هذه الأسباب على النحو التالي :

-الرحلات العلمية للمغاربة عموما ونحو الحجاز والمدينة المنورة ، والأخذ عن الإمام مالك مباشرة في البداية ، ثم عن تلاميذه بعد ذلك ،هذه الرحلات كان لها دور بارز في نشر المذهب المالكي

-وصول مؤلفات الإمام مالك وتلاميذه منها : الموطأ والمدونة ، وانتشارها في بلاد المغرب

- التوافق والتشابه بين طبيعة مذهب الإمام مالك وطبيعة المغاربة ، فالإمام مالك كان يلتزم بالوقوف عند النصوص ، ولا يميل إلى الجدل والاستدلال والقياس ، وهذا الالتزام وجد صدق في نفوس المغاربة ، مما أدى إلى انتشار المذهب بينهم.

- رغبة الحكام في نشر المذهب وحرصهم على التمكين له ، باعتباره وسيلة من وسائل الاستقرار والوحدة ، وذلك عن طريق تعيين أبرز فقهاء في المناصب الدينية والإدارية المختلفة.⁴

المطلب الثاني: مرجعية المذهب المالكي في الجزائر

¹ أبو زهرة ، مالك ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط2، 1952 م، ص 376

² المصدر نفسه ، ص376

³ ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ص 176

⁴ مسعود بن موسى فلوسي ، تاريخ المذهب المالكي في الجزائر ، جامعة الحاج لخضر 1، باتنة ، 2020-2021 م ، ج1، ص 6

منذ أن دخل المذهب المالكي إلى الجزائر وانتشر فيها كان هو المرجع بلا منازع فمؤلفات المالكية وكتبهم هي مقررات التدريس واجتهاداتهم واختياراتهم عليها المعول في الفتوى والقضاء، لذلك سآين في هذا المطلب مرجعية المذهب المالكي في مجال التدريس والفتوى والقضاء.

الفرع الأول: مرجعية المذهب المالكي في التدريس

لقد كانت كتب المذهب هي مراجع التدريس في الجزائر، فكانت لها الغلبة على غيرها من الكتب والمراجع، فعندما وضع سحنون المدونة وجمع فيها رحمه الله من فقه مالك، ودعمها بالآثار تسابق الكثير لسماعها منه، فدخلت المدونة إلى الجزائر في بداية وضعها.

ومن جملة الذين سمعوا من سحنون من أهل الجزائر: إسحاق بن أبي عبد الله الملك الملقب بملشون نسبة إلى ملشون قرية من قرى بسكرة عاصر سحنون وكان حيا سنة 226هـ¹ وكذلك أبو عبد الرحمان بكر بن حماد بن سهل الزناتي التاهرتي، أخذ عن سحنون توفي سنة 296هـ²

فكان دخول المدونة إلى الجزائر سابقا لدخولها إلى المغرب كما بين ذلك صاحب كتاب شجرة النور الزكية فكانت المدونة تحتل الصدارة في حلقات التدريس مدة من الزمن لا ينافسها أي كتاب آخر، فقد حظيت بالقبول عند الشيوخ و الطلبة.

إلى أن جاء أبي سعيد خلف ابن أبو القاسم البرادعي، المتوفى سنة 378هـ³، فاختصر المدونة في كتاب سماه " التهذيب "، فغير مجرى الدرس الفقهي، وأثر في عقلية الفقهاء حيث تعقدت فيه العبارة والأسلوب نتيجة الاختصار، فتعامل معه الطلبة والشيوخ بالقبول، كما تنافسوا في شرحه واختصاره حتى أصبح المقرر الأول في الدرس ثم بقيت المدونة مصدرا احتياطيا يرجع إليها عند التبحر وزيادة التفقه⁴، ومن بين الذين درسوا التهذيب في بجاية أبو الحسن علي أبو الحسن بن إبراهيم الخوالي التجيبي⁵.

¹ إسحاق بن أبي عبد الله الملك الملقب بملشون هو فقيه مالكي، تعلم ببسكرة والقيروان، جالس سحنون. عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر، مؤسسة نويهض الثقافية، ط2، بيروت، 1980، ص314

² أبو عبد الرحمان بكر بن حماد بن سهل الزناتي التاهرتي عالم بالحديث ورجاله رحل الى البصرة ثم إلى القيروان، ولد سنة 200هـ.

الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، (63/2)

³ محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003م، ص156-157

⁴ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دد، ط1، الرباط، 1993م

⁵ المصدر نفسه، ص97

وقد ذكر ابن خلدون في مقدمته عن أهل المغرب: "أنهم يتعاهدون كتاب التهذيب في دروسهم"¹ وقد شرحه بعض الفقهاء الجزائريين منهم ابن مرزوق الحفيد المتوفى سنة 842هـ، سماه "الأهل اللبيب في شرح التهذيب"²

حتى جاء مختصر ابن الحاجب في القرن الثامن الهجري، فنافس كتاب التهذيب وأرجعه إلى الوراء وحل محله في حلقات التدريس، ومختصر ابن الحاجب في الحقيقة ما هو إلا مختصر للتهذيب، حاول فيه ابن الحاجب تلخيص طرق أهل المذهب، وجمع الأقوال من كل مسألة حتى جاء كالبرنامج للمذهب، فعكف عليه أهل المغرب شرحا وتدريسا، ومن بين الجزائريين الذين شرحوه بركات الباروني الجزائري³، و أبو عبد الله محمد بن يحيى الباهلي البجائي المعروف بالمسفر المتوفى سنة 743م⁴. قال ابن خلدون ولما جاء كتابه - أي مختصر ابن الحاجب الفقهي - إلى المغرب آخر المئة السابعة عكف عليه الكثير من طلبة المغرب، وخصوصا أهل بجاية لما كان كبير

مشيختهم أبو علي ناصر الدين الزواوي هو الذي جلبه إلى المغرب⁵.

إلى أن جاء مختصر خليل، والذي هو اختصار لمختصر ابن الحاجب، حيث بالغ في اختصاره حتى جاء عبارة عن ألغاز، لأن خليلا أراد جمع ما في كتب المذهب من مسائل وفروع، فقبله الفقهاء والطلبة، وأفسحوا له المجال في دروسهم وحلقاتهم، وقدموه على ما سواه، وتنافسوا في شرحه⁶. وقد كان مختصر خليل يدرس بتلمسان وغيرها من بلاد المغرب الأوسط، ولم يكن معروفا بالمغرب الأقصى حتى أنتقل إليه محمد بن فتوح التلمساني سنة 805هـ⁷، فأشاعه بينهم⁸

¹ ابن خلدون، المقدمة، تحقيق أحمد جاد، دار الغد الجديد، ط1، القاهرة، 2017م، ص421

² هو محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق التلمساني ولد سنة 766هـ، عالم بالفقه والأصول له شرح مختصر خليل. الزركلي، الأعلام، 5، المرجع السابق، /331

³ هو أبو الخير، عالم فقيه له شرح على فروع ابن الحاجب. عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر، ص99

⁴ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص97

⁵ ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص421

⁶ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص98

⁷ هو محمد أبو عبد الله بن عمر بن فتوح التلمساني المكناسي، عالم فقيه مالكي، أصله من تلمسان نشأ وتعلم بها ثم رحل إلى فاس وأول من أدخل المختصر بفاس توفي بمكناس سنة 818هـ. عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر، المرجع السابق، ص80

⁸ موسى اسماعيل، "المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر"، الملتقى الخامس للمذهب المالكي، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عين الدفلى، 2009، ص54

وغيرها من الكتب التي هي محل الدرس الفقهي في الجزائر إلى اليوم، عبر كل هذه المدة الطويلة، وذلك مثل رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ومختصر الأخصري في العبادات، ومتمن ابن عاشر كذلك في العبادات. والملاحظ حول هذه المصنفات، وإن اختلفت من وقت إلى آخر، إلى أنها تصنف ضمن الفقه المالكي، فكتب المالكية كانت هي مقررات التدريس ومناهج التعليم و التفقيه عند أهل المغرب بصفة عامة، بما في ذلك الجزائر.

الفرع الثاني : مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء :

الفتوى : هي إخبار بحكم شرعي من غير إلزام¹ ، فالمفتي يبين الحكم الشرعي من وجوب أو تحريم، أو ندب أو كراهية، أو إباحة، من غير أن يلزم المستفتي ويجبره عليه، فمهمة المفتي تتوقف على الإخبار والبيان أما القضاء : "فهو الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام"² ، وبهذا يكون القضاء مغايرا مسألة الإلزام، وعدمه، فالقاضي يبين الحكم الشرعي ويفصل بين المتخاصمين مع للفتوى في الإلزام.

فالفتوى والقضاء من بين الخطط التي لها أهمية بالغة في الإسلام، وحياة المسلمين، إذ عليها تتوقف مصالح الناس في دينهم ودنياهم من عبادات ومعاملات وسلوك وأخلاق.

وبها تنظم أمورهم، وتصان حقوقهم، وترعى مصالحهم، وعليه فإن أمر الفتوى والقضاء بين الناس عظيم، فلا يتولاه إلا من استجمع الشروط من علم وورع وفهم وغيرها، ولقد تصدى لهذه المهمة في بلاد المغرب علماء المالكية، الذين تتلمذوا على يد الإمام مباشرة أو عن طريق تلاميذهم الذين أخذوا عنهم وسمعوا منهم³.

إذ غلب المذهب المالكي في تلك البقاع، وسيطر عليها من حيث الفتوى والقضاء، قال القاضي عياض : " وغلب مذهب حنيفة على الكوفة والعراق وما وراء النهرين وكثير من بلاد خراسان إلى وقتنا وظهر بإفريقيا ظهورا كثيرا إلى قريب من أربعمائة عام، فانقطع منها ودخل منه شيء ما وراءها إلى المغرب قديما بجزيرة الأندلس، وبمدينة فاس، وغلب مذهب الأوزاعي على الشام، وعلى جزيرة الأندلس إلى أن غلب عليها مذهب مالك بعد المئتين فانقطع⁴ "

¹ القراني، الإحكام في تمييز الأحكام، تصرفات القاضي والإمام، المرجع السابق، ص99

² المصدر نفسه، ص99

³ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، المرجع السابق، ص105

⁴ القاضي عياض ، ترتيب المدارك، (66/1)

فأصحاب مالك وتلاميذه الذين أدخلوا المذهب إلى المغرب، وأفتوا الناس به، ودرسوا الموطأ والمدونة هؤلاء من أصحاب الطبقة الأولى أو من الطبقة الثانية أو غيرهم من علماء المذهب الذين كانوا هم المرجع في الفتوى فألفوا في ذلك المصنفات والمدونات، إذ كانت عادتهم كتابة فتاويهم ثم جمعها في كتب: كفتاوي الشيخ ابن أبي الحسن اللخمي القيرواني، والمعيار المعرب للونشريسي، وفتاوى المازري، ومسائل أبي الوليد الباجي، وفتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب مالك... وغيرها من المؤلفات التي يصعب حصرها، إذ كانوا يشترطون في المفتي أن يختص مختصر خليل مرة في السنة.

وكما سيطر المالكية على الفتوى، فإنهم كذلك سيطروا على القضاء، وقد كان سحنون قاضيا سنة 234 هـ، ولم يزل قاضيا إلى أن مات، وكان لا يولى القضاء إلا من كان مالكيًا، فالمتبع لتراجم علماء المالكية في المغرب وغيرها، يجد لقب القاضي يضاف إلى اسم الشيخ أو الفقيه، وهذا دليل على توليه منصب القضاء، كالقاضي عياض، وكالقاضي أبي وليد الباجي... وغيرهم¹.

وتظهر سيطرة المالكيين على القضاء كذلك، من خلال ظهور مؤلفات كتب الأحكام، أو فقه القضاء، وهي المؤلفات التي التزم أصحابها بدراسة المسائل العملية، والتي يكثر السؤال عنها كما يكثر وقوعها بين الناس، وهذه المسائل متعلقة بالمعاملات، وهذا النوع من المؤلفات أغلب مؤلفيها من القضاة، اللذين مارسوا مهنة القضاء، وتصدوا للفصل بين الخصوم، فيسجلون ما يعرض عليهم من وقائع وخصومات في دفاتر، وبعدما يجتمع لديهم عدد لا بأس به من المسائل والقضايا يجمعونها في كتاب مستقل، ليستفيد منه الناس، أو من يأتي بعدهم من القضاة، وقد برز المغاربة في هذا النوع من التأليف أكثر من غيرهم² ومما يبين كذلك سيطرة المالكية على القضاء في المغرب بصفة عامة، أنه كان من التراتيب التي عرفت عندهم أن يكون إلى جانب القاضي فقيه مشاور ليستشيره في النوازل المهمة، وهذا الفقيه أو المفتي يختار من خيرة العلماء والفقهاء، وقد كان هؤلاء المفتون والفقهاء لا يخرجون عما به الفتوى والقضاء من القول الراجح والمشهور، وما جرى به العمل.

ومن بين الكتب التي ألفت في القضاء والأحكام ما يلي:

¹ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص 106

² عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، المرجع السابق، ص 106

كتاب مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض أصول الأحكام فيما جرى به عمل المفتين والحكام للقاضي أبي الوليد الباجي، وغيرها من المؤلفات، فهي أكثر من أن تحصى¹ وعلى العموم فالمذهب المالكي هو المسيطر، وهو المرجع في الفتوى والقضاء في المغرب بصفة عامة بما في ذلك الجزائر .

ونخلص في ختام هذا المبحث أن المذهب المالكي كان دخوله وانتشاره في المغرب عموماً والجزائر خصوصاً، عن طريق تلاميذ الإمام الذين تتلمذوا عليه وسمعوا منه مباشرة، وأصبحت له المرجعية في حياة الناس من حيث التدريس والتعليم والتأليف، أو من حيث الفتوى والتعبد، أو من حيث القضاء، وفك النزاعات والخصومات بين الناس، رغم منافسته من قبل مذهب الأحناف وغيرهم في هذه البلاد .

¹المصدر نفسه ، ص106

المبحث الثاني: قانون الأسرة الجزائري مراحل تطوره، و مصادره .

في هذا المبحث سنتناول مراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائري إلى يومنا هذا ونتعرف على مصادره وذلك بتقسيم المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري

قانون الأسرة الجزائري مر بعدة مراحل وتطورات متتالية وذلك يرجع إلى عدة اعتبارات وعوامل ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة مراحل أهمها:

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال

لقد كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي تستمد أحكامه و قوانينه من الشريعة الإسلامية و الأعراف المحلية وذلك في جميع الميادين ، و نظام الأسرة و قوانينها لا يخرج عن هذا الإطار، فقد كانت أحكام المذهب المالكي هي المسيطرة على أهالي الجزائر بنسبة جد كبيرة، إضافة إلى احترام بعض الأعراف والعادات من قبل الأهالي في كل أنحاء الوطن¹.

وهذا راجع إلى بعض العوامل التاريخية التي وضحها ابن خلدون في مقدمته فقال " و أما مالك رحمه الله فقد اقتص بمذهبه أهل المغرب والأندلس ، وإن كان يوجد في غيرهم إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل...² ثم قال : " وأهل المغرب جميعا مقلدون لمالك رحمه الله تعالى و قد استمر العمل بمذهب مالك في بلاد تونس و الجزائر " ³ .

فالمذهب المالكي والعرف هما المسيطران في مجال الأحوال الشخصية على أهل الجزائر باستثناء بعض الأتراك الذين يحتكمون إلى لمذهب الحنفي؛ حيث إن الجزائر كانت منطوية تحت لواء الدولة العثمانية، وقد كان الجزائريون متمسكين بمذهب مالك ، مما جعل العثمانيين يعمدون إلى ازدواجية القضاء، فالسلطة القضائية في العهد العثماني مكونة من محكمتين يشرف عليهما قاضيان و مفتيان واحد حنفي و آخر مالكي، ومعنى هذا أن هناك محكمة حنفية و محكمة مالكية. كما كان أهل ميزاب كذلك يحتكمون إلى الإباضية⁴.

¹دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، السعيد فكرة، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم

الاجتماعية جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2013/2014م، ص62

²ابن خلدون ، المقدمة ، ص419

³المصدر نفسه ، ص419

⁴مسعود فلسوسي ، المذهب المالكي والسلطات المتعاقبة بالجزائر ، ص92

الفرع الثاني: مرحلة فترة الاحتلال :

و منذ دخول المستعمر الفرنسي إلى الجزائر ، حاول جاهدا توحيد قانون الأسرة فيها، وذلك بالنظر إلى مبدأ الإدماج ، و الذي يعني التماثل بين المستعمرة و دولة الأصل في نظام الحكم، والتسوية بينهما، خاصة بعدما استوطنها الكثير من الأجناس المختلفة ، فصعب عليه الأمر لاختلاف الأجناس و تعدد المشارب ، فترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية في محاكم شرعية¹ ومن هذه المحاولات التي تدخل في السياسة الاستعمارية من اجل تغريب الجزائريين وابعادهم عن أصولهم وهويتهم في مجال الأحوال الشخصية :

- مشروع قانون العميد مارسيل ،مورد الذي تناول جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من زواج و طلاق هبة وميراث، وصية والإثبات.²

- قانون الأحوال الشخصية رقم 57-778، الصادر في 11/07/1957، نظم الأحكام الخاصة بالولاية والحجر والفقدان والغياب.³

الأمر رقم 59-274، الصادر بتاريخ 04/02/1959، الذي تضمن أركان عقد الزواج الوعد بالزواج و انحلال الزواج، حيث نصت المادة الثانية منه أركان عقد الزواج حيث جاء فيها : " ينعقد الزواج برضى الطرفين و يجب أن يصدر الرضا شفوياً وعلنياً ، و من صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين و ذلك أمام ضابط الأحوال المدنية ، و إلا كان العقد باطلا.

ويجوز لأحد الزوجين أن يطلب أن يكون الآخر مسلماً ، و إن كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا ، و يجب أن يكمله رضا الولي أو القيم⁴.

و نصت المادة الثالثة منه أحكاما تتعلق بالوعد بالزواج و سن الزواج وانحلال عقد الزواج ، فعلى سبيل المثال في الباب المتعلق بانحلال الزواج والذي خصه بثلاث مواد ، جاء في السادسة منها : " أن الزواج لاينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت ، و يجب إصدار قرار انحلال الزواج بناء على طلب يقدر من أي من الزوجين إلى القاضي المختص ، كما أن الحكم الذي يصدر بمناسبة انحلال الزواج يجب أن

¹مسعود فلوسي ، المذهب المالكي والسلطات المتعاقبة بالجزائر ،المرجع السابق ،ص 92

²دليلة حمريش ، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري ،ص 66

³المصدر نفسه ،ص 66

⁴المصدر نفسه ،ص 66

يفصل في حضانة الأولاد مما يتفق ومصالحتهم ، وكذا في التعويض والنفقة التي يديها الزوجان عن نفسيهما و عن أولادهما¹ .

- المرسوم رقم 59-7082 المؤرخ في 17/09/1959، الموضح و المبين للأمر 57-274 القرار الصادر بتاريخ 21/11/1959 المحدد لنوع الوثائق الواجب تقديمها لإبرام عقد الزواج و تسجيله.

الفرع الثالث : مرحلة بعد الاستقلال :

بعدها تخلصت الجزائر من الهيمنة الاستعمارية الفرنسية سنة 1962 ، كان يجب أيضا أن تتخلص من هذه الهيمنة في مجال التشريع و القضاء ، و ذلك بوضع منظومة قانونية تتماشى مع سيادتها و مرجعيتها² لذلك بعد الاستقلال مباشرة عرفت الجزائر فراغا تشريعيًا فاستمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي و ذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني. فكان قانون الأسرة رقم 59/274 الصادر في 04/02/1959 ، و الذي تتضمن أركان عقد الزواج ووجوب تسجيله و ما يتعلق بأهلية الزوج هو الذي بقى ساري المفعول و المطبق بعد الاستقلال³ .

وعليه صدر قانون رقم: 62/157 المؤرخ في 31/12/1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية في ما عدا مواد الاستعماري و العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة⁴ .

وتجدر الإشارة أن تطبيق هذا القانون كان من الناحية الشكلية الإجرائية تتعلق بتوثيق عقد الزواج وتسجيله فقط ،وما يتعلق بشروط وأركان ومحرمات عقد الزواج فكان يخضع للشريعة الإسلامية.

كما صدرت بعض القوانين من أجل ملأ الفراغ كقانون رقم 63/244 المؤرخ في 29/06/1963 والذي جعل سن الزواج 18 سنة بالنسبة للرجل و 16 سنة بالنسبة للمرأة، ثم صدر كذلك الأمر رقم : 69/72

المؤرخ في 16/09/1969 حيث عدل بموجبه القانون رقم: 63/324 فيما يتعلق بإثبات الزواج⁵ وألغيت القوانين الفرنسية الدخيلة بأمر صادر في 05 جويلية 1973 بهدف القضاء على التبعية القانونية ، فجاءت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف ، وهذا ما

¹دليلة حمريش ، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 68

²نسيسة آمال حيفري ، المرأة في قانون الأسرة بين التعديل والحفاظة على القيم ،مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق ، جامعة وهران،2016، ص194

³المصدر نفسه ، ص194

⁴محمد الحسين الحنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر ،ضمن مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس،العدد2، مصر ، 1974 ،ص1-2-3

⁵المصدر نفسه،ص1-2-3

يستخلص من الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني بموجب الأمر 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 ، "حيث إنه لا يوجد قانون ينظم أحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال¹ .

أولا : قانون 11/84 الصادر في 06/09 /1984:²

وبعد 22 سنة من استقلال الجزائر يولد قانون ينظم العلاقات الأسرية بعد أخذ ورد وحوار طويل وهي مدة زمنية لم يستغرقها أي قانون غيره ؛ حيث قنن في مواده أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية وارتكز عليها ؛ حيث أنه نص في مادته 222 يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، وألغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون حسب نص مادته 223 ، كما أن المحكمة العليا أقرت في كثير من قراراتها القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بدون منازع³

لم يخلو هذا القانون من الانتقادات سواء تعلق الأمر بنقص في بعض أحكامه أو غموض في بعضها الآخر لكن يبقى انه جاء في وقته وقضى على الفوضى الأحكام المتضاربة والأفكار المتناقضة التي عاشتها المحاكم القضائية لفترة زمنية طويلة⁴ . جاء مقسما إلى أربعة كتب:

1- الكتاب الأول : الزواج و انحلاله

2- الكتاب الثاني: النيابة الشرعية- 3 الكتاب الثالث : الميراث4- الكتاب الرابع : التبرعات .

¹ نسيمه آمال جعفري ، المرأة في قانون الأسرة بين التعديل والحفاظة على القيم ، المرجع السابق ، ص 194

² الأمر رقم : 84-11 ، المؤرخ في : 09/06/1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر رقم : 05-02 ، المؤرخ في 27/02/2005 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، بتاريخ 27/02/2005

³ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ج 1 ، ص 18

⁴ سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، ط 4 ، الجزائر ، 2010 ، ص 8-9

ثانيا: تعديل قانون الأسرة 11-84 بموجب الأمر 02-05:

و بعد عشرين سنة عدل قانون الأسرة بأمر رئاسي سنة 2005 ، وكان هذا التعديل نتيجة ضغوطات داخلية وخارجية ، فكانت الحركات النسوية ذات الطابع العلماني لها دور و تأثير مباشر على هذا التعديل حيث منذ سبتمبر 1984 بدأت الانتقادات والاحتجاجات ضد هذا القانون وترى فيه ظلم للمرأة¹ حتى وصل الأمر بهذه الحركات والمنظمات استغلال الوضع الحرج للدولة الجزائرية والضغوطات الخارجية للتفكك والتخلي عن مورثها الديني وهويتهم الأصيلة وقد نجحت تلك الحركات النسوية وقد وقف معها الكثير ممن يحسبون أنهم يستمتتون من أجل الحفاظ على المرجعية الدينية الوطنية آنذاك ، بالإضافة إلى التغيير الاجتماعي الذي طرأ على الأسرة الجزائرية من النمط التقليدي إلى النمط الحديث الذي برزت فيه الانفرادية وتلاشت الأعمدة التي كانت تربط الأسرة من حيث القرابة ويظهر جليا في التعديل في مسألة الولي ومسألة الحضانة وغيرها .

بالمقابل أثار هذا التعديل استياء الأغلبية الكبيرة من المجتمع خصوصا فيما يتعلق بمسألة الولي في المادة 13 و 11 و مسألة التعدد كما في المادة 8 والخلع في المادة 54 .

¹حفيظة نهابي، "تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، جامعة الجلفة ، 2010، ص201

المطلب الثاني : مصادر قانون الأسرة الجزائري

تنوعت مصادر قانون الأسرة الجزائري وسنذكر أهم هذه المصادر وهي الشريعة الإسلامية والعرف والاتفاقيات الدولية

الفرع الأول : الشريعة الإسلامية

المادة الأولية أو الخام التي استمدت منها نصوص قانون الأسرة هي الشريعة الإسلامية، وهذا ما جاء في ديباجة المشروع التمهيدي: اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية الآتية: القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، القياس، الاجتهاد، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة وغيرها في بعض المسائل.¹

فالملاحظ أنّ قانون الأسرة الجزائري قانون له خصوصيته التي تميزه عن باقي القوانين والتي ينبغي مراعاتها إذ أنّ اللجنة المختصة لجأت إلى الشريعة الإسلامية من أجل وضع قواعد قانونية تنظم العلاقات الأسرية لكنها لم تعتمد على مذهب الإمام مالك رحمه الله عند تقنين نصوصه، بل أخذت من المذاهب الأخرى أيضاً أي أنّها لجأت إلى التلفيق كلما وجد إلى ذلك حاجة وضرورة أو نقول مصلحة وإن لم تبين نوع المصلحة من التلفيق أو على الأقل لم تذكر لما لم يعتمد المذهب المالكي فقط باعتباره مذهب البلد ولجأت إلى الأخذ من المذاهب الأخرى.

وقد جاء في المادة 222 ق.أ. ج أنّه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".²

والذي ذهب إليه بن شويخ الرشيد³ أنّ المراد بأحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في المادة 222 ق.أ. ج هو مجموع ما فيها من حلول قانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية وعدم الاقتصار على مذهب الإمام مالك، ومعنى ذلك أنّ القاضي إن لم يجد نصاً تشريعياً في قانون الأسرة الجزائري طبق أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين فيستلهم أحكامها في كثير من الأقضية لسد الثغرات، والمراد بمصطلح يستلهم هو العودة إلى الفقه الإسلامي ومعرفة آراء أئمة المذاهب الأربعة في الواقعة المعروضة

¹ ديباجة قانون الأسرة الجزائري، نقلاً عن دليّة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 73

² قانون الأسرة، المادة 222

³ بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 08

على القاضي وتطبيقها عليها، والمشروع الجزائري لم يفعل كما فعلت بعض التشريعات العربية التي حددت المذهب الذي ينبغي على القاضي العودة إليه على غرار المشروع المغربي الذي أحال إلى المذهب المالكي، وكذلك المشروع الموريتاني الذي أحال إلى مشهور مذهب مالك، والمشروع الأردني الذي أحال إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، وهذا لتسهيل عمل القاضي، وبالتالي على القاضي الجزائري أن يرجع إلى المذاهب الأربعة ويأخذ بالرأي الذي يراه يحقق مصلحة الأسرة.¹

ويلاحظ أنّ نص المادة 222 ق.أ. ج يمنح للقاضي صلاحية الاجتهاد لاستخراج حكم يطبقه على الواقعة المعروضة عليه من أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أنّه لا يمكن للقاضي أن يرفض الفصل في النزاع المعروض عليه بحجة أنه لا يوجد نص يحكم الواقعة في قانون الأسرة الجزائري، وإلا اعتبر القاضي مرتكباً لجريمة إنكار العدالة أو الامتناع عن الفصل في الدعوى المادة 136 قانون العقوبات الجزائري، كما أنّه لا يمكنه بموجب المادة 222 ق.أ. ج أن يلجأ إلى مصدر آخر غير الشريعة الإسلامية فلا يمكنه مثلاً اللجوء إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لإيجاد الحل أو اللجوء إلى العرف.

وكذلك يمكن للقاضي الجزائري اللجوء إلى الشريعة الإسلامية من أجل تفسير الغموض الذي جاء في النص القانوني، باعتبار أنّها المصدر المادي لقانون الأسرة الجزائري وباعتبارها المصدر الرسمي الاحتياطي الوحيد لقانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يفترض على القاضي أن يلجأ إلى تفسير الغموض من خلال أقوال الفقهاء المسلمين أو الفقه الإسلامي.

مما يعني أن اجتهاد قاضي شؤون الأسرة مقصور على عملية الرجوع أو العودة إلى ما ورد في الفقه الإسلامي على المذاهب المختلفة واجتهادات العلماء لمعرفة آراء فقهية حول موضوع النزاع المعروض عليه والذي لم يرد النص عليه في التشريع، وليس الاجتهاد بمعناه المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية والذي يتطلب توافر شروط الاجتهاد في المجتهد.²

وانطلاق من أنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر لقانون الأسرة الجزائري فإنّ لهذا القانون خصوصيته التي تجعله مختلفاً عن باقي القوانين، وكذلك مختلف من حيث العلاقات التي ينظمها والمتمثلة في الحالة الشخصية للأفراد من زواج وطلاق والآثار المترتبة عنها من نفقة وعدّة ونسب وحضانة... الخ، وكذلك تنظيمه للميراث والتبرعات مثل الهبة والوصية.

¹ بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 08

² وليد ميرة، محاضرة 03، مصادر قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2021/2022

الفرع الثاني: العرف

العرف هو عادة جمهور قوم في كل قول أو فعل ، أو ما تعود الناس واستقامت عليه أمورهم¹. فإن اعتبار الأعراف، ووضع النصوص و الأحكام وفق ما تقتضيه ، هو الواجب عند وضع أي نصوص قانونية وهو المعمول به في كل القوانين التي تنظم قضايا وشؤون الدول ؛ لأن عدم مراعاة الأعراف معناه التضيق على مصالح الناس وحاجاتهم وهذا الذي جاء في قانون الأسرة إذ أن المتبع والمتفحص لنصوص هذا القانون يجد أن العرف مصدر من مصادره ، و من الأمثلة على ذلك :
جاء في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري : " ويصح القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة، أو عرفا كالكتابة والإشارة"².

فالإيجاب والقبول يدلان على الرضا، فإذا عجز شخص عن الكلام فإنه يستطيع أن يعبر بأي شيء من شأنه أن يدل على معنى النكاح و الزواج كطأأة الرأس و الإشارة بالإبهام و غيرها ، و مرد هذا إلى العرف و عادة الناس، فقد تكون هناك أعراف خاصة يفهم من خلالها أن صاحبها يريد الزواج، أو أنه موافق عليه كضم السبابة و الوسطى إلى بعضها إلى بعض ، وهو ما عبر عنه في النص : "أو عرفا كالكتابة والإشارة"³.

الفرع الثالث: الاتفاقيات الدولية

أولا: مفهوم الاتفاقيات الدولية

هي اتفاق مكتوب بين دولتين أو أكثر تحدد التزاماتها و حقوقها في مجال محدد، و يمكن أن تستعمل بمصطلحات مختلفة، مثل المعاهدة و تختيار الدولة و الحكومات الوطنية محتوى الاتفاقيات مادامت تقرر ما إذا كانت ستبناها أم لا بقيد مهم واحد يجب أن لا تتناقض أحكام اتفاقية ما مع القواعد الآمرة التي تلزم جميع الدول و هي أحكام القانون الدولي⁴، وقد حثت الأمم المتحدة على إصدار قوانين و معاهدات متعلقة بحقوق الإنسان .

¹عبد الحكيم بنونور، "مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أكلي محمد وألحاج ، البويرة، 2020، ص45

²قانون الأسرة ، المادة 10

³عبد الحكيم بنونور، "مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري" ، ص 47

⁴سعد عزت السعدي، "مفهوم الاتفاقيات الدولية ومراحلها"، مركز الدراسات والأبحاث العلمانية في العالم العربي، 2017

فقد أصدرت الدول الأوروبية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1950، كما أصدرت الدول الأمريكية الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة 1969 .

وكذلك أصدرت الدول الإفريقية الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان سنة 1981¹

ولما كانت الأسرة هي الركيزة الأساسية في المجتمع لبنائه و بناء الدولة اهتمت الأمم المتحدة بها ، حيث أصدرت اتفاقيات و إعلانات تحمي الأسرة، سواء ما تعلق بالزوجين أو ما تعلق بالأطفال، بوصفهم ثمرة من ثمرات الزواج.²

ولقد بدأت المخططات الدولية المتعلقة بالمرأة سنة 1949، و ذلك من خلال أول مؤتمر جاء يدعو إلى عدم التمييز بين الناس جميعا، ثم جاءت اتفاقيات دولية خاصة بحقوق المرأة ، فكانت هذه الاتفاقية الأولى من نوعها من حيث تخصيص المرأة و أفرادها باتفاقية خاصة و ذلك سنة 1967 حيث أصدرت الإعلان العالمي للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.³

جاءت بعدها اتفاقية سيداو سنة 1979 التي ترمي إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ثم عقد 1975 المؤتمر العالمي للمرأة بمكسيكو، وكان أهم أهدافه اعتماد خطة عمل تعتمد عليها جميع الدول المنضمة إلى هيئة الأمم المتحدة و هدفها هو ضمان مزيد من اندماج المرأة في مختلف مرافق الحياة و منها أيضا مؤتمر السكان و التنمية الذي عقد في القاهرة سنة 1994.⁴

ثم مؤتمر بيكين +5+ الذي عقد في نيويورك سنة 2000، الذي خصص لدراسة التوصيات الصادرة عن مؤتمر بيكين حول المرأة و كيفية التخطيط للسنوات المقبلة تحت شعار المساواة بين الجنسين. فكل هذه الاتفاقيات و كان لها التأثير على قانون الأسرة الجزائري بطريقة مباشرة أو غيرها، و في هذا الصدد يقول الأستاذ لحسين بن الشيخ أث ملويا وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة عرف تعديلا وتتميمًا بارزا بموجب الأمر الرئاسي تحت رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، و الذي جاء من أجل تحسين وضعية الطفل و المرأة ، وهذا بغية التماشي مع المواثيق و الإعلانات والاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها الجزائر و على الخصوص نجدها يلي:

¹ ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس "حماية الأسرة من الاتفاقيات الدولية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج ،

البويرة، ص2

² المصدر نفسه، ص3

³ غزالي عبد الحليم، اثر الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2016/2017، ص4

⁴ المصدر نفسه ، ص4

- 01- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م.
 - 02- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1999م.
 - 03 - إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967م.
 - 04- اتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952م.
 - 05- إعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ و المنازعات المسلحة لسنة 1974م.
 - 06- إعلان حقوق الطفل لسنة 1924م-جنيف.
 - 07- البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الأطفال بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لسنة 2000م.
 - 08- إعلان حقوق الطفل لسنة 1959م .
 - 09- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م.
 - 10 - البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن إشراك الأطفال في المنازعات المسلحة لسنة 2000م¹.
- علما أن نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لم تراع خصوصية البلدان الإسلامية، وسنبن هذا ببعض النماذج.

ثانيا : نماذج من تأثير المشرع بالاتفاقيات الدولية :

1- تحديد الحد الأدنى لسن الزواج :

وقد جاء ذلك في مادتين الأولى و الثانية على التوالي من اتفاقية الرضا في الزواج، و الحد الأدنى لسن الزواج عام 1962 ، كما حذر صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة بعدم حمل البنت قبل سن الثامنة عشرة ، لأنها غير مستعدة جسميا²

فنصوص القوانين الدولية: أجمعت على تحديد سن الزواج، وقد حدد قانون الأسرة الجزائري سن الزواج في السن التاسعة عشر، جاء في المادة 7 : "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على ذلك"³

¹الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، ط2، الجزائر ، 2014، ص8-9

²ربيع زكريا ، " حماية شؤون الأسرة في الاتفاقيات الدولية "، المرجع السابق، ص6

³قانون الأسرة الجزائري ، المادة 07

فالذي يبدو أن تحديد سن الزواج في قانون الأسرة، هو عمل بالقرارات الدولية لحماية البنت والتأكد من القدرة الجسمية والعقلية للزوجين.¹

وخلاصة الفصل أن المذهب المالكي هو الذي كان ولا يزال سائدا في الجزائر ويظهر ذلك من خلال أسباب دخوله إلى الجزائر وانتشاره فيها ، ولما كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري أخذ المذهب المالكي المكانة الكبيرة في الاعتماد عليه في هذا القانون نظرا لعوامل مر بها قانون الأسرة الجزائري عبر مراحل ولذلك كان العمق التاريخي للمذهب المالكي الأثر الكبير في تقنين القوانين التي تكون فيها الشريعة المصدر الأول فيها .

¹عبد الحكيم بونور ، " مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري "، ص50

الفصل الثاني :

المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي

تمهيد :

بعد أن أعطينا صورة عن انتشار المذهب المالكي في الجزائر وأسباب دخوله ومرجعياته في الجزائر ثم تطرقنا إلى مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري ومصادر هذا القانون، ذكرنا أن الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي الأول من مصادره؛ حيث أن المتتبع لمواد هذا القانون يجد أغلبها مأخوذة من الشريعة الإسلامية، وفي هذا الفصل سنتناول المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والذي تكون فيه المخالفة جزئية في المسألة أو مخالفة للمسألة بأكملها، ولا بأس أن نذكر بأن نصوص قانون الأسرة الجزائري هي ظنية الدلالة تحتل عدة أوجه لذلك نجد اختلافا كبيرا لشراح القانون في تفسير مواد قانون الأسرة الجزائري وهذه من الصعوبات التي تعترضنا في تحديد وجه المخالفة للمذهب المالكي من خلال تراكيب ألفاظه ومن خلال أيضا النقل الحرفي واللفظي للنص دون المعنى من قوانين أخرى سواء عربية أو أجنبية، وهذه السمة غالبية في جميع قوانين الجزائر في شتى المجالات .

لكن في هذا الفصل سنحاول استخراج من مواد هذا القانون ما يمكن استخراجه من المسائل المخالفة للمذهب المالكي وأي المذاهب أو الاختيارات الفقهية التي سلكها قانون الأسرة الجزائري عند مخالفته للمذهب السائد في البلد.

المبحث الأول : المسائل المتعلقة بالخطبة وأركان وشروط عقد الزواج

وستتناول في هذا المبحث إلى المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه وتشمل سبعة مسائل حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة الألفاظ التي يعقد بها النكاح المراد بالإيجاب والقبول الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج، الإشهاد على النكاح، مقدار الصداق وحالاته.

المطلب الأول :المسائل المتعلقة بالخطبة وأركان عقد الزواج

الفرع الأول : حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة

الخطبة هي : " أن يتخلى الخاطبان عن مشروع الزواج والتوقف عن تمام السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد، كما كان مخططا له في الأول بعد إتمام الخطبة."¹

أولا : رأي المالكية في المسألة

إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف متبع، عمل بالشرط أو العرف، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا².

أما إذا لم يوجد شرط أو عرف فإن المالكية ميزوا خلافا لما سبق بالنسبة للهدايا في الخطبة إن كان العدول من جانب الخاطب المهدي، فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها، وإن كان العدول من جانب المهدي إليه فعليه أن يرد الهدية إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة وهذا عدل بلا ريب والعلة من ذلك حتى لا يجمع على المهدي إليه بين ألم العدول وألم الاسترداد، إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة.

وربما استدلت المالكية بحديث ابن عباس رضي الله عنه قال :«قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: العائد من هبته كالعائد من قيئه»³.

وحديث ابن عباس رضي الله عنه:« أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ ابْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ ابْنِ قَيْسٍ لَا أَعِيبُ عَلَيْهِ فِي خَلْقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ

¹ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، الجزائر، 1996، ص 25

² حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، ط2، الجزائر، 2006، ج1، ص39-40

³ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، حديث رقم 2621، ط1

لبنان، 1422هـ، ج 13، ص164

صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت : نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.¹

وقد جاء في كتاب الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية: " إذا أهدى أي الخاطب أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ولو كان الرجوع من جهتها و أوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط"²

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة

الخطبة هي وعد بالزواج، فإذا عدل أحد الزوجين عن الخطبة، كان واجبا عليه أن يرد الهدايا و قد أخذ القانون في هذه المسألة على العموم بالمذهب المالكي ، إلا أنه خالفه في جزئية صغيرة من جزئياته، جاء في قانون الأسرة المادة 05: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"³ .

فوجه مخالفة المذهب هو مانص في القانون : "... ما لم يستهلك..." و المالكية يرون بإرجاع الهدايا وتغريم العادل عن الخطبة ولو استهلك، و ذلك بالقيمة إن كانت قيمة، أو مثلها إن كانت مثلية ما لم يكن هناك عرف أو شرط و ذلك حتى لا يتضرر المعدول عنه مرتين مرة من جهة العدول والأخرى من جهة ضياع الأموال و هداياه⁴ ، فالقانون لم يضمن للمعدول عنه رجلا أو امرأة الهدايا المستهلكة و هذا مذهب الأحناف، فلو أهدى رجل للمرأة حليا و قماشاً و طعاما فحسب القانون الجزائري ليس له إلا المطالبة بالحلي في حالة العدول عنه.⁵

الفرع الثاني: الولاية في الزواج

أولا: تعريف الولاية

¹ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، بابا الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، ج7، ص75

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ج 6، ص 75

³ قانون الأسرة، المادة 05

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1997، ج 9، ص 6510

⁵ المصدر نفسه، ص 6510

01- **لغة:** "الواو واللام و الياء: أصل صحيح يدل على القرب والدنو، يقال: تباعد بعد ولي أي:

قُرب، وجلس مما يليني، أي: يقاريني".¹

مدلول لفظ (الولاية) في اللغة يرجع إلى معان كثيرة من أهمها الحب والنصرة والسيادة، والقدرة والتدبير، فهي كلمة تستعمل فيما يحتاج إلى تدبير وقدرة وعمل ناشئ عن نصره سببها معتبر، كالقرب والمحبة والحلف ونحو ذلك.²

02- **اصطلاحاً:**

حيث عرفها الفقيه المالكي ابن عرفة فقال: "الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام".³

03- **أنواع الولاية**

وتجدر الإشارة أن أغلب الفقهاء قسموا الولاية في الزواج إلى قسمين:

ولاية الاختيار: تتمثل في حق الولي في تزويج الفتاة بناء على موافقتها و قبولها بالزواج، فالولي لا يمكنه أن يجبر الفتاة على الزواج

ولاية الإيجابار: فهي سلطة الولي في تزويج الفتاة دون يأخذ بعين الاعتبار إرادتها، فالولي في هذه الحالة له الحق في إجبارها على الزواج أو أن يمنعها من الزواج وتسمى ولاية استبداد عند جمهور الفقهاء⁴

ثانياً: **الولي في عقد الزواج عند الفقهاء:**

01- **رأي المالكية وجمهور الفقهاء:**

لا يصح النكاح بدون ولي، سواء أطلق عليه ركناً أو شرطاً، فهو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقاً، وعليه فإن غياب الولي عن العقد هو عقد غير صحيح، واستدلوا في ذلك بعدة أدلة منها:

-من الكتاب:

¹ محمد الدين محمد الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، لبنان، 1407هـ، ص1732

² إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التميمي، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي "ولاية التأديب للزوجة والولد والتلميذ والعبد"، دار بن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، المملكة العربية السعودية، 1420هـ، ص22

³ ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق، حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، 2014م، ج3، ص212

⁴ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام -دراسة مقارنة-، دار التأليف، ط2، القاهرة، 1961، ص120

قوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [سورة النور : 32]

يستدل من هذه الآية، أنه لا يجوز للمرأة أن تنفرد بتزويج نفسها دون ولي أو وكيل عنه لإضافة الأمر الذي يفيد الوجوب لعدم وجود دليل يخرجها عنه في قوله تعالى : وَأَنْكِحُوا لِلأُولِيَاءِ الرجال دون النساء. وقد قال القرطبي: "والخطاب للأولياء وقيل للأزواج والصحيح الأول، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي وهو قول أكثر العلماء".¹

من السنة : ما روي عن عائشة - رضي الله عنها أنها قالت قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «أبما امرأةٌ نُكِّحَتْ بغيرِ إذنِ وليِّها ؛ فنكأُها باطلٌ، فنكأُها باطلٌ، فنكأُها باطلٌ فإن دخل بها ؛ فلها المهرُ بما استحلتَ من فرجها، فإن اشتجروا ؛ فالسلطانُ وليٌّ من لا وليَّ له».²

وحكمه الفسخ قبل الدخول وبعده.³ فيبطل عقد الزواج إذا غاب ركن الولي ، وحكم الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده.

02- رأي الحنفية: ⁴

جواز نكاح المرأة البالغة العاقلة في حال مباشرتها لعقد زواجها بنفسها، شريطة أن يكون الزوج كفاء وبمهر لا يقل عن مهر المثل، وفي حال اختلال أحد الشرطين فللأولياء حق الاعتراض وطلب فسخ العقد، و في قول آخر لهم، يتوقف نكاحها على إجازة الولي وإذا كان الزوج كفاء ينبغي على القاضي إجازته، ما لم يدخل بها وإلا فرق بينهما، وفي رواية أخرى إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح، واختير هذا للفتوى. واستدلوا :

من الكتاب :

قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ...﴾ [البقرة: 234]

¹ ابن العربي ، أحكام القرآن ، دار الفكر ، د.ط ، لبنان ، د.س، ج3، ص1376

² أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، ط1، كتاب النكاح ، باب في الولي ، حديث رقم 2083 ، دار الرسالة العالمية ، سوريا ، 2009 م ، ج2، ص 391-392 .

الترمذي ، سنن الترمذي ، الجامع الكبير ، تحقيق بشار عواد معروف ، ط1 ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، حديث رقم 1102 ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، 1996 ، ج3 ، ص 399-400

³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، ط7 ، لبنان ، ج7 ، 1996 ، ص104

⁴ الكاساني علاء الدين ، بدائع الصنائع ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، ط2، لبنان ، 2002 م ، ج2، ص 241

الدلالة في الآية الكريمة، أن الله تعالى أضاف فعل النكاح إلى النساء، ودل على صحة عبارتهن في العقد، فذكر النساء في الآية على وجه الاستقلال دون إضافة الولي معها¹ على شرط أن يكون بالمعروف وإلا كان له حق الاعتراض.

ومن السنة : عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تُستأذن في نفسها وإذنها صماتها»²

في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، شارك بين المرأة والولي ثم قدمها ووجه الدلالة عليه، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا باشرته بنفسها.

فغياب الولي عن عقد زواج المرأة عند الأحناف، أن يكون الزواج موقوفا على إجازة الولي، في حالة اختلال أحد الشروط، وحكم الزواج الموقوف أن يصبح نافذا في حالة الإجازة، أما في حالة الدخول بها وجب التفريق بينهما.³

ثالثا :الولاية في قانون الأسرة الجزائري

الولاية في قانون الأسرة الجزائري نص عليها في المواد التالية: 09-11-13

01- الولي في عقد الزواج :

قصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في نص المادة 9 من ق أ ج 05 - 2002 على ركن الرضا واعتبر الولي شرطا من شروط صحة عقد الزواج بموجب المادة 9 مكرر التي تنص على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية الولي.....". معدلا بذلك نص المادة 9 من ق أ ج 84-11 التي بينت أن أركان الزواج هي رضا الزوجين وولي الزوجة، والشاهدين والصدقات، وانعدام الموانع الشرعية" وبهذا التعديل قد خالف المذهب المالكي، فمالك يرى أنه لا نكاح بدون ولي، كما ذكر العلامة أحمد الدردير بأن: "أركان النكاح ثلاثة هي: المحل والولي والصيغة."⁴

02- ترتيب الأولياء

¹ محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء، "أحكام إذن الإنسان في الفقه الاسلامي"، رسالة ماجستير في الفقه

الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1991م، ص 27

² الترميذي، سنن الترميذي، باب ما جاء في استئثار البكر والثيب، حديث رقم: 1108، ج3، ص 407

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (101/7)

⁴ أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كامو، نيجيريا، 2000، ص 58

جاء أيضا في المادة 11 من قانون الأسرة المعدل: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها، أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره .

فهذه المادة تنص ترتيب الأولياء ، ولعل هذه المسألة هي التي تطرح الإشكالية الكبرى في موضوع الولاية ؛ حيث أن صياغة هذه العبارات التي جاءت بها هذه المادة تتصادم في غالبها مع أحكام الشريعة الإسلامية وعادات وأعراف المجتمع الجزائري من حيث ¹:

- أن استخدام أداة "أو" تفيد الاختيار لا الترتيب ومنه يمكن الانتقال من حسب نص المادة من الأب إلى غيره من الرتب ونكون قد طبقناها ولم نتعارض معها

- ذكرت عبارة " أي شخص آخر تختاره " بمعنى أعطى لها سلطة الاختيار فما الفائدة من حضور

الولي في عقد الزواج وهذا مخالف لكل المذاهب الفقهية والقوانين المشابهة له في الدول العربية

فهذا التعديل وقف من اشتراط الولي موقفا متذبذبا، فلا هو قرر إلغاؤه صراحة، ولا هو قرر اشتراطه صراحة مما يدل دلالة واضحة على التعرض لضغوط متزايدة في هذا المجال ومن جهات مختلفة، أحدهما يدافع عن تراث الأمة وعاداتها وأعرافها والأخر نافذ في السلطة يدافع عن التحرر والتخلي عن كل ذلك .

- فهذه المادة لا تنسجم إلا مع التشريعات الفرنسية التي تنص على أن: عقد الزواج عقد مدني ينشأ من اتفاق إرادتين اتفاقا شخصيا حضوريا" وتخالف مورثنا كشعب مسلم متمسك بثقافته الإسلامية، والتي تجل الولي ركن أو شرط أساسي في عقد الزواج عند جمهور أهل العلم .²
وبهذا نجد نص هذه المادة مخالف للمذهب المالكي ولبقية المذاهب الأربعة الأخرى .

03- ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في المادة 13 ما نصه: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها .

وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري من خلال نص هذه المادة قد منع الزواج دون موافقة الزوجة ولو كانت صغيرة، ولو كانت بكرا، وهو ما عبر عنها بالقاصر وهذه المسألة قد حكى ابن المنذر الإجماع على جوازها

¹ غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة احمد بوضياف، المسيلة، ص188

² المصدر نفسه ، ص188

أي على جواز إجبار البكر الصغيرة إذا كان الزوج كفوًا¹. أما الثيب الصغيرة فقد ذهب المالكية والحنفية إلى جواز إجبارها كالبكر².

وذهب الشافعية إلى أنها لا تزوج حتى تبلغ لوجوب إذنها وهو متعذر حتى تبلغ، أما الحنابلة فلهم روايتان عن أحمد أحدهما بالجواز كالمالكية والحنفية، والثانية منع جبر الثيب الصغيرة³. وعليه، فإن قانون الأسرة الجزائري قد خرق الإجماع في مسألة البكر الصغيرة، وخالف الجميع بما فيهم المالكية.

والخلاصة في مسألة الولي في قانون الأسرة الجزائري نجده أنه قد مَيَّعَ ركن الولي وحبذا لو ترك له حق الاعتراض الذي كان موجودا في القانون قبل تعديله في المادة 12 مثل ما ذهب إليه الحنفية.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بشروط الزواج

الفرع الأول: مسألة الإشهاد على النكاح

الشهادة في النكاح تعني أن يشهد على عقد الزواج بين الرجل والمرأة رجلان عدلان، ومعنى عدلان: "معروفان بالاستقامة، مرضيان عند الناس، ولم يُعرفا بارتكاب الكبائر من المعاصي"⁴ والشهادة في الزواج ضرورية؛ لأن الزواج يترتب عليه حقوقٌ لكلا الزوجين، من مهر ونسب وميراث ونفقة وغيرها، فكان لا بد من اشتراط الشهود لإثبات هذه الحقوق عند أغلب الفقهاء، وفي الشهادة على الزواج درء التهمة عن الزوجين، وبيان خطورة الزواج وأهميته⁵.

أولا: رأي المالكية وجمهور الفقهاء

يرى المالكية أن الشهادة ليست ركنا و لا شرط صحة، بل هي مستحبة أثناء العقد، وعليه فلو انعقد العقد بدون شهود كان صحيحا، إلا أنه لا يتم الدخول إلا بالإشهاد أو إعلان الزواج و إشهاره فالشهادة عندهم شرط للنفاذ لا للصحة، جاء قول الدسوقي في كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "وأما

¹ ابن المنذر ، الإجماع ، مكتبة الفرقان ، ط2، عجمان ، 1999 ، ص 103

² عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك ، دار الغرب الإسلامي ، ط 3 ، بيروت ، 1995 ، ج 3 ، ص 46

³ المصدر نفسه ، ص 46

⁴ جنيد أحمد ، العدالة والضبط وأثرهما في قبول الحديث ، مكتبة الرشد ، ط1 ، الرياض ، ج1 ، 2006 ، ص 34

⁵ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (9 / 6559)

الإشهادُ عِنْدَ الْبِنَاءِ (أي عند الدخول) فَوَاجِبٌ شَرْطٌ وَفُسْحٌ النِّكَاحِ إِنْ دَخَلَ بِدُونِهِ أَي بِلَا إِشْهَادٍ بِطَلْقَةٍ¹.

فالزواج عند جمهور الفقهاء لا يصح إلا بالشهادة عليه²،

ثانيا: موقف قانون الأسرة من الإشهاد في النكاح

جاء في نص المادة 09: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي الشاهدان انعدام الموانع الشرعية للزواج"³ وعليه فان قانون الأسرة الجزائري قد خالف المذهب المالكي، وأخذ بقول الجمهور القائلين بأن الإشهاد شرط صحة في العقد.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالصيغة

أولا: المراد بالإيجاب والقبول

01- الإيجاب والقبول عند الفقهاء :

رأي المالكية و الجمهور: الإيجاب هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل؛ لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج.

فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت: قبلت، كان الأول عند الحنفية إيجاباً، والثاني قبولا، وعند الجمهور بالعكس؛ لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوج حق الاستمتاع، فكلامه هو الإيجاب، والرجل يملك ذلك، فكلامه هو القبول⁴.

رأي الحنفية: الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أم الزوجة، والقبول عندهم ما يصدر ثانياً من الطرف الآخر.

02- الإيجاب والقبول في قانون الأسرة الجزائري

¹ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان 1996، ج2، صفحة 216. بتصرف.

² عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك شرح تدريب السالك، المرجع السابق، ص28

³ قانون الأسرة، المادة 09

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (9/ 6522)

جاء في المادة 10 من قانون الأسرة مانصه : "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، و قبول من الطرف الآخر"¹.

فنص المادة لم يجعل الإيجاب من ولي المرأة أو موكلها ، و القبول من وكيل الزوج، كما هو مذهب الجمهور و المالكية²، فقد نصت المادة إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد الطرفين، سواء كان الزوج أو الولي و القبول هو ما صدر من الطرف الثاني. فالمادة تبين أن القبول قد يكون من الزوج أو الزوجة أي المتلفظ و الطالب النكاح أولاً، و القبول هو للمتلفظ و الموافق على النكاح ثانياً، وهذا هو مذهب الأحناف.³

ثانياً : الألفاظ التي يعقد بها النكاح

01- ألفاظ النكاح عند الفقهاء :

فالألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج منها ما هو متفق على انعقاد الزواج به، ومنها ما هو متفق على عدم انعقاد الزواج به، ومنها ما هو مختلف فيه

عند الحنفية ينعقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال، كلفظ الهبة والتمليك والصدقة والعطية والقرض والسلم والاستئجار والصلح والصرف، والجعل والبيع والشراء، بشرط نية أو قرينة، وفهم الشهود المقصود. ولا ينعقد بقوله: تزوجت نصفك على الأصح احتياطاً، بل لا بد أن يضيفه إلى كلها أو ما يعبر به عن الكل، ومنه الظهر والبطن على الأشبه.

عند المالكية ينعقد بلفظ التزويج والتمليك، وما يجري مجراها كالبيع والهبة والصدقة والعطية، ولا يشترط ذكر المهر، لانعقاد العقد، وإن كان لا بد منه، فيكون شرطاً لصحة العقد كالشهود، إلا إذا كان بلفظ الهبة،

عند الشافعية والحنبلة ينعقد الزواج بلفظ التزويج والنكاح فقط، دون ما عداهما كالهبة والتمليك والإجارة، اقتصاراً على المذكور في القرآن.

02- ألفاظ الزواج في قانون الأسرة الجزائري :

¹قانون الأسرة ، المادة 10

²عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك شرح تدريب السالك، المرجع السابق ،ص25

³وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع السابق،(9/ 6522)

فقد جاء في المادة 10 من قانون الأسرة : يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر ، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".¹

فقانون الأسرة الجزائري لم يأخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي من أن النكاح ينعقد بلفظ التزويج و التمليك، أو ما يجري مجراها، كالبيع مطلقا بشرط ذكر الصداق أثناء العقد، كما أنه لم يقيد النكاح بألفاظ مخصوصة كما ذهب إليه الشافعية والحنابلة الذين لا يجوزون الزواج إلا بلفظ التزويج و الإنكاح.² و أخذ بمذهب الأحناف الذين يرون بجواز انعقاد النكاح بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، إعمالا لقاعدة فقهية في العقود العبرة بالمعاني لا بالمباني³

الفرع الثالث : مقدار الصداق وحالاته

أولا- مسألة مقدار الصداق عند الفقهاء :

فذهب الحنفية: إلى أن أدناه عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم، وقال زُفَرٌ لها مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقتضيا بالعشرة⁴.

أما المالكية: فإن أقل المهر عندهم هو ربع دينار ذهبا شرعيا أو ثلاثة دراهم فضة خالصة من الغشأ وما هو قيمة أحدهما⁵، وفي النكاح بصداق أقل من ربع دينار قال مالك: " أرأيت إن تزوجها على عرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ قال ابن القاسم: أرى النكاح جائزا ويبلغ به ربع دينار إن رضي بذلك الزوج، وإن أبي فسخ النكاح إن لم يكن دخل بها، وإن دخل بها أكمل لها ربع دينار"⁶.

¹قانون الأسرة، المادة 10

²عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك شرح تدريب السالك، المرجع السابق، ص25-26

³وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (9/ 6523)

⁴ - محمد بن محمد البابري، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د ط، د م ، د س، ج3، ص319-321.

⁵ - محمد بن يوسف أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر العربي، ط 2، بيروت-لبنان، 1398هـ، ج3، ص186

⁶ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص 152.

ونجد في هذا الاتجاه كل من المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، حيث أن أقل المهر غير مقدر عندهم بل كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا أو أجرة أو مستأجرا جاز أن يكون صداقا قل أو أكثر ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتمول¹.

ثانيا - مسألة مقدار الصداق في قانون الأسرة الجزائري :

جاء في المادة 14 من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها، أو كل ما هو مباح شرعا".

ثم قال في المادة 15: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.....".
فالمادة 14 تتكلم عن الصداق ومقداره، ولم تجعل له حدا أدنى ولا حدا أعلى، وهذا خلافا للمالكية، الذين جعلوا الحد الأدنى للصداق ربع دينار ذهبي،
فقانون الأسرة الجزائري أخذ برأي الشافعية والحنابلة القائلين بأنه لا حد أدنى للصداق، فالزواج يجوز ولو بالشيء القليل.

ثالثا - حالة الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه الأخر عند الفقهاء :

عند المالكية: فإن مالك قد كره الصداق بعضه معجل وبعضه مؤجل إلى ست سنين²، وقال إنما الصداق فيما مضى ناجز كله فإن وقع شيء منه مؤخرا فلا أحب طوله وقال ابن القاسم يفسخ إن كان أكثر من عشرين سنة ثم رجع إلى أربعين ثم قال خمسين وستين وأما المؤجل أو بعضه إلى غير معين من موت أو فراق وشبهه ففاسد³، ويفسخ قبل البناء ويمضي بعده بصداق المثل⁴.

1 - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع الوزارة، ط2 الكويت، 1427هـ، ج39، ص160-161.

2 - الخطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3 ، بيروت-لبنان، 1992م، ج3، ص514.

3 - ابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، د ن، د ط، د م، د ت ج 1 ص 277.

4 - محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1989م، ج3، ص421.

أما الحنفية إذا شرطوا حلول البعض فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط، كما يقع في ديار مصر في بعض الأنكحة أنهم يجعلون بعضه حالا وبعضه مؤجلا إلى الطلاق أو إلى الموت وبعضه منجما في كل سنة قدر معين فإذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم¹.

وبالنسبة للشافعية: إذا نكح بألف بعضها مؤجل بمجهول كما يقع في زمننا من قولهم يحل بموت أو فراق فسد ووجب مهر المثل لا ما يقابل المجهول لتعذر التوزيع مع الجهل بالأجل أو بألف مثلا على أن لأبيها أو غيره ألفا من الصداق أو غيره، أو على أن يعطيه بالتحتية أو غيره، ألفا كذلك فالمذهب فساد الصداق ووجوب مهر المثل².

أما عند الحنابلة: يجوز أن يتزوجها على مهر معجل ومؤجل إلى وقت معلوم، فإن لم يذكر محل الأجل، فإنه عند محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني: أنه لا يصح ويرجع إلى مهر المثل³، وقال القاضي: المهر صحيح. ومحل الفرقة؛ فإن أحمد قال: إذا تزوج على العاجل والأجل، لا يحل الأجل إلا بموت أو فرقة⁴.

رابعاً- مسألة حالة الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه الأخر في قانون الأسرة الجزائري

:

أما المادة 15 فقد أجاز فيها القانون تعجيل المهر و تأجيله بعضه أو كله، أخذا برأي الجمهور من شافعية وحنفية و حنابلة، الذين أجازوا جعل الصداق معجلا أو مؤجلا كله أو بعضه، مع اشتراط أن لا يكون الأجل مجهولا .

وهذا خلاف للمالكية الذين كرهوا تأجيل المهر إلا بشروط⁵ فنص المادة يبين ميل المشرع لرأي الجمهور حيث جاء فيها: "سواء كان معجلا أو مؤجلا، و هذه العبارة توحى بالتخيير و الإباحة.

¹ -ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، حاشية: منحة الخالق لابن عابدين، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسي بن علي الطوري الحنفي القادري، دار الكتاب الإسلامي، د ط، ط2، م ن، ت ن، ج3، ص 190-191.

² -شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت-لبنان، 1984م، ج6، ص342-343.

³ -محموظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم -ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، د م، 2004 م، ج1، ص402.

⁴ -ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، القاهرة-مصر، 1388هـ-1968م، ج7، ص214.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (9/ 6787-6788)

الفرع الرابع: مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج

أولاً- مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج عند الفقهاء

وهي الشروط الفاسدة عند المالكية : فهي التي تنافي أو تناقض مقتضى العقد أو المقصود من الزواج، مثل شرط ألا يقسم بينها وبين ضررتها في المبيت، أو أن يُؤثر عليها ضررتها أسبوعاً أو أقل أو أكثر تستقل بها عنها. وشرط المرأة عند زواجها بمحجور عليه أن تكون نفقتها على وليه: أبيه أو سيده، أو على نفسها أو أبيها فإنه شرط مناقض لمقصود الزواج، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها، فشرط خلافه مضر. ومثل اشتراط الخيار في الزواج، أو اشتراط ما يؤثر في جهالة المهر كأن يتزوجها على أن لها من النفقة كذا كل شهر؛ لأنه لا يدري إلى متى تستمر هذه النفقة.

وحكم هذه الشروط: أنها تبطل العقد ويجب فسخه ما لم يدخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد، وألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل.¹

وعند الحنفية هو الشرط الفاسد الذي لا يلائم مقتضى العقد، أو لا تجيزه أحكام الشرع، فالعقد صحيح، ويبطل الشرط وحده، مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما أن يعدل عن الزواج في مدة معينة، وهذا بخلاف القاعدة العامة: وهي أن الشرط الفاسد في المعاوذات المالية كالبيع يفسدها. فإن ورد النهي عن الشرط، كاشتراط طلاق ضررتها، كره الوفاء به²

ثانياً - موقف قانون الأسرة مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون."³

ثم جاء في المادة 35 من القانون نفسه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً".

فقد اختلف الفقهاء في هذه الشروط الباطلة، و أثرها في عقد الزواج، فذهب المالكية إلى أن العقد باطل قبل الدخول و صحيح بعده ، كما ذهب الحنفية إلى أنه لا أثر الشرط الباطل في صحة العقد، فهو بمثابة لغو لا قيمة له، و لا يؤثر في بطلان الزواج لا قبل الدخول ولا بعده، ومنه جاء نص المادة 35 من قانون الأسرة مخالف للمذهب المالكي و أخذ برأي مذهب الحنفية.

¹وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ،،ص(6541/9)

²المصدر نفسه، ص (6542/9)

³قانون الأسرة، المادة 19

الفرع الخامس :مسألة زواج المسلمة بغير المسلم

أولاً- مسألة زواج المسلمة بغير المسلم عند الفقهاء

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأُمَّةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [البقرة: الآية 221]

فقد دلّت الآية الكريمة دلالة قطعية على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم وهذا ما عليه إجماع الفقهاء سلفاً وخلفاً، والمقصود بغير المسلم كل كافر أو مشرك سواء أكان من الوثنيين أو المجوس أو من أهل الكتاب قال الإمام مالك: " ألا ترى أنّ المسلمة لا يجوز أن ينكحها النصراني أو اليهودي على حال وهي إذا كانت نصرانية تحت نصراني فأسلمت إن الزوج أملك بها ما كانت في عدتها ولو أن نصرانيا ابتداءً نكاح مسلمة كان النكاح باطلاً".¹

ثانياً -موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة زواج المسلمة بغير المسلم

أما قانون الأسرة الجزائري 11/84 قبل التعديل كان ينص على بطلان العقد في نص المادة 31 لكن بعد تعديله أدرج زواج المسلمة بغير المسلم من المحرمات مؤقتاً حيث نصت المادة 30 في فقرتها الخامسة: "يحرم من النساء مؤقتاً ... زواج المسلمة بغير المسلم " ثم يحكم هذا الزواج مثل باقي المحرمات مؤقتاً الأخرى بالفسخ وهذا يعني بأنه يعتبره زواجا فاسداً وليس باطلاً ، وهو ما نصت عليه المادة 34 من نفس القانون: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء " وكان عليه الحكم ببطلان زواج المسلمة بغير المسلم بدل جعله فاسداً فحسب، وترتيب مثل هذه الآثار على زواج باطل شديد الخطورة ويخالف أحكام الشريعة الإسلامية²، وليس المذهب المالكي فقط .

المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره

1مالك ، المدونة الكبرى،ص: 301

2غزالي أحمد ، " مدى التزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري " ،ص5

وسنبين فيها المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والمتعلقة بانحلال الزواج وآثاره، ومنه خصصنا المطلب الأول للمسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج، والمطلب الثاني للمسائل المتعلقة بآثار انحلال عقد الزواج

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج

الفرع الأول: مسائل الطلاق

أولاً: الطلاق بالثلاث في مجلس واحد:

والطلاق عند السادة المالكية: "بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته" ¹ أو بتعبير القرطبي: "حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بألفاظ مخصوصة" ²

وقد اتفق الفقهاء على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت لقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، واختلفوا إذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل ³ وبذلك يكون للطلاق بالثلاث صورتان، الأولى أن يقول لزوجته: طلقتك ثلاثاً، أو طالق بالثلاث، أو طالق البتة أو بألفاظ تدل على ذلك، والصورة الثانية بأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أنت طالق أنت طالق ويكون ذلك في مجلس واحد.

01- آراء الفقهاء مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد :

أ- رأي الأول :

يرى أصحاب هذا الرأي أن طلاق الثلاث يقع ثلاثاً، وتبين به المرأة بينونة كبرى، لا تحلّ لزوجها، الذي طلقها هذا الطلاق، حتى تنكح زوجاً غيره، وينسب هذا الرأي إلى الأئمة الأربعة، وجماهير الصحابة والتابعين ⁴

ب- الرأي الثاني:

¹ الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط1، مطبعة السعادة ، مصر ، د.ت، ج4، ص 18
² مراد بن سعيد ، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2015، ص82
³ ابن رشد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط2، دار المعرفة ، بيروت ، 1982، ج2، ص 1042
⁴ محمد عlish ، شرح منح الجليل على مختصر خليل ، ط 1، دار الفكر ، بيروت، 1984، ج2، ص202

يرى أصحاب هذا الرأي أن الطلاق الثلاث يقع طلاقاً واحداً رجعيّاً، وينسب هذا الرأي، إلى ابن تيمية وابن القيم¹

ج - الرأي الثالث:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد طلاق بدعيّ باطل، لا يقع به شيء أصلاً، ويعد كأن لم يكن من الناحية الشرعية، وينسب هذا الرأي إلى بعض التابعين، وبعض أهل الظاهر²

02- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الطلاق بالثلاث:

نصت المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري على مسألة الطلاق بالثلاث والتي جاء فيها " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".³

والذي يفهم من نص هذه المادة بالرجوع إلى المادة التي سبقتها رقم 49 من نفس القانون هو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي ، ومنه يمكن القول أن المادة 51 تنص على انه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات أي بعد صدور ثلاثة أحكام قضائية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد الدخول .

ومنه فان قانون الأسرة الجزائري قد خالف رأي الجمهور ومنهم المالكية ، واخذ بالرأي الذي يرى أن الطلاق بالثلاث في مجلس واحد يعتبر طلاقاً واحداً وهو رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

ثانياً: الطلاق بسبب الغياب

01- آراء الفقهاء في مسألة الطلاق بسبب الغياب :

للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضررت من غيبته، وخشيت على نفسها الفتنة:⁴

أ- الرأي القائل بعدم جواز طلب التفريق بسبب غيبة الزوج :

قال الحنفية والشافعية : ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته،

¹ علي أبو البصل ، "مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد"، شبكة

الألوكة، <https://www.alukah.net/sharia/0/96760>، 2023/05/04، 18:00

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (7 / 407)

³ قانون الأسرة، المادة 51

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (9 / 500)

لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق. فإن كان موضعه معلوماً بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة.

وقد نقل عن الشافعي: "لأفسخ مادام الزوج موسراً وأن انقطع خبره"¹

ب- الرأي القائل بجواز طلب التفريق بسبب الغيبة

ورأى المالكية والحنابلة جواز التفريق للغيبة إذا طالت، وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب؛ لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضرراً بالغاً، والضرر يدفع بقدر الإمكان، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا.

لكن اختلف هؤلاء في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالاً، وفي نوع الفرقة:

فالمالكية يرون لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم والتجارة أم بغير عذر.

وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي قول: ثلاث سنوات. ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولاً، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً.

ويكون الطلاق بائناً؛ لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

و الحنابلة يرون أنه تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، وحد الغيبة ستة أشهر فأكثر، عملاً بتوقيت عمر رضي الله عنه للناس في مغازيهم، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه. والفرقة تكون فسخاً لا طلاقاً، فلا تنقص عدد الطلاقات؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخاً.

ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة؛ لأنه لحقها، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة.

أما عن نوع الفرقة الواقعة للغيبة فيعتبرها المالكية طلاقاً بائناً لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء أو الفرقة لعدم الإنفاق.²

¹ أحمد نصر الدين الجندي، "الطلاق والتطبيق وآثارها"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 331

² دليلة آيت شاوش دليلة، "التطبيق للغيبة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية"، المجلة النقدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود امعمري تيزي وزو، 2012م، ص 288

02- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الطلاق بسبب الغياب :

جاء في المادة في الفقرة الخامسة 53 : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...05- :

الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة" ومنه فإن شروط التطليق للغيبية ثلاثة وهي كالتالي :

1- أن تمر سنة كاملة من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى

2- أن يكون الغياب دون عذر مقبول ، وفي حالة غياب الزوج لعذر يراه القاضي مقبولا ترفض دعوتها

3- لا يترك لها مالا تنفق منه ، فإذا ترك لها مالا تنفق منه وغاب عنها لمدة سنة أو أكثر وبدون عذر

دعوتها ترفض لعدم توفر شرط عدم الإنفاق .

والفرقة المقصودة هي إقامته في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه زوجته فان هذا الأخير يعتبر إهمالا وليس غيبا .¹

ويرى شراح القانون أن نص هذه المادة قد أخذ برأي المذهب المالكي والحنبلي ، ولكن ذلك ما يبدو ظاهرا فإذا تعمقنا في النص جيدا وجدنا أن العلة من التطليق بسبب غياب الزوج عند القائلين به وهم المالكية والحنابلة تكمن في الغياب الذي يمس بحق الزوجة في المعاشرة الزوجية وحاجتها النفسية والجسدية للزوج أما النص الذي ذكر في المادة 53 في فقرتها الخامسة لا علاقة له بالعلة الحقيقية للتطليق بسبب الغيبة التي أقرها الفقهاء وإنما ركز على ضرر عدم الإنفاق الذي ذكره في الفقرة الثانية من نفس المادة .

وعليه، فإن قانون الأسرة في هذه المسألة قد أخذ بقول من بعض الحنفية² الذين يرون أنه يمكن التطليق إذا اقترن بعدم الإنفاق ويكون التفريق بسبب عدم الإنفاق وليس بسبب الغياب

ورأي الشافعية الذين أنه لا فسخ لغيبية مادام الزوج موسرا، فإذا اقترن الإنفاق بالغيبة فلا تفريق ولا فسخ³

ومنه نستخلص أن قانون الأسرة قد خالف المذهب المالكية في هذه المسألة

ثالثا : مسألة الطلاق بسبب العيب

01- آراء الفقهاء في مسألة من يملك حق التطليق بسبب العيب :

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، إلى رأيان :

الرأي الأول : فمذهب الأحناف: يرون أن المرأة وحدها من تملك حق التطليق بسبب العيب⁴

¹ المصدر نفسه، ص 288 وما بعدها .

² المصدر نفسه، ص 291

³ المصدر نفسه ، ص 290-291

⁴ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي أدلته ، (9 / 7048)

والرأي الثاني : مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن حق طلب التطلاق هولكل من الزوجين، إذا وجد في صاحبه عيباً¹.

02- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة من يملك حق التطلاق بسبب العيب :

والذي يظهر جلياً من نص المادة 53 في فقرتها الثانية : " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية :...2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج " أن قانون الأسرة جعل الحق للزوجة وحدها فقط وأن العيب الموجب للتفريق يكون في الزوج دون الزوجة ، لأنها إن وجدت في الزوجة ، فإن الزوج يملك حق طلاقها في أي وقت شاء بإرادته المنفردة وفقاً لنص المادة 48 من نفس القانون وعليه يكون قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة قد خالف المذهب المالكي واخذ بالمذهب الحنفي الذي يرى الحق للزوجة وحدها في طلب تطلاق بسبب العيوب .

03- مسألة تحديد العيوب عند الفقهاء :

اختلف الفقهاء في تحديد هذه العيوب بين مضيق و موسع لها:

أ- مذهب المضيقين² :

ويمثله المذاهب الأربعة (الجمهور) ، وذلك بحصر العيوب في أنواع معينة، فما كان منها فنعمة ، وما ليس منها فلا يحق طلب التطلاق بسببه.

فالحنفية : يحرصون العيوب في عيوب الفرج الثلاث: العنة و الجب و الخصاء.

المالكية: جعلوها في ثلاثة عشر عيب ، وهي الجنون و البرص و الجذام ، و الاعتراض و الجب و العنة العذيمة ، الخصاء، الرتق ، القرن ، البخر ، العقل و الإفضاء .

والشافعية جعلوها في سبع : و هي: الجنون و الجذام و البرص و الجب و العنة، الرتق ، القرن.

وأما الحنابلة فجعلوها في ثمانية: الجنون و الجذام، البرص و الجب ، العنة ، الفتق القرن العفل .

ب- مذهب الموسعين³:

و هو مذهب شريح و الزهري و أبي ثور و ابن القيم، وملخص هذا الرأي أن المرأة لها الحق في طلب التطلاق بأي عيب لا يحقق لها الاستمتاع، و العشرة الزوجية و مقاصد النكاح بصفة عامة، فهو لا يحصر العيب في أنواع معينة.

¹ المصدر نفسه، (9 / 7048)

² المصدر نفسه ، (9 / 7048-7052)

³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، (9 ، 7048)

04- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة تحديد العيوب :

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع أخذ بمذهب الموسعين، حيث جاء في المادة: "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" فلم يحدد نص المادة العيوب في صنف بعينه، بل كل عيب ما من شأنه أن يكون حاجزاً من تحقيق أهداف الزواج واستقرار الأسرة، وهذا مخالف للجمهور بما فيهم المالكية، الذين حددوا أصناف معينة من العيوب التي تجيز للمرأة طلب التطليق بسببها.

الفرع الثاني: مسألة سلطة الحكمين

قبل أن نعرف مدى سلطة الحكمين عند الفقهاء لابد أن نعرف ما المقصود من الشقاق والضرر الذي لم يثبت عند القاضي بعد تكرار رفع الزوجة دعواها إليه.

الشقاق والضرر: الشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. والضرر: هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقييح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه¹.

أولاً - رأي الفقهاء في مسألة التفريق للشقاق:

لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

وأجاز المالكية التفريق للشقاق أو للضرر، منعاً للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً وبلاءً، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»². وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر أو صحة دعواها، طلقها منه، وإن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين: حكماً من أهلها وحكماً من أهل الزوج، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو دونه³، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 35]

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، وانفقوا على أن قولهما في الجمع بين الزوجين نافذ بغير توكيل من الزوجين

¹ المصدر نفسه، (7060/9)

² مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث 31، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج2، ص745

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (7060/9)

ثانيا- رأي الفقهاء في سلطة الحكمين:

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إليه؟

01- رأي المالكية:

ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فيهما، بدليل ما رواه مالك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين¹: «إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع» فالإمام مالك يشبه الحكمين بالسلطان، والسلطان يُطَلَّق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: 35] ولم يعتبر رضا الزوجين.

02- رأي الجمهور:

قالوا يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق؛ لأن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج. لأن الطلاق إلى الزوج شرعاً، وبذل المال إلى الزوجة، فلا يجوز إلا بإذنها.

ثالثا - موقف قانون الأسرة من مسألة سلطة الحكمين :

نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"²

وتتمثل هذه الحالة في تفاقم الخصام بين الزوجين واستمرار الشقاق، دون أن يثبت الضرر في ذلك. ومنه يفهم من نص المادة عندما يشتد الخصام بين الزوجين وتقدير ذلك للقاضي و ألا يثبت الضرر أمام القاضي أثناء الخصومة ، ولم يستطع القاضي التوفيق بين الزوجين. يعين القاضي وجوبا حكمين وسلطة هذين الحكمين اللذين يعينهما القاضي في الإصلاح ما استطاعا إلى ذلك سبيلا، وليس لهما القول بالتفريق بين الزوجين وهي مجرد تكليف بمهمة.

¹المصدر نفسه، ص 7060

²قانون الأسرة ، المادة 56

وعليه فان قانون الأسرة الجزائري أخذ برأي مذهب الأحناف عندما قصر سلطة الحكّمين في التوفيق والإصلاح مخالفاً بذلك مذهب المالكية الذين يرون أن سلطة الحكّمين تكون فيما يرونه مناسباً لحال الزوجين إما الصلح وإما التفريق¹

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بآثار انحلال عقد الزواج

الفرع الأول: مسألة متعة المطلقة

المتعة هي: ما يعطيه الزوج لمطلّقه ليَجبر بذلك الأُم الذي حصل لها بسبب الفراق، وقد أمر الله عز وجل بها في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]

أولاً - آراء الفقهاء في متعة الطلاق :

ذهب الإمام مالك إلى أنه لا يجبر المطلق على المتعة، سمى لها أو لم يسم، دخل بها أو لم يدخل، وإنما هي مما ينبغي أن يفعله وليس يجبر عليها، ولا يحكم بها عليه، وليحرضه السلطان عليها، فيقال له: متع إن كنت من المتقين. قال ابن عبد البر: من حجة مالك: أن المتعة لو كانت فرضاً واجباً يقضى به، لكانت مقدرة معلومة، كسائر الفرائض في الأموال، فلما لم تكن كذلك، خرجت من حد الفروض، إلى حد الندب والإرشاد والاختيار، وصارت كالصلة والهدية.²

وذهب الإمام الشافعي إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقه ولكل زوجة، إذا كان الفراق من قبله، أو لم يتم إلا به، إلا التي سمى لها وطلقها قبل الدخول؛ لأنها قد جعل لها نصف الصداق ولم يستمتع منها بشيء، وحقته في ذلك عموم قول الله عز وجل

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن المتعة واجبة للتي طلقت قبل الدخول ولم يسم لها؛ فإن فرض لها قبل الدخول، أو دخل بها ثم طلقها فإنه يمتعها، ولا يجبر على المتعة ها هنا؛ لأنه لا يجتمع عندهم وجوب متعة، ووجوب شيء من المهر.

يقول ابن رشد رحمه الله: "وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْمُتَعَةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً فِي كُلِّ مُطَلَّقةٍ. وَقَالَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ: هِيَ وَاجِبَةٌ فِي كُلِّ مُطَلَّقةٍ. وَقَالَ قَوْمٌ: هِيَ مَنْدُوبَةٌ إِلَيْهَا وَلَيْسَتْ وَاجِبَةً وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَالَّذِينَ قَالُوا بِوُجُوبِهَا فِي بَعْضِ الْمُطَلَّقاتِ اِخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ: فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مَنْ طَلَّقَ قَبْلَ

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (9/ 7061)

² محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، مكتبة الثقافة الدينية، ط 1، القاهرة 1424هـ، ج3، ص298

الدُّخُول، وَمَ يَفْرِضُ لَهَا صَدَاقًا مُسَمًّى ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ وَاجِبَةٌ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ إِذَا كَانَ الْفِرَاقُ مِنْ قَبْلِهِ إِلَّا الَّتِي سُمِّيَ لَهَا وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَعَلَى هَذَا جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ".¹

ثانيا - موقف قانون الأسرة الجزائري من متعة الطلاق:

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

فص المادة ذكر مصطلح "التعويض المالي" للمرأة بسبب الطلاق التعسفي، فهذا التعويض هو ما يسمى في الفقه الإسلامي "بلمتعة"،

فلمتعة ليست واجبة عند المالكية كما سبق ذكره، بل مستحبة، وعليه فقانون الأسرة الجزائري قد خالف المذهب المالكي وأخذ بمذهب الشافعية الذي يرى وجوبها لكل مطلقة، فهم يرون أن المتعة واجبة ديانة وقضاء، فهي حق للمطلقة وذلك تخفيفاً للألم الذي حصل لها من الطلاق.²

الفرع الثاني: مقدار عوض الخلع

أولاً: تعريف الخلع

والخلع عند المالكية: الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع. وهو يدل على أن الخلع نوعان:

الأول: وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة. وبعبارة أخرى هو: أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقاً لها عليه، فتقع به طلاقه بائنة.

أي أنه عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.³

ثانيا- آراء الفقهاء في مسألة مقدار عوض الخلع:

واختلف الفقهاء على مقدار عوض الخلع منهم من أجاز أخذ أكثر من قيمة:

01- مذهب المالكية والجمهور:

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دت، ج2، ص 119

² وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، (9/ 6830)

³ المصدر نفسه، (9/ 7008)

ذهب جمهور العلماء إلى جواز أخذ زيادة على ما أعطاهما، المهم أن يكون بالتراضي بين الزوجين. ويقول ابن رشد: "أما مقدار ما يجوز لها أن تحتلع به، فإن مالكا والشافعي وجماعة، قالوا: جائز أن تحتلع بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها، وبمثلها، وبأقل منه".¹ واستدلوا :

قول الله تعالى: ﴿الَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]
فهذا عموم يشمل ما افتدت به، سواء كان بمقدار ما أعطي الزوج، أو زيادة على ذلك.

02- مذهب الحنفية:

إذا كان هو الناشز، فيكره أن يأخذ منها شيئاً، أما إذا كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاهما، وإن أخذ منها أكثر مما أعطاهما حل له. يقول الموصلي: "ويكره أن يأخذ منها شيئاً إن كان هو الناشز، وإن كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاهما، وإن أخذ منها أكثر مما أعطاهما حل له".² واستدلوا :

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خَفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، نهي عن أخذ شيء مما أعطاهما من المهر، واستثنى القدر الذي أعطاهما من المهر، واستثنى عند خوفهما ترك إقامة حدود الله، والنهي عن أخذ شيء من المهر، نهي عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى، كالنهي عن التأفف، أن يكون نهياً عن الضرب الذي هو فوقه بالطريق الأولى.

وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خَفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229] ذكر في أول الآية ما آتاهما فكان المذكور في آخرها، وهو قوله: (فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) مردوداً إلى أولها، فكان المراد من قوله: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229] أي بما آتاهما، وبه يقال، أي: إنه يحل له قدر ما آتاهما.

1 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (3/ 132)

2 عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، تعليق خالد العك، دار المعرفة - بيروت - لبنان، 2002م، ص

وفي حديث صحيح، وَعَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ: « أَنَّ ثَابِتَ بْنَ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ كَانَتْ عِنْدَهُ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي ابْنِ سُلُوفٍ، وَكَانَ أَصْدَقَهَا حَدِيثَةً، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : أْتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أَعْطَاكَ؟ قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا وَلَكِنْ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَخَذَهَا لَهُ وَخَلَّى سَبِيلَهَا؛ فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ قَالَ: فَدُ قَبِلْتُ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»¹

نهي عن الزيادة، مع كون النشوز من قبلها، وبه تبين أن المراد من قوله: (فِيمَا افْتَدَتْ) قدر المهر لا الزيادة عليه، وإن كان ظاهراً عاماً عرفنا ببيان النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي هو وحي.²

ثالثاً - موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة مقدار عوض الخلع

أما قانون الأسرة الجزائري نص عن مسألة مقدار عوض الخلع في الفقرة الثانية من نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".³

فالنص يعطي للقاضي سلطة تقديرية لمقدار بدل الخلع في حالة اختلاف الزوجين حوله ووضع حداً أقصاه قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وقد كرس الاجتهاد القضائي سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 22/04/1985 جاء فيه: "من المتفق عليه فيها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة محل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دينار جزائري (50.000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معاً".⁴ كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21/07/1994 الذي جاء فيه حيث أن

¹ رواه الدارقطني، وقال سمعه أبو الزبير من غير واحد. الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب الخلع، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط1،

دار الحديث، مصر، 1993، ج6، ص292

² الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج3، ص327

³ قانون الأسرة، المادة 54

⁴ قرار رقم: 38341 صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في: 22/04/1985، نشرة القضاة، العدد94، ص

المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج للمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع، فالمادة تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه وهذا هو المبدأ العام للخلع، أما نوع المال وقدره فهذا يرجعه الى اتفاق الطرفين أو تدخل القضاء على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف المنهي عنه شرعاً¹.

من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري يتضح جلياً أنه خالف المذهب المالكي في حالة اختلاف الزوجين على مقدار بدل الخلع وسقفه على ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وهذا في حالة اتفاق الزوجين على الطلاق بالخلع و عدم اتفاقهما على مقدار الخلع.

الفرع الثالث: ترتيب الأولوية في حضانة الولد بعد الأم:

أولاً - تعريف الحضانة:

اصطلاحاً: هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون. وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها²

والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها؛ لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال. فإذا بلغ الطفل سنّاً معينة، كان الحق في تربيته للرجل؛ لأنه أقدر على حمايته وصيانتته وتربيته من النساء.

وأما صاحب الحق في الحضانة: فمختلف فيه بين الفقهاء، فقيل: إن الحضانة حق للحاضن، وهو رأي الحنفية، والمالكية على المشهور وغيرهم؛ لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض، ولو كانت الحضانة حقاً لغيره لما سقطت بإسقاطه.

وقيل: إنها حق للمحضون، فلو أسقطها هو سقطت³.

¹ قرار رقم 83603، صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في: 1994/07/21، نقلاً عن بن عمارة فيروز وحجاج ريان، "المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2020-2021، ص 60

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، دمشق، ج 10، ص 7296

³ المصدر نفسه، (10 / 7297)

ثانيا - مسألة ترتيب الحضانة بعد الأم عند الفقهاء: واختلفت آراء الفقهاء في مسألة ترتيب الحضانة بعد الأم

ترتيب الحنفية: 1 الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصابات بترتيب الإرث.

ترتيب المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم اللوصي، ثم للأفضل من العصابة

ترتيب الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية.

ترتيب الحنابلة: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم عمّة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصابة الأقرب فالأقرب².

ثالثا - موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة ترتيب الحضانة بعد الأم وصاحب الحق فيها:

نص قانون الأسرة الجزائري على مسألة الحضانة وما يتعلق بها من المادة 62 إلى 72 منه، حيث نصت المادة 64: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

حيث يظهر جليا مخالفة قانون الأسرة في ترتيب مستحقي الحضانة للمذهب المالكي حين أدرج الأب في المرتبة الثانية بعد إلام وبهذا قد خالف أيضا جمهور الفقهاء .

ونصت المادة 66: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون."

ومن خلال نص هذه المادة فإن قانون الأسرة الجزائري خالف المشهور في المذهب المالكي³ وجعل الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون فقد سمح للحاضن بالتنازل عن حقه في الحضانة واعتبرها حق له ومن جهة أخرى قيده بشرط وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون باعتبارها حق له هو أيضا.

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، (10 / 7300)

² المصدر نفسه ، ص 7301

³ الحارثي محمد ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، لبنان ، د.ت. ، ج4 ص 139

الفرع الرابع: مسألة سقوط النفقة بالتقادم

أولاً - تعريف النفقة :

عرفها الحنفية : "الإدراج على الشيء بما هو بقاؤه"¹

عرفها ابن عرفة المالكي قال : هي ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف ، فتدخل الكسوة دون ضرورة فأخرج به قوام الآدمي غير المعتد وقوام معتاد غير آدمي وقوام معتاد حال الآدمي وهو سرف فلا يسمى شيء من ذلك نفقة شرعاً"²

ويعرفها الشافعية : أن النفقة من الإنفاق وهو الإخراج أي دفع ما يسمى نفقة لمن يستحقها ، ثم إن الإنفاق لا يستعمل إلا في الخير³

ويعرفها الحنابلة : "هي كفاية من يمونه خبزاً و أدماً ونحوها"⁴

ثانياً - سقوط النفقة الزوجية بالتقادم عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيان :

01- رأي الحنفية :

قالوا لا تصير النفقة ديناً في ذمة الزوج إلا بالقضاء أو التراضي، فما لم يحكم بها القاضي، أو لم يتراض الزوجان عليها، لا تكون ديناً، فلو أنفقت المرأة على نفسها من مالها بعد العقد، أو بطريق الاستدانة، لا تكون ديناً على الزوج، بل تسقط بمضي المدة، إلا لأقل من شهر فلا تسقط. وإذا تم القضاء بها أو التراضي عليها، لا يصبح المتجمد منها ديناً قوياً بحيث لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، وإنما يكون ديناً ضعيفاً يسقط بما يسقط به الدين القوي بالأداء أو الإبراء، ويسقط أيضاً بنشوز الزوجة، وموت أحد الزوجين. ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أذن الزوج أو القاضي للزوجة بالاستدانة واستدانتها بالفعل⁵.

واستدلوا :

¹ قاسم بن عبد الله الرومي ، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، تحقيق حسين مراد ، دار الكتب العلمية، دم
2004م، ص 60

² محمد بن أحمد أبو عبد الله المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر، بيروت ، 1989 م، ج، 1 ص 385

³ أبو بكر الدمي الشافعي ، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ، دار الفكر، ط 1 ، دم، 1997 ، ج، 4 ص 70

⁴ إبراهيم بن محمد ابن المفلح ، المبدع شرح المقنع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 م، ج، 8، ص 162

⁵ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (10 / 7403)

أن النفقة الزوجية هي صلة (أي عطاء من غير عوض) من وجه، وعوض من وجه آخر، أما كونها صلة فلأن منافع الاحتباس تعود على الزوجين جميعاً لا على الزوج وحده، وأما كونها عوضاً فلأنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها، فنظراً لشبهها بالصلة تسقط بمضي المدة من غير قضاء ولا تراض من الزوجين كنفقة الأقارب، ولشبهها بالعوض تصير ديناً بالقضاء بها أو التراضي عليها.

02- رأي المالكية و الجمهور :

يرون أنها تصير ديناً قوياً بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن أدائها إلى الزوجة، فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون، ولا يسقط بمضي المدة بدون إنفاق، ولا يسقط المتجمد منها في الماضي بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بالموت¹.

واستدلوا :

أن النفقة عوض، وليست صلة أي عطاء من غير عوض، وقد أوجبها الشارع بمقتضى العقد في مقابل احتباس الزوجة لشؤون الزوجية. وإذا كانت عوضاً محضاً فهي دين كسائر الديون، تجب من وقت استحقاقها ككل عوض أو أجرة.

ثالثاً - سقوط النفقة الزوجية بالتقادم في قانون الأسرة الجزائري

تناول مسألة النفقة الزوجية و المادة 80 من قانون الأسرة ما نصه : تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى، و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى².
من خلال نص المادة فإن الزوجة تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، كما يجوز للقاضي أن يحكم باستحقاق النفقة انطلاقاً من دليل مقدم له لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى،
فقد ذهب جمهور الفقهاء و منهم المالكية إلى أن ذمة الزوج تبقى مشغولة بالنفقة، فهي دين كبقية الديون، ولا يسقط إلا بأدائه ولو طال المدة، و ذهب الحنفية أن النفقة تسقط إذا مضت عليها مدة زمنية، و لم تطالب الزوجة بها كما بيناه سابقاً .

وعليه فالقانون الجزائري خالف الجمهور ومنهم المالكية وأخذ بمذهب الأحناف، عندما نص صراحة بسقوط النفقة بعد مضي مدة زمنية محددة بسنة كاملة قبل رفع الدعوى.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (10/ 7404)

² قانون الأسرة الجزائري، المادة 80

المبحث الثالث : المسائل المتعلقة بالمواريث والتبرعات

سنتناول مسائل في الواريث والتبرعات خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي خصوصا أو خالف فيها جميع المذاهب الفقهية وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، حيث يكون المطلب الأول متعلق بمسائل الميراث والمطلب الثاني خاص بعقود التبرعات كالهبة والوقف .

المطلب الأول : مسائل الميراث

تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري نص على 57 مادة في كتاب الميراث تبدأ من المادة 126 إلى 183، وستطرق إلى المسائل التي ظهرت لنا أنه خالف فيها المشهور في المذهب المالكي

الفرع الأول : وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق:

جاء في المادة 132 من قانون الأسرة ما نصه : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث. "

فهذه المادة تؤدي إلى التناقض في بعض صورها ، وعدم الانسجام بين الأمور القانونية و الشرعية ، ففي بعض الحالات قد يطلق الرجل زوجته بالإرادة المنفردة بعيدا عن المحاكم ، وقد يرفع دعوى طلاق بعد انتهاء عدتها الشرعية ، ليتحصل على حكم الطلاق المدني ، فالمدة قد تكون طويلة بين رفع الدعوى و صدور الحكم ، مما يجعل العدة تنتهي قبل رفع الدعوى، أو صدور الحكم .

وعليه ، فإن المرأة من الناحية الشرعية لا ترث إذا انتهت عدتها الشرعية وقد يكون الحكم بإثبات الميراث قبل صدور الحكم مخالفا للشرعية و المذهب المالكي على حد سواء .

ولا يكون هذا الأمر صحيحا ومقبولا إلا في حالة ما إذا لم يطلق الزوج بالإرادة المنفردة قبل رفع الدعوى .

1

الفرع الثاني : مسألة الرد في الميراث

أولا - تعريف الرد :

عرفه المارودي في كتابه "الحاوي الكبير بقوله: "الرد هو أن تعجز سهام الفريضة على استيفاء جميع التركة".

2

¹ أحمد غرابي ،"المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة محمد بوضياف ،العدد 23، المسيلة ، ص 133

² نصر خضر سليمان ،"أحكام الواريث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، كلية الحقوق ،العدد5، جامعة تكريت ، 2009، ص2

بمعنى الرد ينقص سهام ذوي الفروض عن أصل المسألة وتزداد مقادير أنصبتهم من التركة، وذلك برد الباقي عليهم بنسبة فروضهم¹

أما قانون الأسرة الجزائري نص عليه في الفقرة الأولى من المادة 167 على أنه : " إذا لم تستغرق فروض التركة ولم يوجد عصابة من النسب رد الباقي....." فقد أطلق عليه مصطلح عدم استغراق الفروض التركة. و عرفه بلحاج العربي على أنه: " صرف الزائد من التركة على أصحاب الفروض النسبية بقدر فروضهم إن لم يكن هناك عاصب."²

ثانيا - آراء الفقهاء في مسألة الرد:

اختلف العلماء في أصل الرد إلى فريقان:

01- الفريق الأول :

ومذهب زيد بن ثابت، وبه أخذ مالك والشافعي والأوزاعي يرى عدم الرد، وإنما يكون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، ولا عاصب لبيت المال. بينما هناك من قيده بشرط وهو انتظام بيت المال وإلا يرد الباقي على أهل الفروض غير الزوجين، بنسبة فروضهم، فإن لم يكونوا فعلى ذوي الأرحام وهو ما ذهب إليه متأخري المالكية في المعتمد عندهم ، والمفتي به عند متأخري الشافعية.³

02- الفريق الثاني :

وذهب إلى هذا فقهاء الصحابة سيدنا عمر وعثمان وعلي ومن التابعين شريح ومجاهد والحنفية الحنابلة والجمهور: أن يرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.⁴

ثالثا - موقف قانون الأسرة من مسألة الرد في الميراث :

¹ أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين، "نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي"، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2002، ص246

² العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 156

³ أحمد غرابي، "المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص 130

⁴المصدر نفسه، ص 130

نصت المادة 167 من قانون الأسرة الجزائري: " أنه إذا لم تستغرق فروض التركة ، ولم يوجد عصبة من النسب، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ، ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب ، أو أحد أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد ذوي الأرحام" فقد أخذ القانون في الفقرة الأولى بالعمل بالرد ، وهو توزيع المال الذي بقي على أصحاب الفروض وأن يوزع عليهم بمقدار فروضهم إلا الزوجين فلا يرد عليهما ، وهذا هو مذهب سيدنا عمر وعثمان وعلي من الصحابة وشريح ومجاهد من التابعين، وهو مذهب الحنفية والحنابلة .
وخالف المذهب المالكي الذي يرى بعدم جواز العمل بالرد ، فالفائض من التركة يؤول إلى بيت مال المسلمين.

رابعاً: الرد على الزوجين في حالة عدم وجود صاحب فرض أو ذوي الرحم

جاء في مادة 167 الفقرة الثانية : ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصبة من النسب، أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام " فأخذ القانون الجزائري في حالة عدم وجود أصحاب الفروض إلا الزوجين فقد جعل الرد متأخراً عن ذوي الأرحام فلا يرد على أحد الزوجين، إذا وجد أحد ذوي الأرحام ، وهذا قول المتأخرين من الحنفية¹ و هو مخالف لمذهب سيدنا عثمان الذي يجعل الرد على الزوجين مقدماً على ميراث ذوي الأرحام .وعليه فالقانون الجزائري خالف كذلك ما هو عليه مذهب مالك، فهذه المسألة مبنية على التي قبلها²

الفرع الثاني: ميراث ذوي الأرحام :

أولاً : ميراث ذوي الأرحام عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في توريث ذوي الأرحام على رأيين³:

01- رأي المالكية والشافعية :

ذهب مالك والشافعي: إلى أن ذوي الأرحام لا يرثون، فإذا مات شخص من غير ذي فرض ولا عصبة، وله ذو رحم، ردت التركة إلى بيت المال. وهذا رأي زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وأخذ به الأوزاعي وأبو ثور وداود وابن جرير الطبري

02- رأي الحنفية والحنابلة:

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (10 / 7404)

² عبد الحكيم بنونور ، "مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري" ، ص 86

³ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (10 / 7851)

فذهب أبو حنيفة وأحمد: إلى توريثهم، وهو رأي عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم.¹

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري في ميراث ذوي الأرحام :

نصت المادة 168 منه : " يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي:

أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن، وإن نزلوا، فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استنوا

في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استنوا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد

صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا في الإرث"

من خلال هذه المادة فإن قانون الأسرة الجزائري أخذ بالرأي الثاني وذهب إلى توريث ذوي الأرحام مخالفا

بذلك المذهب المالكي أنهم لا يرثون .

الفرع الرابع: مسألة التنزيل

أولاً- تعريف التنزيل

ويقصد بالتنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة هو إعطاء الأحماد الذين توفي أبوهم أو أمهم قبل والده أو

والدته حصة من تركة جدهم أو جدتهم بمقدار حصة أصلهم ما لم تتجاوز ثلث التركة وبهذا يكون التنزيل

قد أخذ شبهها بالوصية الاختيارية في نقاط خالف فيها الميراث وله شبه بالميراث في نقاط أخرى خالف

فيها الوصية الإرادية ومن هذا المنطلق فمنهم من يرى الوصية الواجبة من حيث مقدارها وتنفيذها ألحقها

ضمن قانون أو باب الوصية ومن نظر إليها من جهة زمن نشأتها وكيفية قسمتها ومن جهة عدم اعتبار

إرادة الموصي وقبول الموصى له ألحقها ضمن أبواب الميراث وهو الذي سار عليه قانون الأسرة الجزائري

وبالجملة فهي ميراث في صورة وصية²

ثانيا -موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة التنزيل

وقد نصت المادة 169 منه :من توفي وله أحماد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم

في التركة بالشروط التالية

وجاء ذكر الشروط في المواد 170-171-172 منه ، وهي كالتالي :

1- أسهمهم تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

¹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،المرجع السابق، (10/ 7853)

² الحاج علي عرباوي ، " التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمه في الشريعة الإسلامية " ، مجلة الشهاب ، العدد 1 ، المجلد 6 ، جامعة الوادي ، مارس 2020 ، ص 295

- 2- لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا أو جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض، مقدار ما يستحق بهذه الوصية
- 3- أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. فهذا التنزيل لم يقل به المالكية ولا غيرهم من المذاهب الفقهية، حتى من قال أنه ينسب لمذهب ابن حزم فقد جانب الصواب لأنه مغاير عنه في عدة نقاط منها: ¹
- 1- لا حد للوصية عند ابن حزم لا بنصيب مورثهم ولا بغير ذلك
- 2- لم يقصرها ابن حزم على الأحماد دون غيرهم من ذوي القرابة
- 3- أنه لا يوجب على الموصي أن يوصي لثلاثة من أقاربه على الأقل

الفرع الخامس: مسألة ميراث الحمل

أولا - تعريف الحمل :

هو من في بطن الأم من ولد سواء كان ذكرا أو أنثى²، وهو المخلوق الحي الذي يكون في بطن أمه من زواج شرعي صحيح، قال الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ تَوَفُّصًا ثُمَّ نُلِّقُوهُ لَكُمْ أَهْلًا﴾ [الأحقاد: 15]

01- أقصى مدة الحمل عند الفقهاء :

للفقهاء آراء في أكثر مدة الحمل، تعتمد على الاستقراء وسؤال الحوامل، إذ ليس فيها نص من الكتاب أو السنة، فيرث الحمل ويورث إن ولد لتمام أكثر مدة الحمل. قال المالكية على المشهور: أكثرها خمس سنين³. وقال الشافعية، والحنابلة في الأصح: أكثرها أربع سنين. وقال الحنفية: سنتان. وقال الظاهرية: تسعة أشهر.

02- آراء الفقهاء في تقسيم التركة عند وجود الحمل :

اختلف الفقهاء إلى آراء:

¹ الحاج علي عرابوي، "التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمه في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 296-297

² مصطفى محمد عنيوة، فقه الموارث في ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الإيمان، مصر، 2003، ص 213

³ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، (10/7882)

أ- رأى المالكية:

أن التركة لا تقسم حال وجود حمل، ويعد الحمل سبباً يُوقف به المال إلى الوضع، فيوقف قسمة التركة حتى الولادة، أو اليأس من الولادة؛ لأن في القسمة تسليطاً للورثة على أخذ المال والتصرف به، وفي استرداد الحمل حقه منهم خطر.

ب- رأى الجمهور:

أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة، منعاً من إضرار الورثة، ومنع المالك من الانتفاع بملكه، ويؤخذ كفيل من الورثة، احتياطاً لحق الحمل من الضياع¹.

03- مقدار عدد الحمل عند الفقهاء :

ويقدر عند الحنابلة اثنين؛ لأنه يقع أحياناً، ويعامل بقية الورثة بالأضر بتقدير الذكورة فيهما، أو في أحدهما، أو الأنوثة.

وقال أبو حنيفة: يقدر أربعة؛ لأنه قد يقع، ويعامل بقية الورثة بالأضر، بتقديرهم ذكوراً أو إناثاً، وذهب أبي يوسف والذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي، بأن يوقف للحمل نصيب واحد، فيفرض النصيب الأكبر على تقدير الأنوثة أو الذكورة، على أن يؤخذ كفيل من الورثة الذين تنقص أنصبتهم بتعدد الحمل يضمن رد الزيادة وذلك لمصلحة الحمل².

والأصح عند الشافعية: أنه لا ضابط لعدد الحمل عندهم؛ إذ قد تلد المرأة أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة في بطن واحد.

04- موقف قانون الأسرة من ميراث الحمل :

قانون الأسرة الجزائري ذكر مسألة ميراث الحمل في المواد 173 و174 منه، حيث نصت المادة: " يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها." من خلال نص هذه المادة يتبين أن قانون الأسرة الجزائري أخذ برأي أبي يوسف والذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي³، بأن يوقف للحمل نصيب واحد، فيفرض النصيب الأكبر على تقدير الأنوثة أو الذكورة، وخالف بذلك المذهب المالكي

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، (10/7883)

² شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط4، دار المعرفة، لبنان، 1995، مجلد 4، ص 53

³ أحمد غراي، "المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري"، ص 132

وتجدر الإشارة أنه أغفل عن مسألة الكفيل عن الورثة الذين تتأثر أنصبتهم بتعدد الحمل ويضمن رد الزيادة وذلك لمصلحة الحمل، وهذا ما يستلزم العودة والرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون التي تنص بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه.

المادة 174: "إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة (43) من هذا القانون"

ومن خلال هذه المادة التي تشير إلى مراعاة المادة 43 من نفس القانون والتي تنص بدورها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال" وعليه نستخلص أن أقصى مدة للحمل هي 10 أشهر مخالفاً بذلك المذهب المالكي وبقية المذاهب الأخرى

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بعقود التبرعات

عقود التبرعات نص عليها قانون الأسرة في 26 مادة من الكتاب الرابع تبدأ من المادة 184 إلى المادة 220 وستتطرق في هذا المطلب إلى مسألتين في فرعين: الفرع الأول سنتناول مسألة وفي الفرع الثاني سنتناول مسألة تأييد الوقف

الفرع الأول: مسألة القبض في الهبة

تعريف القبض في الهبة: للفقهاء عدة تعريفات لمصطلح القبض و مصطلح الهبة فقد عرف الدردير القبض بأنه "هو وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه"¹ وعرف الهبة بأنها: "تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة، أو ما يدل عليها"²

أولا - مسألة القبض في الهبة عند الفقهاء:

مسألة القبض في الهبة اختلف فيها الفقهاء، فمنهم من اعتبره شرط صحة، ومن اعتبره شرط تمام ومن قال أنه أثر من آثار الهبة.

01- رأي المالكية:

¹ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، (4 / 233)

² أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأمة مالك، دار الفكر، ط2، لبنان، دت ج3، ص87

يرى مالك، أن القبض في الهبة شرط من شروط التمام، إذ قال ابن رشد: "فمالك: القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة"¹،

02- رأي الجمهور:

اتفق جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية² على أن القبض لازم لصحة الهبة إذ لا تقع صحيحة ولا تلزم إلا بالقبض، وليس للموهوب له حق المطالبة ووافقهم الحنابلة في رواية عنهم

03- رأي الظاهرية:

يرى أهل الظاهر و الحنابلة في رواية عنهم وأبي ثور³ أن القبض ليس شرط في الهبة؛ فلا يعتبر شرط صحة أو شرط تمام للهبة، لأن الهبة تكون صحيحة تامة ولازمة بمجرد إبرامها، ولا تحتاج للقبض من أجل صحتها أو تمامها، ويلزم الواهب بالإقباض، ويثبت الملك للموهوب له في الشيء الموهوب قبل قبضه

ثانيا -موقف قانون الأسرة الجزائري من القبض في الهبة :

نص قانون الأسرة الجزائري على القبض في الهبة بمصطلح الحيازة في الهبة في المادة 206 حيث جاء فيها: تنعقد الهبة" بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة و مراعاة أحكام التوثيق والعقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ."

يفهم منها أنه يعتبر الحيازة ركن من أركان الهبة، والتي لا تصح إلا بها، سواء كان المحل عقارا أو منقولا، وسواء كانت الحيازة فعلية أو حكمية⁴، وتبطل إذا اختلت القيود المذكورة ففي العقار يختل شكل الهبة إذا لم يجزها ويقيد العقد ويشهره، أما في المنقول يقصد بها الإجراءات المتبعة في هذا النوع من الأملاك وعليه نجد أن قانون الأسرة قد خالف المذهب المالكي الذي يعتبر القبض في الهبة شرط تمام.، وأخذ بمذهب الظاهرية.

الفرع الثاني : مسألة تأييد الوقف

عرف الإمام مالك الوقف على أنه : حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر ."⁵

¹ ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، (2 / 329)

²الكساني علاء الدين ،بدائع الصنائع ،(8 / 105)

³ ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، (2 / 329-330)

⁴ أحمد بن محمد الدردير ، الشرح الكبير ، المرجع السابق،(4 / 97)

⁵أحمد بن محمد الدردير ، الشرح الكبير ، المرجع السابق ، (4 / 87)

أولاً: مسألة مدة الوقف عند الفقهاء :

اختلف الفقهاء في مسألة تأييد الوقف ، فهناك من يشترط أن يكون الوقف على وجه التأييد، وهناك من يرى بجواز أن يكون الوقف مؤقتاً

01- رأي المالكية:

يرى المالكية بجواز تأييد الوقف بمدة معينة و يزول، فلا يشترط بأن يكون مؤبداً بدوام الشيء . قال أحمد الدردير في شرح الكبير وشرط التأييد فيصح مدة ثم يرجع ملكاً".¹ ويقول أيضاً : " من استأجر دار محبسة مدة، فله تحبب منفعتها على مستحق آخر غير المستحق الأول في تلك المدة".²

02- رأي الجمهور :

وهو رأي الجمهور الحنفية ومشهور مذهب الشافعية والحنابلة ويرون أن الوقف لا يكون إلا مؤبداً فالتأييد شرط من صحة الوقف فلا يجوز تأييده لمدة معينة ويرى الأحناف، منهم الإمام محمد بن الحسن أنه يشترط التأييد ويشدد في اشتراطه حيث يجب أن تكون الصيغة مشتملة عليه لفظاً ومعنى فلا بد من ذكر لفظ التأييد تجنباً للغموض والخلط، وفي هذا الصدد يقول السرخسي : " المذهب عند محمد أن التأييد شرط لجواز الوقف ، وإنما كان التأييد من شرطه لأنه صدقة موقوفة، فيعتبر بالصدقة المملوكة لا يجوز توقيتها".³

ثانياً :موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة تأييد الوقف

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 212 مايلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق ."

من خلال نص المادة أعلاه نجد بأن قانون الأسرة الجزائري جعل من خصائص الوقف التأييد وجعله شرطاً لازماً، فأخرجه عن ملك الواقف و الموقوف عليه وهو ما يعبر عنه بالشخصية المعنوية للوقف ، ولم يحدد الجهة التي يؤول إليها وذلك من خلال عبارة "لأي شخص"، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري في مسألة تأييد الوقف أو تأييده، أخذ رأي جمهور الفقهاء القائل بتأييد الوقف مخالفاً بذلك المذهب المالكي.

¹ المصدر نفسه، ص87

² المصدر نفسه، ص87

³ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، (4 / 275)

خاتمة :

الحمد لله أن وفقنا الله في إتمام هذا البحث الذي خلصنا فيه إلى عدة مسائل خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي سواء تعلق بعقد الزواج ومقدماته أو بالحلل عقد النكاح وآثاره أو ماتعلق بمسائل الميراث وعقود التبرعات وعليه حيث سنتناول في خاتمته أهم النتائج المتوصل إليها من خلال قناعات رسخت في أذهننا وهي كالتالي :

- المذهب المالكي منذ قرون مازال ولا يزال المذهب السائد في الجزائر رغم وجود لبعض المذاهب الأخرى كمذهب الإباضية والحنفية بنسب متفاوتة في أوساط المجتمع
- منذ نشأة قانون الأسرة الجزائري وهو يتعرض للانتقاد من حين لآخر ولعل ذلك راجع للصراع بين العلمانيين والإسلاميين
- مرجعية قانون الأسرة الجزائري تعتمد على المذهب المالكي في كثير من المسائل ومنه نستطيع أن نقول هي مرجعية نسبية وليست مطلقة
- تأثر القضاء في الفصل في قضايا الأسرة بأحكام الفقه المالكي عند عدم وجود نص قانوني في شؤون الأسرة.
- مخالفة قانون الأسرة للمذهب المالكي قد تكون في جزئية من مسألة وقد تكون في مسألة كاملة وقد يكون نص المادة في المسألة الواحد يحتمل موافقته للمذهب المالكي كما يحتمل مخالفته من زاوية أخرى
- خالف قانون الأسرة المذهب المالكي في عدة مسائل متعلقة بالزواج ومقدماته وأركانه خاصة ما تعلق بأهم مسألة وهي الولاية في الزواج ولعل ذلك راجع إلى أمرين الأول في التغيير والتطور الذي حصل للمجتمع الجزائري وانفتاحه على العولمة والتكنولوجيا الحديثة ، والأمر الثاني تنفيذه لبنود اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر كاتفاقية سيداو وغيرها
- مسألة التنزيل في الميراث خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي وجميع المذاهب الفقهية الأخرى ، وهي عبارة عن ميراث في صورة وصية
- قانون الأسرة الجزائري عند تعديله استنتجنا عدة ملاحظات عليه سواء من حيث مخالفته للمذهب السائد في البلد وهو المذهب المالكي أو خالف المذاهب الأربعة أو المذاهب الأخرى وفي بعض

المسائل نجده متسلل خارج نطاقه الذي وضع لأجله وهو تنظيم شؤون الأسرة وفق الشريعة الإسلامية ويظهر جليا في مسألة الولي عند توظيف أداة "أو" أي شخص تختاره .

- عند دراسة قانون الأسرة الجزائري ومخالفته للمذهب المالكي إنما هو خلاف ظاهري لإرضاء طرف معين بذاته تماشيا مع الضغوطات الخارجية فلا هو خالف المذهب حقيقة وعن قناعة للوصول إلى حلول للمشكلات التي وجدت عند صدوره ولا هو فعلا وجد حولا جذرية لتنظيم شؤون الأسرة المسلمة وربما ما هو قادم من تعديلات سيضرب الأسرة المسلمة في عمقها ويسحب البساط من أهم مصادره وهي الشريعة الإسلامية الغراء، والدليل على ذلك ما هو واقع اليوم من كثرة الطلاق والخلع في المحاكم الجزائرية ومحاولات فئة المثليين ورواج فكرة النسوية في العالم، تغذيها منظمات وأطراف داخلية بقصد أو بدون قصد.

الفهارس العامة

فهرس الآيات

الصفحة	السورة ورقم الآية	نص الآية
42	البقرة : 221	﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَا مَؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَا أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾
43	البقرة : 229	﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾
52	البقرة : 229	﴿أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾
33	البقرة : 234	﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ ...﴾
50	البقرة : 241	﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَعِينِ﴾
49	النساء : 35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾
32	النور : 32	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	الراوي	نص الحديث
10	الترمذي	يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة
29	البخاري	أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ ابْنِ قَيْسِ أُمِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَتْ: يَارَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ ابْنِ قَيْسٍ لَا أُعِيبُ عَلَيْهِ فِي خَلْقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ قَالَتْ: نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِقِهَا تَطْلِيقَةً
29	البخاري	العائد من هبته كالعائد من قيئه
32	أبو داود	أَيُّ امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا؛ فَنَكَحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ اشْتَجَرُوا؛ فَالْسلْطَانُ وُلِيُّ مَنْ لَا وُلِيَ لَهُ
33	الترمذي	الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا . وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا . وَإِذُّهَا صِمَاتُهَا
48	مالك	لا ضرر ولا ضرار
53	الدارقطني	أَنَّ ثَابِتَ بْنَ قَيْسِ بْنِ شِمَّاسٍ كَانَتْ عِنْدَهُ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي ابْنِ سَلُولٍ، وَكَانَ أَصْدَقَهَا حَدِيثَةً، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أُعْطَاكَ؟ قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةٌ، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا وَلَكِنْ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَخَذَهَا لَهُ وَخَلَّى سَبِيلَهَا؛ فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ قَالَ: قَدْ قَبِلْتُ فَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

فهرس الأعلام :

الأعلام	الصفحة
القرافي	06
إسحاق بن أبي عبد الله الملك الملشوني	12
أبو عبد الرحمان بكر بن حماد	12
محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق التلمساني	13
أبو الخير	13

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

القرآن الكريم وعلومه

01- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

02- ابن العربي ، احكام القرآن ، دار الفكر، د.ط ، لبنان ، د.ت، ج 3

كتب الحديث

01- البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، بابا الخلع وكيف الطلاق فيه، ط1، لبنان، 1422هـ، حديث رقم 5273 ج7

02- البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الهبة، باب لا يخل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، ط1، لبنان، 1422هـ، حديث رقم 2621، ج 13

03- الترميذي ، سنن الترميذي ، الجامع الكبير ، تحقيق بشار عواد معروف ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في استثمار البكر والثيب ، دار الغرب الإسلام، ط1 ي ، لبنان ، 1996م، حديث رقم: 1108، ج3

04- الترميذي ، سنن الترميذي ، الجامع الكبير ، تحقيق بشار عواد معروف ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، لبنان ، 1996 م، حديث رقم 1102، ج3

05- الترميذي، السنن ، كتاب العلم ، باب ما جاء في عالم المدينة ، تحقيق إبراهيم عطوة عوض، مطبعة محمد محمود الحاجي وشركاؤه ، ط2، مصر ، 1975، حديث رقم 2680، ج5

06- أبو داود، سنن أبي داود ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، كتاب النكاح ، باب في الولي ، دار الرسالة العالمية ، ط1، سوريا ، 2009م، حديث رقم 2083 ، ج2

07- مالك ، الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق ، رقم الحديث 31 ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج2

ثانياً: قائمة المراجع:

المعاجم :

01- جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر، ط3، بيروت-لبنان، 1414هـ، ج1،

02- مجد الدين محمد الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، ط2، لبنان ، 1407هـ،

الكتب الفقهية :

01- ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التتم ، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الاسلامي " ولاية التأديب للزوجة والولد والتلميذ والعبد" ، دار بن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1 ، المملكة العربية السعودية ، 1420هـ

02- ابراهيم بن محمد ابن المفلح ، المبدع شرح المقنع ، دار عالم الكتب ، د ط ، الرياض ، 2003 ، ج8

- 03- أبو بكر الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر، ط1، د م 1997، ج4،
- 04- أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأمة مالك، دار الفكر ، ط2 ، لبنان ، دت، ج3،
- 05- احمد بن محمد الدردير ، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، مكتبة أيوب كامو ، د ط ، نيجيريا ، 2000م،
- 06- أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين ، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، د ط ، لبنان، 2002 م.
- 07- احمد نصر الدين الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما ، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2004م
- 08- بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام -دراسة مقارنة- ، دار التأليف ، ط2، القاهرة ، 1961،
- 09- ابن تيمية تقي الدين ، صحة عمل أهل المدينة ، ضمن مجموع الفتاوي، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء ، ط20 ، المنصورة ، 2001 م
- 10- جنيد أحمد ، العدالة والضبط وأثرهما في قبول الحديث ، مكتبة الرشد ، ط1 ، الرياض ، 2006م، ج1
- 11- ابن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، د ن، د ط، د م ، دت ج1 .
- 12- الخطاب ، أبو عبد الله محمد بن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، 2002م، ج1،
- 13- الخطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3 ، بيروت-لبنان، 1992م، ج3.
- 14- الخطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، مطبعة السعادة ، ط1 ، مصر، دت، ج4
- 15- الخرشني محمد ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، لبنان ، دت، ج4
- 16- ابن رشد محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط2، بيروت ، 1982 ، ج2
- 17- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، ط4 ، لبنان ، 1995 ، مجلد 4
- 18- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت-لبنان ، 1984م، ج6.
- 19- الشوكاني ، نيل الأوطار ، كتاب الخلع ، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث ، ط1، مصر، 1993م ، ج6
- 20- عبدالله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار ، تعليق خالد العك ، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 2002م، ج3

- 21- ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية: ط 1، 2014م، ج 3
- 22- علي بن زياد، مقدمة تحقيق كتاب الموطأ، دار الغرب الاسلامي، د ط، بيروت، دت.
- 23- قاسم بن عبد الله الرومي، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق حسين مراد، د ط، دار الكتب العلمية، د م، 2004م.
- 24- ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، القاهرة-مصر، 1968م، ج 7.
- 25- القرافي، الأحكام في التمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، دار البشائر الاسلامية، ط 2، بيروت 1995م،
- 26- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط 2، لبنان، 2002م، ج 2
- 27- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994م، ج 2
- 28- محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط 1، د م، 2004 م، ج 1.
- 29- محمد بن أحمد أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، د ط، بيروت، 1989، ج 1
- 30- محمد بن أحمد بن محمد عlish أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1989م، ج 3.
- 31- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، مكتبة الثقافة الدينية، ط 1، القاهرة 1424هـ، ج 3
- 32- محمد بن محمد البابرقي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د ط، د م، د س، ج 3.
- 33- محمد بن يوسف أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر العربي، ط 2، بيروت-لبنان، 1398هـ، ج 3.
- 34- محمد عlish، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج 2
- 35- مراد بن سعيد، الميسر في أحكام الزواج والطلاق عند المالكية، دار الهدى، عين مليلة، 2015
- 36- مصطفى محمد عنيو، فقه المواريث في ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الايمان، د ط، مصر، 2003
- 37- ابن المنذر، الإجماع، مكتبة الفرقان، عجمان، 1999

- 38- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، حاشية: منحة الخالق لابن عابدين، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسي بن علي الطوري الحنفي القادري، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دم، دت، ج3 .
- 39- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع الوزارة، ط2، الكويت، 1427هـ، ج39
- 40- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط7، بيروت، 1996، ج7
- 41- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، دمشق، دت، ج9
- 42- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4، دمشق، دت، ج10
- كتب التاريخ والتراجم :**
- 01- أبي بكر عبد الله بن محمد المالكي، رياض النفوس، تحقيق بشير البكوش، دار الغرب الإسلامي، د.ط، ج1، 1983م
- 02- عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر، مؤسسة نويهض الثقافية، ط2، بيروت، م1980.
- 03- ابن عبد البر، الانتقاء في فضل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، دار البشائر الإسلامية، د ط، بيروت، 1997م.
- 04- عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب دد، ط1، الرباط، 1993م
- 05- القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت، مكتبة الحياة، دت، 1.
- 06- القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت، مكتبة الحياة، دت، ج1.
- 07- عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، ط3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995، ج3
- 08- محمد بن حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي في الغرب الإسلامي حتى نهاية العصر المرابطي، وزارة الأوقاف، المغرب، 2000 م
- 09- محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2003
- 10- مسعود بن موسى فلوسي، تاريخ المذهب المالكي في الجزائر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2021/2020 م، ج1
- 11- ابن خلدون، المقدمة، تحقيق أحمد جاد، دار الغد الجديد، ط1، القاهرة، 2017م
- 12- خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، بيروت، 2002،
- 13- أبو زهرة، مالك، القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، 1952 م
- الكتب القانونية :**
- 01- بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، 2008

- 02- الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، ط2، الجزائر، 2014،
 03- الحسين بن شيخ آث ملويا،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،دار هومة،ط2،الجزائر،2006،ج1
 04- سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،دار هومة ،ط4 ، الجزائر ، 2010
 05- سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،دار هومة ،ط3 ، الجزائر ، 1996،
 06- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004

المذكرات والرسائل:

- 01-دليلة آيت شاوش دليلة ،"التطبيق للغيبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية" ،المجلة النقدية ،جامعة مولود امعمري ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،تيزي وزو،2012.
 02-دليلة حمريش ،"تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري " ،رسالة ماجستير ،السعيد فكرة ،كلية العلوم الإنسانية ،قسم العلوم الاجتماعية جامعة الحاج لخضر ،باتنة،2013/2014 م
 03-عبد الحكيم بونور،"مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري"،مذكرة ماستر،تخصص قانون الأسرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة آكلي محند أولحاج،البويرة ،2020م.
 04-فيروز بن عمارة وحجاج ريان،"المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي " ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيجل ،2020-2021 م.
 05-محمد عبد الرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء ،"أحكام إذن الإنسان في الفقه الإسلامي " ،رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي ،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ،جامعة أم القرى،المملكة العربية السعودية ، 1991م

المقالات والبحوث:

- 01-إبراهيم بن محمد الأمين رحماني ،المثرات الذهبية في صناعة المفتي، المؤتمر العلمي ،الفتوى واستشراف المستقبل،د.ط،دت.
 01-إلياس بن عمراوي ،" أعلام المذهب المالكي في الجزائر ودورهم في تأسيس وبناء المرجعية الفقهية" ، مجلة المعيار ، العدد36،جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة،المجلد 18
 02-الحاج علي عرباوي ، مقال بعنوان "التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمه في الشريعة الإسلامية" ، مجلة الشهاب ، العدد1 ،المجلد 6 ، جامعة الوادي ،مارس 2020
 03-ربيع زكرياء ،محاضرات في مقياس "حماية الأسرة من الاتفاقيات الدولية" ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة آكلي محند أولحاج ، البويرة

- 04- سعد عزت السعدي، "مفهوم الاتفاقيات الدولية ومراحلها"، مركز الدراسات والأبحاث العلمانية في العالم العربي، 2017
- 05- الشيخ عبد الرحمان الجيلالي، "كيف رسخ المذهب المالكي في المغرب العربي"، مجلة الموافقات، المعهد العالي لأصول الدين، الجزائر، العدد 3، جوان 1994
- 06- عمر الجيدي، "محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي"، منشورات عكاظ، 1987م
- 07- غرابي أحمد، "المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري"، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 23،
- 08- غرابي أحمد، "مدى الالتزام بالمرجعية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري"، كلية الحقوق، جامعة احمد بوضياف، المسيلة
- 09- غزالي عبد الحليم، "اثر الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري"، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017/2016
- 10- محمد التاويل، "خصائص المذهب المالكي"، مجموعة الدروس الحسنية المغربية، المغرب محمد الحسين الحنفي، "تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر"، ضمن مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 2، مصر، 1974
- 11- محمد الروكي، "المغرب مالكي لماذا"، وزارة الأوقاف، المغرب، 1423هـ/2003م
- 12- المهدي البوعبدلي، "مراكز الثقافة وخزائن الكتب بالجزائر"، مجلة الأصالة، العدد 7، الجزائر، السنة 2، 1392هـ/1972م،
- 13- موسى إسماعيل، "المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر"، الملتقى الخامس للمذهب المالكي، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عين الدفلى، 2009،
- 14- نسيمه آمال حيفري، "المرأة في قانون الأسرة بين التعديل والمحافظة على القيم"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2016
- 15- نصر خضر سليمان، "أحكام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العدد 5، 2009
- 16- وليد ميرة، محاضرة 03، "مصادر قانون الأسرة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2022/2021

النصوص القانونية :

- 01- أمر رقم: 84-11، المؤرخ في: 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02، المؤرخ في 2005/02/27م، ج.ر، العدد 15، بتاريخ 2005/02/27م

القرارات القضائية :

01- قرار رقم :38341 صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في:22/04/1985م ، نشرة

القضاة، العدد94.

02- قرار رقم 83603 ، صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في:21/07/1994م

الملخص

الأسرة هي النواة واللبنة التي يقوم عليها كل مجتمع ولعل الشريعة الإسلامية الغراء قد عنت واهتمت بها في جميع تفاصيلها فقد رفعت من قيمة الأسرة وأعلنت من شأنها وبنيتها على دعائم قوية من القداسة والروحانية العجيبة التي يقف أمامها العقل البشري مذهولا حائرا، لذلك كانت قوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة تستمد من الشريعة كمصدر لها، والجزائر على باقي الدول العربية بعد الاستقلال أصدرت قانون الأسرة سنة 1984 مصدره الشريعة الإسلامية بصفة عامة وغالبية نصوصه من المذهب المالكي السائد في الجزائر منذ قرون بصفة خاصة ثم عدل هذا القانون في سنة 2005، وأثار هذا التعديل جدلا واسعا في المجتمع خاصة التعديلات التي مست أركان عقد الزواج وركن الولي بصفة خاصة، والطلاق والخلع والتنزيل في الميراث وتخالف مرجعية البلد وهو المذهب المالكي، وعليه وسنبين في بحثنا هذا في الفصل الأول مرجعية المذهب المالكي وانتشاره في الجزائر، ومراحل تطور قانون الأسرة ومصادره، وفي الفصل الثاني المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والمتعلقة بمقدمات وأركان وشروط الزواج، وفي المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج وآثاره، وفي المسائل المتعلقة بالميراث وعقود التبرعات.

The family is the nucleus and the building block on which each society is based. The Islamic Shari 'a glue has meant and cared about it in all its details. It has raised the value of the family and built it on strong pillars of holiness and wonder spirituality before which the human mind stands awestruck. personal and family status laws were therefore derived from sharia law as their source, Algeria's Family Code was promulgated in 1984 by the Islamic Shari 'a in general. Most of the provisions of the Maliki doctrine prevailing in Algeria for centuries were amended in 2005. and this amendment has given rise to a wide debate in society, especially the amendments that have affected the elements of the marriage contract and the guardian's corner in particular, Divorce, dislocation, inheritance and contravention of the country's reference, the Maliki doctrine And so we will show in our research this chapter I reference of the Maliki doctrine and its spread in Algeria, The stages of development of the Family Code and its sources, and in chapter II the issues in which the Algerian Family Code contravened the Maliki doctrine concerning the preliminaries, elements and conditions of marriage, in matters relating to dissolution and effects of marriage, .inheritance and voluntary contracts

فهرس المحتويات

01	مقدمة.....
05	الفصل الأول : مرجعية المذهب المالكي في الجزائر وقانون الأسرة.....
05	تمهيد.....
06	المبحث الأول: المذهب المالكي انتشاره و مرجعيته في الجزائر.....
06	المطلب الأول: انتشار المذهب المالكي في الجزائر.....
06	الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي.....
06	أولا :تعريف المذهب لغة.....
06	ثانيا : تعريف المذهب اصطلاحا.....
07	الفرع الثاني : دخول وانتشار المذهب المالكي في الجزائر.....
07	أولا :أسباب دخول المذهب المالكي إلى الجزائر.....
09	ثانيا :أسباب انتشار المذهب المالكي في الجزائر.....
10	01- الأسباب المتعلقة بالمذهب وصاحبه.....
10	أ- مكانة الإمام مالك رحمه الله.....
10	ب- مكانة المدينة المنورة.....
11	ج- فضل فقه مالك وتميز أصوله في الاستدلال.....
11	02- الأسباب المتعلقة ببلاد المغرب عموما والجزائر خصوصا.....
12	المطلب الثاني :مرجعية المذهب المالكي في الجزائر.....
12	الفرع الأول :مرجعية المذهب المالكي في التدريس.....
14	الفرع الثاني : مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء.....
17	المبحث الثاني: قانون الأسرة الجزائري مراحل تطوره، و مصادره.....
17	المطلب الأول : مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري.....
17	الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال.....
18	الفرع الثاني: مرحلة فترة الاحتلال.....
19	الفرع الثالث : مرحلة بعد الاستقلال.....
20	أولا :قانون 11/84 الصادر في 09/06/1984.....
21	ثانيا :تعديل قانون الأسرة 11-84 بموجب الأمر 05-02.....
22	المطلب الثاني : مصادر قانون الأسرة الجزائري.....

22	الفرع الأول : الشريعة الإسلامية
24	الفرع الثاني :العرف
24	الفرع الثالث :الاتفاقيات الدولية.....
24	أولا :مفهوم الاتفاقيات الدولية.....
26	ثانيا : نماذج من تأثير المشرع بالاتفاقيات الدولية
26	1- تحديد الحد الأدنى لسن الزواج.....
27	الفصل الثاني :المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي
27	تمهيد
29	المبحث الأول : المسائل المتعلقة بالخطبة وأركان وشروط عقد الزواج.....
29	المطلب الأول :المسائل المتعلقة بالخطبة وأركان عقد الزواج.....
29	الفرع الأول : حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.....
29	أولا :رأي المالكية في المسألة
30	ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.....
31	الفرع الثاني :الولاية في الزواج.....
31	أولا :تعريف الولاية.....
31	01-لغة
31	02- اصطلاحا
31	03-أنواع الولاية
31	ثانيا :الولي في عقد الزواج عند الفقهاء
31	03-:رأي المالكية وجمهور الفقهاء
32	04- رأي الحنفية
33	ثالثا :الولاية في قانون الأسرة الجزائري
33	01 -الولي في عقد الزواج
34	02- ترتيب الأولياء
35	03-ولاية الإجماع في قانون الأسرة الجزائري
35	المطلب الثاني :المسائل المتعلقة بشروط الزواج
35	الفرع الأول :مسألة الإشهاد على النكاح.....
36	أولا :رأي المالكية وجمهور الفقهاء
36	ثانيا:موقف قانون الأسرة من الإشهاد في النكاح

36	الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالصبيغة
36	أولا: المراد بالإيجاب والقبول
36	01-الإيجاب والقبول عند الفقهاء
36	02-الإيجاب والقبول في قانون الأسرة الجزائري
37	ثانيا : الألفاظ التي يعقد بها النكاح
37	01-ألفاظ النكاح عند الفقهاء
38	02-ألفاظ الزواج في قانون الأسرة الجزائري
38	الفرع الثالث : مقدار الصداق وحالاته
38	أولا-مسألة مقدار الصداق عند الفقهاء
39	ثانيا-مسألة مقدار الصداق في قانون الأسرة الجزائري
39	ثالثا- حالة الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه عند الفقهاء
40	رابعا- حالة الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه الأخر في قانون الأسرة الجزائري
41	الفرع الرابع :مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج
41	أولا-مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج عند الفقهاء
41	ثانيا-موقف قانون الأسرة مسألة الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج
42	الفرع الخامس :مسألة زواج المسلمة بغير المسلم
42	أولا-مسألة زواج المسلمة بغير المسلم عند الفقهاء
42	ثانيا- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة زواج المسلمة بغير المسلم
43	المبحث الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره
43	المطلب الأول :المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج
43	الفرع الأول :مسائل الطلاق
43	أولا :الطلاق بالثلاث في مجلس واحد
43	01-آراء الفقهاء مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد
43	أ- الرأي الأول
44	ب- الرأي الثاني
44	ج- الرأي الثالث
44	02-موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الطلاق بالثلاث
44	ثانيا :الطلاق بسبب الغياب
44	01-آراء الفقهاء في مسألة الطلاق بسبب الغياب

- أ- الرأي القائل بعدم جواز طلب التفريق بسبب غيبة الزوج 45
- ب- الرأي القائل بجواز طلب التفريق بسبب الغيبة..... 45
- 02-موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الطلاق بسبب الغياب 46
- ثالثا :مسألة الطلاق بسبب العيب 47
- 01-آراء الفقهاء في مسألة من يملك حق التطليق بسبب العيب 47
- 02-موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة من يملك حق التطليق بسبب العيب 47
- 03- مسألة تحديد العيوب عند الفقهاء..... 47
- أ- مذهب المضيقين..... 47
- ب- مذهب الموسعين 48
- 04- موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة تحديد العيوب 48
- الفرع الثاني :مسألة سلطة الحكمين 48
- أولا - رأي الفقهاء في مسألة التفريق للشقاق 48
- ثانيا- رأي الفقهاء في سلطة الحكمين 49
- 01- رأي المالكية 49
- 02- رأي الجمهور..... 49
- ثالثا - موقف قانون الأسرة من مسألة سلطة الحكمين 49
- المطلب الثاني :المسائل المتعلقة بآثار انحلال عقد الزواج 50
- الفرع الأول :مسألة متعة المطلقة 50
- أولا - آراء الفقهاء في متعة الطلاق..... 50
- ثانيا - موقف قانون الأسرة الجزائري من متعة الطلاق 51
- الفرع الثاني :مقدار عوض الخلع..... 51
- أولا : تعريف الخلع..... 51
- ثانيا- آراء الفقهاء في مسألة مقدار عوض الخلع 52
- 01- مذهب المالكية والجمهور..... 52
- 02- مذهب الحنفية..... 52
- ثالثا -موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة مقدار عوض الخلع 53
- الفرع الثالث :ترتيب الأولوية في حضانة الولد بعد الأم 54
- أولا - تعريف الحضانة 54
- ثانيا -مسألة ترتيب الحضانة بعد الأم عند الفقهاء..... 55

55	ثالثا - موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة ترتيب الحضانة بعد الأم وصاحب الحق فيها
56	الفرع الرابع :مسألة سقوط النفقة بالتقادم
56	أولا -تعريف النفقة
56	ثانيا - سقوط النفقة الزوجية بالتقادم عند الفقهاء
56	01-رأي الحنفية.....
57	02-رأي المالكية و الجمهور
57	ثالثا - سقوط النفقة الزوجية بالتقادم في قانون الأسرة الجزائري
58	المبحث الثالث : المسائل المتعلقة بالمواريث والتبرعات
58	المطلب الأول : مسائل الميراث
58	الفرع الأول: وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق
58	الفرع الثاني :مسألة الرد في الميراث
58	أولا - تعريف الرد
59	ثانيا - آراء الفقهاء في مسألة الرد.....
59	01-الفريق الأول
59	02-الفريق الثاني.....
60	ثالثا - موقف قانون الأسرة من مسألة الرد في الميراث
60	رابعا :الرد على الزوجين في حالة عدم وجود صاحب فرض أو ذوي الرحم
60	الفرع الثالث :ميراث ذوي الأرحام
60	أولا- ميراث ذوي الأرحام عند الفقهاء.....
60	01- رأي المالكية والشافعية
61	02-رأي الحنفية والحنابلة
61	ثانيا :موقف قانون الأسرة الجزائري في ميراث ذوي الأرحام
61	الفرع الرابع : مسألة التنزيل
61	أولا-تعريف التنزيل
61	ثانيا-موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة التنزيل
62	الفرع الخامس :مسألة ميراث الحمل
62	أولا-تعريف الحمل
62	ثانيا-أقصى مدة الحمل عند الفقهاء.....
62	ثالثا- آراء الفقهاء في تقسيم التركة عند وجود الحمل

63	01- رأى المالكية
63	02- رأى الجمهور
63	رابعاً-مقدار عدد الحمل عند الفقهاء
63	خامساً- موقف قانون الأسرة من ميراث الحمل
64	المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بعقود التبرعات
64	الفرع الأول : مسألة القبض في الهبة
65	أولاً-مسألة القبض في الهبة عند الفقهاء
65	01- رأي المالكية
65	02- رأي الجمهور
65	03- رأي الظاهرية
65	ثانياً-موقف قانون الأسرة الجزائري من القبض في الهبة
66	الفرع الثاني : مسألة تأييد الوقف
66	أولاً:مسألة مدة الوقف عند الفقهاء
66	01- رأي المالكية
66	02- رأي الجمهور
66	ثانياً:موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة تأييد الوقف
68	خاتمة