وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

مدى إدراج الفقه المالكي كمرجعية في التشريع والقضاء الأسري الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص:قانون الأسرة

إعداد الطالبين:بإشراف :د/ خذر محمد

- محمد أمين زروق

- الجيلالي لعريبي

لجنة المناقشة:

1 د. شكيرين ديلمي..... رئيسا.

2) د خذر محمد..... مشرفا

3)د. بودومي عبد الرحمان..... عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة:01جويلية 2019

السنة الجامعية :2019/2018

شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه،

وله الحمد والشكر على نعمه التّي لا تعد ولا تحصى، هو الذي قدرنا على شرب جرعة من هذا العلم الوافر.

إلى معلم البشرية ومنبع العلم نبيّنا محمد "صلى الله عليه وسلم"

إلى كل من شجعنا في رحلتنا على التميز والنجاح،

ولكل من ساندنا و وقف بجانبنا.

إلى كل ينابيع العطاء الذين زرعوا في نفوسنا الطموح والمثابرة والجد إليك خصوصا الدكتور "**خذر محمد**" وإلى كل أساتذة قسم الحقوق تخصص قانون الأسرة دون أن ننسى الأساتذة الذين تلقينا على أيديهم تكوينا أكاديميا وقانونيا في مرحلة مابعد التدرج الجامعي

دعاء .

نسأل الله العلي القدير أن ينفع هذا العمل قارئه ، أن يتقبله في ميزان الحسنات إنه سميع قريب مجيبالدعوات.

شكرا جزيلا.

إهـــــداء

إلى التي رفع الله مقامها وجعل الجنة تحت أقدامها وأول الناس بصحبتي

إلى نبع الحنان الصافي ذلك القلب الكبير وتلك النعمة الغالية الطاهرة التي صاحبة

الفضل علي التي مهما فعلت وقلت كتبت لن أوفيها حقها ولن أرد لها فضلها الأبدي

" أمي العزيزة "حفظها الله و أطال الله في عمرها.

إلى سندي في الحياة " أبي الغالي "

الى من شاركوني أفراحي وأحزاني وكانوا لي سندا في هذه الحياة إخوتي واختي

الى زوجتي وابنتي الغالية **"سيرين"** حفظهم الله لي

والى الأستاذ المحترم " خذر محمد ".

والى كل من يعرفني من قريب ومن بعيد.

محمد أمين

إهـــــداء

إلى من بلغ الرسالة وأدّى الأمانة...ونصح الأمه...إلى نبي الرحمة ونور العالمين

"سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى عائلتي الصغيرة أعز ما أملك:

إلى من كانت سببا في وجودي فأوجدت دائما في قلبي.

إلى من حملتني وهنًا على وهن وسهرت على تربيتي أُمي الغالية.

إلى إنسان رأيته بين الناس رجلا، وبين الرجال بطلا، وبين الأبطال مثلاً إلى من تصور الجهد راحة في سبيل إسعادي إلى من دلني على البر والأمان ومدّ لي يد العون إلى أسمى معاني التقدير والشكر والعرفان أبي العزيز.

إلى كل إخوتي وأخواتي و إلى زملائي وزميلات المهنة .

والى الأستاذ المحترم " **خذر محمد** ".

إلى كل طلبة الحقوق بجامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

إلى كل من يعرفني من قريب ومن بعيد.

الجيلالي

مقدمـــــة

مقدمـــــة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

جعل الإسلام الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة والسكينة بين الطرفين في إطار المحافظة على الحقوق و الواجبات المنوطة بهما، وبقدر الالتزام بها تستمر الحياة وتقوى الأواصر، قال الله تعالى: **{ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون}** الروم، الآية 21.

أما إذا ما دب الخلل إلى الأسرة فحل الشقاق و النزاع مكان المودة و الرحمة فقد تصل الأسرة إلى أبغض الحلال إلى الله تعالى و هو الطلاق، و يكون بذلك مخرجا و علاجا لفسادها قال الله تعالى : { **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** } النساء، الآية 130.

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري موضوعات وهذا من خلال المواد القانونية الموجودة فيه

و للوقوف على أصول كل هذه النصوص و مستنداتها الفقهية نحتاج إلى دراسة موسعة لا تستوعبها مثل هذه المذكرة في مثل هذا المستوى، لذا لجأنا إلى الاقتصار على جملة من المسائل المختارة في الموضوع والتي نحسب أنها تفي بالغرض المطلوب إن شاء الله تعالى.

موضوع الدراسة:

يتعلق موضوع الدراسة بالمرجعية الفقهية لأحكام الطحن في قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 وعبارة المرجعية الفقهية مركب من مضاف ومضاف إليه، و للتعريف بهذا المركب نعرف بطرفيه.

فالفقه عند علماء الأصول هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلته التفصيلية والمرجعية كمصطلح حديث يقصد بها الأسس الفكرية والمبادئ التي يرجع ويعود إليها الشخص في حياته، ومركب المرجعية الفقهية ينصرف إلى الآراء الفقهية المنسوبة إلى مذاهب الفقهاء أو المناهج والطرق التي اعتمدها كل مجتهد.

وقانون الأسرة الجزائري على غرار غيره من القوانين العربية خص أحكام الطلاق بمجموعة من المواد التي تتضمن كل حكم على حدة، وفي المقابل لم يخصص مادة معينة تبين تبنيه لمذهب معين، كما هو عليه الحال في مدونة الأحوال المغربية التي نص فيها المشرع المغربي صراحة، على اعتماد المذهب المالكي كمرجع.

وعليه فإن موضوع دراستنا هو تحليل مواد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وربطها بالآراء الفقهية الواردة في تلك المسائل، لمعرفة المذهب أو المذاهب التي اعتمدها المشرع في تلك الأحكام، وهل هي محل اتفاق و إجماع أو هي رأي جمهور الفقهاء أو رأي مذهب بعينه أو فقهيه داخل المذاهب المشهورة أو خارجها.

أسباب اختيار الموضوع:

اختيارنا للموضوع كان للأسباب التالية:

– الدافع الأول ذاتي وكان نتاج دراسة متجزئة لموضوع قانون الأسرة مما دفع بنا لاختيار هذا الموضوع لتحصيل مادة علمية أكثر من خلال البحث في مسائل الزواج والطلاق

– أما الدافع الثاني فيعود إلى أن المشرع الجزائري نص في قانون الأسرة على أن كل ما لم يرد فيه النص يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، من خلال نص المادة 222، فكانت الرغبة المعرفة أهم المسائل التي لم يتطرق إليها القانون، وذلك بالاطلاع **على ما ذهب إليه** الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه حول مسائل الطلاق، باعتباره موضوعا حساسا لاتصاله بالأسرة.

– كما أن موضوع المرجعية الفقهية لأحكام الطلاق والزواج لم يتم تناوله من قبل –حسب علمنا بهذه الصورة مما دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع .

أهمية الموضوع:

إن البحث مرتبط أساسا بمعرفة المرجعيات الدينية لمنظومتنا التشريعية، وهذا يكتسي أهمية بالغة ويهدف إلى تعزيز المرجعية الدينية في الجزائر، الذي صار مطلبا ضروريا تمليه الظروف التي تحيط بالمجتمع الجزائري، للحفاظ على موروث الأمة الحضاري الإسلامي وهويتها الدينية من خلال الوقوف على أصالة التشريع، و للوقوف ضد كل المحاولات التي تسعى إلى إلغاء هذا القانون، والدعوة إلى إلحاقه بالقانون المدني الوضعي، وتجريد الأمة من ثوابتها الدينية .

لذلك في معالجة مثل هذه الموضوعات بطريقة علمية أكاديمية يرجع الأمور إلى نصابها ويصحح ما يمكن تصحيحه في إطار المحافظة على الأصول والثوابت دون إلغاء ولا جمود.

إشكالية البحث:

بما أن قانون الأسرة هو الوحيد ضمن المنظومة التشريعية في الجزائر المستمد من الشريعة الإسلامية من بين قوانين البلاد، لكن لم يرد نص يحدد المذهب المعمول به في الجزائر، بل نجد المادة 222 تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص، ومن هنا

نطرح الإشكالية التالية : **إلى أي مدى اعتمد المشرع الجزائري المذهب المالكي في قانون الأسرة والإجتهاد القضائي؟.**

المنهج المتبع:

ولدراسة الموضوع اعتمدنا المنهج التحليلي والوصفي، من خلال تحليل نصوص المواد، مع محاولة ربط الحكم الذي نصت عليه بالمذهب الفقهي الذي استمدت منه، إلى جانب المنهج الاستقرائي من خلال استقراء نصوص المواد واستنباط الأحكام الواردة فيها، كما اعتمدنا المنهج

التاريخي من خلال الرجوع إلى المصادر الفقهية القديمة للمذاهب الأربعة – الحنفية – المالكية – الشافعية – الحنابلة – لربط نصوص مواد قانون الأسرة بها .

خطة الموضوع: للإجابة على إشكالية البحث اعتمدنا على خطة ثنائية تتكون من فصلين، وكل فصل يحتوي على مبحثين.

حيث تناولنا في الفصل الأول: التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسه وفترة إنشاؤه بمنطقة المغرب العربي، وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تضمن المبحث الاول التعريف بمؤسس المذهب المالكي، وتضمن المبحث الثاني: مرحلة رسوخ وانتشار المذهب المالكي.

أما الفصل الثاني فخصصناه إلى مرجعية احكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري وبدوره قسمناه إلى مبحثين: تضمن المبحث الأول: تطبيقات الإجتهاد القضائي في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري. أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى تطبيقات الإجتهاد القضائي في مسائل الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول

التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسه

وفترة انتشاره بمنطقة المغرب العربي

تمهيد:

قانون الأسرة الجزائري هو القانون الوحيد ضمن المنظومة التشريعية الجزائرية المستمدة احكامه من الشريعة الإسلامية بمصادرها المختلفة.

حيث سنتطرق في هذا الفصل إلى التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسه ونشاته وفترة انتشاره بمنطقة المغرب العربي وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول: التعريف بمؤسسة المذهب المالكي وتضمن المبحث الثاني مرحلة رسوخ وانتشار المذهب المالكي.

يعد المذهب المالكي هو أحد المذاهب الإسلامية المعتبرة، نشأ في القرن الثاني الهجري ومؤسسه هو الإمام مالك بن أنس، ويعد مذهبه مدرسة مستقلة بين المدارس الفقهية الاجتهادية التي استمرت حتى عصرنا، كما يعد مالك محدثا مدققا وفقيها قوي القريحة. انتشر المذهب منطلقا من المدينة المنورة موطن مالك، ولقي القبول شرقا غربا. وينتشر هذا المذهب في شمال إفريقيا وبلاد المغرب والساحل الغربي لإفريقيا وبلاد السودان والإمارات العربية المتحدة[1].

وتميز المذهب المالكي عن باقي المذاهب السنية الأخرى بعدة خصائص جعلته يحتل مكانة في بلدان الغرب الإسلامي، ومن بين هذه الخصائص؛ كثرة أصوله وتنوعها مما يجعله أكثر مرونة ووسطية عن باقي المذاهب الفقهية. وكذا واقعيته في معالجة القضايا المطروحة عليه مما نجم عنه كثرة مصطلحاته[2].

نشأ المذهب المالكي في المدينة المنورة التي كانت مصدر الإشعاع العلمي، إذ هي المقر الأصلي لرسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته من المهاجرين والأنصار فمن الطبيعي جدا.

[1] د. خير الدين سيب، انتشار المذهب المالكي ومدارسه، خططه الفقهية، أصوله، أعمال الملتقيين الوطنيين الاول والثاني للمذهب المالكي، الملتقى الثاني، وزارة الشؤون الدينية والاوقاف ، ولاية عين الدفلى، الطبعة الأولى ، 2018، ص12.

[2] المرجع نفسه، ص12.

إذن ان تكون هي المقر الأصلي لمدرسة الحديث، لأنها موطنه الحقيقي، ولأن بها الكثير من حفظة الحديث، كان فيها عمر بن الخطاب المتشدد في الأخذ بالحديث، وكان فيها عثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وعائشة أم المؤمنين، رضي الله عنهم وغيرهم من لم يميلوا إلى الأخذ بالرأي.

وبعد هؤلاء جاء سعيد بن المسيب الذي كان على رأس المدرسة ومن بعده ابن شهاب الزهري، ونافع مولى عبد الله بن عمر، حتى جاء مالك الذي نشأ بالمدينة فحمل لواء هذه المدرسة بل إن مدرسة المدينة كلها تركزت فيه.

قد كان في الحديث المرجع الثقة لكل من جمع الحديث وكتبه، والأصل الأول لجميع أصحاب الصحاح والسنن والمسانيد، كان المحدث الفاحص للرجال، الناقد الممحص للمرويات، يعمل على التوفيق بينها، وبين كتاب الله وسائر أصول الشريعة.

وكان في الفقه الإمام الذي يرجع إليه، ويهتدي بهديه، وتوزن الآراء على رأيه، فكان ذا بصيرة نافذة بالفتيا، واستنباط الأحكام، وقياس الأشباه بأشباهها، ومعرفة مصالح الناس[1].

لكن الإمام مالك – في غالبه – كان يدور في إطار المأثور من فتاوى السلف الصالح وأقضيتهم، ولذلك هو أقرب رحْماً من مدرسة الحديث التي تزعمها كما قلنا سابقا.

نشأ مذهب مالك – على هذا – في المدينة، وانتشر في بلاد كثيرة، فقد أنتشر في الحجاز ولكنه بتوالي الأيام اختلفت أحواله، فكان تارة يعلو شأنه، وتارة أخرى يخمل، حتى إنهم ذكروا أنه خمل بالمدينة زمنا طويلا، حتى تولى قضاءها ابنُ فوحرن عام 793هـ، فأظهره بعد خمول

قال ابن خلدون : قد اختص بمذهب مالك أهل المغرب وإفريقيا، وذلك لأن رحلتهم كانت إلى الحجاز غالبا، فأخذوا العلم عن أهل المدينة التي كانت – يومئذ – دار العلم، فاقتصروا على علم إمام دار الهجرة، وشيخها : مالك بن أنس، فرجعوا إليه، وقلدوه، دون غيره، لأن

[1] د. خير الدين سيب، انتشار المذهب المالكي ومدارسه، خططه الفقهية، أصوله، المرجع السابق، ص12.

البداوة كانت غالبة عليهم، ولم يكونوا يعانون الحضارة كأهل العراق وفارس، فكانوا أميل إلى أهل الحجاز لمناسبة البداوة التي كانت لهم، ولم يزل مذهب مالك غضًّا عندهم إلى الآن، ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب[1].

وجاء المذهب المالكي إلى مصر في حياة الإمام مالك، نقله تلاميذه إليها، ونقله طلبة العلم عنهم، وقد غلب في مصر حتى جاء المذهب الشافعي، فنازعه السلطان، حتى صارا كَفَرَسَيْ رِهَان.

ومن مصر انتقل إلى تونس، حتى أقصاه أسدُ بن الفرات الذي اعتنق المذهب الحنفي، بعدما كان مالكيًا، فَسَادَ المذهبُ الحنفي إلى أن جاء المعز بن باديس، فحمل أهل تونس وما والاها من بلاد المغرب على المذهب المالكي وما زال مسيطرا إلى الآن.

وفى الأندلس كانت للمذهب المالكي السيادةُ، دفع ذلك ابن حزم الظاهري إلى أن يقول: مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرياسة والسلطان : الحنفي بالمشرق، والمالكي بالأندلس وكان للمذهب المالكي في المغرب مثل ذلك[2].

وهكذا نرى المذهب المالكي انتشر في الغرب دون الشرق، فقد كان انتشاره في العراق وما وراءها قليلا، نظرا لسيطرة المذهب الحنفي في تلك الجهات.

والمذهب المالكي يلي المذهبين : الحنفي والشافعي، من حيث انتشارهما.

إذ توغل المذهب الحنفي والشافعي في كثير من البلدان، حتى إنهما زلزلا الأرض من تحت أقدام المذهب المالكي في كثير من الأحيان.

[1] د.كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي، مجلة الثقافة الإسلامية، العدد1، سنة 2005، ص75.

[2] المرجع نفسه، ص75.

المبحث الأول: التعريف بمؤسس المذهب المالكي

تطرقنا في هذا المبحث إلى التعريف بالإمام مالك بن أنس في نبذة مختصرة عنه من ناحية نشأته وأصول مذهبه في المطلب الاول في حين تضمن المطلب الثاني أسس الفقه المالكي.

المطلب الأول: التعريف بالإمام مالك بن أنس: نبذة مختصرة .

اسمه مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي المدني مولده93 هجرية اختلف المؤرخون في السنة التي ولد فيها مالك والأصح أنه ولد سنة مكان الميلاد والنشأة ولد الإمام مالك في المدينة المنورة التي كانت موطن الشرح وما بعث النور ومركز العلم ومقر الخلافة الإسلامية في بيت عرف مشتغله بعلم الحديث وتتبع الآثار فجده مالك كان من كبار التابعين وعلمائهم وتوقعاتهم روي عن عمر وعثمان وطلحة وعائشة وأبي هريرة وكان مما يكتب المصاحف حنا جماعة من رضي الله عنه المصاحف وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله يستشيره واعمامه نافع وأويس والربيع من الرواة الذين روى عن أبيه ممالك وعن غيره واخوه النظرة من العلماء وكان مالك يعرف به في أول الامر فكان يقال أخو النضر[1].

شيوخه:

درس الإمام مالك على مشايخ كثيرين، كان بعضهم من أبناء 4 الصحابة أو تلامذتهم وكان البعد الآخر من ثابتي التابعين ومن أشهر مشائخ نافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وربيعه بن أبي عبد الرحمن وهشام بن عروة وسعيد بن المسبب وعامر بن عبد الله بن الزبير وزيد بن أسلم وجعفر الصادق عبد الرحمن القاسم بن هرمز وأيوب السختياني[2].

[1] د.كمال لدرع، المرجع السابق، ص ص 75-76.

[2] المرجع نفسه، ص76.

تلامذته:

أخذ عن الإمام مالك خلائق كثيرة لا تحصى من أهل المشرق ومن 5 أهل المغرب فإنه الإمام الذي شدد إليه اكباد الإبل من القارات الثلاث آسيا وافريقيا واوروبا، ومن أشهر تلاميذ الإمام الشافعي ومحمد ابن الحسن الشيابي وعبد الله بن المبارك وابن القاسم وأشهب ويحي بن يحي وأسد بن الفرات وابن وهب ابن نافع[1].

كتبه:

ترك الإمام مالك أثار المتعددة تعبر بوضوح ما يتمتع به الإمام من سعة العلم وقوة المدرك الإجتهادي وبعضها وبعضها رواه عنه تلامذته ومن أهم مؤلفاته[2].

الموطأ:

يعد الموطأ اول كتب المدونة في الحديث والفقه الإسلامي فقد كان الناس قبله يعتمدون على الذاكرة أكثر مما يعتمدون على الكتاب وان كانت مثل المجموعة الخاصة إما التدوين والتأليف الحق فقد ابتدأ بالموطأ، هكذا يقول الثقات وهكذا يقول أهل الخبرة في الحديث والفقه وقد ترك الإمام مالك في تصنيفه له منهجا جمع فيه بين روايات هم من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم وفتاوى الصحابة والتابعين ثانيا اجتهاداته واستنباطه وقدرت بكل هذا على أبواب الفقه هو كتاب حديث وفقهم معا ومزيد بين قيمه هذا الكتاب، حيث تتحدث عن أسباب انتشار المذهب المالكي[3] .

تعتبر المدونة أهم أمهات المذهب المالكي كتب الفروع فيه وهي تشمل الإمام مالك الفقيه وتخريج ابن القاسم على أصول الإمام مالك والإمام مالك مؤلفات أخرى متعددة منها رسالة في

[1] د.كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي، مرجع سابق، ص76.

[2] د.عماد جراية، الإمام مالك، الفقيه المحدث، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، أعمال الملتقى الدولي الثاني عشر للمذهب المالكي، 2-2016/05/3، وزارة لشؤون الدينية والأوقاف، ولاية عين الدفلى، دار الثقافة، ص47.

[3] المرجع نفسه، ص48.

القدر ورسالة في الأقضية عشرة أجزاء كتاب في النجوم وكتاب في التفسير غريب القرآن وله ابن كثير قال الإمام القرافي أملى إمام دار الهجرة في مذهبه نحوا من مائة وخمسين مجلدا في الاحكام الشرعية فلا يكاد يقع فرع ألا ويوجد له فيه فتيا[1].

أصول مذهبه:

تعتبر أصول المذهب المالكي أقوى الأصول صحة وأكثرها عددا قال ابن تيميه من تدبر أصول الإسلام وقواعد الشريعة وجد أصول مالك أهل المدينة أصح الأصول والقواعد وقال ابو زهره أننا لنقرر غير مجازفين أنه مذهب الحياة والأحياء قد اختبره العلماء في عصور مختلفة عن مشاكلهم، واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر، فكان مسعفا لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج وأن نوع الاصول التي يزيد بها المذهب المالكي على غيره ومسلكه في الاصول التي اتفق فيها مع غيره يجعلانه أكثر مرونة وأقرب حيوية وأدنا إلى مصالح الناس أصول المذهب المالكي جمال هي القرآن والسنة والإجماع والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والعرف وسد الذرائع والاستصحاب والاستحسان[2].

الفرع الأول: الإمام مالك سليل مدرسة المدينة المنورة

كان الإمام مالك في زعامته لأهل الحديث من الفقهاء سليل مدرسة متميزة في المعالم بارزة الخطوط، وقد عاش الإمام مالك بن أنس في المدينة طوال حياته التي نيفت على الثمانين ولم يفارقها إلا حاجا إلى مكة وكذلك عاش في فقهه في إطار السنة لا يفارقها في الرأي وان فارقها أحيانا إليه فعلى قلة لا تمثل بالإضافة إلى استدلاله بالحديث الكثير إلى النزر اليسير وقد أفصح عنه نفسه أي عن هذه القلة فقال لقد عملت الرأي في سبعين مسألة وددت لو أني ضربت عن كل مسألة وددت لو أني ضربت عن كل مسألة سبعين سوطا، والحق أن الإمام مالك لم يجد بدا من زعامة مدرسة الحديث في الفقه بعد أن أملت عليه الأقدار هذه الزعامة

[1] د.كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي، المرجع السابق، ص81.

[2] المرجع نفسه، ص83.

بمواهبته من إحاطة شاملة بالحديث في دار الحديث وإلمام شامل بالرواية في معدن الرواية الأول وأزهر أثر ذلك جليا في تأليفه المشترك الفقه والحديث وقد ظهر أثر ذلك جليا في تأليفه المشترك للفقه والحديث فقد كان محدثا حين كان فقيها بقدر ما كان فقيها حين كان محدثا[1] .

ونقول أن مالك بن أنس سليل مدرسة النبوية وابن مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث كان الفقهاء فيها يأخذون بالرأي على هذا الذي ذكرناه.

وكان كما قال الدهلوي: من اثبتهم في حديث المدنيين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واوثقهم اسنادا واعلمهم بقضايا عمر بن الخطاب واقاويل عبد الله بن عمر وعائشة واصحابه من الفقهاء السبعة وبه وبأمثاله قام علم الرواية والفتوى فلما وسد اليه الأمر حدث وافاد وأجاد كما كان الامام مالك حسن رواية للأحاديث جيده التمييز بين الضعيف والمتواتر وصحيح الاسناد ثم هو الى جانب ذلك خبير بالرواة بارع التمييز بينهم براعة الصيرفي الماهر في نقد الدراهم يعرف تمام المعرفة عمن يأخذ وعمن يدع ولذلك كتابه كنزا نفيسا اعتز به كبار العلماء وامتدحه جهابذة الفقهاء حتى هم الرشيد بتعليقه على الكعبة اكراما له واكبارا لولا أن الإمام مالك بتواضعه في علمه طلب من الخليفة الا يفعل ، فقال له : يا أمير المؤمنين اما تعلق الموطأ فأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وافترقوا في البلدان وكل عند نفسه مصيب كان مالك محدثا وفقيها ، وكان في حديثه ينتقي الرواة الذين ينقل عنهم ولعله بذلك أول ضابط لفن الرواية :وقد جاء من بعد ذلك تلميذه الشافعي فأوفي على الغاية في ضبط الرواية وان روايته عن النبي (صلى الله عليه وسلم) تعد السلسلة الذهبية واوثقالروايات ، فقد قال البخاري :أن اوثق الرواية مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر وقد رأى مالك عطاء بن أبي رباح لما قدم المدينة . قال عبد الله بن أحمد :قلتلابي :من أثبت أصحاب الزهري؟ قال: مالك ثبت في كل شيء وقال عبد الرزاق في حديث :"يرشك الناس أن يضربوا أكباد الإبل في

[1] د.عماد جراية، ، الإمام مالك، الفقيه المحدث، الإتجاه الحديثي، المرجع السابق، ص51

طلب العلم فلا يجدون عالما اعلم من عالم المدينة " فكنا نرى انه مالك وكان عبد الرحمان بن مهدي لا يقدم على مالك احدا[1].

وقال الشافعي : اذا ذكر العلماء فمالك النجم

وقال ابن مهدي: مالك افقه من الحكم وحماد وقال لولا مالك وابن عيينة لذهبعلم الحجاز وقال: ما في الأرض كتاب في العلم اكثر صوابا من موطأ مالك وقال ابن وهب: لولا مالك والليث لضللنا[2].

قال ابو مصعب: سمعت .وقال شعبة: قدمت المدينة بعد موت نافع فاذا لمالك حلقة وقال اسحاق بن مالكا يقول: ما أفتيت حتى شهد لي سبعون اني اهل لذلك عيسى: قال مالك: أكلما جاءنا رجل اجدل من رجل تركنا ما نزل به جبريل على محمد(صل) لجدله .

وقال اشعب : كان مالك اذا اعتم جعل منها تحت ذقنه ويسدل طرفيها بين كتفيه

قال عبد الرحمن بن واقد: قد رايت باب مالك بالمدينة كانه باب الأمير. وقال ابن معين: مالك احب الي في نافع من ايوب. قال القاضي عياض في (المدارك): قال الشافعي: مالك بن انس استاذي وعنه أخذنا العلم وما احد أمن علي من مالك وقال: جعلت مالك حجه بيني وبين الله (وانما انا غلام من غلمان مالك, اذا ذكر العلماء فمالك النجم الثاقب, ولم يبلغ احد مبلغ مالك في العلم لحفظه واتقانه وصيانته [3].

وقال الشافعي في اجلاله واحترامه وتعظيمه في نفسه :كنت اتصفح الورق بينيدي مالك تصفحا رقيقا مخافة أن يسمع وقعها لجلالته في نفسي وقال: رأيت على باب مالك كراعا كثيرا من افراس خرسان وبغال مصر فقلت:ما أحسنها قال

[1] د.عماد جراية، ، الإمام مالك، الفقيه المحدث، الإتجاه الحديثي، المرجع السابق ، ص52.

[2] د.خير الدين سيب، انتشار المذهب المالكي ومدارسه، خططه الفقهية، أصوله، المرجع السابق، ص21.

[3] المرجع نفسه، ص22.

هي هبه لك مني اليك فقلت دعني نفسك منها دابه تركبها فقال انا استحي من الله تعالى ان اطأ تربة فيها رسول الله مدفون بحافر دابة.

وقال: قالت لي عمتي و نحن بمكةرأيت في هذه الليلة عجبا فقلت لها : وما هو ؟ قالت: كان قائلا يقول: مات الليلة اعلم اهل الارض فحسبنا تلك الليلة فاذا هي الليلة التي مات فيها مالك وقال الامام احمد بن حنبل: مالك سيد من سادات اهل العلم وهو امام في الحديث والفقه ومن مثل مالك متبع لأثار من مضى مع عقلوادب؟

وقيلللإمام احمد الرجل يجب أن يحفظ حديث رجل بعينه حديث من ترى؟ قال حديث مالك فانه حجه بينك وبين الله تعالى قيل له فانه يريد أن ينظر في الراي رايي من تري ينظر؟ قال راي مالك قال: رحم الله تعالى مالك لقد كان من الاسلام بمكان. وقال: إذا رأيتم الرجل يبغض مالكا فاعلموا أنه مبتدع.

الفرع الثاني: مميزات مدرسة المدينة المنورة:

كان للمدينة المنورة ميزة خاصه فهي مدينه رسول الله و بها تربي الجيل الأول و تعلم على رسول الله و منها انتشر في البلاد الإسلامية واليها تهفو القلوب لزيارة قبر الحبيب وعاش بها في ذمتهما المهاجرون والأنصار، وبرغم انتقال عاصمة الخلافة منها الا انها ظلت لها الزعامة الدينية فقد كانعلمائها ورثه العلم النبوي واهلها امتدادا للمجتمع الإسلامي الاول فالمدينة اذا كانت منذ عهد الرسول موءلاللرواية والحديث وموطنا للتشريع[1] شهدت مواقف الرسول في عبادته ومعاملاته ومغازيه وحدوده وكلها تحمل طابع التشريع المدني بسماته المخالفة لنظيره المكي، ثم كان بها الخلفاء ابو بكر وعمر وعثمان اتخذوها دار اقامه وامامه وعنها صدرت تعاليمالعبادة والقيادة والدين والدنيا والسياسة والاقتصاد وغير ذلك، فكان اهلها بطبيعة الحال اعرف من غيرهم بالسنة المأثورةوالروايةالمشهورة ولما كان هذا هو حالهم فلم يكن ثمة ما يدعو

[1] أ.د أحمد محمد نور يوسف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، مدرسة المدينة من التشكل إلى نهاية القرن الثاني الهجري/ 8 ميلادي، المرجع السابق، ص21.

الى اداره قداح الرأي واعمال عجاله الفكر جريا وراء حكم مستغلق أو فتوى غامضه بعد ان وجدوا في ينبوع السنه الشريفة الفياض وجدولها المتدفق ريا لكل صاد وشفاء لكل عليل وجوابا لكل سؤال وحكما في كل حادثه في هذا الجو الطاهر الطيب النقي ظهرت ثلة طيبة حملوا فقه الصحابة واقتفواااثرهم الحافر على الحافر لن يحيدوا عنه ولم يرد عن غيره بديلا فكان منهم سعيد بن المسيب وهو قرشي ولد في خلافة امير المؤمنين عمر بن الخطاب لم:

1.يدرك الإمام مالك ولكنه أخذ عن تلميذه ابن شهاب

2.عروة بن الزبير وهو ابن اخت ام المؤمنين عائشة قد نقل علمها الى الاخلافمن بعدها

3.بو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي وقد أخذ عن ام المؤمنين عائشة

4.عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وقدروى عن عائشة وابن عباس وغيرهما وكان استاذا لعمر بن عبد العزيز و له اثر شديد في تفكيره واتجاهه.

5.خارجه بن زيد بن ثابت فقيه الصحابة في الفرائض وقد تلقى علم ابيه واشتهر وبالراي كما اشتهر ابوه وكان على علم كامل بالفرائض كأبيه وكان يقسم بين الناس مواريثهم على كتاب الله وسنة رسوله

قال مصعب بن عبد الله: كان خارجه وطلحة بن عبد الرحمن بن عوف في زمانهما يستفتيان وينتهي الناس إلى قولهما ويقسمان المواريث بين اهلها من الدور والنخل والأموال ويكتبان الوثائق[1].

6.القاسم بن محمد بن أبي بكر وهو ابن أخي أم المؤمنينعائشة وقد نقل علمها فقد احتضنته بعد مقتل ابيه محمد بن أبي بكر الصديق وقد كانت فيها ناقلا للحديث وكان فيه همة وكياسه 7. سليمان بن يسار وكان مولى للسيدة ام المؤمنينميمونه بنت الحارث زوج النبي ثم اعتقته بعقد مكاتبة أن يؤدي لها مقدارا معلوم من المال.

[1] أ.د أحمد محمد نور يوسف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، المرجع السابق، ص22.

يسعى في تحصيله ويعتق اذا ادي وقد روي عن زيد بن ثابت و عبد الله بن عمر وابي هريره وامهات المؤمنين: ميمونهوعائشة وام سلمه وهؤلاء هم الذين كان يطلق عليهم الفقهاء السبعة وهم الذين قيل فيهم اذا قيل:

من في العلم سبعة أبحر * روايتهم عن العلم ليست خارجة

فقل: هم عبيد الله عروة قاسم * سعيد ابو بكر سليمان خارجة

يلاحظ أن هؤلاء الفقهاء السبعة كان اكثرهم من يجمع بين دقه الرواية وصدقها والتخريج والافتاء وكان في المدينة وعن علمها يصدرون ولقد نقل علمهم اثنان هما ابن شهاب الزهري الذي كان يعد من صغار التابعين و ربيعه الراي وكلاهما تتلمذ له الإمام مالك جميعا و يضاف اليهم عبد الله بن عبد الله بن عمر بن عبد الله بن عمر و ابان بن عثمان بن عفان وابو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف .و علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب ونافع مولى ابن عمر وانتهت رياده هذه المدرسة الى الامام مالك بن أنس.

كان الحديث ورواته في الحجاز في أكثر الصحابة كانوا بالمدينة وهم اعرف الناس بحديث رسول الله واخبر بقوله وعمله وحتى من رحل منهم الى العراق وقد كان علماء المدينة يتمسكون .وسائر الأمصار فإنما كانوا عاريه من الحجاز بالحديث تمسك كبيرا ويلجؤون إليه بعد القران في ما يحس به من امر يحتاجون اليه من نص و لا يتجاوزون الى الاجتهاد وابداء الرأي وقد ساعدهم على ذلك كثرة ما بين ايديهم من أحاديث وبقاء الحالة الاقتصادية والاجتماعية على ما كانت عليه في حياة الرسول ومن بعده الصحابة او قريبه من ذلك فلم يصبها من التعقيد والتطور ما اصاب حياه المسلمين في العراق او الشام ولذلك كانوا يجدون الكل أمر حديثا من احاديث رسول الله يقضون به في ذلك الأمر وقد يكون الأمر راجعا الى ان

الحجاز بمنأى عن التناحر السياسي بين الكتل المتقاتلة آنذاك من شيعه وخوارج وزبيريين و عن الصراعات الفكرية بين الفرقالدينية[1].

الثابت لدينا أن هذه المدرسة اي مدرسة الحجاز كانت متمسكةبالأثر الصحيح ومعنى ذلك أنهم قد عنوا بالحديث وجمعه وروايته واستقصاءه عنايه كبيره لانه مصدر أساسي من مصادر التشريع . ولعل أول كتاب في الحديث شهر كان بالمدينة فيما نعلم هو موطأ الامام مالك صحيح أن ابن شهاب الزهري قد عني بجمع احاديث رسول الله استجابة لدعوه الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز لذلك .لكن هذا الكتاب لم يصلنا بذاته وانما وصلتنا مرويات الرجل عن طريق مالك وغيره ولا يفوتنا أن نذكر ما اورد القاضي عياض في المدارك قال قال مالك انصرف رسول الله من بعض مغازيه في كذا وكذا الف من الصحابة مات منهم بالمدين نحو من عشرة الاف و تفرقهم في البلدان فايهما احق ان يتبعوا ويؤخذ بقولهم ويعمل بعملهم من مات عندهم النبي واصحابه الذين ذكرتهم او من مات عندهمواحد أو اثنان من أصحابه وانه لمن عجب ممن يبلغ هذا ولا يرجع إلى عمل اهل المدينة ومما يزيد الانسان وفي هذا المعنى يقول ربيعه . تعجبا من يرى أن عمل اهل المدينه ليس بحجه و قال .الف عن الف احب الي من واحد عن واحد ينتزع السنه من ايديهم : الراي

ابو نعيم: سالت مالك عن شيء فقال لي ان اردت العمل فاقم يعني بالمدينة فان القران لم ينزل بالفرات قلت ولا بالنيل[2].

وهذا لا يمنع من وجود من كان يميل الى الأخذ بالراي كما هو الحال بالنسبة الربيعة بن عبد الرحمن الذي عرف بربيعة الرأي وعنه أخذ الامام مالك بن أنس وما جاء في الموطأ عن ربيعة الراي قال سالت سعيد بن المسيب كم في اصبع المراة؟ قال عشرة من الابل قلت: في اصبعين قال عشرون فقلت في ثلاث قال ثلاثون قلت ففي اربع؟ قال عشرون قلت حين عظم

[1] أ.د أحمد محمد نور يوسف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، المرجع السابق، ص22.

[2] المرجع نفسه، ص22.

جرحها واشتدت مصيبتها انقص عقلها؟ فقال له سعيد اعراقي انت؟ قال ربيعه عالم مستثبت او جاهل متعلم فقال سعيد هي السنة و هنا ندرك أن هذه المدرسة من خصائصها التي تميزت بها انه لا قول للعقل مع وجود النص وذلك عاب سعيد بن المسيب علي ربيعه ما يعيبه على العراقيين من تحكيم العقل في النصوص.

يروي عن ابن المسيب نفسه أنه كان يكثر من التخريج والافتاء على مقتضاه قال بعض المعاصرين كنت ارى الرجل في ذلك الزمان وانه لا يدخل يسال عن الشيء فيدفعه الناس عن مجلس الى مجلس حتى يدفع إلى مجلس سعيد بن المسيب كراهية للفتيا وكانوا يدعونه سعيد بن المسيب الجريء ويجب أن نثبت هاهنا أن هذا الذي تجرا عليه ابن المسيب ليس من قبيل الراي المتعارف عليه عند مدرسه الراي وانما الافتاء انطلاقا من النص. والله اعلم

الفرع الثالث: مكانة الإمام مالك عند أهل العلم :

قال صاحب كتاب ابجد العلوم مالك بن أنس صاحب كتاب الموطأ في الحديث الشريف عالم المدينة وامامها احد المجتهدين الأربعة مات وله 90 سنه وقبره بالمدينة على شط بقيع الغرقد وكانت وفاته في ايام الرشيد ولد و اسنانه ثابته فسمي ضحاكا اضخكه الله في جناته

اخذ عنه العلم جماعه كثيره منهم الشافعي قال اذا ذكر العلماء فمالك النجم واذا جاء الحديث عنه فاشدد يديك به وقال مالك :ليس العلم بكثره الرواية وانما هو نور يضعه الله تعالى في القلب وقال : في مدينه العلوم انه لا يفي بتعداد فضائل هذا الطود العظيم الأشم والبحر الزخار الاطم بطون الكتب ومضامين الأسفار فضلا عن هذه الأوراق والسطور قال صديق بن حسن القنوجي: وهو كذلك وكتابه الموطأ في الطبقة الاولى من كتب الحديث عند المحققين وكان شارحه صاحب المصفي والمستوي شديد الاعتناء به حتى قال: أن المقصود في هذه الدورة العمل بالموطا وترك العمل بغيره من التفريعات والكتب وهذا يدل على عظمته رتبه هذا التأليف وقد ذكرت اله ترجمه حافله في كتاب (الحطة في ذكر الصحاح السته) و (اتحاف

النبلاء (قالعبد الرحمن ابن أبي حاتم الرازي من العلماء الجهابذه النقاد الذين جعلهم الله تعالى علما للاسلام وقدوة في الدين و نقادا لناقله الاثار من الطبقة الاولى بالحجاز[1]:

عبد الرحمن ابن أبي حاتم الرازي من العلماء الجهابذه النقاد الذين جعلهم الله تعالى علما للإسلام وقدوة في الدين و نقادا تناقله الاثار من الطبقة الأولى بالحجاز: مالك بن أنس وسفيان بن عيينه وبالعراق سفيان الثوري وشعبة بن الحجاج و حماد بن زيد وبالشام الأوزاعي حدثنا عبد الرحمن حدثني أبي حدثنا عبد الرحمن بن عمر الأصبهاني قال : سمعت عبد الرحمن بن مهدي يقول:اعمة الناس اربعه سفيان الثوري بالكوفة ومالك بالحجاز والأوزاعي بالشام و حماد بن زيدبالبصرة.

المطلب الثاني :أسس الفقه المالكي

تناولنا في هذا المطلب السيسي الفقه المالكي وتعظيم الامام مالك للحديث النبوي الشريف في الفرع الأول في شين تضمن الفرع الثاني كتابهاالموطأللإمام مالك والقواعد المعتمرة في تأليفه . المذهب المالكي أحد المذاهب الأربعة المعروفة عند أصحاب الديانة الإسلامية من أهل السنة؛ حيث إن هؤلاء الجماعية بدون كافة الآراء الفقهية التي قدمها الإمام مالك بن أنس في هذا المذهب، ويعود تاريخ ظهوره إلى القرن الثاني للهجرة باعتباره أحد المذاهب المنديلة والو انسجية، ويصل إجمالي نسبة المسلمين 35 في شتى أنحاء العالم الذين يتبنونه إلى البيئة.

أصول المذهب المالكي اتبع الإمام مندنى فقهاء أعيد جاب المدينة التي من خلالها اعتمد على الاجتهاد فيه، الأمر الذي أسهم في النادي الأساس الأول في المذهب، كما أنه اعتمد في أدلته الفقهية على الأدلة نفيديا التي اعتمد عليها أهل السنة والجماعة وهي (القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والقياس)، على الرغم من وجود بعض الاختلافات في الرأي حول مدى الإعتماد على الأحاديث النبوية من جوانب شروط قبولها، والعمل بها، وتقديم أصوله إلى ثلاثة أجزاء هي: النقلية: القرآن الكريم، والسنة النبوية، وعلى أهل المدينة، والإجماع.

[1] د.كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي، المرجع السابق، ص84.

العقلية القياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والعرف والعادة، والاستصحاب[1].
النظر المقاصدي : يقصد به رأيه الذي ينقسم إلى قسمين الأول ؛ فقه الذي يكون قد أختاره من مترجمة بين البيانات التابعين، في القسم الآخر الآراء التي قادها وفق ما علم، وينطوي هذا الرد وفق قاعدة جلب المصالح، ودرء المفاسد شول المقاصد التي تدار الشيراة الإسمية.

الفرع الأول : تعظيم الامام مالك للحديث النبوي الشريف[2]

تعظيم مالك للحديث كان مالك اشد تعظيما لحديت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان إذا جلس للفقه جلس كيف كان ، و إذا أراد الجلوس للحديث اغتسل و تطيب ولبس أحسن ثيابه وتعمم و قعد على منصة بخشوع وخضوع ووقار ،و يبخر المجلس بعود من أوله إلى فراغه أدبا مع المصطفى صلى الله عليه وسلم ،

حتى بلغ من تعظيمه أنه لدغته عقرب و هو يحدث ست عشر مرة فصار يصفر و يتلوى حتى فرغ المجلس و قال : صبرت إجلالا للمصطفى صلى الله عليه وقال : أحب أن أعظم حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم ، ولا احدث . سلم به إلا عن طهارة متمكنا ، وكان يكرهان يحدث في الطريق و هو قائم أو يستعجل فقال : أحب أن أتفهم ما احدث به عن رسول الله صلى الله عليه و سلم من صور التعظيم لسيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : فمن صور التعظيم السيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خفض الصوت في حضرته الشريفة وهذا يشمل عند ذكر حديثه الشريف وسيرته العطرة، وعند قراءة شمائله الشريفة، وذلك لقوله تعالى: {واعلموا أن فيكم رسول الله، فسيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فينا بشرعه وبسنته وبشمائله وبسيرته، فإذا ما ذكر صلى الله عليه وسلم وجب تعظيمه كأنه حي فينا صلى الله عليه وسلم . الإمام مالك رحمه الله تعالى وذكره لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : فهذا الإمام مالك بن أنس رحمه الله تعالى صاحب المذهب المشهور، ما كان يحدث بحديث سيدنا رسول الله صلى

[1] أ.أحمدبوكريطة، الإمام مالك بن أنس فقيه ومحدثا، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، المرجع السابق ، ص 91.
[2] المرجع نفسه، ص92.

الله عليه وسلم إلا وهو على وضوء، إجلالا له صلى الله عليه وسلم . ويقول طرف: كان مالك إذا أتاه الناس خرجت إليهم الجارية فتقول لهم: يقول لكم الشيخ: تريدون الحديث أو المسائل؟ – يعني تريدون قراءة الحديث الشريف وسماعه، أو تريدون المسائل الفقهية؟ – فإن قالوا: المسائل، خرج إليهم وأفتاهم، وإن قالوا: الحديث، قال لهم: اجلسوا، ودخل مغتسله واغتسل وتطيب ولبس ثيابا جدا ولبس ساجه[1].

(وهو الطيلسان) وتعمم، ووضع على رأسه رداءه، وتلقى له المنصة فيجلسعليها، وعليه الخشوع، ويوضع ع فلا يزال يبخر بالعود حتى يفرغ من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقول عبد الله بن المبارك رحمه الله: كنت عند مالك وهو يحدثنا فلدغته عقرب – وهو يحدث حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم – ست عشرة مرة، وهو يتغير لونه ويصفر ولا يقطع حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغ من المجلس وتفرق الناس عنه قلت: يا أبا عبد الله لقد رأيت اليوم منك عجبا . فقال: نعم، لدغتني عقرب ست عشرة مرة، وأنا صابر في جميع ذلك، إنما صبرت إجلالا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم [2].

أما حالنا اليوم فكيف؟ هكذا كان السلف الصالح رضي الله عنهم، والإمام مالك صورة رائعة من صور السلف في تعظيمهم لحديث سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، أما حالنا اليوم فكما ترون، ربما أن ترى الواحد منا جالسا في مجلس يتلى في القرآن العظيم وحديث سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإذا ما جاءهاتف قام مسرعا وقطع سماع الحديث الشريف أو سماع تلاوة القرآن العظيم.ياسبحان الله! {أتستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير{ جاء في كتاب الشفا بتعريف حقوق المصطفى صلى الله عليه وسلم للقاضي عياض أن أبا جعفر المنصور ثاني خلفاء العباسيين ناظر الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه في مسجد سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له مالك: يا أمير المؤمنين لا ترفع صوتك في هذا المسجد، فإن الله تعالى أدب قوما فقال: {يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت

[1] أ.أحمدبوكريطة، الإمام مالك بن أنس فقيه ومحدثا، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، المرجع السابق ، ص92.

[2] المرجع نفسه، ص91.

الأبي ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون} الآية، ومدح قوما فقال: {إن الذين يغضون أصواتهم عند رسول الله أولئك الذين امتحن الله قلوبهم للتقوى لهم مغفرة وأجر عظيم} الآية، وذم قوما فقال: {**إِنَّ الَّذِينَ يُنَادُونَكَ مِن وَرَاءِ الْحُجُرَاتِ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ**}[1] ، وإن حرمته ميتاكحرمته حيا، فاستكان لها أبو جعفر وقال: يا أبا عبد الله، أستقبل القبلة وأدعو أم أستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ طلب فتيا :وهنا أقف مع طلب الفتيا من الإمام مالك رحمه الله تعالى، وكيف كان يفتي الإمام مالك رحمه الله تعالى؟ الإمام مالك رحمه الله تعالى كان يتحرز أن يخطئ في فتاويه، ولذلك كان يقل الجواب ولا يكثر، لأنه يعلم أن هذا العلم دين، ولا يصح أن يقول في دين الله من غير حجة، وكان يبتدئ إجابته بقوله: ما شاء الله ولا قوة إلا بالله، وكان يكثر من قول: لا أدري، وكان يعقب كثيرا فتواه بقوله: {إن تظن إلا ظنا وما نحن بمستيقنين، فقال: ولم تصرف وجهك عنه وهو وسيلتك ووسيلة أبيك آدم عيه السلام إلى الله تعالى يوم القيامة؟ بل استقبله واستشفع به، فيشفعه الله، قال الله تعالى: "ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاؤوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله وابا رحيما"[2].

الفرع الثاني : موطأ الإمام مالك والقواعد المعتمدة في تأليفه

تأليف مالك الموطأ – :وقد ذكر العلماء أن تأليف الإمام مالك " الموطأ " إنما كان باقتراح من الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور – عبد الله بن محمد ولد سنة 95 ، وتوفي سنة 158 رحمه الله تعالى – في قدمة من قدماته إلى الحج دعاه المنصور لزيارته فزاره فأكرمه أبو جعفر وأجلسه بجانبه وسأله أسئلة كثيرة فأعجبه سمته وعلمه وعقله وسداد رأيه وصحة أجوبته فعرف له مقامه في العلم والدين وإمامة المسلمين فقد جاء أن أبا جعفر قال لمالك :[3] ضع للناس كتابا أحملهمعليه فكلمه مالك في ذلك – أي مانعه مالك في حمل الناس على كتابة – فقال ضعه فما أحد اليوم أعلم منك فوضع " الموطأ " فلم يفرغ منه حتى مات أبو جعفر وفي

[1] الحجرات: الآية 04

[2] أ.أحمدبوكريطة، الإمام مالك بن أنس فقيه ومحدثا، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، المرجع السابق، ص92.

[3] أ.أحمدبوكريطة، المرجع السابق، ص 93.

رواية : قال مالك : دخلت على أبي جعفر بالغداة حين وقعت الشمس بالأرض وقد نزل عن سريره إلى بساطه فقال لي : حقيق أنت بكل خير وحقيق بكل إكرام فلم يزل يسألني حتى أتاه المؤذن بالظهر فقال لي : أنت أعلم الناس فقلت : لا والله يا أمير المؤمنين قال : بلى ولكنك تكتم ذلك فما أحد أعلم منك اليوم بعد أمير المؤمنين يا أبا عبد الله – كنية الإمام مالك – ضع للناس كتبا وجنب فيها شدائد عبد الله بن عمر ورخص ابن عباس وشواذ ابن مسعود واقصد أوسط الأمور وما اجتمع عليه الأمة والصحابة ولئن بقيت لأكتبن كتبك بماء الذهب فأحمل الناسعليها فقلت له : يا أمير المؤمنين لا تفعل فإن الناس قد سبقت لهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعملوا به ودانوا له من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم وغيرهم وإن ردهم عما اعتقدوهشديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم فقال : " العمري لو طاوعتني على ذلك لأمرت به ". انتهى (هذا وما قبله من " ترتيب المدارك " للقاضي عياض [1].

فهكذا كانت نشأة الملوك في العلم في القرون الخيرة الأولى ومنه تدرك نشأة جدهم أبي جعفر المنصور في القرن الأفضل والأعلم التي أشار إليها الإمام ابن خلدون) وهو القائل لمالك حين أشار عليه بتأليف " الموطأ " : يا أبا عبد الله إنه لم يبق على وجه الأرض أعلم مني ومنك وإني قد شغلتني الخلافة فضع أنت للناس كتابا ينتفعون به تجنب فيه رخص ابن عباس وشدائد ابن عمر – وشواد ابن مسعود – ووطئه للناس توطئة قال مالك : فوالله لقد علمني التصنيف يومئذ ". انتهى فألف مالك " الموطأ " على هذا المنهج فالموطأ معناه : المسهل الميسر (يقال في اللغة : وطؤ الموضع يوطؤ وطاءة ووطوءة : لان سهل فهو وطيء[2].

ووطأ الموضع وطيء ووطأ الفراش: دمثه ودثره والموطأ: المسهل الميسر، كما في " القاموس" والمعجم الوسيط.

[1] أ.د أحمد محمد نور سيف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، المرجع السابق، ص 135.

[2] أ.د أحمد محمد نور سيف، المرجع السابق، ص136.

القواعد المعتمدة في تأليف الموطأ : بنى الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه في تأليف كتاب الموطأ على ما استقر عليه في النسخة الأخيرة بعد التهذيب والحدف والتنقيح وهي عدة قواعد نذكرها بإيجاز:

1 ـ بنى كتابه على ما صحّ لديه من الأحاديث الصحيحة ، ولذلك عَدَّ العلماء (الموطأ) الأساس الأول للأحاديث الصحيحة.

2ـ اعتمد على فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولذلك لعدة أسباب منها : أن سيدنا عمر رضي الله عنه طالت خلافته وكثرت القضايا التي تلقاها الصحابة بالقبول والرضا والإجماع فهي جديرة بالإعتماد.[1]

3ـ اعتمد على ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لِما عُرف عنه من شدة تمسكه بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عنه ابن شهاب الزهري فيما رواه مالك : لا تعدلنّ عن رأي ابن عمر فإنه قام بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ستين سنة لم يخْفَ عليه شيء من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، وكأني بهذا القول وصية ابن شهاب لتلميذه الإمام مالك . والأخذُ بما ورد عن ابن عمر في حقيقة الأمر عند التأمل والتبصر هو الأخذ بما كان عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم

4ـ اعتمد على الذين تصدّوْا لعلم الفقه حتى عُبَّر عنهم بالفقهاء السبعة

5ـ اعتمد على أراء أهل المدينة إذ أن الإمام مالكا عاصر عددا كثيرا من التابعين الذين تلقوا مشافهة وعملا عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم.

تلك هي القواعد التي اعتمدها الإمام مالك إذا تأمل الباحث الحصيف لا يجد مندوحة من أن يقر مطمئنا أن ما أودعه في الموطأ كان قبسا من هدي سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لأن المدينة كانت منبع العلم الفقهي وعلى رجالها تدور الفتوى كلما حصلت معضلة توجهت الأنظار إلى المدينة المنورة تقصد أبناء الصحابة وأقرانهم من التابعين الذين انصرفوا انصرافا تاما للمحافظة على مبادئ الإسلام وتقرير أصوله وحافظوا على هذه السنة المطهرة بيضاء نقية

[1] أ.د أحمد محمد نور سيف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، المرجع السابق، ص97.

ليلها كنهارها فاطمأنت النفوس للأخذ عنهم وتلقي الإسلام من أفواههم مُبرّأً من الشوائب منقًّى مما يغير مشرعه الصافي .

المبحث الثاني: مرحلة رسوخ وانتشار المذهب المالكي بمنطقة المغرب العربي

تناولنا في هذا المبحث إلى مراحل انتشار المذهب المالكي بمنطقة المغرب العربي ورسوخه فيها وخاصة كيفية دخوله إلى بلاد المغرب العربي وهذا ما نجده في المطلب الأول في حين تضمن المطلب الثاني انتشار المذهب المالكي في الجزائر .

المطلب الأول: دخول المذهب المالكي إلى بلاد المغرب العربي

بدايات المذهب المالكي في المغرب والاندلس رغم الاتجاه التصاعدي في ي منحى انتشار المذهب المالكي في المغرب الأقصى منذ مطلع القرن الثاني الهجري/ الثامن الميلادي، فقد ظل هذا الانشار يتسم بالقلة والمحدودية حتى عتبة القرن الخامس الهجري/ الحادي عشر الميلادي[1]، حيث عرف آنذاك صحوة متميزة شكَّلت ظاهرة ذلك القرن، مما يستدعي تفسير هذه الصحوة وأبعادها والعوامل المحرِّكة لها.

إن اكتساح المذهب السنّي لخارطة العالم الإسلامي في القرن الخامس الهجري لم يكن نتيجة صراع عسكري تقليدي ضد المذهب الشيعي الذي كان بدوره قد اكتسح المجال الإسلامي في القرن الذي سبقه، بل عوَّلت القوى السنية في مقاومتها للتيار الشيعي على أسلوب آخر، يتجلى في إنشاء المدارس النظامية كأداة لكسر شوكة الشيعة، وإفشال مخططاتهم السياسية[2]. وقد وعى الوزير السلجوقي نظام المُلك أن تأسيس مثل تلك المدارس يُعدّ أسلوباً أكثر نجاعةً من الأسلوب الحربي لأنه يُحقِّق عن طريق الدعوة، نشر المذهب السّني وتكوين أُطرٍ من الفقهاء والدُعاة ما لا يستطيع أن يُحقّقه بحد السيف، فضلاً عما يرجى من وراء هذه المدارس

[1] أ.يوسف عسلمي، المدرسة المالكية المغربية الأولى، اعلامها، عوامل نشاتها، خصائصها، الاتجاه الحديث في المذهب المالكي، المرجع السابق، ص415.

[2] المرجع نفسه، ص416.

من إحياء للثقافة السنية، ومن ثم اعتُبرت المدرسة النظامية أول مدرسة بُنيت لتحقيق مشروع التوسع السني[1].

في غمرة هذا المد السني، بات بديهياً أن يصل إلى المغرب والأندلس المذهب المالكي، وذلك بفضل التجارة التي شكَّلت عاملا مهمّاً في التسرّب إلى تلك المنطقة. وبالمثل، شكّلت الرحلات العلمية التي قام بها علماء المغرب والأندلس من أجل التتلمذ على يد شيوخ المدارس النظامية في بغداد، رافداً آخر من روافد الصحوة المالكية في بلاد الغرب الإسلامي. ففي غمرة هذا الاكتساح السنّي، شدّ العلماء المغاربة والأندلسيون الرحال إلى بغداد، من بينهم أبو علي الصدفي، وأبو بكر الطرطوشي، وأبو بكر بن العربي، وغيرهم من العلماء الذين وجدوا المدارس النظامية في أوج إشعاعها، فتشبّعوا بآرائها، وعادوا إلى أقطارهم تحدوهم رغبة جامحة في نشر المذهب السنّي المالكي بكل الوسائل المتاحة[2].

ومع ذلك لا يأتي فهم الصحوة المالكية في المغرب والأندلس خلال القرن الخامس الهجري من دون الرجوع إلى الحقبة التي سبقتها. فمنذ عصر الأدارسة الذي بدأ من سنة 172 هـ، أخذ المذهب المالكي في التسرّب إلى داخل المغرب. وعلى الرغم من اعتناق الأمير إدريس الأول المذهب الشيعي الزيدي، إلاّ أنه لم يحاول فرضه على أهل المغرب، وفضَّل . بدلاً من ذلك . الجهاد للقضاء على جيوب المذاهب الخارجية، وكافة المذاهب ذات الطابع البدعي، أو تلك التي كانت تُعتبر من وجهة نظره مارقة وخارجة عن المألوف، وفي مقدمتها المذهب البرغواطي.

وسار ابنه إدريس الثاني على النهج نفسه، فلم يدخل معركة خاسرة مع فقهاء المالكية، بل يُستشف من بعض النصوص أنه كان متعاطفاً معهم. وحسبنا أن عهده شهد تدفق موجة من

[1] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2] أ.يوسف عسلمي، المدرسة المالكية المغربية الأولى، اعلامها، عوامل نشاتها، خصائصها ، المرجع السابق، ص417.

الفقهاء المالكيين الأندلسيين والقيروانيين الذين وفدوا على مدينة فاس، وهي فرصة اهتبلها لاستقطابهم جميعا[1].

وفي هذه الحقبة أيضاً تم إدخال كتاب الموطأ إلى المغرب، فكان لذلك أثره الكبير في تعميم المذهب المالكي وذيوعه في أوساط المغاربة. فما كاد القرن الرابع الهجري يُشرف على النهاية حتى كانت أصول هذا المذهب وفروعه قد بدأت بصماتها الأولى في مرافق الحياة العامة.

ويُخيَّل إلينا أن موقف الأدارسة المرن من المذهب المالكي جاء إفرازاً لروح الانفتاح والتسامح الفكري اللذين ميّزا فكر الأدارسة، وما تمخض عن ذلك من تقارب وانفتاح على المذاهب الأخرى. كما جاء بمثابة موقف سياسي ضد الخوارج الذين أنكروا خلافة الأمويين والعباسيين معاً. وبما أن الأندلس كانت تحت حكم الأمويين والمغرب تحت حكم العلويين الأدارسة، فقد عمل حكام المنطقتين على ترسيخ مذهب مالك نكايةً بالمذهب الخارجي. كما لا يُستبعد أن يكون لموقف الإمام مالك من ثورة محمد النفس الزكية، ووقوفه إلى جانبه، دور في دفع الأدارسة إلى العمل بمذهبه[2].

دخول المذهب المالكي إلى بلاد المغرب العربي:

يعد المذهب المالكي في منطقة المغرب العربي منذ قرون خلت مذهب الدولة الرسمي في كل من موريتانيا، المغرب، ليبيا، الجزائر وتونس ويعد واضعه إمام دار الهجرة مالك بن أنس، إمام المسجد الأكبر بالمدينة المنورة في القرن 9 ميلادي و2 للهجرة.

تاريخيًا تعد الحواضر الدينية الكبرى مثل قرطبة، فاس والقيروان أكثر المدن التي اشتهرت بنبوغ فقهاء مالكيين فيها خلال القرون الأولى وبعدها، ونذكر على سبيل الذكر لا الحصر الأئمة أسد

[1] المرجع نفسه، ص418.

[2] أ. عبد الجبار اليمان، جهود المغاربة في خدمة السنة: القاضي عياض في إكمال المعلم، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، المرجع السابق، ص541.

بن الفرات وسحنون بن سعيد التنوخي وابن أبي زيد القيرواني وابن عبد البر المالكي وابن رشد وغيرهم من الأسماء التي تركت بصمتها في مجال الفقه والفتوى.

ويعتبر الإمام سحنون (تونسي قيرواني) أول من أدخل المذهب المالكي إلى المغرب العربي، والإمام سحنون هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، أصله شامي، من حمص، ولد بمدينة القيروان سنة 160هـ وتتلمذ على أكبر علمائها[1].

كان رفيع القدر، عفيفًا، أبي النفس، رحل إلى المشرق طالبًا للعلم سنة 188هـ فزار مصر والشام والحجاز ثم عاد إلى القيروان سنة 191هـ وعمل على نشر المذهب المالكي ليصبح بذلك المذهب الأكثر انتشارًا في إفريقية والأندلس، تولى القضاء سنة 234 هـ/848م حتى وفاته في رجب سنة 240هـ، ودفن بالقيروان.

من أشهر مؤلفاته المدونة الكبرى التي جمع فيها مسائل الفقه على مذهب مالك بن أنس، وأصل "المدونة" أسئلة، سألها أسد بن الفرات لابن القاسم، فلما ارتحل سحنون بها عرضها على ابن القاسم، فأصلح فيها كثيرًا، وأسقط ثم رتبها سحنون وبوبها، واحتج لكثير من مسائلها بالآثار من مروياته[2].

سمع رحمه الله من: سفيان بن عيينة والوليد بن مسلم وعبد الله بن وهب وعبد الرحمن بن القاسم ووكيع بن الجراح وأشهب وطائفة.

انتشار المذهب المالكي في المغرب:

تذكر المصادر التاريخية أن عدد الأفارقة الذين رحلوا إلى الإمام مالك بن أنس – رضي الله عنه – في ذلك الوقت يربو على الثلاثين، وفي ذلك يقول الخشني: "كانت إفريقية قبل رحلة سحنون قد غمرها مذهب مالك بن أنس، لأنه رحل منها أكثر من ثلاثين رجلاً كلهم لقي مالكًا وسمع منه، وإن كان الفقه والفتيا في قليل منهم"

[1] المرجع نفسه، ص542.

[2] أ.يوسف عسلمي، المدرسة المالكية المغربية الأولى، اعلامها، عوامل نشاتها، خصائصها ، المرجع السابق، ص420.

ويذكر القاضي عياض في مداركه أنه قبل المذهب المالكي، كان المذهب السائد في القيروان وما وراءها من المغرب، مذهب الكوفيين 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[1].

وقد ذهب الشيخ الشاذلي النيفر إلى القول بأن علي بن زياد هو في الحقيقة المؤسس الحقيقي للمدرسة التونسية – القيروانية – بأجلى مظاهرها التي لا تزال إلى اليوم ممتدة الفروع، ثابتة الأصول، إذ هو الذي بث في المغرب –يعني الغرب الإسلامي – بكامله المالكية، فعمت جميع أقطاره بدون استثناء، وهو وإن شاركته المدرسة المصرية، فهو الذي دل عليها، ولولاه ما قصد سحنون ابن القاسم[2].

وبعد عودة الذين رحلوا لطلب العلم إلى بلادهم بدأت فكرة انتشار مذاهب فقهية معينة في بلاد المغرب خاصة مذهب أبي حنيفة النعمان ومذهب مالك بن أنس وبدرجة أقل مذهب الأوزاعي.

ثم كثر أتباع الإمام مالك وانتشروا في البلاد انتشارًا واسعًا حتى استحوذ هذا المذهب على الساحة الفقهية المغربية حتى صار لا يُفتى إلا به ولا يُولى إلا من انتسب إليه؛ وبذلك تشكل واقع متميز تمكن من القضاء على المذاهب المنافسة – أو تحجيمها على الأقل – حتى إن الرحالة المغاربة كانوا يتفاجأون من تعدد المذاهب التي يرونها في رحلاتهم إلى المشرق إضافة إلى بعض التصريحات الدالة على هذه السيادة مثلما قال ابن التبان: "لو نشرت بين اثنين ما خالفت مذهب مالك" أو مثلما تعبر عنه بعض الأمثال الشعبية الشائعة: "سيدي خليل والألفية، الحكمة ثمة مخفية" دون أن ننسى تأثر القوانين الحالية بالمذهب المالكي[3].

[1] أ.مصطفى لعروس، المدرسة المالكية الاندلسية، نشاة وخصائص، منشورات وزارة الاوقاف المغربية، 1997، ص412.

[2] د.التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الطبعة الاولى، 1430 هـ– 2009م، ص 67.

[3] المرجع نفسه، ص68.

ومما ساعد على نمو هذه العلاقة بين المغاربة والمذهب المالكي تفسير العلماء لحديث النبي – صلى الله عليه وسلم – "يُوشِكُ أَن يَضرِبَ النَاسُ أَكبَادَ الإِبِلِ يَطلُبُونَ العِلمَ فَلاَ يَجِدُونَ أَحَدًا أَعلَمَ مِن عَالِمِ المَدِينَةِ" فقد قال العلماء إن مالكًا بن أنس هو المقصود بالحديث، وكان هذا التفسير بمثابة الحجة الشرعية الدالة على مبلغ علم الإمام مالك، وهذه الميزة لا تتوفر لأي مذهب من المذاهب الأخرى.

مميزات المدرسة المالكية:

إن من مميزات هذه المدرسة إذا تتبعناها نراها كثيرة، وأهمها تلك التي ترتبط بالأصول فهي: مدرسة انبتت على فقه الموطأ، المؤسس على الدعائم الصحيحة من الحديث والآثار وغير ذلك مما وقف عليه مالك بن أنس وبنى عليه مذهبه المدعم بما عليه الجماعة بالمدينة المنورة، ولشدة حرص هذه المدرسة على اتباع هذه الأصول كان منهجهم تصحيح الروايات، وبيان وجوه الاحتمالات، مع ما انضاف إلى ذلك من تتبع الآثار، وترتيب أساليب الأخبار، وضبط الحروف على حسب ما وقع في السماع[1].

ولقد لقيت المدرسة القيروانية التونسية من جور العبيديين واضطهادهم الكثير، إلا أنها كافحت في سبيل البقاء، وصمدت لكل عوامل الظلم والاستبداد، حتى إذا ضعفت دولة العبيديين، ظهروا وفشوا عليهم، ونشروا المصنفات الجليلة، وقام منهم أئمة جلة، طار ذكرهم بأقطار الأرض، ولم يزل الأمر على ذلك إلى أن خرجت القيروان وأهلها، وجهاتها، وسائر بلاد المغرب مجتمعة على هذا المذهب، لا يعرف لغيره قائم[2].

من أهم أوائل مؤلفات المدرسة المالكية القيروانية

يأتي في أوائل مصنفات المدرسة المالكية القيروانية مجموعة من الكتب أهمها :

[1] د.غوراب سعد، ابن عرفة والمذهب المالكي بإفريقيا في القرن 8هـ / 14م (ترجمة ابن عرفة)، تعريب أحمد بخاري الشتيوي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص88.

[2] المرجع نفسه، ص89.

1- الموطأ للإمام مالك بن أنس:

ومعلوم أن الموطأ أصح كتب المذهب وأشهرها وأقدمها وأجمعها، وقد اتفق السواد الأعظم من الملة على العمل به والاجتهاد في روايته، ومن اليقين أنه ليس بيد أحد اليوم كتاب في الفقه أقوى من الموطأ، لأن فضل الكتاب، إما أن يكون باعتبار المؤلف، أو من جهة التزام الصحة، أو باعتبار الشهرة، أو من جهة القبول، أو باعتبار حسن الترتيب، واستيعاب المقاصد ونحو ذلك، وكل ذلك يوجد في الموطأ.

2- المدونة الفقهية الكبرى للإمام سحنون بن سعيد 240هـ

تعتبر المدونة من أمهات كتب المذهب المالكي، كما لا يعرف عن كتاب في المذهب بعد الموطأ نال من الإطراء والتقدير ما نالته المدونة على ألسنة المتقدمين والمتأخرين، فهي أصل علم المالكيين، بل هي عندهم ككتاب سيبويه عند أهل النحو، وككتاب إقليدس عند أهل الحساب، ويروى أنه ما بعد كتاب الله أصح من موطأ مالك، ولا بعد الموطأ ديوان في الفقه أفيد من المدونة.

ومما أهل المدونة لهذه الرتبة المسائل التي اشتملت عليها، حتى قال أحد الشيوخ على سبيل المبالغة "ما من حكم نزل من السماء إلا وهو في المدونة".

وقد تداولتها أفكار أربعة من المجتهدين: مالك بن أنس وعبد الرحمن بن القاسم وأسد بن الفرات وسحنون بن سعيد، ومما ينقل عن سحنون قوله: "عليكم بالمدونة فإنها كلام رجل صالح وروايته"، كان يقول أيضًا: "إنما المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن من القرآن، تجزئ في الصلاة عن غيرها، ولا يجزئ غيرها عنها"[1].

"أفرغ الرجال فيها عقولهم وشرحوها وبينوها، فما اعتكف أحد على المدونة ودراستها إلا عرف ذلك في ورعه وزهده، وما عداها أحد إلى غيرها إلا عرف ذلك فيه، ولو عاش عبد الرحمن أبدًا ما رأيتموني أبدًا".

[1] د.غوراب سعد، المرجع السابق، ص93.

وهي في المرتبة الثانية بعد الموطا، وفي ذلك يقول شيخ المغرب أبو محمد صالح (ت631هـ): "إنما يفتى بقول مالك في الموطأ، فإن لم يجد في النازلة فبقوله في المدونة، فإن لم يجد فبقول ابن القاسم فيها، وإلا فبقوله في غيرها، وإلا فأقاويل أهل المذهب".

3- كتاب المجموعة لمحمد بن إبراهيم بن عبدوس 260هـ

وابن عبدوس من تلاميذ الإمام سحنون، والمجموعة كتاب شريف على مذهب الإمام مالك وأصحابه كالمدونة في نحو الخمسين كتابًا، أعجلته المنية قبل تمامه، والمجموعة أشهر مؤلفات ابن عبدوس، وأكثرها تداولاً في المذهب.

وكتابه هذا، يعتبر خامس كتب الدواوين، وهي كما يقول القاضي عياض: "كتاب رجل أتى بعلم مالك على وجهه".

4- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات

وهو كتاب مشهور، أزيد من مائة جزء، ويعتبر بمثابة تلخيص للكتب الفقهية الهامة للمذهب المالكي حتى ذلك الوقت؛ حيث جمع جميع ما في الأمهات من المسائل والخلاف والأقوال، فاشتمل على جميع أقوال المذهب وفروع الأمهات كلها.

وعلى العموم، الكتاب عبارة عن موسوعة فقهية شاملة، تضم الفقه وفنونًا أخرى، وهو كما يقول المرحوم أبو الأجفان في مقدمة كتاب الجامع: "فبالإضافة إلى النقول الفقهية، والفقه المقارن داخل المذهب، فإن في هذا الكتاب شذرات من الأخبار والسير، وآراء مالك في العقيدة، ووصفًا لأحداث وأدوات، مما كان متعارفًا في عهد الإسلام الأول، مما يجعل منه مادة صالحة للباحث التاريخي الاجتماعي[1]".

الواقع الحالي للمذهب المالكي في المغرب العربي

بعد أن شهد المذهب المالكي أهم فترات قوته في منطقة المغرب خلال القرون الأولى وصولاً إلى القرن الـ 13 للهجرة والـ 19 ميلادي تقريبًا، شهدت خدمة المذهب والاعتناء به

[1] د.غوراب سعد، المرجع السابق، ص 94.

وبروز علماء مالكيين جدد تراجعًا كبيرًا لعدة أسباب يبقى من أهمها الاحتلال الأجنبي الذي شهدته المنطقة مع نهاية القرن الـ 19[1].

يعد المذهب المالكي المذهب الرسمي لدول المغرب العربي اليوم لكن خدمته واعتناء الدول به لا يكاد يذكر وهو ما تسبب في عدم بروز أعلام مالكية معاصرة شبيهة بالعلماء السابقين من أمثال الإمام خليل ابن إسحاق صاحب المختصر وشراحه وغيره.

فمن الفقهاء المالكيين المغاربة المعاصرين في المغرب العربي يذكر البعض:

في المغرب الأقصى الشيخ الدكتور محمد الروكي، والشيخ الدكتور سعيد الكملي، والشيخ حسن الكتاني والشيخ محمد أبو خبزة المغربي والشيخ مصطفي البيحياوي وغيرهم كثير.

أما في تونس، فالشيخ الحبيب بن طاهر صاحب كتاب الفقه المالكي وأدلته وفي ليبيا الشيخ الصادق الغرياني صاحب كتاب مدونة الفقه المالكي وأدلته أما الجزائر فالشيخ محمد الطاهر آيتعلجات الجزائري صاحب شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني والشيخ بن حنفية العابدين من محققي المذهب وله فيه مشاركات وشرح لمتن الرسالة سماه العجالة في شرح الرسالة[2].

ورغم قلة علماء المالكية في هذه البلدان المغاربية ظلت موريتانيا محافظة على تقاليدها في الاعتناء بالفقه المالكي وخدمة المذهب وتكوين دعاة وعلماء مالكيين ويبقى أبرز أعلام المالكية في موريتانيا الشيخ محمد سالم بن عدود رحمه الله والشيخ محمد الحسن الددو الشنقيطي والشيخ عبد الله بن بيه والشيخ محمد المختار الشنقيطي والشيخ محمد سيدي الحبيب.

[1] د.الهنتاتي نجم الدين، المذهب المالكي بالمغرب الإسلامي، بتر الزمان، تونس، 2006، ص35.

[2] د.عمرالجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في المغرب الإسلامي، الدار البيضاء، منشورات عكاظ، 1987م، دون صفحة.

المطلب الثاني: انتشار المذهب المالكي في الجزائر

كان لازدهار الحواضر العلمية في المغرب الادنى والأقصى الأثر البالغ في بروز علماء من المغرب الأوسط (الجزائر) كان لهم الدور البارز في التمكين للمذهب المالكي والدفاع عنه خاصة مع ظهور الدولة العبيدية والموحدية، ومع تولي المالكية القضاء في المغرب وإفريقية استطاع المذهب أن يتبوأ مقاما عاليا.[1]

المدرسة المغربية: لم يكن المغرب الاوسط في منأى عن واقع الحياة العلمية التي عليها جيرانه من المغرب الاقصى والادنى إذ هي امتداد لها وينبوع واحد لا تفصله الحدود السياسية المعاصرة، فكان المغرب وإفريقية كلها ذات واقع علمي موحد اشتراك روادها وأئمتها في الشيوخ الذين أخذوا عن مالك أو عن تلامذة مالك، ممن نقلوا الموطأ والمدونة، منهم علي بن زياد، وعبد الرحيم بن الأشرس، والبهلول بن راشد، وعبد الله بن غانم، أسسوا للمغرب كله مرجعية علمية فقهية مالكية، ثم انتقل الأمر إلى عالمين كبيرين :أسدا بن الفرات صاحب (الأسدية، وسحنون (صاحب المدونة عن مالك، ثم من بعدهم ابن أبي زيد)(ترتيب المدارك، القاضي عياض ولأن الأمر يتعلق بالمغرب الأوسط تحديدا سأحاول أن أبين أشهر أعلامه المالكية الذين مكنوا للمذهب ، ونصروه ودافعوا عنه خاصة في العصور الأولى من وجوده في إفريقية، ويمكن الحديث عن هذا تحت عنصرين اثنين:

الأول : من جانب التأليف والتدريس، ويلحق به القضاء أيضا.

الثاني : من جانب الدفاع والردود على المخالفين.

أولا :خدمة أعلام الجزائر للمذهب المالكي من جانب التأليف والتدريس والقضاء:

لقد بدأ علماء المالكية في التأليف مبكرا منذ العهد الأول، خاصة تدوين مسائل الإمام مالك الفقهية والعقدية وظهر ذلك من خلال المدونة وغيرها، كما اهتموا بنقل الموطأ ونشره وشرحه، منذ دخوله إلى المغرب عن طريق علي بن زياد التونسي ،إلا أن تعاقب الدويلات

[1] د.عمرالجيدي، المرجع السابق.

المنشقة عن الخلافة العباسية في المشرق سواء المؤيدة لها أو المستقلة عنها جعل المذهب المالكي يتراوح بين المد والجزر، وبين و الظهور أحيانا والانحصار أحيانا أخرى حسب عقيدة وفقه تلك الدول التي ظهرت في المغرب، ويمكن عرض حالة المذهب من حيث التأليف والشرح والتدريس والانتشار ومن خلال ذلك نبين الأزمات التي تعرض لها. لقد عايش المذهب المالكي في المغرب الأوسط عدة دول: الرستمية والإدريسية، والأغلبية، ثم العبيدية، ثم الصنهاجية، ثم الحمادية والمرابطين والموحدين: كان المذهب الإباضي الخارجي هو المذهب الرسمي للدولة، فنصرته ودعت إليه ونشرته، واستقدمت ونسخت كتب علمائها[1]، ومكنت لهم في المساجد والأماكن العامة، ودعت لمناظرة علماء المذاهب الأخرى، وهذا شأن كل دولة قامت على مذاهب ونحل معينة تعتقد أنها الناصرة للدين والملة والكتاب والسنة، غير أن المذهب الحنفي والمالكي لا يزال منتشرا بين أظهرهم وكان بالمملكة التيهرتية مذاهب غير الإباضية؛ منها الصفرية. والعراقيون الشهيرون: » قال العلامة المبارك الميلي بالرأي والقياس، والحجازيون الشهيرون بالسنة والأثر، ولهذه الطوائف مساجدها وعلماءها وحلق دروسها، وكانوا «بتيهرت يجتمعون للمناظرة والمباحثة في دائرة الأدب وقانون العلم بغاية الحرية مجتمعون للمناظرة والحرية. وحاله، ولو رأوه رافعا ولا يمنعون أحدا من الصلاة في مساجدهم ولا يكشفونه عن حاله، ولو رأوه رافعا :»ونقل عن ابن الصغير قوله «. يديه، ما خلا المسجد الجامع فإنهم إذا رأوا فيه من رفع يديه منعوه وزجروه فإن عاد ضربوه.

قلت:لأن المسجد الجامع يدل على مذهب الدولة وسلطانها، وهو جامع الإمام،ورمز من رموز ما تدين به تلك الدولة من عقيدة وفقه، ولو خلا منه ذلك لكان غيره أقرب للخلو، وكان أقربا للزوال والاندثار. ولم يمنع هذا كله من ظهور علماء المالكية إلى جانب شيوخ المذهب الإباضي الخارجي الذين كان لهم الرأي نبغ في العصر الرستمي عدد كبير من العلماء، كان شيوخ المذهب منهم بصفةخاصة » والسدد في الدولة وقد يمثلون فئة اجتماعية ذات شأن كبير

[1] د. غوراب سعد، ابن عرفة والمذهب المالكي بإفريقيا في القرن 8هـ / 14م، مرجع سابق، ص92.

في" تاهرت"، وكان بينهم علماء سنيونو مالكيون كإبراهيم بن عبد الرحمن «التنسي المالكي، وقاسم بن عبد الرحمن، وزكريا بن بكر، وابن الصغيرالمالكي[1].

وإن كانت الدولة الرستمية خارجية في عقيدتها إباضية في فقهها إلا أنها سمحتللمذهب المالكي بالظهور والانتشار ولو بنسبة معينة، للحصول على الرضا على ما تصنع نظير هذهالحرية الدينية في المذاهب، وليس رغبة في المالكية و عقيدتهم السنية ولكن حفاظا على جمع قلوب علمائهم وعامتهم علىان هذه الدولة، وتجنبا للصدامات والخلافات التي قد تؤول إلى الثورات والنزعات التي تقض أضجاع الدولة. ومن علماء المالكية الذين برزوا في المغرب الأوسط، وقد نشروه بين الناس:

وحسد ابو الوليد لمكانته وعلمه وفضله عند الناس، وكان قوالا بالحق صادحا به، آمرا بالمعروف ينهي عن المنكر ، يغير المنكرات قدر طاقته، ويظهر ذلك من خلال فعله في قصر الامير الأغلبي.

الدولة الرستمية في المغرب الإسلامي، محمد عيسى الحريري:

علي الميلي المغربي :وكان من الفقهاء المفتين، وله ذكر في قصة جاءت و في عجائب الآثار في 206 ها استهل شهر المحرم بيوم الاثنين وفي أوائله حضر الباشا من الإسكندرية وفيه منالحوادث أن الشيخ إبراهيم : » قال الشهير بباشا المالكي بالإسكندرية قرر في درس الفقه أن ذبيحة أهل الكتاب فيحكم الميتة لا يجوز أكلها وما ورد من إطلاق الآية فإنه قبل أن يغيروا ويبدلوا في كتبهم فلما سمع فقهاء الثغرذلك أنكروه واستغربوه ثم تكلموا مع الشيخ إبراهيم المذكور وعارضوه فقال: أنا لم اذكر ذلك بفهمي وعلمي وإنماتلقيت ذلك عن الشيخ علي الميلي المغربي وهو رجل عالم متورع موثوق بعلمه ثم أنه أرسل إلى شيخهالمذكور بمصر يعلمه بالواقع فألف رسالة في خصوص ذلك وأطنب فيها فذكر أقوال المشايخ والخلافات في المذاهبواعتمد قول الإمام الطرطوشي في المنع وعدم الحل وحشا الرسالة بالحط على علماء الوقت وحكامه وهي

[1] د. غوراب سعد، المرجع السابق، ص93.

نحوالثلاثة عشر كراسة وأرسلها إلى الشيخ إبراهيم فقرأها على أهل الثغر فكثر اللغط والإنكار خصوصا وأهل الوقتأكثرهم مخالفون للملة وانتهىالأمر إلى الباشا فكتب مرسوما إلى كتخدا بك بمصر وتقدم إليه بان يجمع مشايخالوقت لتحقيق المسألة وأرسل إليه بالرسالة أيضا المصنفة فأحضر كتخدا بك المشايخ وعرض عليهم الأمرو فلطف الشيخ محمد العروسي العبارة وقال الشيخ علي الميلي: رجل من العلماء تلقى عن مشايخنا ومشايخهم لا ينكروعلمه وفضله وهو منعزل عن خلطة الناس إلا أنه حاد المزاج وبعقله بعض خلل والأولى أن نجمع بهونتذاكر في غير مجلسكم وننهي بعد ذلك الأمر إليكم فاجتمعوا في ثاني يوم وأرسلوا إلى الشيخ علي يدعونه للمناظرةفأبى عن الحضور وأرسل الجواب[1].. «مع شخصين من مجاوري المغاربة وكان لا يخاف في الله لومة لائم، كغيره من مالكية ذاك الزمان لأن الشرع كانعزيزا محمي الجناب، مقدرا مبجلا في نفوس الناس، لا يعرفون غيره من التشريعات ولا يركنون إلىالفلسفات والكلاميات، منهجهم الكتاب والسنة، ولم يكن فقه مالك إلا من هذين المصدرين الشريفين. جمع الناس إدريس » ...، أما المناطق التي كانت تحت حكم الأدارسة فقد كانت مالكية ..«.على عقيدة السلف، ودعاهم إلى الاقتصار على مذهب الإمام مالك، وجاءو بالموطأ فنشره بينهم الطبقات علماء إفريقية ،واشتهر عن أئمة الدولة الإدريسية الاعتناء بالعلم فكانوا حكاما وقضاة في نفسالوقت؛ لذا لم يكن لهم منصب القاضي، لأن الإمام إدريس الأول يجلس للحكم بين الناس، وفي سنة184هـ اختار عامر بن محمد القيسي وعينه قاضيا، وقد سمع مالك، .. وكان يحكم وفق المذهب المالكي. أما المملكة الأغلبية كانت تابعة للخلافة العباسية، التي كانتتأخذ بمذهب أبي حنيفة، فأصبحت حنفية أيضا، ولكن لا يزال يتمتع المالكية بتقدير واحترام عظيمعند الشعب، فانتشر بذلك المذهبان الحنفي والمالكي، ..وطالما شاهدنا الجدل الاختلاف بين أتباعهماحتى صار إلى البطش بالمخالفين إلى حد القتل، لكن المالكية تصلبوا في التمسك بموقفهم حتى النهاية. فكان الحكام على المذهب الأول والأفارقة وزعماؤهم على المذهب الثاني،

[1] د.محمد شفيق، البحث العلمي مع تطبيقات في مجال الدراسات الإجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص296.

فبطشبهم الحكام فزاد ذلك منتقدير الناس لهم . قلت :ومن هنا بدأ أهل المغرب بالاهتمام بمذهب مالك والتمسك به أشد التمسكا ورأوا في الخروج عنه خروجا عن الدين والعقيدة الصحيحة، فأصبح بذلك المرجعية الفقهية والعقديةللناس في تلك البلاد. وكانت العقائد و مباحث أصول الدين بعيدة عن الآراء الفلسفية والمذاهب[1].

الاعتزالية... وقد منع القاضي الصلاة خلف المتكلمين الذين يجادلون في الصفات ..ولما أصبح الاعتزال هوالمذهب الرسمي للدولة العباسية أرغم الأغالبة الناس على هذا المذهب،.. ولكن ذلك لم يمنع الأغلبية الساحقة منالتمسك بعقائد أهل السنة والعمل على مذهبي الإمامين مالك وأبي حنيفة .

ومن العلماء الفضلاء أيضا: أبو محمد عبد الله التاهرتي :وكان فاضلا عابدا، وكان يشير إلى المحبةوالشوق ، دولة الأدارسة بالمغرب، سعدون نصر الدين.

توفي سنة 285/ أبو عبد الرحمن بكر بن حمادو كان بتاهرت من حفاظ الحديث وثقات المحدثين المأمونين، سمع بالمشرق ابن مسدد وعمرو بن مرزوق وبشر بن حجر، وبإفريقية ابنسحنون وغيرهم، وسكن تاهرت وبهالا تكدره الدلاء وكأنه إنما يجيب من الكتاب فقال السكاكيني :لو قام الناس علىرؤوسهم لهذا الرجل لكانقليلا وذكر المالكي جملة من العلماء والزهاد الذين جاهدوا بني عبيد في واقعة " واديالمالح"، لما رأوا كفرهم ومروقهم عن الدين والشريعة، منهم :أبو العرب بن تميم، أبو عبد الملك مروان بنمنصور، وأبو إسحاق السبائي، وأبو الفضل الم م سي، أبو سليمان ربيع القطان في عصر بني عبيد حاولوا نشر عقائد الإسماعيلية الروافض بين أهل المغربالأوسط وغيرهم، فاستجاب بعضهم ورفض آخرون، وكان فقهاء المالكية على الخصوص في محنة عظيمة مع هؤلاء الروافض من الشيعة إلى سنة 457هـ، حيث اختلف حماد بن بلكين على باديس وفسدت ذات البين بينهما فأعلنوحماد برفض عقائد الروافض وإلغاء مذهب الشيعة والتمسك بمذهب أهل السنة، فانقطعت بذلك

[11] د. محمد شفيق، المرجع السابق، ص297.

دعوتهم بالجزائر، ... وانتهز المعز بن باديس هذا الموقف فأعلن انفصاله عن الدولة العبيدية، فانتحل يومئذ مذهب أهلالسنة وحمل الناس على مذهب الإمام مالك ومنعهم من تعدد المذاهب.. وأمر بإخراج حتى أصحاب أبيو حنيفة السنيين ، فلما وطن أركان دولته حارب الشيعة واستأصل شأفتهم، وقضى على نحلتهم،: فكان بذلك أعظم خدمة قدمها للمغرب كله، وللمذهب المالكي أيضا، فقد شارك في محاربتهم العلماءوالزهاد والعباد، فاقتتلوا مقتلة عظيمة فكانت هذه الحركة الدينية الفقهية بالمغرب »، فخربوا ديارهم ومحوا آثارهم وشردوهم وفرقوا جمعهم وصفوفهم « . العربي حركة قوية نشطة أكثر ما خدمت فقه مالك واستقلال البلاد وقد ظهر في هذه المدة أشهر علماء الجزائر ممن خدموا السنة النبوية والمذهبالمالكي على وجه الخصوص، فشرحوا" الموطأ"، و"المدونة "ودرسوا كتب المالكية المشهورة" كالتلقين "[1]وغيره، خاصة مع ظهور الدولة الحمادية 550 ه كانوا على مذهب مالك يدرسون" الموطأ "و "المدونة "و"التلقين بجايةوعقيدتها عقيدة أهل السنة والجماعة... إلا ما شذ منها من سكن جبال بجاية منأهل كتامة، فإنهم على مذهب الشيعة، .. كما أن أهل جبال أوراس وباغاية وإحدى مدن بنطيوس كانوا علىرأي الخوارج[2]، ويعرفون بالواصلية إباضية المذهب، أما أهل تهودة بالجنوب الشرقي من مدينة بسكرة فهم يومئذ على ذهب إليه أهل العراق من «الأحناف وأشهر العلماء الذين فقهوا أهل الجزائر ونشروا علم مالك، وأحمد بن علي بن أحمد بن محمد بن عبد الله الربعي الباغائي و المقري،ان يكنى أبا العباس، رقاه المؤيد باللههشام بن الحكم في دولته الثانية إلى خطة الشورى بقرطبة مكان أبي عمرالإشبيلي الفقيه، وكان من أهل العلم والفهم والذكاء وكان لا نظير له في علوم القرآن والفقه على مذهب مالك، رويبمصر عن أبي الطيب بن غلبون . وأبي بكر الأدفوبي، وتوفي لإحدى عشرة ليلة خلت من ذي القعدة. وأبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي :من أئمة المالكية بالمغرب،والمتسمين في العلم، المجيدين للتأليف،

[1] د.محمد الروكي، كتاب كيف دخل– كتاب " المغرب المالكي... لماذا؟ "، منشورات وزارة الشؤون الدينية والاوقاف 2003م، ص230.

[2] د.محمد الروكي، المرجع السابق، ص232.

أصله من المسيلة، وقيل من بسكرة .كان بطرابلس، وبها أملي كتابهفي شرح الموطأ ثم انتقل الى تلمسان، وكان فقيه أ فاضلا متفنن أ مؤلف ا مجيدا، له حفظ من اللسان والحديث

والنظر، أخذ عنه أبو عبد الله البوني، و عليه تفقه، وألف كتاب" النامي في شرح الموطأ" و"الواعي فيالفقه"، و"النصيحة في شرح البخاري"، و"الإيضاح في الرد على القدرية"، و"كتاب الأصول"، وكتاب"البيان"، وكتاب" الأموال"، وغيرذلك . قال القاضي عياض :وبلغني أنه كان ينكر على معاصريه من علماء القيروانسكناهم في مملكة بني عبيد،وبقاؤهم بين أظهرهم وأنه كتب إليهم مرة بذلك . فأجابوه أسكت لا شيخ لك، أيلأن درسه كان وحده، ولم يتفقه في أكثر علمه عند إمام مشهور، وإنما وصل الى ما وصل بإدراكهويشيرون أنه لو كان له شيخ يفقهه حقيقة الفقه لعلم أن بقاءهم مع من هناك من عامة المسلمين تثبيت لهم علىالإسلام، وبقية صالحة للإيمان، وأنهم لو خرج العلماء عن إفريقية لتشرق من بقي فيها من العامة الألف والآلاف فرجحوا خير الشرين.

أبو عمرون الوهراني، 425 هـ : عبد الله بن يوسف بن طلحة بن عمرون الوهراني، يكنى أبا محمد. قدم الأندلس تاجرا سنة تسع وعشرين وأربع مئة، وسكن إشبيلية وقت السيل الكبيرفي ذلك العام . وكان من الثقات له رواية واسعة عن شيوخ إفريقية أبي محمد ابن أبي زيد ونظرائه. وكان له علمبالحساب والطب، وكان نافذافيها . أبو عبد الملك مروان بن محمد الأسدي البوني، فقيه مالكي من أعيانأصحاب أبي الحسن القابسي، له كتاب في شرح الموطا، وأصله من الأندلس انتقل إلى إفريقية فأقام ببونة فنسبإليها، ومات قبل سنة 115 هـ،و أخذ الفقه والحديث من تونس وفقه الناس بعنابة . عبد الله بن حمو أصله من المسيلة، يكنى أبا محمد. كانت له معرفةو بالأصول والفروع، واستوطن المرية وقرىء عليه بها . وتوفي سنة ثلاث وسبعين وأربع مئة[1] .

[1] د.كشيط عز الدين، المدرسة المالكية في الجنوب الجزائري ضمن فعاليات الملتقى الخامس للمذهب المالكي بعنوان " المدرسة المالكية الجزائرية"، ص160-161.

وأما في عصر المرابطين فكانت الحياة العلمية والثقافية مزدهرةإذ كانوا أقرب إلى مذهب-المالكي؛فكانتكتبالمالكيةتدرسفيالحواضرالعلميةمنها: الموطأ، والصحيحين، والرسالة لابن أبي زيد، والتلقين، والتهذيب للبردعي، والاستذكار.. أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي :وهو بن بنت اللخمي قيرواني نزل سفاقس تفقه بابن محرز وأبي الفضل بن بنت خلدون وأبي الطيب والتونسي والسيوري . وظهر فيأيامه وطارت فتاويه وكان السيوري.

يسيء الرأي فيه طعن أ عليه. وكان أبو الحسن فقيه أفاضلا دين أمتفنن ا ذا حظ من الأدب وبقي بعد أصحابه وفحاز رياسة إفريقية جملة وتفقه به جماعة من أهل صفاقس أخذ عنه أبو عبد الله المازري وعبد الحميد الصفاقسيوعبد الجليل بن مفوز وله تعليق كبير على المدونة سماه" :التبصرة "مفيد حسن .توفي سنة ثمان وسبعينوأربعمائة . أبو محمد عبد السلام: الذي استقر بتلمسان ومات في الدولة المرابطية . ولما جاءت دولة الموحدين، (ه 668ه)نبذوا مذهب مالك ودعوا إلىالاجتهاد والتمسك بظاهرالنصوص، فكانوا أول من أدخل المذهب الأشعري إلى المغرب الإسلامي، فتمانتصار الأشاعرة على السلفية، ولمينصرها إلا أفراد قليلون . ورغم سيطرة الموحدين على شؤون الحياة العلمية، إلا أنه لم يمنع من وجودعلماء مالكية حافظوا على شموخ المذهب في المغرب الأوسط، منهم[1]:

أبو عبد الله محمد بن علي ابن الرمامة 680ه ولد في بجاية، وله" التبيينفي شرح التلقين"، و"تسهيل .المطلب في تحصيل المذهب"، كان ميالا إلى مذهب الشافعي . إبراهيم بن يحي بن محمد بن موسى، العلامة المتوفي660ه ،كان فاضلا صالحا، ورعا، بارعا في العلوم فيمجلدات، أحسن فيه ما شاء .ودرس، وأعاد، وأفتى، وحدث عن: أبي الحسينعلي ابن البناء70. ويمكن القول من خلال ما سبق عرضه إن المذهب المالكي أبي أن يخرج منالمغرب رغم النكبات والمحاربات التي تعرض لها مع سائر تلك الدويلات التي عرضنا تاريخها معه، فهو يكبوأحيانا وينشط أحيانا أخرى، حتى تمكن من استعادة المكانة التي يتبوأها في قلوب كل

[1] د.كشيط عز الدين، المرجع السابق، ص 162.

المغاربة إلى وقتنا الحاضر،رغم أن الدولة العثمانية كانت حنفية المذهب، ولكن خمد بخمودها وذهابها من إفريقية[1].

ولما جاء ابن الحاجب 610هـ، ولخص المذهب ونقح فصوله عكف الناس على كتبه حفظا وشرحا وتلقينا،فكان لأهل المغرب مرجعا في المذهب الملكي إلى أزمان متأخرة جدا، قال ابنابن خلدون :ولما جاء كتاب أبي عمرو بن الحاجب لخص فيه طرق أهل المذهب في كل باب وتعديد أقوالهم فيو كل مسألة فجاء كالبرنامج للمذهب .. ولما جاء كتابه إلى المغرب آخر المائة السابعة عكف عليهالكثير من طلبة المغرب وخصوصا أهل بجاية لما كان كبير مشيختهم أبو علي ناصر الدين الزواوي هوالذي جلبه إلى المغرب فانه كان قرأ على أصحابه بمصر ونسخ مختصره ذلك فجاء به وانتشر بقطر بجاية فيتلميذه ومنهم انتقل إلى سائر الأمصار المغربية وطلبة الفقه بالمغرب لهذا العهد يتداولون قراءته ويتدارسونه لما يؤثرعن الشيخ ناصر الدين من الترغيب فيه وقد شرحه جماعة من شيوخهم ابن عبد السلام وابن رشد وابن هارون وكلهممن مشيخة أهل تونس وسابق حلبتهم في الإجادة في ذلك ابن عبد السلام وهم مع ذلك يتعاهدون كتاب التهذيبفي دروسهم والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم.

ثانيا :من جانب الدفاع والردود على المخالفين.

لم يخل عصر من عصور الإسلام من وجود طائفة من علماء المذهب يفقهونالناس به ويدرسونه، وينصرونه، وينافحون عنه، ويردون غيره من المذاهب، وقد اشتهر بعضهم في الرد على منيخالفه، وقد سبق جملة منها فيثنايا التراجم، ولا بأس أن أذكر بعضها استقلالا: كتاب" النبراس في الرد على منكر القياس "لأبي علي الحسن بن محمدالمسيلي، (ت 85 هـ).

كتاب في الرد على ابن حزم :للفقيه الصالح الولي أبو زكريا يحيى بن يحيى الزواوي، توفي ببجاية سنة إحدىعشرة وستمائة . الانتصار للسنة والرد على الطائفة الأندلسية :"لأبي القاسم بن

[1] أ.زهير قزان، إسهامات علماء التوات في مجال النوازل الفقهية ضمن فعاليات الملتقى الخامس للمذهب المالكي بعنوان " المدرسة المالكيةالجزائرية"، ص172-173.

سلطانالقسنطيني، نزيل تطوان. فاضل، وهو تأليف في "العكارين الطائفة الضالة التي لا زالت لها بقية في بلاد المغربقبيلة بني حسن[1] .

وممن كان يدافع عن السنة ويجل الإمام مالك سعيد بن الحداد(ت 352 هـ) فقدوكانت له مناظرات مع أبي عبد الله الشيعي طالما أفحمهم ورد أقوالهم وزينها وبين الحق والصواب. وكانت له مقامات في الدين مع الكفرة المارقين أبي عبيد الله الشيعي وأبي العباسأخيه وعبيد مه وقال عنه المالكي:«الله أبان فيها كفرهم وزندقتهم وتعطيلهم وكان لهؤلاء الأعلام الفضل الكبير بعد الله تعالى في نصرة السنة والمذهبالمالكي في إفريقية، حتى أصبح لا يرى إلا مذهب مالك والالتزام به، والدعوة إليه والذب عنه والتدليل المسائلة،وتخريجها، وشرحها وبيانها ولو ذهب أحد لجمع مؤلفاتهم ومناظراتهم وردودهم لكتب أسفارا كبيرة[2].

[1] أ.زهير قزان، المرجع السابق، ص175.

[2] المرجع نفسه، ص175.

خلاصة الفصل:

إن المقصود بالمرجعية الدينية هم العلماء الذين يبينون للناس عقيدتهم وفقهكتاب الله وسنة نبيه صلى اللهعليه وسلم.

إن لكل أمة مرجعية دينية يلزم الرجوع إليها لتوحيد كلمة المسلمين وجمعو شملهم وتثبيتهم على الحقوالدين، وحماية المجتمع من التفرق الديني والاجتماعي. إن للحكام والأمراء الدور البارز والحاسم للتمكين لأي مذهب أو عقيدة لذلكاوجب على من استرعاه الله أمر المسلمين أن يسوسهم بالكتاب والسنة وفهم علماء الأمة الربانيين. لقد كان لعلماء الجزائر دور بارز وهام في بلورة الفقه المالكي والدفاع عنهوتأسيس المرجعية الفقهية والعقدية لهذا البلد، للحفاظ على الهوية الإسلامية لقد مر الفقه المالكي في المغرب الأوسط بمحن عديدة حورب فيه واستبعد"ولكن بفضل ثلة من العلماء الربانيين صمد في وجه كل المذاهب والعقائد المخالفة لهدي القرآن والسنة؛ حتىتمكن له من جديد.

ويمكن القول إن المذهب المالكيعقيدة وفقها تعرض لهزات عنيفة، وامتحن أعلامه كثيرا من أمراء هذه الدولة التي حكم المغرب الإسلامي،خاصة لما التزمه لمذهب المالكي عامة الناس ووجدوا فيه النصرة للكتاب والسنة واتباع الأثر، ونبذ البدعالكلامية العقدية والطرق-الخارجية،التيظهرتبينأظهرهمورأوا أنها مخالفة للأصلين مخالفة شديدة،حيث استنكرها العلماء والفقهاء الربانيين، مما زاد من غيظ الأمراء المخالفين للمذهب فكادوا له ورموه بقوسواحدة فحاربوه واستبدلوه بغيره من المذاهب وأردوا أن بها يلزموا الناس عامتهم وعلماءهم، ولكن أبي الله للمغربإلا عقيدة مالك ومذهبه.

الفصل الثاني

تطبيقات الإجتهاد القضائي الأسري في مسائل الزواج والطلاق بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

من خلال هذا الفصل يمكن معالجة بعض النقائص التي تعد ثغرات قانونية يستوجب تداركها، وذلك تماشيا مع ما تقره أحكام الشريعة الإسلامية.

ولهذا يقتصر الحديث في هذا الفصل على معالجة أهم النصوص القانونية وعلى الخصوص المواد المعدلة المتعلقة بالتطبيق القانوني والقضائي لأحكام الزواج والطلاق ، وكذا تناول بعض آثار الطلاق التي تعد في بعض جزئيات محل اختلاف الفقهاء، كالحضانة ومسائلها المطروحة باستمرار على القضاء. وذلك بالرجوع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وإلى ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري واستقرت عليه التطبيقات القضائية، قصد معرفة مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري مع ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية أوتناوله فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم، وذلك وفق ما تتضمنه المباحث الآتية:

المبحث الأول: تطبيقات الإجتهاد القضائي في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني : تطبيقات الإجتهاد القضائي في مسائل الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج

نخصص المبحث الأول للتطبيقات القضائية المتعلقة بمسائل الزواج وقد قسمناه إلى ثلاثة مطالب يتم التطرق إليها فيمايلي:

المطلب الأول: الصداق

قامت الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة على أن المهر واجب للزوجة لإبانة شرف المحل ويجب لها بشرطين:

الأول : العقد الصحيح ، فبمجرد العقد الصحيح تستحق المرأة المهر المسمى أو المثل ، وقد يسقط كله أو بعضه ما لم يتأكد بالدخول الحقيقي أو بالموت ، أو الدخول الحكمي عند الحنفية و الحنابلة[1].

الثاني: الدخول الحقيقي: كما في حالة الوطء بشبهة أو في الزواج الفاسد، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

ودليل هذا الوجوب ما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾ **النساء الآية 04**، أي عطية ، وهذا يدل على أن المهر يجب على الرجال في الحقيقة تكرمة للمرأة وعطية من الله مبتدأ وصادرة من الزوج لتحصل الألفة والمحبة ، وإظهارا الشرف المحل و خطره حتى لا يستهان به.

2-قال تعالى: ﴿**فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا** ﴾**النساء الآية 24.**

[1] زين بن إبراهيم بن نحيم، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج3 ، ص 162.

3- ما رواه الشيخان عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه و سلم فصعد النظر فيها وصوبه، ثم طأطأ رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من الصحابة فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك با حاجة فزوجنيها، فقال: فهل عندك من شيء ؟ فقال : لا والله يا رسول الله، فقال : اذهب الى اهلك انظر هل تجد شيئا ؟ فذهب ثم رجع، فقال : لا والله ما وجدت شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: انظر ولو خاتما من حديد ، فذهب ثم رجع ، فقال لا و الله يا رسول الله ، ولا خاتما من حديد، ولكن هذا إزاري فلها نصفه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء ، و إن لبسته لم يكن عليك منه شيء "[1].

فقول النبي صلى الله عليه وسلم " انظر ولو خاتما من حديد " فيه دليل على وجوب التماس شيء يقدمه للمرأة ولو كان قليلا .

وإن كان المهر واجبا بالعقد إلا أنه ليس شرطا، ولا ركنا عند الجمهور عدا المالكية، وإنما هو أثر من آثار عقد الزواج فإذا تم العقد دون مهر صح، ووجب للزوجة مهر المثل اتفاقا.

قال الشافعي: إن عقد النكاح بغير مهر مسمى صحيح[2] .

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ **البقرة 236** .

ووجه دلالة الآية إباحة الطلاق قبل الدخول وفرض المهر، ولا يكون الطلاق إلا في نكاح صحيح فدل على أن عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج.

[1] البخاري، كتاب النكاح، ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، ج5 ص 1968.

[2] محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393هـ ، ج5 ص70 .

وما رواه الترمذي وغيره عن علقمة عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ، ولم يفرض لها صداقا ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بغت واشق ما مثل الذي قضيت ، ففرح كما ابن مسعود[1] .

وكذلك يصح للزوجة العقد مع نفي المهر كما لو قال لها تزوجتك بغير مهر، فالعقد صحيح و الشرط فاسد، فيبطل الشرط ويصح العقد ويجب مهر المثل.

قال ابن نجيم: لا يحتاج إلى ذكره (المهر) لصحة النكاح ، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها ".

أجمع الفقهاء على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد دون صداق لقوله تعالى﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ **البقرة 236** .

لكن نكاح التفويض يشمل عند الجمهور حالة الاتفاق على عدم المهر ، وعدم تسمية المهر وعند المالكية فيقتصر على الحالة الثانية ، و أما الاتفاق على إسقاط المهر.[2]

وذهب المالكية في المشهور من المذهب إلى أن الصداق ركن من أركان الزواج. قال خليل: أركان النكاح أربعة (ولي، وصداق، ومحل، وصيغة) .[3]

---

[1] سنن الترمذي ، كتاب النكاح عن رسول الله ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض ، ج3 ، ص 450.

[2] القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار شريفة الجزائر، ج2، ص 63.

[3] الشيخ خليل إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي ، فقيه مالكي ، من أهل مصر، كان يلبس زي الجند ، تعلم في القاهرة وولي الإفتاء على مذهب مالك ، له" المختصر – ط" في الفقه ، يعرف بمختصر خليل ، وقد شرحه كثيرون ، وترجم إلى الفرنسية ، و" التوضيح – خ " شرح به مختصر ابن الحاجب ، و" المناسك –خ" وغير ذلك . الزركليج2 ، ص 315 .

وقال ابن جزي[1] : أركان النكاح خمسة (الزوج، الزوجة، الولي، الصداق، والصيغة) .

وذهب بعض المحققين من المذهب الإمام الدردير وغيره إلى أن الصداق شرط للصحة وليس ركنا من الأركان.

قال الدردير : وشرط صحة النكاح أن يكون بصداق، ولو لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو يقرر صداق المثل بالدخول.

وسواء كان ركنا عندهم أو شرطا لصحته فلا يجوز الاتفاق على إسقاطه لئلا يؤدي ذلك إلى فساد العقد.

قال ابن جزي: ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا اشتراط سقوطه[2] .

وأما قانون الأسرة 84 فذهب إلى مذهب جمهور المالكية من اعتبار الصداق ركنا من الأركان جاء في المادة 9 قانون 84-11: يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة ، وشاهدين ، وصداق خلافا لقانون 2005 المعدل والذي يعتبره شرطا للصحة جاء في المادة 9 من قانون02 - 05 : يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين .

وأما المادة 9 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1- أهلية الزواج. 2- الصداق. 3- الولي.4- شاهدان.5- انعدام الموانع الشرعية .

يلاحظ أنه في التعديل الجديد لم يبق على الأركان السابقة ، إلا على ركن الرضا ويعرف عن طريق الصيغة، وما عدا ذلك فهو من شروط الصحة ومنه الصداق أخذا بقول بعض المحققين في المذهب المالكي وذلك حتى يتفادى تناقضا وقع فيه في قانون 84 أنه يعتبر

[1] ابن جزي الكلبي محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ، ابن جزي الكلبي ، أبو القاسم ؛ فقيه من العلماء بالأصول واللغة ، من أهل غرناطة ، من كتبه " القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية – ط" بتونس ، و" تقريب الوصول إلى علم الأصول" و " الفوائد العامة في لحن العامة" ، و" التسهيل لعلوم التنزيل – ط" تفسير ، و" وسيلة المسلم" في كمذيب صحيح مسلم ، و" البارع في قراءة نافع" وغير ذلك . الزركلي ، ج5ص 325 .

[2] المرجع نفسه ، ص 228.

الصداق ركن من الأركان ولا يرتب على إسقاطه البطلان ، وإنما الفسخ ، وهذا يكون مع الشرط دون الركن .

والذي يترجح ما ذهب إليه المحققون من المذهب المالكي من اعتباره شرطا للصحة وليس ركنا بدليل جواز نكاح التفويض ، ولا يشترط ذكره في المجلس لقوله تعالى:﴿ ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ **البقرة 236** .

إلا إلا أنه لايجوز الاتفاق على إسقاطه أواشتراط إسقاطه لقوله تعالى : ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾ **النساء 04.**

وذهب المالكية إلى جواز تأجيل الصداق كله أو بعضه إلى الدخول كقوله تزوجتك على مهر قدره كذا أدفعه كله أو بعضه عند الدخول، بشرط أن يكون الدخول وقته معلوما كالصيف فإن لم يكن معلوما فسخ النكاح قبل البناء ، ويثب بعد بصداق المثل .

وجاز أيضا التأجيل إلى ميسرة إن كان الزوج مليئا ، بأن كانت له سلعة يرصد بهما الأسواق أو له معلوم في وقف أو وضيفة ، أما إن لم يكن مليئا فهو كالمؤجل إلى أجل مجهول يفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل . وذهب العدوى[1] من المالكية [2]، إلى أن المنع يتعلق بتأجيله كله لا بعضه، فإذا أجل بعضه جاز .

وعلة المنع عند المالكية حتى لا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق، ولمخالفته فعل السلف[3].

---

[1] العدوي – هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، فقيه مالكي مصري ، كان شيخ الشيوخ في عصره ولد في بني عدي بالقرب من منفلوط عام 1112هـ ، وتوفي عام 1189هـ بالقاهرة ، من كتبه حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ، و حاشية على شرح القاضي زكريا على ألفية العراقي في المصطلح ، وحاشية على شرح الجوهرة لعبد السلام ، و حاشية على شرح السلم للأخضري ، وتقريرات على شرح السنوسية للمصنف . الزركلي ، ج4– ص 260 .

[2] محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عليش ، ج2، ص 309 .

[3] الدسوقي ، مرجع نفسه، ج2 ،ص 309.

وذهب الظاهرية[1]إلى أنه لا يجوز تأجيل المهر أو بعض، سواء سمي الأجل أو لم يسم . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾ **النساء 04**، فقالوا أن من شرط أن لا يؤتيها مهرها ، أو بعضه مدة فقد اشترط خلاف ما أمر الله به في القرآن .

وقوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد "[3]

وأما قانون الأسرة فذهب مذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل الصداق كله أوبعضه شريطة أن لا يكون إلى أجل مجهول ، وأن يحدد في صيغة العقد جاء في المادة 15 من قانون 05-02 : يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل.

وجاء في قرار المحكمة العليا : قرار 210422: إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند التراع يقضي للزوجة بصداق المثل.

و متى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض و القصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

---

[1] علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم ، المحلي ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ج9 ، ص 491.

[2]البخاري ، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، ج 2 ص 759

[3]البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة ، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول عليه السلام فحكمه مردود ، ج 2 ص 753.

وفي حالة حدوث خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق يؤخذ بقول الزوجة جاء في قرار المحكمة العليا تأكيدا على ذلك قرار 44058:متي كان من المقرر شرعا أنه في حالة نشوء خلاف بين الزوجين على مؤخر الصداق، يؤخذ بقول الزوجة مع يمينها إذا لم يدخل كما و بعد البناء يكون القول للزوج مع يمينه.

إذا ما تمت مخالفة هذا المبدأ، يستوجب نقض القرار الذي قضى على الزوج برد مؤخر الصداق المتنازع عليه.

وسواء أجاز التأجيل إلى الدخول أو إلى أجل معلوم ، فإنه يتعجل المؤجل من الصداق وجوبا إذا حدث الطلاق البائن بين الزوجين ، وكذلك حالة الوفاة فيثبت المؤجل في تركته إن كان المتوفي هو الزوج ، و إن كانت المتوفية هي الزوجة كان لورثتها أن يطالبوا الزوج و يكون المهر جزء من تركتها يقتسمونه فيما بينهم.

وجاء في قرار المحكمة العليا قرار45301: من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول و لم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق و من ثم فإن على القرار المطعون فيه بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

والذي يترجح في هذه المسألة مذهب المالكية من كراهة التأجيل إلى ما بعد الدخول لمخالفته لفعل الصحابة الكرام رضوان الله عليهم.

ولأن فكرة التأجيل مبنية على المغالاة في المهور إلى حد لا يمكن للزوج أن يقدمه حالا فكان الحل التأجيل ، ونجم عن هذا التأجيل إشكالات كبيرة أهمها أن المؤجل يفقد قيمته الشرائية مع مرور الزمن ، حتى إذا أرادت المرأة المطالبة به في حالة الطلاق يكاد لا يكون شيئا ذا بال ،

وخاصة في بعض البلدان التي شهدت تدهورا خطيرا في عملتها المحلية ، مما أدى إلى إشكالات كبيرة أمام القضاء ، ولذلك قبضها له قبل الدخول كما يؤكد على ذلك المالكية يمكنها من استهلاكه بقيمته رفعا لكل التباس ، أو إشكال يقمع لاحقا .

المطلب الثاني: النفقة

النفقة واجبة للزوجة لقوله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾**البقرة 233.**

وتجب بالعقد وهو مذهب الحنفية لوجود الاحتباس من المرأة، أو بالدخول ، أو دعوته إلى الدخول وهو مذهب الجمهور.

والدخول قسمان : حقيقي ، وحكمي وهو الخلوة بالمرأة أو ما يسميه المالكية بخلوة الاهتداء .

والنفقة لها مقدار تطالب المرأة به ، ولا يصح أن ترهق الزوج أو أن تطالبه بالتطليق إذا وفر لها ما هو معتبر في العرف والعادة ، ولكن الإخلال من جانبه يعرضه للمسائلة القضائية

الفرع الأول: تعريف النفقة

1- النفقة لغة :

النفقة لغة مشتقة من النفوق وهو الهلاك ، يقال نفقت الدابة نفوقا هلكت و ماتت ، و من النفاق و هو الرواج ضد الكساد ، و في الحديث الشريف " اليمين الكاذبة منفقة للسلعة ممحقة للكسب"[1] أي مظنة النفاقها ، أو النقصان والنفاذ يقال نفق ماله و دراهمه و طعامه نفقا و نفاقا نقص و قل ، و قيل فني و ذهب وأنفق الرجل إذا افتقر و منه قوله تعالى : ﴿**قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنفَاقِ ۚ وَكَانَ الْإِنسَانُ قَتُورًا**﴾ **الإسراء 100،**

[1]صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، الطبعة الثانية ، 1993 تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، ج 11 ص 271.

أي خشية الفناء والنفاذ وأنفق المال صرفه و منه قوله تعالى : ﴿**إِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ قَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا أَنُطْعِمُ مَن لَّوْ يَشَاءُ اللَّهُ أَطْعَمَهُ إِنْ أَنتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ**﴾ **يس**17 .

والنفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك ، و لا من النفاق بمعنى الرواج أو النفاذ و إنما هي اسم لما يصرفه أو ينفقه الرجل على أهله ، وعياله و نفسه ، و منه قوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ يَوْمٌ لَّا بَيْعٌ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفَاعَةٌ ۗ وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾ البقرة: 254 .

تعريف النفقة شرعا :

عرفها ابن عابدين بقوله الإدرار[1] على شيء ما فيه بقاؤه.

وعرفها ابن عرفة[2] المالكي: ما به قوام معتاد[3] حال الآدمي[4] دون سرف[5].

وعرفها الحنابلة بأنها: كفاية من يمونه خبزا و أدما و كسوة و مسكنا و توابعها.

و أما قانون الأسرة فلم يعرف النفقة وإنما اقتصر على بيان حكمها وأنواعها.

أما حكمها فورد في المادة 74 من قانون الأسرة 84: تحب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بما أو دعوا إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 – 79 – 80 من هذا القانون ،وأما أنواعها فجاءت في المادة 78 من قانون الأسرة 84 : تشمل النفقة الغذاء ، والكسوة والعلاج ، و السكن

---

[1] الأدرار : الانفاق

[2] ابن عرفة – محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، من علماء العربية ، من دسوق بمصر ، تعلم و أقام وتوفي بالقاهرة سنة 1230هـ، كان من المدرسين في الأزهر له كتب منها: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك ، و حاشية على مغني اللبيب مجلدان، و حاشية على العد التفتازاني مجلدان، و حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، حاشية على شرح السنوسي المقدمة أم البراهين. الزركلي ،ج6، ص17.

[3] معتاد : قيد يخرج منه ما ليس معتاد في قوت الآدمي كالحلوى و الفواكه فإنه ليس بنفقة شرعية .

[4] حال الآدمي : قيد أخرج به ما به قوام غير الأدمي كالتين للبهائم .

[5] دون سرف : و السرف الزائد على العادة بين الناس بأن يكون زائدا على ما ينبغي فليس بنفقة شرعية ولا يحكم به الحاكم

أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة . فالنفقة نص القانون على تنوعها حتى تلبي حاجات المرأة المختلفة .

الفرع الثاني: حكم النفقة

نفقة الزوجة واجبة على زوجها مسلمة كانت أم كافرة إن دخل كما الزوج ، أو دعته إلى الدخول عند الجمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة[1].

وذهب الحنفية[2] إلى وجوبا بالعقد ولو لم يدخل بها ما لم تمنعه من ذلك لوجود الاحتباس حكما . و دليل الوجوب الكتاب و السنة و الإجماع والقياس.

قوله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ **البقرة 233** .

ووجه دلالة الآية أن الضمير في قوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " راجع إلى قوله تعالى " والوالدات " و المراد من المطلقات ، أو الزوجات أو هما معا فبين الله سبحانه وتعالى أن نفقة وكسوة الزوجة أو المطلقة واجبة لها على المولود له و هو الزوج أو المطلق.

وأما قانون الأسرة فقد ذهب مذهب الجمهور من الاعتماد على نظرية التمكين من وجوب النفقة بالدخول ، أو الدعوة إلى الدخول خلافا للحنفية الذين تمسكوا بنظرية العقد فأوجبوا النفقة بمجرد الدخول ولو لم يدخل بها . جاء في المادة 74 من قانون 84-11: تحب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بما أو دعونا إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

[1] عبد الله بن أحمد ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1988م الطبعة الخامسة ،، ج3، ص 354 .

[2]– علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت ج 2 ص 39.

فالنفقة تجب في القانون بالدخول الحقيقي ، أو الحكمي بالمرأة ، أو استعجال الزوج إلى الدخول بما ، وأما قبل الدخول فتظل النفقة واجبة على والدها بنص المادة 75 من قانون 8411: يجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول.

الفرع الثالث: مقدار النفقة

لم يختلف الفقهاء كما سبق ذكره في وجوب نفقة الزوجة ، وإنما اختلفوا في مقدار الواجب منها على قولين:

القول الأول : قول المالكية و الحنابلة و الشافعي في القديم و بعض الحنفية[1] كالخصاف[2] أن الواجب لها عليه جميع حاجتها بما يصلح لمثلها ، وليس ذلك مقدر بقدر معين ولكته معتبر بحال الزوجين يسارا و إعسارا ، ومراعاة لحال المرأة وحال البلاد وذلك جمعا بين الأدلة[3]، فالآية الكريمة:﴿ **لينفق ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِق مِمَّا آتَاه اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّف اللَّه نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَل اللَّه بَعْد عُسْرٍ يُسْرًا﴾ الطلاق الآية07.**

راعت حال الزوج في النفقة .

وحديث هند الذي رواه البخاري عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت و هو لا يعلم فقال صلى الله عليه و سلم " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف ".

[1] عبد الله بن أحمد ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص 355 .

[2] أحمد بن عمر بن مهير الشيباني أبو بكر المعروف بالخصاف فرضي حاسب فقيه ، كان مقدما عند الخليفة المهدي بالله توفي ببغداد له تصانيف منها أحكام الأوقاف ، والحيل ، والوصايا ، و أدب القاضي ، والنفقات على الأقارب وغير ذلك . الزركلي ، ج1، ص185 .

[3] التي تراعي جانب الزوج بالنفقة الزوجية.

وقد راعي حال الزوجة بالمعروف فإن كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار، و إن كانا معسرين فالواجب نفقة الإعسار وإن تفاوت حالهما فالواجب نفقة الوسط بين الموسرين والمعسرين .

القول الثاني: قول الحنفية و الشافعية أن الواجب كفايتها بحسب حاله لقوله تعالى: ﴿ **لينفق ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِق مِمَّآآتَاه اللَّهُ لَا يُكَلِّف اللَّه نَفْسًا إِلَّامَا آتَاهَا سَيَجْعَل اللَّه بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**﴾ الطلاق الآية07، وما رواه أبو داوود عن معاربة القشيري قال أتيت النبي صلى الله عليه و سلم فقلت ما تقول في نسائنا قال: " أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون و لا تضر بوه ولا تقبحوه"[1].

لأن النفقة واجبة على الزوج و قد رضيت الزوجة بحاله فلا تطالبه بأكثر من سعته .

وأما قانون الأسرة فذهب مذهب المالكية و الحنابلة من أن النفقة يراعي في تقديرها حال الزوجين جاء في المادة 79 من قانون 84-11 : يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعيشة و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم .

فتحديد النفقة في القانون يرجع فيها إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص مع مراعاة حال الطرفين صاحبة الدعوى الزوجة ، والزوج ، وظروف المعاش ، ولا تسمع دعوى زيادة النفقة ونقصانها قبل سنة على فرضها ، لأن الأسعار لا تتغير كثيرا في أقل من تلك المدة إلا استثناء .

وجاءت التطبيقات والاجتهادات القضائية مؤكدة لذلك منها قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/04/02 ونص على ما يلي:

من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبيبه و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم

[1] قال الألباني : صحيح . محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن أبي داود ، مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة 1419هـ 1998مج1، ص 596.

القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاك القواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية .

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بما للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين ، وطبقتها الاجتماعية دون اعتبار لحالة، وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غين أحدهما أو فقر الآخر و دون اعتبار كذلك المقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية ، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب و إعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة[1].

وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 9-2-1987 : من المقرر فقها و قضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء ما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

لما كانت جهة الاستئناف في قضية الحال –قضت بتخفيض النفقة المحكوم كما للزوجة ابتدائيا دون أن تبحث عن دخل الزوج و حالة معيشة الزوجة، و دون حساب مستوىالمعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان، فإنما بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية. و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه[2] . وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-1-1989: من المقرر شرعا و قانونا إن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إذا ثبت نشوز الزوجة و من المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع

[1] قرار رقم 32779 بتاريخ 2-4-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثاني، ص 61 .

[2] قرار رقم 44630 بتاريخ 9-2-1987، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1987 ، العدد الثالث، ص 55.

تقديره قبل مضي سنة من الحكم و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة.

ولما كان ثابتا في قضية الحال – أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج و مدخوله ووسعه و المدة الزمنية التي مرت كما القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون و أحكام الشريعة الإسلامية[1]وجاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 16-3-199: من المقرر قانونا أنه في تقدير النفقة يراعى القاضي حال الطرفين و ظروف المعاش .

ولما كان ثابتا في القضية الحال – أن القرار المطعون فيه أيد الحكم المستأنف الذي قدر النفقة حسب حال الطرفين و أجاب على أن النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون و أن عدم الأخذ بشهادة الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

ولما كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2] . فإذا لم تعد النفقة تكفي لغلاء المعيشة وارتفاع الأسعار فللمرأة الحق في أن ترفع أمرها للقاضي تطلب تعديها بعد مضي سنة من فرضها كما نصت عليه المادة 78 السابقة ، ويغلب على القاضي أن يحكم لها إذا كانت التسبيب كافيا للدعوى ، وهذا ما عليه العمل قضاء .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23 ما يلي:

[1]قرار رقم 51715 بتاريخ 16-1-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد الثاني، ص 55 .

[2]قرار رقم 216886 بتاريخ 16-3-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، عدد خاص ، ص 203 .

من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم و لا يجوز الطعن بحجة الشيء المقتضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله .ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة و أجرة السكن فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

والنفقة و إن كانت مقدرة بحال الزوجين إلا أنها لا تقل على ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف ، فإذا أخل الزوج بذلك فللمرأة أن تطالبه باستكمال النفقة ولو قضاء .

جاء في المادة 78 من قانون 84-11: تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أوأجرته و ما يعتبر من الضروريات في العادة و العرف .

و تستحق المرأة النفقة من تاريخ رفع الدعوى كما نص على ذلك المشرع في المادة 80 من الأمر 11-84 : تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

وأكد ذلك القرار قرار المحكمة العلياء بتاريخ 25-12-1989 : من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من التاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمادة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله.

[1] قرار رقم 136604 بتاريخ 23-4-1996، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلية القضائية الصادرة بتاريخ 1997 العدد الثاني ص 89.

ولما كان ثابتا في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] .

فالنفقة إذا غير مقدرة بقدر معين عند فقهاء الأئمة الأربعة ، وإنما الواجب فيها كفايتها وكفايتها تكون بحسب وسع الزوج وهو مذهب الحنفية والشافعية ، وأما عند الجمهور من المالكية والحنابلة الشافعية في القديم والحنفية في قول الحصان فمقدرة بحال الزوجين جمعا بين الأدلة ، وهو ما أخذ به قانون الأسرة إلا أنه أرجع تحديد ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش .

الفرع الرابع: حكم الإخلال بالنفقة

إذا أخل الزوج بالنفقة فإما أن يكون موسرا أو معسرا ، فإن كان موسرا أمره الحاكم وأجبره على النفقة فان أبي حبسه حتى ينفق لما رواه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : " مطل الغني ظلم و إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع "[2]، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضا ، أو عقارا باعها في ذلك و بهذا قال مالك و الشافعي و أحمد و أبو يوسف و محمد من الحنفية [3].

و قال أبو حنيفة : النفقة من ماله الدنانير والدراهم ، و لا يبع عرضا إلا بتسليم منه لأن يبع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه ، أو بإذن وليه ، ولا ولاية على الرشيد و استدل الجمهور لمذهبهم :

---

[1] قرار رقم 57506 بتاريخ 25-12-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991، العدد الثالث ، ص 65 .

[2] البخاري ، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة ، ج2 ص798.

[3] ابن قدامة ، مرجع سابق، ج8 ص 164 .

1- لما رواه البخاري عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم فقال " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ، و وجه دلالة الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يفرق بين الدراهم وبين غيرها لأن ذلك ماله فتؤخذ منه النفقة كالدراهم ، و الدنانير .

2- إن الحاكم له ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على در اهمه و دنانيره و ترجع المرأة بما ترتب على زوجها في ذمته من نفقتها ولو لم يفرض القاضي لها ، وهو مذهب المالكية والشافعية، وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن رجوعها عليه بالنفقة من زمن فرض القاضي لها .

و أما إن كان الزوج معسرا فقد ذهب الحنفية إلى أنه يترك إلى ميسرة لقوله تعالى:﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾ **البقرة 280** ، ولأنه لا فائدة من حبسه حينئذ.

و أما عند الجمهور فتسقط النفقة عنه للعجز لقوله تعالى :﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَايُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**﴾ الطلاق الاية 07.

وأما قانون الأسرة فلم يعرج على هذه المسالة تاركا أمر الفصل فيها إلى قانون العقوبات الذي يعتبر أن الإخلال بالنفقة جريمة يعاقب عليها القانون إذا توافرت أركانها جاء في المادة 331 من قانون العقوبات 04-15 " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، أو أداء كامل قيمة النفقة المقرر عليه إلى زوجة ، أو أصوله ، أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ، ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك ، أو الكسل ، أو

السكر عذرا مقبولا من المدين في آية حالة من الأحوال. فالقاضي يحكم بالعقوبة المقررة في القانون إذا توافرت أركان الجريمة الثلاث[1]:

أولا : وجود حكم قضائي نهائي

إن أول شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لتطبيق المادة 331 عقوبات هو شرط وجود حكم صادر عن هيئة قضائية وطنية في مستوى الدرجة الأولى ، أو الدرجة الثانية ، ولم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن العادية ، أو غير العادية ، أو وجود حكم صادر عن هيئة قضائية أجنبية يكون قد وقع إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، أو وجود أي قرار قضائي أخر صادر عن جهة القضاء المستعجل ، أو تتضمن صيغة النفاذ المعجل .

ثانيا: الامتناع المتعمد عن أداء النفقة

الشرط الثاني من شروط تكوين جريمة الامتناع عن النفقة المقررة قضاء فذلك بدل على استهانة المحكوم عليه ، و تجاهله لقرار صادر عن القضاء و تطاوله على السلطة الدولة بشكل مباشر ، أو غير مباشر ، وعرقلته لتنفيذ الأحكام القضائية النهائية الصادرة باسم الشعب الجزائري ، لكن لو كان الدافع للامتناع عن دفع النفقة ليس الاستهانة بالحكم القضائي ، بل لعذر شرعي مقبول الإشكال في التنفيذ ، أو الخطأ في الحكم مثلا فإن عنصر الامتناع المتعمد لم يعد قائما وأن الجريمة لم تعد متوفرة ، و يمتنع عن المحكمة تبعا لذلك أن تقضي بإدانة المتهم .

ثالثا : الامتناع لمدة أكثر من شهرين

الشرط الثالث أن يكون الامتناع قد استغرق مدة أكثر من شهرين متتالين دون انقطاع ودون أي مبرر شرعي رغم اتخاذ كل الإجراءات القانونية لضمان تنفيذه ، ورغم تبليغه هذا

[1] عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقع على الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، سنة النشر2002 ، ص25 ، 26 ، 27 .

الحكم وإنذاره به خلال الوقت القانوني المناسب ، فإن هذا الامتناع طوال هذه المدة يشكل حتما أحد عناصر الجريمة المستوحية للعقاب ضد الممتنع.

وجاء تأكيدا لهذا قرار المحكمة العليا بتاريخ 1982/11/23:

إذا كان مؤدى نص المادة 331 ق ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بما عليه قضاء لصالح من حكم لهم بما فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة ، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.

فإذا كان من الثابت بملف الإجراءات أن الزوج كان قد حكم عليه بدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة ، وأنه كلف بدفع هذه النفقة وأهمل مدة شهر عقب تبليغه بهذا الحكم ، ولذلك فإن المتابعة الجزائية تكون مكتملة العناصر من أجل هذه الجنحة .

إن المجلس القضائي بتصريحه عدم توافر شروط جنحة الإهمال العائلي لاعتباره خطأ عدم وجود حكم في القضية يقضي بالنفقة، كان قد أخطأ في تطبيق القانون، وعرض قضائه للنقض لحكمه بالبراءة. لذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه من الجانب المدني[1].

يلاحظ أن الشريعة تحيز للقاضي أن يحكم على الممتنع عن النفقة بالحبس إكراها بحق لحق الزوجة إذا كان الزوج موسرا ، فإن أبي مع السجن أخذ القاضي من ماله أو باع عنه شيئا من أملاكه لينفقه عليها .

وأما لو كان معسرا فيترك إلى ميسرة عند الحنفية ، وتسقط عنها تماما عند الجمهور .

أما القانون فلم يفرق في العقوبة عند الإخلال بالنفقة بين الموسر والمعسر ، لأن النفقة واجبة عليه ، ولا يلزم غيرها كما ولو كان والدا أو ولدا ، كما لم يتطرق لقضية بيع بعض ما يملك للنفقة من باب أن عقوبة السجن كفيلة بردعه ورده إلى جادة الصواب .

[1] قرار رقم 23194 بتاريخ 23- 11- 1982 ، غرفة جنائية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 العدد الأول صفحة 325 .

كما أعطى الحق للمرأة عند الإخلال بالنفقة بسبب الإعسار أن تطالب بالتطليق وفق المادة 53 من الأمر 02-05 : يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية : 1-عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد78-79-80 من هذا القانون .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20-2-1991: من المقرر قانونا أن يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب خمس سنوات ، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية ، وأخذت كل أثاثها منه ، واستحالت الحياة الزوجية ، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] . وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2-5-1995: لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك .

واشترط المشرع طلب التطليق بسبب الإعسار أن لا تكون عالمة بذلك ، فإذا علمت بذلك قبل الزواج فلا حق لها في التطليق لأنما رضيت بعيبه ، ولعدم وجود تدليس منه . أما إذا افتقر بعد غني فهي مصيبة قد حلت بما وعليها أن تصبر لها[2] .

كما أعطى الحق للمرأة عند الإخلال بالنفقة بسبب الإعسار أن تطالب بالتطليق وفق المادة 53 من الأمر 02-05 : يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية :

[1]قرار رقم 75588 بتاريخ 20-2-1991 ، الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 العدد الرابع صفحة 78.

[2]قرار رقم 118475 بتاريخ 2-5-1995، الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1996 العدد 49، صفحة 241 .

1-عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد78-79-80 من هذا القانون .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 20-2-1991: من المقرر قانونا أن يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب خمس سنوات ، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية ، وأخذت كل أثاثها منه ، واستحالت الحياة الزوجية ، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] . وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2-5-1995: لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك .

والذي يبدوا لي أن إعطاء المرأة الحق في التطليق بسبب الإعسار عن النفقة المتعلقة بالضروريات لا الكمالات سواء أكانت عالمة بإعساره أم لا، لأن التطليق شرع لرفع الضرر فإذا وجد الضرر جاز لها المطالبة بالتطليق لهذا السبب لعدم قدرتها على الصبر والتحمل ولو كانت عالمة بفقره وحاجته ، والقانون وإن منعها من المطالبة بالتطليق إذا كانت عالمة بإعساره وفقا للمادة 53فقرة الأولى ، فإنه في المادة ذاتها من الفقرة العاشرة يعطيها الحق في التطليق بكل ضرر معتبر شرعا جاء في المادة 53 من الأمر 02-05: يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية :كل ضرر معتبر شرعا .

المطلب الثالث: الشروط المفترضة لعقد الزواج

الزواج الأصل في أنه شرع على أساس التأبيد فأي تأقيت يدخل عليه بالنية أو بالشرط مفسد له كما قرر الفقهاء، لذا اشترطت الشريعة لديمومته جملة من الشروط أهمها:

الرضا و الكفاءة أما الرضا فيعبر عنه بالصيغة التي هي الإيجاب و القبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح فإذا شاب الإرادة شيء من الإكراه يكون النكاح باطلا، وأما الكفاءة ففسرها المالكية بالدين ، فالدين هو العنصر الثابت في هذه العلاقة الزوجية لأنه محفوظ بحفظ الله و السؤال الذي يطرح نفسه هل للزوجين أن يشترط زيادة على شروط الشريعة في عقد الزواج ما يريانه كفيلا بتثبيت الزواج و استمراره أم لا؟، وهذا ما سنجيب عنه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: مفهوم الشرط

الفرع الثاني: موقف الفقه من هذه الشروط المقترنة

الفرع الثالث: موقف القانون من هذه الشروط المقترنة بالعقد

الفرع الأول: مفهوم الشرط

الشرط لغة: إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه ، و الجمع شروط، و الشرط بفتحتين العلامة و منه قوله تعالى:﴿**فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جاءَ أَشْراطُها فَأَنَّى لَهُمْ إِذا جاءَتْهُمْ ذِكْراهُمْ**﴾ **محمد 18**، ومنه يسمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بما الواحد شطة و شرطى بسكون الراء .

الشرط اصطلاحا: ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، و كان خارجا على حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، و لكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء. فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق[1].

[1] د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2011 ص 46.

والفرق بين الشرط و الركن أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء عليه إلا أن الركن هو جزء من ماهية الشيء لا يمكن أن ينفك عنه كالمحل في عقد الزواج، و أما الشرط و إن كان الشيء متوقف عليه إلا أنه خارج عن الماهية كالإشهاد في عقد الزواج.

الفرع الثاني: أقسام الشرط

ينقسم الشرط بحسب مصدره إلى قسمين:

الشرط الشرعي: و هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع الحكيم و ذلك بجميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج و البيع و الهبة و الوصية و غير ذلك.

الشرط الجعلي: ما كان مصدر اشتراطه المكلف ، جاء في الموسوعة الفقهية: الشروط الجعلية هي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود و غيرها كالطلاق والوصية، وهو نوعان: شرط تعليقي مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، و شرط تقييدي مثل : وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم[1] .

الفرع الثاني: موقف الفقه من هذه الشروط المقترنة

اختلف الفقهاء في حكمهم على الشروط المقترنة بالعقد بين مضيق و موسع :

1-**مذهب المضيقين** : و هو مذهب ابن حزم الظاهري و يرى أن الأصل في الشروط الحضر إلا ما ورد به نص خاص أو إجماع بجوازه، فإرادة الإنسان في التعاقد مقيدة بما ورد به الدليل الشرعي[2] .

و استدل على ذلك:

1- ماروه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد[3] .

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ، ج26ص6

[2] د. عبد الكريم زيدان ، مؤسسة رسالة ناشرون دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، سنة الطبعة 2012، ص 375.

[3] البخاري ، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، مرجع سابق ، ج2 ص 753 .

2- و ما رواه البخاري ومسلم عن الزهري قال عروة بن الزبير قالت عائشة رضي الله عنها : دخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم فذكرت له فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم (اشتري وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق) ، ثم قام النبي صلى الله عليه و سلم من العشي فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : (ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق)[1].

ففي هذين النصين دليل على أن ما لم يرد دليل باعتباره لا عبرة باشتراطه، فإن اشترطه كان باطلا.

2-مذهب الموسعين : و هو مذهب الحنابلة توسعوا في إطلاق إرادة المتعاقدين في اشتراط ما لم يرد دليل بتحريمه من الشروط الجعلية بلزوم الوفاء بما كشرط عدم الزواج عليها إلا إذا أسقطته و رضيت بمخالفته .

و استدلوا لمذهبهم:

قوله تعالى : ﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّت لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُم غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ ۖ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ**﴾ **المائدة 01** ، وقوله تعالى:﴿**وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسئولًا** ﴾**الإسراء 34.** ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " .[2].وما رواه البخاري و مسلم عن عبد الله بن أبي مليكة أن المسور بن مخرمة حدثه أنه سمع رسولالله صلى الله عليه و سلم عن المنبر يقول:" إن فاطمة مني و إني أتخوف أن تفتن في دينها ثم ذكر صهرا له من بني عبد شمس فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال : حدثني

[1] البخاري ، باب البيع والشراء مع النساء ، مرجع سابق ، ج 2 ص 756.

[2]. قال الألباني صحيح ، مرجع سابق، ج1ص595

فصدقني ووعديني فأوفي لي و إني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما و لكن و الله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله مكانا واحدا أبدا "[1]

قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا: أن الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها الزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ.

ما رواه أبو داود وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، و زاد سليمان بن داود و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المسلمين على شروطهم "[2].

فنص الحديث يدل على ما لم يرد منعه فالأصل فيه الجواز.

4. مارواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " آية المنافقثلاث إذا حدث كذب و إذا وعد أخلف و إذا أو تمن خان "

فإخلاف الوعد صفة من صفات المنافقين كما بين نبينا صلى الله عليه وسلم.

5- المعقول: الأصل في العقود التراضي قال تعالى: ﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾ **النساء الآية 29**، فإذا تراض المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله و رسوله كالتجارة في الخمور و نحو ذلك[3] .

3-**مذهب المتوسطين:** و هو مذهب الجمهور من الحنفية و المالكية و الشافعية و قد جمعوا بين المذهبين المضيقين و الموسعين، فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا ، و م يبيحوها مطلقا و إنما قبلوها بشروط اختلفوا بينهم في تحديدها.

[1] البخاري ، باب ما ذكر من درع النبي صلى الله عليه و سلم وعصاه وسيفه وقدحه ، مرجع سابق ، ج3ص1131.

[2] قال الألباني حسن صحيح ،مرجع سابق، ج2 ، ص 395.

[3] عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ص 379 .

أ-**مذهب الحنفية:** الشرط صحيح و هو ما كان من مقتضي العقد أو ملائم لمقتضي العقد ولا يتنافى مع أحكام الشرع وجب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها .

وأما الشرط الفاسد المخالف لمقتضي العقد ، أو غير ملائم لمقتضي العقد كاشتراط الخيار الأحد الزوجين، أو لكل منهما العدول عن الزواج في مدة معينة بطل الشرط و صح العقد.

ب-مذهب المالكية: الشروط ثلاثة أنواع:

الأول: ما يقتضيه العقد و لو لم يذكر كشرط الإنفاق و حسن المعاشرة فهذا اشتراطه و عدمه سيان، و يحكم به ذكر أو ترك.

الثاني: ما كان مناقضا لمقتضي العقد كشرط أن لا يعدل بينها و بين ضرتها في المبيت أو لا ينفق و هذا يمنع اشتراطه ، و يفسخ به النكاح قبل البناء و يثبت بعده و يلغى الشرط.

الثالث: ما لا تعلق له بالعقد ولا ينفيه و لا يقتضيه كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها، و هذا يكره اشتراطه لما فيه من أسباب الخصومات، و لا يفسد العقد باشتراطه و لا يفسخ لأجله لا قبل البناء ولا بعده ولا يلزم الوفاء به.

ج-مذهب الشافعية: ما كان من مقتضي العقد كشرط النفقة و القسم لها، أو لم يتعلق به غرض كشرط أن لا يأكل إلا كذا ألغي الشرط لانتقاء فائدته و صح النكاح و المهر . إذا كان الشرط مخالفا لمقتضي العقد ، و لم يخل مقصوده الأصلي كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا نفقة لها صح النكاح وفسد الشرط والمهر ، لأنها لم ترضى بالمسمى إلا بشرط أن لا يتزوج عليها، و لم يرضى بالمسمى إلا بشرط أن لا نفقة لها، و إن أخل بمقصود النكاح كشرط الطلاق في نكاح المحلل بطل النكاح، و في قول يصح و بلغو الشرط[1] .

[1]أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة : الأولى سنة 1998م ، ، ج 1 ص 435 .

الفرع الثالث: موقف القانون من هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج

تبني المشرع الجزائري مذهب الحنابلة في الشروط لذا أجاز للمتعاقدين اشتراط ما شاء من الشروط التي يريانها كفيلة بضمان استقرار الرابطة الزوجية ما لم تكن منافية لمقتضى عقد الزواج أو مخالفة للقانون.

جاء في المادة 19: الصادرة بالأمر 05_ 02للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

وجاء في المادة 32 الصادرة بالأمر05 : يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافي و مقتضيات العقد.

فدلت المادة بمفهوم المخالفة أن الشرط الذي لا يشتمل على ما يتنافى ومقتضيات العقد معتبرا قانونا .

وأما القضاء فتبنى مذهب المالكية في الشروط و هو أن ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه حكمه الكراهة لما فيه من التحجير ولا يلزم الزوج به.

جاء في قرار 49575 بتاريخ 20_6_1988 من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه، و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به، و لا يؤثر في عقد الزواج، و من ثم فإن القضاء ما خالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيد هو مخير فيه. و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه [1].

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة1991ن العدد2 ، ص54.

ويلاحظ أن القضاء مخالف لما أقره التشريع من عدم التقييد بالكراهة ما لم تخالف شروط القانون كما هو مبين من المادة 19 ، وعليه لا عبرة به لأنه اجتهاد في معرض النص الصريح الواضح.

أما إذا خالفت الشروط مقتضى العقد، و كان العقد يشتملها كتأقيت النكاح ، وإسقاط النفقة بطل العقد كما جاء في المادة 32 الأمر 05-02 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أوشرط يتنافى ومقتضيات العقد .

والذي يرجح في المسألة ما ذهب إليه الحنابلة من إطلاق إرادة المتعاقدين للاشتراط في العقود ما لم تكن مناقضة لمقتضي العقد أو لأحكام الشريعة لقوة أدلتهم من الكتاب و السنة، وأما في النبي صلى الله عليه و سلم عن الشروط في قوله عليه السلام : من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل" فيحمل على الشروط التي حرمها الله تعالى ، و أما ما لم يحرمه فيبقي على الإباحة جمعا بين الأدلة، و الجمع عند الأصوليين عند التعارض أولى من الترجيح، ولكن ينبغي عند مراعاة الشروط و الوفاء بما أن لا تعود على العقد بالإخلال المقاصدة كشرط العمل الذي تشترطه المرأة في عقد نكاحها إذا أدى إلى إخلال بالتزاماتها الأسرية وجب حينئذ مراجعة هذه الشروط و الالتزام بما رفعا للخصومة التي تنشأ بين الزوجين بسبب ذلك و هذا ما يشهده الواقع .

لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحا بطل الشرط وصح العقد وهذا مذهب الحنفية في تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة جاء في المادة 35 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح

المبحث الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الطلاق

الأصل في عقد الزواج أنه للتأبيد والاستمرار، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسدا له، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أن الإسلام وهو دين الفطرة و الحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ولذا راعى ما قد يعتري الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، وقدر ما قد يجد بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذا العقد، إذا حالت موانع دون بقائه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج.

وانتهاء عقد الزواج أو الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي قد تكون بالإرادة المنفردة للزوج الطلاق)، وقد تكون باتفاق الطرفين (الخلع)، أو بحكم الشرع كاللعان أو الإيلاء أوالظهار أو الردة، وقد تكون بحكم القاضي (التطليق) لضرر قد يلحق بالزوجة بسبب إعسار الزوج عن النفقة أو لعيب فيه أو لغيبته، أو إيذائه لزوجته بالفعل أو القول، أو غير ذلك من أوجه الضرر المعتبر شرعا.

غير أن المتتبع للنصوص القانونية الواردة بشأن الطلاق وأحكامه في قانون الأسرة الجزائري، يلحظ بوضوح بعض المخالفات الشرعية في تطبيق بعض الأحكام القضائية من وجهة النظر القانوني.

فجاءت بعض هذه المواد في جزئياتها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، إن لم تكن المخالفة النصوص فلمقاصدها في تشريع الطلاق بصفة عامة.

ومن هذه المسائل مسألة التعويض في الطلاق التعسفي، وجعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وتقدير النفقة، وإسناد الحق في الحضانة، وغير ذلك من المسائل التي لها محل في هذا البحث.

المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

تناولت المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري طرق انحلال الرابطة الزوجية، حيث جاء فيها: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"[1]. ومن هنا يتضح بأن المشرع قد حصر أنواع الفرقة بين الزوجين في الطلاق أو الوفاة كأسباب عامة، غير أن هذه المادة قد أغفلت النص على كون الفسخ صورة من صور انحلال الزواج لاختلافه عن الطلاق[2]. أما انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة فليس لإرادة أحد الأطراف دخل في ذلك، ويترتب عنها كافة الآثار الشرعية والقانونية وهذا بالاتفاق .ومن هنا لا بد من بيان طرق انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بصورة موجزة، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في الفقه

الطلاق تصرف شرعي يقوم به الزوج، وتعتريه الأحكام الشرعية من الوجوب والحرمة والإباحة والكراهة، فهو يباح عند الحاجة لسوء خلق الزوجة ولسوء عشرتهما، ويكره في غير حاجة، ويحرم في الحيض والنفاس، ويجب كطلاق المولي بعد التربص أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفيء، وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأياه، ويستحب عند التفريط في حقوق الله تعالى كترك الصلاة، أو في التفريط في حقوق الزوج أو للبغض الشديد للزوجة.

وهنا تعرض مسألة بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر و الإباحة، وقد اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق فقال بعضهم بالإباحة، وقال البعض بالحظر، والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة؛ لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز، وذلك على قولين في الجملة :

القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة: قال الإمام القرطبي في تفسيره: "دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور. وقال ابن المنذر : ليس في منع الطلاق خبر يثبت". وقال السرخسي: "وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند

[1] الأمر 05-02 المؤرخ في 2005

[2] ابن قدامة : المغني، 223/10

عامة العلماء، وقال ابن عابدين : "إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات وهو المذهب"، أي عند الحنفية وغيرهم، ولكن هناك من الحنفية من ذهب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر.

والحجة لهذا الرأي قوله تعالى : ﴿ **لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ**﴾ [1]، وقوله تعالى : ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنّ**﴾[2] ، وذلك يقتضي إباحة إيقاع الطلاق، وأن الأصل فيه الإباحة لا الحظر. وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي بمراجعتها لأنها صوامة قوامة. كما طلق غير واحد من الصحابة – رضي الله عنهم

القول الثاني: أن الأصل في الطلاق الحظر، وكذا قال أكثر الفقهاء. والحجة لذلك: أن الزواج عقد مسنون، بل هو واجب أحيانا، فكان الطلاق قطعا للسنة، وتفويتا للواجب، فيكون الأصل فيه الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو التخليص كما قال الكاساني. جاء في روضة الطالبين : " وأما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال داد"، وجاء في مغني المحتاج:" ومكروه كمستقيمة الحال. فيفهم من هذا القول أن الأصل في الطلاق عند الشافعية هو الحظر وإلا لما كان مكروها بالنسبة للزوجة المستقيمة، وعند سلامة الحال. وجاء في كشاف القناع:" ويباح الطلاق عند الحاجة إليه.. ويكره الطلاق من غير الحاجة إليه"

وقال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي و محرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها ولأولادها، ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق و عروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة ، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على

[1] البقرة: الآية 236.

[2] الطلاق: الآية 1

أصله من الحظر، ولهذا قال تعالى : ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا**﴾[1]أي لا "تطلبوا الفراق" ومعنى ذلك أن الزوجة إذا تركت النشوز وأطاعت زوجها فإن طلاقها بعد ذلك يكون اعتداء عليها وظلما لها، وإيذاء لأهلها وأولادها، وهذا لا يجوز لعدم وجود سبب.

وقال ابن تيمية[2]: "لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالي أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا، وإن الله يبغض الطلاق وإنما يأمر به الشياطين والسحرة كما قال الله تعالى : ﴿ **فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ** ﴾[3]، وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن الشيطان ينصب عرشه على الماء ويبعث جنوده، فأقربهم إليه منزلة أعظمهم فتنة، فيأتي أحدهم فيقول: مازلت به حتى شرب الخمر، فيقول: الساعة يتوب، ويأتي الآخر فيقول: مازلت به حتى فرقت بينه و بين امرأته فيقبله بين عينيه و يقول : أنت أنت"[4] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[5]

وهناك اتجاه ثالث يرى بأن الحظر في الطلاق دياني لا قضائي؛ بمعنى أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون آثما، وعلى هذا فإن الموضوع يتعلق بأمر نفساني قد لا يستحسن معرفته، فالأمر موكول إلى ضمير الزوج. أما قضاء فالطلاق واقع، ولا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة السبب حرصا على سمعة الأسرة.

---

[1] النساء: الآية 34.

[2]ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ص48

[3]البقرة: الآية 102.

[4]مسلم: كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعث سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا، صحيح مسلم، 2/ 1292.

[5]أبو داود: كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث رقم 2226، سنن أبي داود، 2/ 463. ابن ماجه : كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، حديث رقم 2055. سنن ابن ماجه، 518/2 . البيهقي : كتاب الخلع والطلاق، باب مايكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها ، حديث رقم 14860. السنن الكبرى، 517/7.

وعلى هذا فالراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الرأي الثاني من أن الأصل في الطلاق الحظر العموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرار الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلاءم و مقصد الديمومة في الزواج.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي من خلال المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[1].

وخلاصة القول: أنه لا جدال في أن الإسلام جعل الطلاق بأصل الشرع إلى الرجل يوقعه حين يوقعه دون حاجة إلى قضاء، ولذا لم يسند الطلاق في القرآن إلا إلى الرجال، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد و شرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاح استبداد قد يستعمله في غير موضعه، بل لذلك حالات وأوقات تجردها سلطة الرجل من التعسف وتحميها من العبث فلا يستعمل الطلاق إلا فيموضعه .

الفرع الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 48 على صور حل عقد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة؛ إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا الإشراف القضاء و تحت مراقبة القاضي؛ مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية.

[1] عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005

ومنه فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يكون معتدا به ولا يحتج به في مواجهة الغير ، ولا يرتب آثارا قانونية، وذلك من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة في فقرتها على أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم [1].

ويظهر أثر هذا النص من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج، فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري بعد صدور الحكم بالطلاق، إلا أنه فسح المجال أمام الطرف المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة[2] :" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"[3]. وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ1991/03/20: "من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق

[1] وقوع الطلاق قضاء معناه الاعتداد به أمام القضاء وفيما يجري عليه العمل في الظاهر في دنيا الناس، أما وقوعه ديانة فيقصد به الاعتداد به في العلاقة مع الله تعالى، ولو لم يثبت قضاء، ولم تقم به البينة الظاهرة، فلو أن امرأة مثلا على يقين من أن زوجها قد أبت طلاقها ثلاث مرات فإنها ديانة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيلزمها مفارقته وعدم تمكينه من نفسها ولو لم تسطع أن تثبت ذلك أمام القضاء، ولو جحد ذلك وأقام البينة الكاذبة على خلافه.

[2] عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/05/27 .وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:" الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية".

[3] وما يمكن ملاحظته حول المادة 57 من قانون الأسرة أنها لم تلغي الطرق الأخرى للطعن، ولو أراد المشرع غير ذلك لجاءت صيغة المادة كالآتي " : الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف بجميع طرق الطعن. "

الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومن كان كذلك استوجب نقض القرار المطعونفيه "[1].

كما أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، إلا أنه وبالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة السابعة فإن المشرع الجزائري قد منح الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدنيالقاصرين) صلاحية وأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك.

المطلب الثاني: الخلع في الفقه وقانون الأسرة الجزائري

قد تتبدل الحاجات الزوجية نتيجة وقوع الخلافات بين الزوجين فيزول مقصود الزواج الحقيقي من المودة والسكينة المنشودة إلى الشقاق المستمر بين الزوجين، مما يؤدي إلى التنافر والتشاجر بغض الرجل لزوجته أو بغضها له أو الاثنين معا.

والإسلام في هذه الحال يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، وذلك كما في قوله تعالى : ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**﴾[2]. فإذا اشتد الخصام وعسر العلاج ونفذ الصبر وأصبحت الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح، حينئذ رخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه.

فإن كانت الكراهية من جهة الرجل، فبيده الطلاق، وهو حق من حقوقه يستعمله في حدود ما شرع له. وإن كانت الكراهية من جهة المرأة فخافت ألا تقيم حدود الله فيه بطاعتها له و حسن صحبته ، فقد أباح لها الإسلام التخلص من الزوجية بطريق الخلع، ومن ثم إزالة

[1] ملف رقم 72858 : المجلة القضائية، العدد الأول، 1993، ص 57.

[2] النساء: الآية، 19.

الضرر الواقع عليها، وذلك بأن تعطي الزوج ما كانت أخذت منه باسم الزوجية لتنهي علاقتها به.

وإن كانت الكراهية منهما معا: فإن طلب الزوج التفريق فبيده الطلاق وعليه تبعاته، وإن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع وعليها تبعاته كذلك.

الفرع الاول: الخلع في الفقه الإسلامي

ويعتري الخلع مجموعة من الأحكام التكليفية تختلف باختلاف الحالة التي يقع فيها بين الزوجين :

أولا: الخلع المباح

يكون طلب المرأة الخلع مباحا في حالات أو متطلبات شرعية مختلف فيها بين الفقهاء، فالبعض أجازه مطلقا دون قيد أو شرط، والبعض الآخر أجازه مشروطا، وهؤلاء اختلفوا أيضا- في صورة القيد، فمنهم من أقرنه بكراهية الزوجة و خوفها، ومنهم من قيده بوقوع الشقاق بين الزوجين، ومنهم من جعل صورة القيد وقوع الزوجة في الفاحشة، وذلك على أقوال:

القول الأول: ذهب أئمة المذاهب الأربعة[1] إلى جواز الخلع في حالة وقوع الشقاق بين الزوجين أو حالة كراهية المرأة لزوجها لعيوب ظاهرة أو باطنة كنقص دينه أو خلقه أو لمرض أو كبر و نحو ذلك مما يحيق بنفس المرأة ولا ترضاه فتخشى معه معصية الله -عز وجل- بعدم طاعة زوجها متعدية بذلك حدود الله، وكذلك يجوز الخلع بالتراضي بين الزوجين، وإن لم يخف كل منهما نشوزا ولا إعراضا ولا خافا ألا يقيما حدود الله.

قال البهوتي : "ويباح الخلع لسوء عشرة بين زوجين بأن صار كل منهما كارها للآخر لا يحسن صحبته.. ويباح الخلع لمبغضة زوجها تخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه. ويصح مع استقامة حال الزوجين.

[1] انظر، ابن قدامة: المغني، 10/ 267.

واستدلوا على ذلك زيادة على الأدلة التي جاءت في الكتاب والسنة والتي تفيد مشروعية الخلع، بأن قالوا: إذا كان الخلع رفع عقد وقع بالتراضي بين الزوجين لدفع الضرر جاز من غير وقوع ضرر كالإقالة في البيع.

القول الثاني: للظاهرية، وفيه أن جواز طلب المرأة الخلع مشروط بكراهيتها لزوجها ووجود الشقاق والضرر بينهما عند الخوف من عدم إقامة حدود الله فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه من طيب العشرة وحسن الصحبة سواء منها أو منهما معا.

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُود اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَت بِهِ**﴾[1]. فالآية تدل بمنطوقها على أن جواز الخلع مشروط بالخوف سواء من الزوجة بكراهيتها، أو من الزوجين معا فيما يجب عليهما من حسن الصحبة وجميل العشرة بينهما، فإذا ما تحقق الشرط صح الخلع، وإلا فلا يصح الخلع، ومن ثم فالخلع مقيد بحالة الشقاق والضرر[2].

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن ذكر الشقاق أو الخوف في الآية جرى على مجرى الغالب المتعارف بين الناس، وليس على سبيل الشرط؛ لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التخاصم والتشاجر بين الزوجين لا في حالة الوفاق والرضا[3].

القول الثالث: ذهب محمد بن سيرين إلى أن جواز الخلع مشروط مع مشاهدة الفاحشة فليس للزوج أن يأخذ الفدية من زوجته إلا بارتكابهما جريمة الزنا[4].

---

[1] البقرة: الآية 229.

[2] ابن حزم: المحلي، 236/10-237.

[3] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 79/4 .

[4] القرطبي: المرجع نفسه، ص 157/6.

واستدل بقوله تعالى : ﴿ **لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾[1] ووجه الدلالة في الآية أن الخلع يجوز إذا وقعت الزوجة في جريمة الزنا[2].

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن المراد بالفاحشة في الآية بأنما النشوز والعصيان كما قال ابن عباس[3] ويؤيد هذا التفسير الكثير من الأحاديث الصحيحة.

القول الرابع: يجوز الخلع في كل حال سواء حال الوفاق أو وقوع الشقاق بين الزوجين، وحتى وإن كان بالظلم والنشوز من جهة الزوج بإضراره لامرأته.

و نوقش هذا الرأي بأنه على خلاف ظاهر كتاب الله تعالى، وخلاف الخبر الثابت عن رسول الله ، و خلاف ما أجمع عليه عامة أهل العلم.

القول الخامس: لجماعة من التابعين وفيه لا يجوز الخلع حتى يقع الشقاق من الزوجين معا.

واستدلوا بأن مفهوم الآية <<فلا جناح عليهما فيما افتدت به>> ، يدل على أن إطلاق نفي الجناح أو الإثم في إجراء الخلع مقيد بوقوع الشقاق بين الزوجين جميعا لكراهية كل واحد منهما لصاحبه، فإذا وقع الشقاق والخوف من أحدهما دون الآخر لا يندفع الإثم.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن المراد الحقيقي من الآية هو نشوز المرأة، فإذا لم تقم بحقوق الزوج ترتب على هذا بغض الزوج ها فنسبت المخالفة إليهما معا لذلك، حيث إن كراهية المرأة تؤدي إلى بغض الزوج ومن ثم وقوع الشقاق بينهما.

---

[1] النساء: الآية 19.

[2] ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، 1/ 467.

[3] ابن كثير : المرجع نفسه، نفس الصفحة

ثانيا : الخلع المكروه

يكون الخلع مكروها إذا كانت الحياة الزوجية مستقيمة خالية من الشقاق والنزاع، وقامت المرأة بطلب الخلع لغير عذر كبغض أو خشية أن لا تقيم حدود الله في طاعة زوجها. جاء في المغني" ولو خالعته الغير ما ذكرنا أي لغير حاجة إلى الخلع كره ووقع ".

ويستدل لهذا الحكم بقوله صلى الله عليه وسلم : "أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "[1]. ولما روي عنه أنه قال : " المختلعات هن المنافقات"[2]، فدل الحديثان على كراهية وترهيب المرأة من طلب الخلع وإجرائه لغير سبب يقتضيه. قال ابن قدامة : " وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، ولأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة "[3].

كما أن الخلع مع استقامة الحال بين الزوجين نوع من العبث فيكون مكروها لخلو الأحكام الشرعية منه، وفيه إزالة المقصود الشارع من الزواج لغير حاجة.

ثالثا: الخلع المحرم

إذا ما عضل الزوج زوجته لطلب الخلع، وذلك بمنعها حقوقها أو بعضها من نفقة وكسوة وقسم مع إساءة معاملتها، وغير ذلك من الأسباب المنفرة و الدالة على كون النشوز بالترك والمحاماة من جهته دوفا طمعا في مخالعتها على شيء من مالها، فإن الخلع يكون حراما باطلا . قال ابن عابدين: "و الحق أن الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعا" وقال البهوتي :" ويحرم الخلع إن عضلها لتختلع "

[1] ابن قدامة : المغني، المرجع السابق 270/10 .

[2] الترمذي: كتاب الطلاق واللعان، باب ماجاء في المختلعات، حديث رقم 1186. 484/3 . النسائي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، بلفظ "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات"، حديث رقم 5626.

[3] ابن قدامة: المغني، مرجع سابق ص271/10.

ويستدل لهذا بقوله تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا بعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ". فالأمر الوارد في الآية يدل على عدم جواز قهر الرجل لامرأته والإضرار بما في العشرة لتترك له ما أصدقها أو بعضه أو حقا من حقوقها عليه بالاقتداء به .

الفرع الثاني : الخلع في قانون الأسرة الجزائري

سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق للزوجة أو رخصة، جعل القضاء غير مستقر على اجتهاد ثابت بعد صدور القانون 84-11، وتجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست اجتهاداتهما تارة على أساس أن العصمة بيد الزوج، و بالتالي فلا بد من رضاه بالخلع حتى يتم، وذلك كما في القرار الصادر بتاريخ 1988/ 11 / 21 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه وأظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومن كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة "[1]. وهو ما جاء أيضا في القرار المؤرخ في 1991/ 04 / 23 : "إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن للقاضي فرضه عليه[2].

[1] ملف رقم 51728: المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 72-73.

[2] ملف رقم 73885: نشرة القضاة، العدد 52.

وجاء الاجتهاد القضائي تارة على أساس أن الخلع حق للزوجة لا يتوقف على موافقة الزوج، ويتضح ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 1996/ 7 / 30 : "من المقرر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا -

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه[1].

و كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1994/ 04 / 19 وفيه: "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكر سه قانون الأسرة، سواء رضي الزوج أو لم يرض يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفكالرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج"[2]. ونفسه ما جاء في القرار المؤرخ في1999 / 03 / 16 : "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[3].

أما بالنسبة لتحديد المقابل المالي عند اختلاف الزوجين في تحديده، فلم يختلف القضاء عما جاء به النص القانوني بمنح القاضي السلطة في تحديد المقابل المالي، حيث جاء في القرار

[1] ملف رقم 141262: المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 120. والملاحظ أن الاجتهاد القضائي في هذا القرار جاء متناقضا، حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي. حيث أنها لم تنص على إهمال موافقة الزوج كما نصت على ذلك بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02

[2] ملف 115118: نشرة القضاة، العدد 52، 1997، ص 106.

[3] ملف رقم 216239: المجلة القضائية،، عدد خاص 2001، الصفحة 138.

الصادر بتاريخ1992 / 7 / 21 : "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثال وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن "[1]

رابعا: آثار الخلع

إن المشرع الجزائري لم ينص على آثار الخلع، إلا أنه وانطلاقا من كون الخلع عبارة عن اتفاق حول مال معين تدفعه الزوجة نظير مخالعتها لزوجها من خلال ما جاء في نص المادة 54 نفسها، وحسب ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية – مما سبقت الإشارة إليه – بأن من آثار الطلاق بالخلع:

– أنه يسقط ما نشأ قبله من حقوق بين الزوجين كالمهر المؤجل و النفقة الواجبة ما عدا نفقة العدة لأنما حق نشأ بعد الطلاق.

– لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل؛ لأن الحضانة ليست حقا مستقلا للحاضنة بل هو حق مقرر أيضا للأولاد.

[1] ملف رقم 83603: المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 134.

– إذا اتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع التزام الأم بنفقة الأولاد لمدة محددة أو غير محددة وتم الطلاق ووقعت الزوجة في إعسار فتقع نفقتهم على الزوج ويبقى ذلك دينا في ذمة الزوجة المختلعة.

– إن الطلاق بطريق الخلع يقع طلاقا بائنا على المشهور في المذهب الحنفي والمالكي والشافعي في الجديد.

على أنه يظهر مما سبق أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي في وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته للطلاق خلعا، فإن امتنع أجبره القاضي على ذلك كما يفهم ذلك من الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة.

كما أخذ برأي جماعة من التابعين في وجوب الترافع أمام القضاء للحكم في قوع الطلاق خلعا، وهذا ما يفهم أيضا من الفقرة الثانية من المادة نفسها.

المطلب الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في إحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة، وذلك للاعتبارات العديدة والتي ذكرناها في بداية هذه الدراسة.
والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسيرا على الزوجة وبما يتفق مع ديننا الحنيف، فوجد سبيل أخر لحل الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال، وهذا ما يطلق عليه بالتطليق.
الأصل أن هذه الصورة استحدثت لإيجاد رخصة للزوجة في إمكانية حل زوجيتها، ولكن ليس بإرادتها المنفردة، بل عن طريق القاضي بعد تقديمها للطلب وإثباتها للأسباب والعلل الشرعية التي تجعلها تطالب بهذا الطلب ، ومن هذا المنظور أكد المشرع الجزائري على حق المرأة في

حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وذلك استنادا إلى نص المادة (53) ق.أ.ج محاولا التوسع فيه وفي الحالات الموجبة له حماية للمرأة ودرا للمفاسد والأضرار التي قد تلحقها من طرف الزوج

الفرع الأول: التطليق في قانون الأسرة الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق وهذا على غرار باقي فقهاء الشريعة الإسلامية والفقه القانوني في عدم تبنيهم لتعريف دقيق وشامل له، وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق أمام القاضي وهي محددة في 04 حالات يكاد الإجماع يحصل عليها وهي: التطليق لعدم النفقة، التطليق للضرر، التطليق لغيبة الزوج والتطليق لحبس الزوج.

وهو ما تبناه أيضا المشرع الجزائري في نص المادة (53) ق.أ.ج إذ حدد على سبيل الحصر الأسباب التي تستند عليها الزوجة لطلب التطليق وهي محددة في عشر حالات والتي سنحاول التفصيل فيها لاحقا.

وعليه فالتطليق يعرف بأنه إنهاء الرابطة زوجية بحكم من القضاء وبناء على طلب الزوجة الأمر نص عليه القانون، كإضرار أحد الزوجين بالآخر أو مرضه أو تعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما أو استنادا إلى حالة من الحالات المذكورة في نص المادة (53) ق.أ. ج[1].

[1] سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع 06، 2009، ص 202.

وفي هذا صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/ 12 / 03 محاولة منها إعطاء تعريف للتطليق وجاء فيه[1]: « من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، والتطليق حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية» .

على الرغم من التعريف الذي أعطته المحكمة العليا للتطليق إلا أنه لم يكن تعريفا شاملا ودقيقا بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة أو كان على الأقل أن تعطي أمثلة عن ذلك.

المشرع الجزائري وبموجب المادة (53) ق.أ. ج قبل التعديل حدد سبع حالات على أساسها يمكن للزوجة طلب التطليق وهي كالتالي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79و80 من هذا القانون

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر.

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.

6- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

الحالات السبع المشار إليها أعلاه مستمد أساسا من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ورغم أن المشرع الجزائري حاول التدقيق فيها على سبيل الحصر إلا أن الوضوح لم يشمل جميع الحالات، مما أدى به إلى تعديل هذه المادة بموجب الأمر 05-09 الذي كان أكثر ليونة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/ 12 / 03 ، ملف رقم 35026، م .ق، 1989، ع 04، ص 86.

وأعطى فرصا جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتطليق إذ زاد في عدد الحالات المستوجبة للتطليق إلى عشر حالات، ولم يعد التطليق مبنيا على سبع حالات أي بزيادة ثلاث حالات أخرى هذا من جهة وتتمثل هذه الحالات في:

1. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 ق.أ. ج.
2. الشقاق المستمر بين الزوجين.
3. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ومن جهة أخرى فك الحصار عن بعض الحالات التي اعتبرها شروطا كثيرة، فقام بالتخفيف منها كما ارتقى ببعض الفقرات إلى درجة الفقرات المستقلة في حد ذاتها عن الفقرات الأخرى، ومخالفة هذه الفقرات يعتبر سببا كافيا لتأسيس الزوجة طلبها الرامي إلى التطليق.

وعليه كل ما فعله المشرع الجزائري هو تسهيل مهمة الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق إذا تضررت من زوجها، وأعطاها فرصا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترقى شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق، حيث عدلت المادة (53) ق.أ. ج على النحو التالي: « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79و80 من هذا القانون.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

وعليه فصورة التطليق بما عدل فيها المشرع الجزائري أضحت ترتقي إلى مرتبة الحق الأصيل لكون الحالات لم تعد محصورة رغم ذكرها على ذلك السبيل في المادة (53)ق.أ.ج.

لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضررا منه، وقوله تعالى <<وعاشروهن بالمعروف>>[1].

أما من السنةعن مالك، عن عمرو بن يبى المازني، عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال: [لا ضرر ولا ضرار][2].

إذا كانت غاية الطلاق – مع كل أهميته – رفع الضرر على الزوجين معا أو على أحدهما، إذا أوصدت كل الأبواب في وجه الصلح والتفاهم بينهما، فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج، إذا توفرت أسبابه على أن تكون هذه الأسباب والمبررات شرعية، وحق الزوجة في طلب التطليق ثابت شرعا وقانونا هذا من جهة، ولكن من جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة، والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة إلا للضرورة، وعليه فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يكمن فيمايلي:

[1] سورة النساء، الآية 19.

[2] مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي – الإمارات –، ج 04، 2004، ص 1078.

حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، ضف إلى ذلك أن الله تعالى قرن الحقوق بالواجبات حتى لا تبقى المرأة تتلقى فقط دون أن تقدم شيئا للمجتمع، ولو أن الله تعالى لم يأمرها بشيء، لكان ذلك مساس بكرامتها ونقصان من قيمتها[1].

إن وضع الطلاق بيد الرجل متى شاء قد جعل حياة المرأة وقلبها رهن حظها في غيب القدر، وهذا ما حقق خيبتها وانكسار جناحها من الذل ولهذا أعطاها الشارع الحكيم الحق في مواجهة هذه الأمور بما يضمن سعادتها وهنائها[2].

تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطلق الماديين، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي ، والله عزوجل يقول: <<**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَات لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**>>[3]

تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي والفيزيولوجي والعقلي عليهن حيث أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم " بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث منها: قوله صلى الله عليه وسلم : [واستوصوا بالنساء خيرا[4] ، وقوله " صلى الله عليه وسلم :[أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخيركم خيركم لياليه][5].

---

[1] سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والأسرة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 353.

[2] محمد صلاح الدين المستاوي، المرأة والأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية (نموذج مجلة الأحوال الشخصية بتونس)، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص 403.

[3] سورة الروم، الآية 21.

[4] محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي أبو عيسى (سنن الترميذي)، المرجع السابق، أبواب الرضاع عن الرسول صلى الله عليه وسلم "، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ص 459.

[5] سنن الترميذي، المرجع نفسه، ص 458.

تحريم كل أساليب الإضرار أو الإيذاء بمختلف الصور من عدم الإنفاق أو العيب أو الغياب أوالفاحشة وبالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم بحقها في طلب التطليق بدون موافقته

المطلب الرابع: آثار انحلال الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يقصد بالآثار التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية – في هذا الموضع – هي تلك المترتبة على فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق. إذ تترتب على الطلاق آثار شرعية لا بد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعا وقانونا، قد لا تكون موجودة أثناء الحياة الزوجية، أو قد تكون محرمة فتصبح مباحة بعد الطلاق، أو قد تكون مباحة أثناء قيام العلاقة الزوجية، فتصبح بعد انحلالها ممنوعة كما أن هناك التزامات شرعية على المطلقة لا بد من فعلها بعد الطلاق، وهي أثر من آثاره شرعا، كالعدة مثلا.

وهذه الآثار من عمل الشارع فتكون ملزمة للمطلقين؛ لأنه لا اجتهاد مع النص، ولا بأس من ذكر بعضها على سبيل تمييزها عن بعض المسائل الاجتهادية التي تخص آثار الطلاق وهي:

– حل الرجعة إن كان الطلاق رجعيا ما دامت في العدة ولا يشترط رضا الزوجة.

– حل زواج المطلق بمن كانت تحرم عليه حرمة مؤقتة. وحال زواج المطلقة باخر – بعد انقضاء عدتهما من الأول – غير مطلقها، وكذا حرمة الحلوة بين المطلقين.

– وجوب العدة على المطلقة، ونقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، مع استحقاق مؤخر الصداق بالطلاق واستحقاق المتعة، ونفقة المعتدة وسكناها، ونفقة الأولاد وأجرة حضانتهم وأجرة الرضاعة وما إلى ذلك.

وهذه الآثار المترتبة على الطلاق ثابتة في الشريعة الإسلامية، وقد دلت عليها النصوص من الكتاب والسنة. ومن ثم فلا حاجة للبحث فيها، وأحكامها مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي. إلى جانب ذلك لم يخرج المشرع الجزائري عما قررته الشريعة الإسلامية فيها من أحكام على العموم، إلا في كيفية تطبيقه لبعض المسائل الجزئية.

الفرع الأول: مجال الإختلاف الفقهي والقانوني في آثار الطلاق

إن مجال الاختلاف الفقهي إنما يخص بعض الآثار التي تشتمل على مسائل للعلماء القدامى والمحدثين رأي فيها، كموضوع النزاع في متاع البيت، والذي يتحاكم فيه إلى العرف، أو إلى القاعدة الفقهية في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وعلى هذا سار المشرع، ومنه فلا حاجة للتطرق لهذه المسألة. وكمسألة ثبوت النسب بعد الطلاق .

ويبقى موضوع الحضانة كأثر من آثار الطلاق وما تختص به من مسائل وأحكام، وخصوصا التعديلات الجديدة التي أدخلت على موادها بموجب الأمر 05-02 مجالا للاختلاف الفقهي فيها، إلا أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الإسلامية، إذ لا يعدو أن يكون خلاف في طريقة تكييف وتطبيق بعض الجزئيات، وذلك راجع لطبيعة و أسباب اختلاف الفقهاء. كمسألة سقوط حق الحضانة بالنسبة للحاضنة العاملة، ومسألة انتقال الحضانة وترتيب مستحقيها، ومسألة مسكن الحاضنة .إلا أن المشرع الجزائري قد خرج في بعضها عما نص عليه الفقهاء سلفا، مما يستوجب التعرض لها كونهما تمس أحد القضايا المطروحة بصورة مستمرة على القضاء.

وقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72 بموجب الأمر 02 – 05 الذي ألغي المادة 63، وأخضع بعضا من مواد الحضانة للتعديل. حيث جعل الأب أولى حضانة الولد بعد الأم وفقا للمادة 64، كما أكد على حق المرأة الحاضنة في العمل وفقا للمادة 67، و في المادة 72 ألزم الأب بتوفير سكن ملائم للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

و بالرغم من ذلك يبقى هذا التعديل محل نقاش إذا ما قورن بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، و خصوصا ما نص عليه التعديل الجديد من خلال محاولته الموازنة في الحقوق والواجبات بين

الرجل والمرأة [1]، من ذلك ما يتعلق بعض مسائل الحضانة كانتقالها إلى الأب مباشرة بعد الأم، وكون عمل المرأة لا يعد سببا لسقوط الحضانة عنها، وجعل السلطة التقديرية للقاضي مراعاة لمصلحة المحضون فيما يتعلق بإسناد الحضانة عند سفر الحاضن وبقاء الحاضنة في مسكن المطلق إلى غاية تنفيذه للحكم القضائي المتعلق بالسكن. إلى غير ذلك مما سنعرض له من خلال بيان ما قرره فقهاء الشريعة في اجتهاداتهم في مسائل الحضانة، مع إبراز وجهة نظر المشرع الجزائري في ذلك.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي والقانوني للحضانة

على الرغم من اتفاق الفقهاء[2] على حكم الحضانة و أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه عن الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه ، وإنجاؤه من المهالك والمخاطر ، إلا أنهم اختلفوا في تكيفها هل هي حق للحاضن أم للمحضون أو هما معا ؟

فذهب الحنفية والشافعية والمالكية في المشهور والحنابلة في رواية إلى أنها حق للحاضن لا تحبر عليها إذا امتنعت ، ولكنها الأحق بما إن طلبتها ، والدليل على ذلك ما رواه أبو داود وأحمد عن عمر و بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطي له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه من فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكح" ، قال ابن القيم وفيه دليل على أن الحضانة حق لها .

وذهب المالكية في قول واختاره ابن الماجشون و الحنابلة في رواية والفقهاء الثلاثة من الحنفية أبو الليث السمرقندي والهنداوي و جواهر زادة ، وهو اختار صاحب الفتح والبحر وهو ظاهر الرواية أن الحضانة حق للولد تحبر عليها إذا امتنعت رعاية لحق الولد من الضياع .

[1] وهذا الاتجاه يلحظ في سائر المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02

[2] ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، 8 ص 190،

وذهب ابن عابدين من الحنفية إلى الجمع والتوفيق بين القولين من أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا.

قال ابن عابدين: ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين ، وذلك أن لكل من الحاضنة والمحضون حق في الحضانة ، واستند في ذلك إلى فتوى أبي السعود في مسألة رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة و حكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد الجواب نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين في الحضانة للصغيرة وإن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا .

وأما قول من قال بأنها حق للحاضنة فمحمول على ما إذا لم تتعين عليها، لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه ، ومن قال إنما حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت واقتصرت على أنها حقه لعدم من يحضنه .

وبهذا التوفيق يرتفع الخلاف أصلا ، وإن كان حكاية القولين تفيد الخلاف فيما إذا وجد غيرها ، ولكن حيث أمكن التوفيق كان أولى ويكون الخلاف لفظيا .

إلى هذا القول ذهب قانون الأسرة في المادة 64 من قانون 05-02 ، والمادة 66 من قانون 84-11 : يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر مصلحة المحضون للأم .

فالتشريع الجزائري يعتبر أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون ولذا أجاز تنازل الأم عن الحضانة إلى من يليها في الترتيب المذكور شريطة أن لا يؤثر ذلك على المحضون .

فإذا أثر ذلك على المحضون أجبرت الأم على الحضانة جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ : 1998/ 04 / 21 الملف ما يلي : من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين

لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضون فإنهم طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استجوب رفض الطعن [1].

فالاجتهاد القضائي يعتبر أن تنازل الأم عن الحضانة إذا أضر بالمحضون كأن لم يوجد غيرها لا يقبل منها ، وعليه فالقضاء يلزمها لأن مبنى الحضانة مصلحة المحضون . وينبني على القول بأن الحضانة حق للحاضنة :

1.أن الحاضنة لا يسقط حقها في الحضانة إلا بمبرر شرعى .

2.لو طالبت الحاضنة بأجرة على الحضانة جاز لها ذلك لأنها حق وليست واجبا .

3.لو تنازلت عن حقها في الحضانة لنكاح ، أو سفر ، أومرض جاز لها المطالبة بما مرة أخرى لو كان للصغير مرضعة غير حاضنة يجب عليها أن ترضعه عندها حتى لا يفوت حقها في الحضانة.

4.لا يجوز للأب أن يسافر بالصغير لما في ذلك من إسقاط لحقها وينبني على القول بأن الحضانة حق للمحضون .

1- أن المرأة لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فاخلع صحيح ولكن لا يسقط حقها في الحضانة لأنه ليس خالص حقها بل للطفل فيه حق ، وليس لها أن تترك حق الطفل فيبطل الشرط[2] .

2- أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة ، وجعلت ذلك أساس في الصلح فإنه يكون باطلا ، لأنه لا يكون صلحا على ما لا تملك و هو حق غيرها[3]

---

[1] قرار رقم 189234 بتاريخ 21-4-1998 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 2001، العدد الخاص، ص 175.

[2] عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة النشر 1962 ، ص 560 .

[3] عمر عبد الله ، مرجع نفسه ، ص 560.

3- إذا تعينت الأم لحضانة ولدها أجبرت عليها ، ولو قضاء إذا امتنعت و لم يوجد غيرها رعاية للصغير.

جاء في قرار رقم 51894 بتاريخ 19 -12- 1988 ما يلي : من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن أخر يقبل منها تنازلها وتعامل معاملة نقيض قصدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[1] .

والذي يترجح في المسألة أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ، فلا تحبر إلا إذا تعين عليها ، وهو ما ذهب إليه التشريع الجزائري وأكده القضاء.

وأما أنه حق للحاضنة فدليله حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطي له وعاء ، وثدي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي. وعلق ابن القيم على الحديث بقوله أنت أحق به دليل على أن الحضانة حق لها ، وما دام أنه حق لها فهو حق لكل من يليها في المرتبة .

وأما أنه حق للمحضون لأن رعاية وحمايته من المهالك والمخاطر واجب باتفاق كما سبق بيانه ، وهو قال عامة الفقهاء عند التأمل وهو اختيار الإمام ابن القيم من الأقوال حيث قال : والصحيح أن الحضانة حق لها ، وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها[2].

فيكون الخلاف بينهم خلافا لفظيا إلا في حالة تعدد الحاضنات كما صرح بذلك الامام ابن عابدين في حاشيته . لأن الذين يقولون بأن الحضانة حق للحاضنة لم يهملوا حق المحضون في الرعاية ، والعناية إذا لم يوجد من يحضنه .

---

[1] قرار رقم 51894 بتاريخ 19-12-1988 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية ، الصادرة بتاريخ 1990 العدد الرابع ، ص 70.

[2] شمس الدين الزرعى، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون، سنة 1996م ، تحقيق شعيب الأرناؤوط عبد القادر الأرناؤوط ، ج 5، ص 404.

الخاتمة

خاتمة :

عالجنا في هذه المذكرة موضوع المرجعية الفقهية في قانون الأسرة الجزائري حيث نجد أن المشرع الجزائري إستمد نصوصه الخاصة بالأسرة من أحكام الشريعة الاسلامية في عمومه ، فيها تم عرض لما جاءت به الشريعة الاسلامية السمحة بالموضوع ، وتوضيح موقف قانون الاسرة الجزائري .

وتوصلنا في بحثنا إلى أن مرجعية المشرع الجزائري الفقهية التي اعتمدتها غير مرتكزة على مذهب واحد، وانما ترجع إلى عدة مذاهب ، ولم يتقيد بمذهب معين على غرار بعض قوانين العربية، وهو ما ينطبق على أحكام الزواج والطلاق وآثارهما المنصوص عليها في قانون الاسرة الجزائري ، حيث نجد أكثر النصوص مستمدة من القرآن والسنة و التي حصل حولهما اجماع أوشبه اجماع ، وأخرى محل خلاف وذلك لأنها مستمدة من اجتهادات الفقهاء ، وبذلك لم يتبع المشرع الجزائري مذهبا معينا .

نتائج وتوصيات :

من خلال دراستنا لموضوع الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ومرجعيته الفقهية خلصنا إلى النتائج التالية متبوعة بتوصيات وذلك فيما يأتي:

أولا النتائج :

– عدم التقيد بالمذهب المالكي في اختياراته المنصوص عليها قانونا فيوافق دوما ما أجمعت عليه الأمة ولا يخالف في غالب الأحيان ما ذهب إليه جمهور أهل العلم ، ويأخذ برأي المالكية أحيانا وبآراء غيرهم أحيانا في المسائل لاجتهادات كثيرة .

– الاختصار الشديد في جل مواضيعه مما يترك فراغا كبيرا يصاحب مهمة القضاء خاصة في زماننا هذا الدي يقل فيه الاختصاص والمقدرة الكافية للتعامل مع التراث الفقهي الواسع في هذا المجال ، مما يشوب الأحكام القضائية القصور عدالة وتسبيبا .

أ– ما يتعلق بالاجتهاد القضائي :

– يختلف الاجتهاد القضائي عن الاجتهاد الفقهي العام من حيث الوظيفة القضائية التي يتصف فيها الحكم القضائي بصفة الإلزام ويتمتع فيها الحكم بالحجية متى صدر صحيحا من حيث الظاهر، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي يصدر في شكل فتوى لا تأخذ صفة الإلزام ولا تتمتع بالحجية، طالما يجوز للمجتهد نقض اجتهاده.

– لا يسوغ الاجتهاد في القضاء في مجال الأحوال الشخصية إلا لمن توافرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه، وأن يقع فيما دون القطعيات .

– يقوم الاجتهاد القضائي في أغلب قراراته التي كانت السبب الموجد لبعض مواد قانون الأسرة الحالي على الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل قاعدة مشهورة في اصطلاح المالكية المتأخرين والتي تعني العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها مراعاة للمصلحة وما تقتضيه الحالة الاجتماعية للأمة. وهذا ضرب من ضروب الاجتهاد المذهبي الذي تقتضيه جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة. فيكون استثناء من قاعدة الاجتهاد القضائي وليس أصلا في العملية الاجتهادية.

– إطلاق اصطلاح المبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا أولى من اصطلاح الاجتهاد القضائي ، وهذا خاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية لأن الاجتهاد فيها يخضع في مفهومه الأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي، كون أحكامها مستمدة من أصول وفروع الشريعة الإسلامية، فلا يكون الاجتهاد فيها إلا وفق ضوابط الشرعية. أما المبادئ فتعني ما استقر عليه العمل القضائي، وهي الأحكام التوفيقية الصادرة عن المحكمة العليا في شكل قرارات مائية بشأن البت في الأحكام الاستئنافية التي يرجع إليها في المسائل المشابهة لها، لا على سبيل الإلزام.

– إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

ب– ما يتعلق بأحكام الأسرة:

– بنيت معظم أحكامها على النصوص الشرعية، وتبقى مسائلها الفرعية مجالا للاجتهاد في تطبيقها و معالجة المستجد منها.

– تعرضت لهجمة مغرضة من غير المتخصصين وبخاصة من الجمعيات النسوية، ومع ذلك بقيت هذه القوانين التي تنظم شؤون الأسرة قيد التطبيق لانسجامها مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها.

– تلعب الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانونا مثل تأكيد دور الولي في عقد زواج موليته.

– من الصفات الواجب توافرها في المشرعين والقضاة في مجال الأسرة العلم بالأحكام الشريعة و مقاصدها وفقه الواقع حتى تقوم اجتهاداتهم على أساس من الموازنة بين ما يجب تحقيقه من المصالح وما يجب درؤه من المفاسد، وبذلك تكون لهم القدرة والكفاية العلمية التي تؤهلهم للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وانتقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود النص القانوني وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

ج- ما يتعلق بالجانب التطبيقي :

1- جاء قانون الأسرة في تعديلاته الجديدة بحلول ترقيعية وسطية المسائل فرعية، جعل منها قضايا جوهرية من شأنها الرفع من مكانة المرأة وتقوية مركزها القانوني والاجتماعي، تلبية لمطالب معينة وإرضاء التوجهات مختلفة فغلب عليه الطابع السياسي والإيديولوجي أكثر من اهتمامه بالصياغة القانونية والفنية له، ما جعل صياغته لبعض المواد تتسم بالركاكة اللغوية والقانونية وعدم الانسجام، حيث يلحظ ذلك من خلال القراءة البسيطة لفحواه.

والواقع أن استمداد أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية تجعلها لا تتأثر بهوى التيارات المختلفة ذلك أن التقنين لا يحل الحرام ويحرم الحلال، وذلك فيما ليس فيه مجال للاجتهاد، وأما ما محاله الاجتهاد فيخضع لتوافر شروطه وضوابطه المستقاة من أحكام الفقه الإسلامي. فليس لولي الأمر تقييد المباح بغير ضوابط الشرعية من جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة وعدم مخالفة ذلك للقواعد الشرعية، وذلك كما في المواد: 8 و8 مكرر و8 مكرر1 الخاصة بتعدد الزوجات. وإذا كان لولي الأمر تقييد المباح فيكون برأي العلماء المتخصصين في علوم الشريعة بالتنظير والتقعيد الفقهيين.

2- إن نجاح أي تعديل مستقبلي لقانون الأسرة مرهون بالمزاوجة بين الأصالة والمعاصرة، وذلك بإعمال النظر الاجتهادي المقاصدي الذي من شأنه أن يساير متطلبات العصر وفق مقتضيات روح التشريع الإسلامي، ولا يكون ذلك إلا من قبل المتأهلين من ذوي الكفاية والاختصاص، للوصول إلى حلول توفيقية المشاكل الأسرة والتي من شأنها تحقيق الاستقرار والتوازن الحقيقيين .

3-إن أبرز ما يتسم به هذا القانون هو توجهه إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة وإلى تعزيز دور المرأة السياسي والاجتماعي والقانوني في المجتمع، من خلال المظاهر التي تلمح فيما يأتي :

- ساوى المشرع بين المرأة والرجل في تحديد السن القانونية للزواج من خلال المادة 7.

– جعل للمرأة الحق في اختيار الزوج الذي ترضاه راشدة كانت أم قاصرة وفق للمادتين 11 و13.

– منحت المادة 19 الحرية للزوجين في الاشتراط بما يريانه ضروريا، وجعل مسألة شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة في مرتبة الضروريات.

– أفادت المادة 36 بأن الحقوق والواجبات قائمة على أساس تبادلي بين الزوجين .

– وسعت المادة 53 من دائرة الأسباب التي تحيز للمرأة طلب التطليق، ومنها عدم وفاء الزوج بشروطها.

– جاء في المادة 54:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مالي". وذلك في مقابلة حق الرجل في الطلاق، حيث ارتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل.

– جاء في المادة 57:"لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في الحضانة". وفي هذا إشارة إلى حق المرأة في العمل وتكافؤ الفرص بينها وبين الرجل .

4– عمد المشرع الجزائري في تعديله لبعض مواد قانون الأسرة للوصول إلى ترضية في الغالب إلى التلفيق بين الآراء الفقهية في المسألة الواحدة، مما اضطره في بعض الأحيان إلى الأخذ بالمرجوح من الأقوال في المذاهب الفقهية كما في المادة 11 الخاصة بشرط الولي.

5– أخذ المشرع في تحديد أهلية الزواج ببلوغ كل من الرجل والمرأة سنا معينة طبقا للمادة السابعة، وهذا يتماشى ومقاصد الزواج في هذا العصر، وله ما يسنده من أقوال لبعض الفقهاء، ورخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة، ويرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي وفقا للمادة نفسها. فاتخذ بذلك موقفا وسطا يتماشى وظروف الحياة الاجتماعية العامة .

غير أنه أكسب القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية للرشد حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفقا للفقرة الأخيرة من المادة نفسها، ولم ينص على حقه في التقاضي فيما يخص الطلاق وآثاره.

وعلى هذا فخلع المرأة التي لم تبلغ السن القانونية كأن تكون في سن السابعة عشرة أو الثامنة عشرة هل يعتبر خلعها خلع بالغة راشدة لأنها قد تجاوزت سن البلوغ أم يعتبر خلع سفيهة محجور عليها؟ وفق ما يفهم من نص المادة أن خلعها يكون باعتبارها بالغة راشدة، وهذا مخالف للقواعد القانونية من ناحيتين:

الأولى: أنها محجور عليها بالفعل، لأن تصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها.

والثانية : أنما لا تعد راشدة بحكم القانون، لأن القانون لم يعط الرشد إلا لمن يبلغ التاسعة عشرة، ومن يلزمها ببدل الخلع، وعلى هذا إذا خالعت في هذه الفترة يقع الطلاق ولا يجب المال، وهو ما لم يوضحه المشرع الجزائري.

6- أخذ المشرع بما ترمي إليه مقاصد الشريعة الإسلامية، وما تفرضه ظروف العصر من إيجاب الفحص الطبي قبل الزواج وذلك من خلال المادة 7 مكرر، وذلك حفاظا على تحقيق الغرض من الزواج، وقد نص الفقهاء على هذا الشرط عندما جعلوا العيوب التناسلية من أسباب الفسخ باتفاق، واشترط المالكية لصحة عقد الزواج أن لا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا.

7- ساير المشرع الجزائري التطورات العلمية الحاصلة، فأجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون بيان لدواعيه و ذلك من خلال المادة 45 مكرر، كما أجاز في إثبات النسب اللجوء إلى الطرق العلمية بنص المادة 40، لكن دون بيان الشروط وضوابطه كما فعل الفقه المعاصر .

8- وسع المشرع من دائرة السلطة التقديرية للقاضي في كثير من الحالات فيما يخص عقد الزواج، منها الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تفتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة وفق المادة 7، وكذا الترخيص بالزواج الجديد عند وجود زواج سابق قائم و ذلك في المادة 8، وجعل تخلف هذا الشرط سببا قانونيا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول.

9- رتب المشرع على تخلف عنصر الرضا بطلان العقد تأكيدا منه على إلغاء سلطة الولي في الإجبار وذلك في المادة 33 على عكس ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت ولاية الإجبار على خلاف بين فقهاء المذاهب في تحديد علة الإجبار بين الصغر و البكارة.

10- رتب المشرع حكم الفسخ قبل الدخول إذا تخلفت شروط صحة الزواج التي عدها بعض الفقهاء أركانا وأما بعد الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 33 عن طريق الجمع بين آراء مختلفة للفقهاء.

11- وسع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج، وخاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل أو استمرارها فيه بعد الزواج، وشرط عدم الزواج عليها وفق المادة 19، ورتب على عدم الوفاء بهذه الشروط الحق في طلب المرأة التطليق وذلك وفقا للفقرتين 6 و9 من المادة 53، وهذا على خلاف ما عليه جمهور الفقهاء. ويتنافى مع أحكام هذا القانون المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية التي لا تقر ذلك بإطلاق.

12- اتجه المشرع إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الأمور التي تتنافى ومقاصد التشريع الإسلامي في تنظيم العلاقة الزوجية والمحافظة على دوامها واستمرارها عندما وسع من دائرة الأسباب التي تحيز للمرأة طلب التطليق عدا التطليق للضرر والعيوب التي نص عليها الفقهاء وذلك في المادة 53. كما جعل للمرأة الحق في الخلع دون موافقة الزوج وفقا للمادة 54، وهو بذلك يخالف مقاصد الشريعة في التضييق من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية.

13- أهمل المشرع النص على الإجراءات التي يمكن للزوجين اتخاذها عند نشوز أحدهما، وجعل للقاضي الحكم بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر وفقا للمادة 55، والأصل أنه يمكن للمرأة أن تصالح زوجها عند نشوزه، كما يمكن للرجل أن يؤدب زوجته عند نشوزها، وإذا امتنعت عن طاعته فإنه تسقط نفقتها من تاريخ الامتناع كما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وهذا ما لم ينص عليه المشرع.

14- جعل المشرع مهمة الحكمين عند استحكام الشقاق تقتصر على الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وأن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وفقا للمادة 56.

غير أن المقرر في الفقه المالكي الذي أخذت به معظم التشريعات العربية في هذه الجزئية أنه إذا عجز الحكمان عن الصلح بين الزوجين حكما بالتفريق بينهما بطلقة بائنة لا رجعة للزوج

عليها إذا كانت الإساءة منه، و بداهة فإن هذا التطليق لا يمس حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والفرقة، أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوجة فللحكمين أن يحكما بالتفريق نظير بدل مناسب تلزم به الزوجة. وعلى هذا فإذا كانت الإساءة مشتركة من الزوجين فللحكمين أن يقترحا عند العجز عن الإصلاح التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة التي وقعت منها، وكل ذلك متفق مع المذهب المالكي الذي ينص على أنه لا ينبغي للحكمين أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه.

15- جعل المشرع الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وفقا للمادة 57، ولم يجعل منها الطلاق بالتراضي الذي يكون فيه للقاضي صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصلح الطلاق بالتراضي والأصل أن تكون مراقبته قابلة للمراجعة من طرف المجلس القضائي ، الذي قد يبطل شروطا أو يعلن عدم سلامة الصلح في مسائل معينة قد تكون هامة للطرفين أو لأحد منهما .

16- جعل المشرع مصلحة المحضون فوق مصلحة الحاضن، وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في إسناد الحضانة بغض النظر عن موطن الحاضن، كما جعل للمطلقة الحاضنة حق البقاء في مسكن أب المحضون إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي وتوفير مسكن أو دفع بدل الإيجار .

أما أهم النتائج الفرعية الخاصة بالطلاق وآثاره فهي:

1- الطلاق في نظر الشريعة علاج استثنائي جعلته بيد الرجل لما يوصف به من الحلم والأناة وما يتحمله من تبعات، وفوق كل ذلك فهو مقيد بالزمان والعدد والوصف، فإن خرج عن واحدة من هذه كان طلاقا تعسفيا يلحق موقعه الإثم مع التعويض.

2- يحرم جعل الطلاق بيد القاضي، وإنما يجوز إيقاعه تحت إشراف القضاء لما له من دور في حفظ الحقوق والآثار المادية الناتجة عن الفرقة، صيانة لها من الضياع وخشية الإنكار عند النزاع.

3- الطلاق بالتراضي لا يكون دوما رجعيا، فقد يقع بائنا كما في صورة الخلع الاتفاقي أو الطلاق على مال أو صورة الطلاق بالتفويض على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري في حكم الطلاق بالتراضي.

4- إن أهم تدبيرين للحد من الطلاق هو التربية والتوعية والتوجيه لكلا الزوجين، والسماح بالتعدد في الزوجات للقادر على مؤنة ذلك حفاظا على الزوجة الأولى.

ثانيا: التوصيات

كما أننا نوصي بما يلي:

أ- فيما يخص القضاء

1- ضرورة الإعداد الفني والعلمي والتكوين المهني السليم الذي من شأنه أن يفرز قاضيا متخصصا مما يضمن له القدرة على الحكم طبقا للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية، وذلك في إطار من الحيدة والتجرد بما يكفل الثقة بالقضاء وحسن سير العدالة وانتظامها، ومقتضى ذلك ولازمه أن تقتصر ممارسة العمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية على فئة مؤهلة تأهيلا فنيا خاصا بالعلم القانوني والشرعي الوافر والمتعمق والمعرفة الواسعة والثقافة العالية، وتخصص القاضي بهذا المفهوم يعد ضمانة للمتقاضين بما يوفره من قدرة على أداء وظيفته في حيدة وتجرد وفهم و استنباط دون أن يخضع في ذلك كله لغير حكم القانون، وتكون له بذلك القدرة على التطبيق الصحيح والسليم للقانون.

2- ضرورة إعداد محامين مختصين في علوم الشريعة والقانون، بما يضمن لهم القدرة على النهوض مسؤولية الدفاع، التي تعتبر قرينة على تحقيق وإقامة العدل بين المتقاضين .

3- إعادة الاعتبار للقضاء الشرعي وبخاصة في مجال الأحوال الشخصية، وذلك بإعادة العمل بنظام المحاكم الشرعية التي تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية – كخطوة يرجى تعميمها والتي من شأنها الإسراع في حل قضايا الزواج ومشكلات وآثار الطلاق على وجه الاستعجال، مع ضمان التطبيق الصحيح للقانون الخاص بذلك.

4-

ب- فيما يتعلق ببعض مواد القانون

- **من حيث ضرورة إعادة النظر**

1- إعادة النظر في المادة 8 مكرر 1، وذلك لأن فسخ الزواج الثاني بعد عقده دون استصدار رخصة من القاضي لا يعد من الأسباب الشرعية الموجبة لفسخه قبل الدخول، خاصة إذا تم ذلك بعلم ورضا الزوجتين. ويمكن الاستعاضة عن المادة 8 مكرر1 بالمادة 8 مكرر عند التدليس فيجوز للزوجتين طلب التطليق، أما إذا كان السبب في ترخيص القاضي يرجع بالأساس إلى تحقق القاضي من قدرة الزوج على مؤنة الزواج وتوفر نية العدل، فيمكن للمرأة طلب التطليق بناء على ما ورد في الفقرة العاشرة من المادة 53 التي تشمل كل ضرر معتبر شرعا.

2- إعادة النظر في المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقار بها، أو أي شخص تختاره". ويكون ذلك على النحو الآتي:

إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي: "يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فإن عدموا فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعا، فرجل عدل من المسلمين".

أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي :" تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة ومهر المثل".

3- إعادة النظر في المادة 50 وذلك بتقييد الرجعة دون عقد ومهر جديدين ببدء حساب العدة الشرعية وانتهائها، ولا يقيد حصول الرجعة بفترة الصلح، أو بعد صدور الحكم بالطلاق.

4- إعادة النظر في المادة 52 وذلك من خلال تقييد التعسف بالضرر بالفاحش. وأن يحكم للمطلقة تعسفيا بالمتعة بدلا عن التعويض، لأنهما تغني في أحكامها وحكمة مشروعيتها عن التعويض.

5- إعادة النظر في المادة 53 وذلك بتقييد الحق في طلب المرأة التطليق بسب شرط تعدد الزوجات بالضرر المعتبر شرعا، وليس مجرد التعدد .

- ما يجب النص عليه

جاءت أغلب المواد القانونية عامة غير مخصصة، ومطلقة غير مقيدة، مما يفتح الباب واسعا للتأويل والاجتهاد فيها مع كونها مفصلة أحكامها في الفقه الإسلامي، ومن ذلك المواد الآتية: 7 مكرر التي لم تبين جزاء تخلف شرط الفحص الطبي قبل الزواج من حيث صحته وبطلانه، وكذا المادة 8 التي لم تبين الإجراءات الواجب اتباعها إلى غاية استصدار رخصة القاضي بالزواج الثاني، وكذا المادة 40 في فقرتها الأخيرة والتي لم تبين شروط وضوابط اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، والمادة 45 مكرر التي لم تبين دواعي اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، والأمر نفسه بالنسبة للفقرات المتعلقة بالمادة 53.

كما أهمل المشرع النص على اللعان كوسيلة لنفي النسب مع أنه الطريق الوحيد المقرر شرعا لحكمته الظاهرة في ذلك.

وفي الأخير فإن هذه النتائج والتوصيات التي ارتأيناها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير ونظر حسب تعدد وجهات النظر واختلاف الأفهام.

وعلى هذا يبقى هذا القانون في رأينا مشوبا بالقصور شكلا وموضوعا، مما يتطلب إعادة النظر في بعض مواده بالتعديل والإثراء أو الإضافة أو الإلغاء، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرعين، وإنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتريه النقص، و ما الكمال إلا لصاحب الشريعة. هذا فإن أصبنا من الله وحده والفضل له تعالى أولا وآخرا، وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

قائمة المراجع والمصادر

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1.ابن ماجه : كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، حديث رقم 2055

2.أبو داود: كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث رقم 2226.

3.البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول عليه السلام فحكمه مردود ، ج 2 .

4.البخاري ، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، ج 2 .

5.البخاري، كتاب النكاح، ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، ج5 .

6.البيهقي : كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها ، حديث رقم 14860.

7.الترمذي: كتاب الطلاق واللعان، باب ماجاء في المختلعات، حديث رقم 1186. 484/3 .

النسائي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، بلفظ "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات" حديث رقم 5626.

8.مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي – الإمارات –، ج 04، 2004.

9.د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2011.

10. زين بن إبراهيم بن نحيم، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج3 .

11. سنن الترمذي ، كتاب النكاح عن رسول الله ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض ما، ج3 .

12.صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، الطبعة الثانية ، 1993 تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، ج 11 .

13. د.عبد الله بن أحمد ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1988م ، الطبعة الخامسة ، ج3.

14. د.علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية ، بيروت ج 2 .

15.علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم ، المحلي ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ج9 .

16.القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار شريفة الجزائر، ج2.

17. قال الألباني : صحيح . محمد ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن أبي داود ، مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، سنة 1419ه 1998مج1.

18.محمد بن إدريس الشافعي، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1393ه ج5.

19.محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عليش ، ج2.

20. الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ، ج26.

21. أ.أحمد بوكريطة، الإمام مالك بن أنس فقيه ومحدثا، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي.

22. أ. د أحمد محمد نور يوسف، الإتجاه الحديثي للمذهب المالكي ، مدرسة المدينة من التشكل إلى نهاية القرن الثاني الهجري/ 8 ميلادي.

23.أ.مصطفى لعروس، المدرسة المالكية الاندلسية، نشاة وخصائص، منشورات وزارة الاوقاف المغربية، 1997.

24. أ.يوسف عسلمي، المدرسة المالكية المغربية الأولى، اعلامها، عوامل نشاتها، خصائصها، الاتجاه الحديث في المذهب المالكي.

25. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة : الأولى سنة 1998م ، ، ج 1 .

26. د.التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، الطبعة الاولى، 1430 هـ-2009م.

27. د.الهنتاتي نجم الدين، المذهب المالكي بالمغرب الإسلامي، بتر الزمان، تونس، 2006.

28. د.خير الدين سيب، انتشار المذهب المالكي ومدارسه، خططه الفقهية، أصوله 2016.

29. د.عماد جراية، الإمام مالك، الفقيه المحدث، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي 2016.

30. د.غوراب سعد، ابن عرفة والمذهب المالكي بإفريقيا في القرن 8هـ / 14م (ترجمة ابن عرفة)، تعريب أحمد بخاري الشتيوي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.

31. د. كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي 2016.

32. د. محمد الروكي، كتاب كيف دخل- كتاب " المغرب المالكي... لماذا؟ "، منشورات وزارة الشؤون الدينية والاوقاف 2003م.

33. زين بن إبراهيم بن نحيم، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج3 .

34. شمس الدين الزرعى، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون، سنة 1996م ، تحقيق شعيب الأرناؤوط عبد القادر الأرناؤوط ، ج 5 .

35. عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقع على الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، سنة النشر،2002 .

36. عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، مصر الطبعة الثالثة ، سنة النشر، 1962 .

37. محمد بن أبي سهل السرخسي المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة ، بيروت، سنة 1406هـ ج5 .

- **المحاضرات والملتقيات :**

1.أ.زهير قزان، إسهامات علماء التوات في مجال النوازل الفقهية ضمن فعاليات الملتقى الخامس للمذهب المالكي بعنوان " المدرسة المالكية الجزائرية".

2.د. خير الدين سيب، انتشار المذهب المالكي ومدارسه، خططه الفقهية، أصوله، أعمال الملتقيين الوطنيين الاول والثاني للمذهب المالكي، الملتقى الثاني، وزارة الشؤون الدينية والاوقاف ، ولاية عين الدفلى، الطبعة الأولى ، 2018.

3.د. عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في المغرب الإسلامي، الدار البيضاء، منشورات عكاظ، 1987م.

4.د. كشيط عز الدين، المدرسة المالكية في الجنوب الجزائري ضمن فعاليات الملتقى الخامس للمذهب المالكي بعنوان " المدرسة المالكية الجزائرية.

5.د.عماد جراية، الإمام مالك، الفقيه المحدث، الإتجاه الحديثي في المذهب المالكي، أعمال الملتقى الدولي الثاني عشر للمذهب المالكي، 2-2016/05/3، وزارة لشؤون الدينية والأوقاف، ولاية عين الدفلى، دار الثقافة.

- **المقالات والمجلات :**

1.د. كمال لدرع، خصائص ومميزات المذهب المالكي، مجلة الثقافة الإسلامية، العدد1، سنة 2005.

2.سالم بن براهيم، من قضايا المرأة والأسرة في الإسلام، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى الجزائر، ع 03، 2000.

3.سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ع06،2009.

4.محمد صلاح الدين المستاوي، المرأة والأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية (نموذج مجلة الأحوال الشخصية بتونس)، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000.

- **المذكرات :**

1.د.محمد شفيق، البحث العلمي مع تطبيقات في مجال الدراسات الإجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.

- **القوانين :**

1.قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

2.الأمر الرئاسي رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- **قرارات المحكمة العليا :**

1.ملف رقم 141262: المجلة القضائية، العدد الأول، 1998.

2.ملف 115118: نشرة القضاة، العدد 52، 1997.

3.المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة1991، العدد2 .

4.قرار رقم 32779 بتاريخ 2-4-1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 ، العدد الثاني.

5.المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/ 12 / 03 ، ملف رقم 35026، م .ق، 1989، ع 04.

6.قرار رقم 44630 بتاريخ 9-2-1987، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1987 ، العدد الثالث.

7.قرار رقم 51715 بتاريخ 16-1-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، العدد الثاني.

8.قرار رقم 57506 بتاريخ 25-12-1989، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1991، العدد الثالث.

9.قرار رقم 75588 بتاريخ 20-2-1991 ، الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993 العدد الرابع .

10. قرار رقم 118475 بتاريخ 2-5-1995، الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة الصادرة بتاريخ 1996 العدد 49.

11. قرار رقم 136604 بتاريخ 23-4-1996، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلية القضائية الصادرة بتاريخ 1997 العدد الثاني .

12. قرار رقم 216886 بتاريخ 16-3-1999، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1992 ، عدد خاص .

13. قرار رقم 23194 بتاريخ 23- 11- 1982 ، غرفة جنائية ، منشور المحلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989 العدد الأول .

فهرس

الفهـــــرس:

العنـــوان	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
مقدمة	**أ–ث**
الفصل الاول :التعريف بالمذهب المالكي ومؤسسه وفترة انتشاره بمنطقة المغرب العربي	
المبحث الأول: التعريف بمؤسس المذهب المالكي	09
المطلب الاول: التعريف بالإمام مالك بن أنس: نبذة مختصرة .	09
الفرع الاول: الإمام مالك سليل مدرسة المدينة المنورة	11
الفرع الثاني: مميزات مدرسة المدينة المنورة	14
الفرع الثالث: مكانة الإمام مالك عند أهل العلم	18
المطلب الثاني: أسس الفقه المالكي	19
الفرع الاول: تعظيم الامام مالك للحديث النبوي الشريف	20
الفرع الثاني: موطأ الإمام مالك والقواعد المعتمدة في تأليفه	22
المبحث الثاني: مرحلة رسوخ وانتشار المذهب المالكي بمنطقة المغرب العربي	26
المطلب الأول: دخول المذهب المالكي إلى بلاد المغرب العربي	26
المطلب الثاني: انتشار المذهب المالكي في الجزائر	35
خلاصة الفصل	45
الفصل الثاني: تطبيقات الإجتهاد القضائي الأسري في مسائل الزواج والطلاق بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	47
المبحث الأول: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج	48
المطلب الأول: إ المطلب الأول: الصداق	48

المطلب الثاني: المطلب الثاني: النفقة	55
المطلب الثالث: الشروط المفترضة لعقد الزواج	69
المبحث الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل الطلاق	76
المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق	77
المطلب الثاني: الخلع في الفقه وقانون الأسرة الجزائري	82
المطلب الثالث: التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	90
الخاتمة	103
قائمة المراجع والمصادر	115
الفهرس	/