

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة آكلي محند أو الحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف الدكتور: فؤاد غجاتي

إعداد الطالب: عبد الحكيم بونور

لجنة المناقشة:

الأستاذ: الدكتور كمال الدين قاري رئيسا.

الأستاذ: الدكتور فؤاد غجاتي مشرفا ومقررا.

الأستاذ: الدكتور الصادق ضريفي عضوا ممتحنا.

نوقشت يوم:/...../2020

السنة الجامعية: 2020\2019

الإهداء:

الحمد لله أولاً و آخراً، و الحمد لله على كل حال، نهدي هذا العمل لكل من أحبنا في الله و أحببناه فيه.

إلى والدي الكريمين، و إلى أخي نور الدين "رحمة الله عليه".

إلى زوجتي و أولادي و جميع أفراد العائلة.

شكر و تقدير:

انطلاقاً من حديث النبي صلى الله عليه و سلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"،
رواه أصحاب السنن.

أتوجه بالشكر إلى جميع الأساتذة، و إلى طاقم الإدارة لكلية الحقوق لجامعة البويرة.

أخص بالشكر الدكتور فؤاد غجاتي المشرف على هذا البحث الذي لم يبخل علينا
بملاحظاته و توجيهاته، و كذا تواضعه و صبره على مكالماتي و إتصالاتي المتكررة في
أوقات مختلفة.

لا أنسى الشكر للأستاذ الدكتور كمال الدين قاري الذي احتضني و استقبلني في البويرة
منذ أن كان التسجيل في الماستر فكرة فله كل الشكر و التقدير.

أوجه الشكر كذلك إلى لجنة المناقشة الموقرة، و التي قبلت قراءة الرسالة و إبداء
ملاحظاتها.

قائمة المختصرات:

-دت : دون تاريخ.

-دط: دون طبعة.

-دب: دون بلد نشر.

-دد: دون دار نشر.

-ط: الطبعة.

-ج: الجزء.

-ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

-ج ر: الجريدة الرسمية.

-ع: العدد.

مقدمة :

لقد انتشر الإسلام بعد مبعث النبي - صلى الله عليه و سلم - حتى أصبحت الشريعة الإسلامية هي الحاكمة، والقاضية في جميع مناحي حياة الناس، في عباداتهم، وتعاملاتهم من زواج و طلاق، وبيع و شراء، فكانت هي المرجع الوحيد الذي يحتكم الناس إليه. وبقي الحال على هذا قرونا متطاولة، حتى سقطت الخلافة الإسلامية، و حلت محلها القوانين المستوردة الغربية، و حصر الإسلام في العبادات والمساجد.

إلا أن بعض الدول الإسلامية، و إن كانت فصلت الدين عن الحياة، إلا أنها في مجال الأسرة تمسكت و التزمت في أغلبها بالشريعة الإسلامية، ممثلة في مذهبها الأربعة: الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي، و من بين هذه الدول: الجزائر، التي انتشر فيها المذهب المالكي انتشارا واسعا، حتى أصبح هو المرجع لعبادات الناس و فتاويهم.

علما أن قانون الأسرة الجزائري قد مر بمراحل و تطورات، كان يعتمد على المذهب المالكي في الكثير منها ، ولكن بعد خروج الاستعمار الفرنسي وقعت عدة تعديلات عليه، و ذلك كقانون 1984 و تعديلات 2005، إلا أن قانون الأسرة في ثوبه الأخير تعرض لمحاولة المسخ، و التغيير خاصة على يد الفئة التغريبية العلمانية التي تريد أن تعيش على نمط الغرب، مما جعلهم ينادون بالمطالبة بإسقاط بعض الأحكام التي لا تتماشى مع أهوائهم، حتى ولو كانت هذه الأحكام قطعية الثبوت و الدلالة. لذلك فأن المشرع الجزائري قد وضع قانون الأسرة و مواده تحت ضغط هذه الفئة من الجزائريين، لذلك نجده يبتعد عن أصالة المجتمع و مرجعيته المعتبر بها منذ قرون في بعض الأحكام فتجده يعتمد التلفيق هنا و هناك من أجل إرضاء قلة من المجتمع.

و تظهر أهمية هذه الدراسة في بيان مدى تمسك المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية عامة و المذهب المالكي خاصة، و بيان الأساس الذي يبنى عليه انتقاء الأقوال و الأحكام في قانون الأسرة.

وكذلك تتجلى أهمية الدراسة في معرفة الإنسان لمرجعية قوانين بلده و مصادر استمدادها، و أيضا بيان صلاحية الشريعة الإسلامية بصفة عامة و المذهب المالكي بصفة خاصة للتقنين و مواكبة العصر و التطورات.

وعليه جاءت إشكالية البحث كما يلي:

ما مدى اعتماد المشرع الجزائري على المذهب المالكي في قانون الأسرة؟.

و كحيط بهذه الإشكالية تساؤلات أخرى، حول مفهوم المذهب المالكي و عوامل انتشاره و دخوله إلى الجزائر، وكذا مراحل تطور قانون الأسرة و مرجعيته. و عليه جاء عنوان البحث:

مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري

أهمية الموضوع و أسباب اختياره :

تكمن أسباب اختيار الموضوع من جانبين:

الأسباب الموضوعية:

-حيث أنه يتعلق بالأسرة ، فهي المحضن الأول و المدرسة الأم، التي تنشئ الفرد و المجتمع، و عليه فإن صلاح الأسرة نابع من صلاح قوانينها، و الأحكام التي تحكمها و تبنى عليها.

-كما أن العولمة اليوم ، تريد أن تفرض نفسها حتى على خصوصيات الأسرة المسلمة، و أعرفها، و ذلك بإلغاء المرجعية الإسلامية، و إحلال الاتفاقيات الدولية و العادات الغربية محلها.

-كما أن هذه الدراسة تريد أن تبين: مدى التزام المشرع الجزائري بالخط الأصيل المتعارف عليه عند الشعب منذ قرون و هو المذهب المالكي.

الأسباب الشخصية:

-رغبة الباحث العلمية، في توضيح مرجعية المذهب المالكي ضمن الأهداف المشار إليها.

الدراسات السابقة:

لقد اعتنى بعض الباحثين بمسألة المذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري، ومن بين الدراسات التي وقفت عليها رسالة ماستر بعنوان أثر الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري حيث نوقشت بكلية الحقوق جامعة بجاية من قبل الطالبتين مسعودان حكيمة و حمادي خديجة، و التي كانت من فصلين، الفصل الأول فيه أثر الفقه المالكي في الزواج و انحلاله، ثم جاء الفصل فيه أثر الفقه المالكي في الميراث و التبرعات.

فهذه الرسالة كانت رسالة تطبيقية، حيث حوت بمجملها بعض المسائل التي اتفق فيها قانون الأسرة مع المذهب المالكي، دون الخوض في عوامل تأثر القانون بالمذهب، أو حتى الإشارة إلى خصائص المذهب و مرونته.

وكذلك رسالة ماستر للطالب فواز سلامي من جامعة الواد، و الموسومة بـ : التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري، و التي استفدنا منها في بعض مسائلها و تقسيماتها. وكذلك مقال لدكتور غرابي أحمد بعنوان المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة و موقع المذهب المالكي منها. فهذا المقال تطرق إلى جانب واحد و هو أحكام الميراث.

أما في بحثنا هذا فقد بينا فيه مفهوم المذهب المالكي و عوامل انتشاره، ودخوله إلى الجزائر، و مرجعيته فيها، ثم بينا كذلك المراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائري حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم مع ذكر مصادره و إضافة إلى المسائل المتفق عليها ذكرنا بعض المسائل المختلف فيها، بين قانون الأسرة و المذهب المالكي و كل ذلك من أجل بيان و توضيح مدى مرجعية المذهب المالكي في هذا القانون.

صعوبات البحث:

لا يخلو بحث أو مجهود من صعوبات و عراقيل تواجه الباحث، و مع عدم تأثيرها الكبير إلا أننا نذكر ما يلي:

1- قلة المصادر و المراجع في الموضوع.

2-الظرف الصحي الذي مرت به البلاد، مما يجعل التنقل إلى المكتبات صعبا إن لم نقل مستحيلا.

3-خفاء دلالات المواد القانونية مما يجعل استنباط الحكم من المادة القانونية يحتمل أكثر من رأي، و هذا راجع إلى الترجمة من الفرنسية إلى العربية.

منهجية البحث :

إن المنهجية المعتمدة في البحث، هي منهجية وصفية تاريخية، استقرائية في الوقت نفسه.

إذ إن طبيعة الموضوع هي التي تحدد المنهج.

اعتمدنا على المنهج الوصفي بوصفه المنهج الأساس للدراسة، مستعينين أيضا بالمنهج التاريخي حيث إن البحث يقارب الموضوع من زاوية تاريخية أيضا، منشغلة بالسيرورة التاريخية لتطور قانون الأسرة الجزائري، و مستوى اعتماده على المذهب المالكي في سن التشريع.

وكذا استقراء و تتبع المواد القانونية من أجل موازنتها بالمذهب المالكي و مدى توافقها أو اختلافها معه .

خطة البحث :

و قد جاءت الخطة كما يلي :

- مقدمة عامة.
- إشكالية البحث.
- أهمية الموضوع و أسباب اختياره .
- منهجية البحث.

الفصل الأول: الأوصول المرجعية المذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: المذهب المالكي دخوله و مرجعيته في الجزائر.

المطلب الأول: المذهب المالكي و عوامل انتشاره.

الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي.

الفرع الثاني: عوامل انتشاره.

المطلب الثاني: دخوله إلى الجزائر و مرجعيته.

الفرع الأول: دخول المذهب المالكي إلى الجزائر.

الفرع الثاني: مرجعية المذهب المالكي في الجزائر.

أولاً: مرجعيته في التدريس.

ثانياً: مرجعيته في الفتوى و القضاء.

المبحث الثاني: قانون الأسرة الجزائري مراحل تطوره و مصادره:

المطلب الأول : مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستعمار.

الفرع الثاني: مرحلة الاستعمار.

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستعمار.

المطلب الثاني : مصادر قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: العرف.

الفرع الثالثي: الاتفاقيات الدولية و المراسيم.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها و المختلف فيها بين قانون الأسرة و المذهب

المالكي:

المبحث الأول: المسائل التي اتفق عليها قانون الأسرو مع المذهب المالكي:

المطلب الأول: المسائل المتفق عليها في باب الزواج و انحلاله :

الفرع الأول: المسائل المتفق عليها في مجال الزواج و أركانه.

الفرع الثاني: المسائل المتفق عليها في مجال انحلال الزواج و آثاره.

المطلب الثاني: المسائل المتفق عليها في باب الوصايا و الميراث:

الفرع الأول : المسائل المتفق عليها في مجال الوصايا.

الفرع الثاني: المسائل المتفق عليها في مجال الميراث.

المطلب الثالث: نماذج من موافقة المحكمة العليا للمذهب المالكي في اجتهاداتها:

الفرع الأول: بيان الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج.

الفرع الثاني: حق الزوجة في السكن المستقل.

المبحث الثاني: المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي:

المطلب الأول : مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مجال الزواج و انحلاله:

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره .

المطلب الثاني: مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مجال النيابة الشرعية و الميراث:

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالميراث و الوصايا .

الخاتمة.

الفصل الأول:

الأصول المرجعية للمذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري.

تمهيد:

يعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية انتشارا ، لذلك كان تأثيره في حياة الناس من حيث عباداتهم و معاملاتهم أمر واضح، لا يخفى على أحد، فمنذ أن دخل المذهب المالكي إلى المغرب و الناس يتعاملون وفق أحكامه و فتاويه، والقضاة يفصلون في النزاعات بناء على آرائه، لذلك نبين في هذا الفصل في مبحثه الأول: مفهوم المذهب المالكي ، و عوامل انتشاره، و كذا دخوله إلى الجزائر و مرجعيته فيها من حيث التدريس و الفتوى و القضاء.

كما بينا في المبحث الثاني: المراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائري، حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم، مع بيان مصادره التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في وضع هذا القانون، لأن معرفة المصادر تجعلنا نحدد مرجعيته بأكثر دقة، و نعني بالمرجعية كل ما يرجع إليه و يعتمد عليه من مبادئ و قواعد.

المبحث الأول : المذهب المالكي دخوله ومرجعيته في الجزائر.

ونتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين: مفهوم المذهب المالكي و عوامل انتشاره في المطلب الأول، ثم دخوله إلى الجزائر و مرجعيته في التدريس و الفتوى و القضاء في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المذهب المالكي و عوامل انتشاره.

وفيه فرعين: مفهوم المذهب المالكي في الفرع الأول ، ثم العوامل التي أدت إلى انتشاره في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي:

و فيه تعريف المذهب لغة و اصطلاحاً.

أولاً: تعريف المذهب لغة:

المذهب مصدر ميمي من ذهب ذهاباً و ذهاباً بمعنى مر و مضى و مات، يقال ذهب الأثر أي زال، ومنه قوله تعالى: ﴿ ذهب الله بنورهم ﴾⁽¹⁾ ويقال ذهب إلى قول فلان أخذ به، وذهب مذهب فلان فالمذهب هو الطريقة والمعتقد الذي يذهب إليه.

والمذهب هو مكان الذهاب لأنه يذهب إليه مثل المتوضأ: وهو الموضع الذي يتغوط فيه⁽²⁾، وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا أراد الغائط أبعد في المذهب"⁽³⁾

ثانياً: تعريف المذهب اصطلاحاً:

يقول أبو الحسن البصري⁽⁴⁾: "اعلم أن مذهب الإنسان هو اعتقاده. فمتى ظننا اعتقاد الإنسان أو عرفناه ضرورة أو بدليل مجمل أو مفصل: قلنا إنه مذهبه"⁽⁵⁾.

1 سورة البقرة 17.

2 ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1426هـ\2005م، 6، 48.

3 ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، السنن، إعتني به محمد بربر، بيروت، المكتبة العصرية، 1427هـ\2006م، كتاب الطهارة (1)، باب التباعد للبراز في الفضاء (24)، حديث (331)، 1، 64.

4 هو محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري، ولد في البصرة وسكن بغداد له كتب منها: المعتمد وتصفح الأدلة، توفي سنة 436 هـ خير الدين الزركلي، الأعلام، بيروت، دار العلم للملايين، ط15، 1423هـ\2002م، 6، 275.

5 أبو الحسين البصري ، المعتمد في أصول الفقه، تعليق الشيخ خليل الميس، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، 2، 313.

ولكن هذا التعريف يبقى تعريفا عاما لجميع المجالات، وشاملا لكل المذاهب، فيعم المجالات العقدية والفقهية والفكرية واللغوية، كما يشمل جميع المذاهب البناءة والهدامة المؤمنة والملحدة، وهو على لغة المناطقة جامع غير مانع لأن ما نريده في بحثنا هو المذاهب الفقهية. كما أن المذهب قد يطلق في عرف الفقهاء على ما ذهب إليه إمام من الأئمة في الأحكام الاجتهادية استنتاجا واستنباطا⁽¹⁾.

فمن خلال هذا التعريف يتبين أن المذهب عند الفقهاء يختص بالمسائل الاجتهادية التي هي محل اجتهاد ونظر، أما المسائل المتفق والمجمع عليها فلا تعد من اختصاص أحد، فهي بمثابة القاسم المشترك بين الأمة وعلمائها.

وفي هذا الصدد يقول القرافي⁽²⁾: "ينبغي أن يقال إن الأحكام المجمع عليها التي لا تختص بمذهب نحو جواز القراض ووجوب الزكاة والصوم ونحو ذلك: إن هذه الأمور مذهب إجماع من الأمة المحمدية. ولا يقال هذا مذهب مالك والشافعي إلا فيما يختص به، لأنه ظاهر اللفظ في الإضافة والاختصاص. ألا ترى أنه لو قال قائل: وجوب الخمس صلوات في كل يوم هو مذهب مالك لنأى عنه السمع ونفر منه الطبع، ويدرك بالضرورة فرقا بين هذا القول وبين قولنا: وجوب التدليك في الطهارات مذهب مالك، ووجوب الوتر مذهب أبي حنيفة، فلا يتبادر الذهن إلا إلى هذا الذي وقع به الاختصاص دون ما اشترك فيه السلف والخلف والمتقدمون والمتأخرون"⁽³⁾.

وقبل هذا قد بين القرافي ضابطا للمذاهب الفقهية التي تقلد فجعل لها خمسة ضوابط فقط فقال: "إن ضابط المذاهب التي يقلد فيها أنها خمسة أشياء لا سادس لها: الأحكام الشرعية

1 الخطاب، أبو عبد الله محمد بن الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، (1423هـ/2002م)، 1، 24.

2 هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، ولد سنة 626هـ/1227م، كان بارعا في الفقه والأصول، له تأليف منها: الفروق والذخيرة...، توفي سنة 684هـ/1285م، خير الدين الزركلي، الأعلام، 1، 94-95.

3 القرافي، الأحكام في التمييز الفتاوي عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416هـ/1995م، 194-195.

الاجتهادية وأسبابها وشروطها وموانعها والحجاج المثبتة للأسباب والشروط والموانع⁽¹⁾. ويقصد بالضابط هنا مجالات الاجتهاد عند المذاهب ومحل التقليد عند العامة والمقلدين. فهذه التي ذكرها القرافي هي محل الاجتهاد عند الفقهاء ومحل التقليد عند العامة وبذلك يصح نسبة هذه الأحكام إلى المذاهب.

وعلى هذا فإن مذهب مالك هو: " ما ذهب إليه الإمام مالك في الأحكام الاجتهادية". أو هو على حد القرافي " ما اختص به مالك من الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية وما اختص به من أسباب الأحكام والشروط والموانع والحجاج المثبتة لها"⁽²⁾.

ولكن السؤال الذي نريد طرحه هنا، هل مصطلح المذهب المالكي أو غيره من المذاهب الأخرى يتوقف عند قول إمام المذهب فحسب دون أقوال التلاميذ والأصحاب المخرجة أم لا؟ والصحيح أن مصطلح المذهب يقصد به أقوال الإمام وأقوال أصحابه من بعده ما دامت هذه الأقوال مبنية على قواعده وأصوله وهذا ما يعرف عندهم بالتخريج، أي قياس المسائل المستجدة التي ليس فيها نص للإمام على بعض المسائل التي وجد للإمام فيها رأي بجامع العلة، لأن الأصل عدم الفارق وأن لازم المذهب مذهب. سئل ابن عرفة⁽³⁾ هل يقال في أقوال الأصحاب : إنها من مذهب الإمام فقال: إن كان المستخرج لها عارفا بقواعد إمامه و أحسن مراعتها صح نسبتها للإمام وجعلها من مذهبه و إلا نسبت لقاتلها⁽⁴⁾.

وإلى هذا أشار صاحب المراقي⁽⁵⁾ بقوله⁽⁶⁾ . :

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

2 المصدر نفسه، 195 .

³ هو ابو عبد الله محمد ابن الشيخ محمد ابن عرفة الورغمي التونسي، ولد سنة 716هـ، تولى إمامة جامع الزيتونة، له المختصر في الفقه، و الحدود الفقهية، توفي 803هـ، محمد مخلوف شجرة النور الزكية في طبقات المالكية 1، 326-327.

⁴ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، الحاشية على خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م، 1، 19.

⁵ هو نظم في أصول الفقه يحتوي على ألف بيت يسمى بمراقي السعود، ناظمه هو عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نظم فيه جمع الجوامع لابن السبكي مع التوسع والتفصيل في أصول المالكية و تحريرها، وقد شرحه في كتاب سماه نشر البنود على مراقي السعود.

⁶ عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، المغرب، صندوق إحياء التراث الإسلامي، 2، 277-278.

قول بذى وفي نظيرها عرف	إن لم يكن لنحو مالك ألف
وقيل عزوه إليه حرج	فذاك قوله بها المخرج
خلف مضى إليه من قد سبقا	وفي انتسابه إليه مطلقا

ولكن على العموم يبقى القول المخرج ليس كقول الإمام من حيث النسبة أو حتى من حيث القوة لأن الفرع لا يكون كالأصل.

وبعد هذا يمكننا القول أن المذهب المالكي هو ما ذهب إليه مالك من الأحكام الإجتهدية أو قاله أصحابه وخرجه بناء على أصول المذهب وقواعده.

ومما يجب أن نشير إليه أن لفظ المذهب أصبح يطلق عند المتأخرين على القول المعتمد في المذهب المالكي أي ما به الفتوى، فيكون هذا من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم على حد الحج عرفة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عوامل انتشار المذهب المالكي:

بعد ما رأينا مفهوم المذهب المالكي و تطوره عبر مراحل، نريد أن نبين العوامل و الأسباب التي أدت إلى انتشاره و جعلته يبلغ الآفاق، و يدخل البلدان و يحظى بالقبول بين الناس ، عواملهم و علمائهم، طلبتهم و مشايخهم، ويمكن تقسيم هذه الأسباب إلى ثلاثة أقسام:

- عوامل راجعة إلى الإمام نفسه.
- عوامل راجعة إلى المذهب نفسه.
- عوامل راجعة إلى السلطان والحاكم.

1 الحطاب، ابو عبد الله محمد بن الحطاب، مواهب جليل شرح مختصر خليل، 1، 24.

أولاً: العوامل الراجعة إلى الإمام نفسه:

ونعني بها الصفات المستقرة في شخصية الإمام مالك والتي كانت عوناً على انتشار المذهب المالكي وتلقي الناس له بالقبول والإذعان.

1- فقه الإمام وسعة علمه:

قبل الكلام على علم الإمام وشهادات الأئمة والأقران والتلاميذ والأتباع، ينبغي الوقوف على حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه فيما رواه أبو هريرة: " يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة"⁽¹⁾ ومعنى يضربون أكباد الإبل: أي جنب البعير الذي فيه الكبد، وهو أيضاً كناية عن الإسراع في الرحيل والرغبة في الوصول إلى المكان المطلوب، خشية فوات الغرض، إذ الإبل هي الوسيلة الوحيدة للسفر يومها. والمعنى العام للحديث: الإخبار منه صلى الله عليه وسلم بأنه يوشك ويقرب أن يتهافت الناس على طلب العلم فلا يجدون عالماً أعلم من عالم المدينة⁽²⁾. وقد كان سفيان بن عيينة يقول في هذا الحديث: "أراه مالكا"⁽³⁾. وقال القاضي عبد الوهاب: "أما إنه لا ينازعنا في هذا الحديث أحد من أرباب المذهب، إذ ليس منهم من له إمام من أهل المدينة، فيقول المراد به إمامي، ونحن ندعي أنه صاحبنا بشهادة السلف، وبأنه إذا أطلق بين أهل العلم عالم المدينة وإمام دار الهجرة فالمراد به مالك عندهم دون غيره من علمائها، كما إذا قيل الكوفي فالمراد أبو حنيفة دون سائر فقهاء الكوفة"⁽⁴⁾.

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

2- ورعه وتقواه:

إلى جانب علمه وتبحره في أمور الدين والفقه الذي هو من المسلمات، فقد كان الإمام رحمه الله تعالى ورعاً تقياً، مراقباً لله سبحانه في كل أحواله في سره وعلانيته متمثلاً بقوله

¹ الترمذي، السنن، كتاب العلم (39)، باب ما جاء في عالم المدينة (18)، حديث رقم (2680)، 5، 810.

² محمد التاويل، خصائص المذهب المالكي، ضمن مجموعة الدروس الحسنية المغربية، 1424هـ/2004م، 3.

³ ابن عبد البر، الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، بيروت دار البشائر الإسلامية، 1997، 50.

⁴ القاضي عياض، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت مكتبة الحياة د.ت، 1، 126.

⁵ المصدر نفسه، 1، 133.

تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ﴾⁽¹⁾، فقد قال محمد بن خالد بن عتمة: "إذا رأيت وجه مالك رأيت أعلام الآخرة في وجهه، فإذا حكم علمت أن الحق يخرج من فيه"⁽²⁾.

وغيرها من الشهادات والنقول التي تبين صلاحه وورعه وعبادته في السر والعلن، من طول صلاة وركوع وبكاء وخشية وغيرها من الفضائل، فبذلك حق لمن حاز هذا المقدار من الصلاح والخشية والاستقامة وطهارة النفس أن يكون قدوة وإماما، تنتشر من خلاله آراؤه وأقواله وأفكاره، ويجعل عند الناس حجة بينهم وبين الله.

3- صحة عقيدته:

لقد اشتهر الإمام بسلامة عقيدته، إذ كان على ما كان عليه السلف من الصحابة والتابعين، فلم يخض رحمه الله فيما لم يخوضوا أو يتكلموا جاعلا ذلك من الابتداع والخروج عن الدين، فكان مذهبه في العقيدة هو مذهب أهل الأثر من المدينة المنورة، الذي هو الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره، مع قبول ما جاء عن رسول صلى الله عليه وسلم لا يردون شيئا منه، حتى قال فيه أحمد بن حنبل: "إذا رأيت الرجل يبغض مالكا فاعلم أنه مبتدع"⁽³⁾.

4- طول إفتائه وتدريسه:

لقد بارك الله تعالى في عمر مالك فطال وصلح عمله، فقد تصدر للتدريس والإفتاء في سن مبكرة من حياته بعد تزكية علماء بلده له، إذ قال: "ليس كل من أحب أن يجلس في المسجد للحديث والفتيا جلس، حتى يشاور فيه أهل الصلاح والفضل من الجهة في المسجد، فإن رأوه أهلا لذلك جلس، وما جلست حتى شهد لي سبعون شيئا من أهل العلم أنني موضع لذلك"⁽⁴⁾.

فهذا العطاء المبكر لم يتوقف وينقطع سريعا، بل استمر وطال إلى أن توفي رحمه الله تعالى، فكانت مدة تدريسه وإفتائه ما يقارب الستين سنة ونيفا، والقليل من العلماء من كان له

¹ سورة فاطر، 28.

² القاضي عياض، ترتيب المدارك، 1، 17، 169.

³ المصدر نفسه، 1، 178.

⁴ المصدر نفسه، 1، 126.

ذلك، فمدة طويلة مثل هذه جديرة بأن تجعل الإمام محل رحمة وتمسك من قبل الطلاب، كما من شأنها أن تجعل صاحبها ذا قدر واسع من العلم، مما يزيد شهرته ومكانته⁽¹⁾. فطول الإفتاء والتدريس للإمام كما يرى بعضهم هو أحد مرجحات المذهب على غيره، إذ يقول القرافي رحمه الله في بيان المرجحات: "ومنها طول عمره في الإقراء والإفتاء سنين، ومعلوم أنها ينبوع الاطلاع⁽²⁾."

5- كثرة تلاميذه:

لقد تراحم الطلاب على الإمام للسمع منه والأخذ عنه، وذلك للشهرة التي حظي بها على جميع المستويات الدينية والعلمية والأخلاقية، فتلاميذه من الكثرة لا يحصون عدداً، فقد كان مجلس درسه يضم تلاميذ كثرًا ومن كل بلد، فدرسه كان فيه الحجازيون، واليمنيون، والمصريون، والعراقيون، والمغاربة، قال القاضي عياض: "كنا قديماً جمعنا الرواة عن مالك على حروف المعجم على ما أشرنا إليه أول الكتاب فاجتمع لنا منه نيف على الألف اسم وثلاثمائة اسم.."⁽³⁾

فهذه الكثرة المتنوعة قامت بدور بارز في انتشار آراء الإمام ومروياته، وكان لهم الفضل في تعليم الناس وإفتائهم، وتوجيههم على مذهب مالك، وكانوا -أي هؤلاء الطلبة - هم اللبنة الأولى لانتشار المذهب في بلدانهم.

ثانياً: العوامل الراجعة إلى مذهب نفسه :

ونعني بذلك الصفات والميزات والخصائص التي اختص بها المذهب، فكانت طريقاً لانتشاره واتساعه وسبباً لقبوله عند الناس، فهذه المواصفات نال المذهب المالكي مقاما عالياً ومكانة مرموقة بين المذاهب الفقهية المتبعة "فهو أصحها أصولاً، وأكثرها فروعاً، وأشملها قواعد، وأوسعها مقاصد، وأكثرها مرونة وواقعية، وأقربها لحياة الناس، وأكثرها ملاءمة لظواهرهم

1 محمد الروكي، المغرب مالكي لماندا، المغرب، وزارة الأوقاف، 1423هـ/2003م، 26.

2 القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1414هـ/1994م، 1، 34.

3 القاضي عياض، ترتيب المدارك، 1، 254.

وطبائعهم"⁽¹⁾. ويقول أبو زهرة كذلك: "وإننا نقر غير مجازفين أنه" المذهب المالكي "مذهب الحياة والإحياء، وقد اختبره العلماء في عصور مختلفة فاتسع لمشاكلهم واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفا لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج..."⁽²⁾.

ثم بإمكاننا تقسيم هذه الصفات والميزات التي اختص بها المذهب إلى ثلاثة أقسام:

1- خصائص المذهب على مستوى أصوله.

2- خصائص المذهب على مستوى فقهه.

3- خصائص أخرى.

1- خصائص المذهب على مستوى الأصول:

يمتاز المذهب المالكي بعدة خصائص ومزايا على الصعيد الأصولي جعلته محل قبول عند الناس، كما وسعت من دائرة انتشاره وسعة تفشيه، وهذه هي أهم الخصائص على هذا المستوى

أ- صحة أصول:

إن أصول المذهب هي أصول الصحابة والتابعين التي كانوا يرجعون إليها إذا اجتهدوا في القضايا أو اختلفوا في الأحكام لذا يقول ابن تيمية رحمه الله: "من تدبر أصول الإسلام وقواعد الشريعة، وجد أصول مالك وأهل المدينة أصح الأصول والقواعد"⁽³⁾.

فالأصول التي اعتمدت في المذهب المالكي ليست من فكر شخص بعينه، بقدر ما هي ثروة علمية ورثها الإمام عن الصحابة والتابعين، إذ إن المدينة المنورة هي موطن الإمام والمذهب، وهي كذلك مستقر النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة، ومهبط التشريع في زمن غير بعيد عن الإمام مالك⁽⁴⁾.

1 محمد الأمين ولد سالم بن شيخ، مراعاة الخلاف و علاقتها ببعض أصول المذهب و قواعده، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية 1422هـ/2002م، 61.

2 أبو زهرة، مالك، القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، 1952، 376.

3 ابن تيمية تقي الدين، صحة عمل أهل المدينة، ضمن مجموع الفتاوى، تحقيق عامر الجزار و أنور الباز، المنصورة، دار الوفاء 2001، ط2، 157، 20.

4 أحمد نور سيف، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، 76-77.

ب- كثرة أصوله:

إن مما تميز به المذهب كثرة أصوله ووفرتها وتنوعها من عقلية إلى نقلية، ما أدى إلى إغناؤه، فأعطته هذه الكثرة الحيوية والحركية، ووفرت لعلمائه وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط⁽¹⁾.

فعند الموازنة بين أصول مالك وغيره، نجد الأصول عند أبي حنيفة هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والعرف، والأصول عند الشافعية الكتاب والسنة والإجماع والقياس، أما المالكية فأقل ما اتفقوا عليه تسعة، ما ذكر عند الحنفية، ويزاد عليه إجماع أهل المدينة والمصالح المرسلة وسد الذرائع⁽²⁾، وفي هذا الصدد يقول أبو زهرة: "وأما كثرة أصوله فإنه أكثر المذاهب أصولاً"⁽³⁾.

فهذه الكثرة من حيث الأصول تسهل على الأئمة الاجتهاد، وذلك قصد استيعاب التطورات والمستجدات، واختيار ما هو أصح وأنسب لحياة الناس ومصالحهم، وفي هذا يقول أبو زهرة كذلك: "إن كثرة الأصول تطلق تخريج المخرج، فإنه بلا شك كلما كثر ما بين يدي المفتي من أصول صالحة للإفتاء يختار منها أصلحها وأقربها إلى العدل والدين فيما يفتي به"⁽⁴⁾. وعلى الجملة فإن كثرة الأصول تجعل المذهب مرناً، فتعلو به وتجعله محل قبول بين الناس، ويزيد أبو زهرة هذا تأكيداً بقوله: "فكانت كثرة الأدلة كما قلنا من شأنها أن تعلو بذلك لا أن تخفضه"⁽⁵⁾.

2- خصائص المذهب على مستوى فقهه:

لقد امتاز المذهب كذلك واختص بعدة خصائص على الصعيد الفقهي أدى به إلى أن يكون هو المذهب المتبوع من قبل عدد كبير من المناطق والبلدان، وسنتكلم عن أهم هذه الخصائص فيما يلي:

¹ محمد الروكي، المغرب مالكي لماذا، 39.

² أبو زهرة، مالك، 376.

³ المصدر نفسه، 376.

⁴ المصدر نفسه، 376.

⁵ المصدر نفسه، 376.

أ- التفتح:

إن المنتبع للفقهاء المالكي يجده يمتاز برحابة صدره وانفتاحه، فهو مذهب لا يتعصب للرأي والأشخاص، وهذا ما يظهر جليا من كلام الإمام نفسه حين قال: " كل يؤخذ منه ويرد إلا صاحب هذا القبر" ثم يزداد هذا المعنى ظهورا ووضوحا عندما أراد الخليفة أن يحمل الناس على الموطأ ويجعله المرجع الوحيد، فقال له مالك: " إن الناس سبقت لهم أقاويل وسمعوا أحاديث وروايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعملوا به، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم"⁽¹⁾. كما تظهر هذه الميزة كذلك في إباحة المذهب الاقْتداء بالمخالف في الفروع حتى ولو ترك شرطا من شروط الصلاة في المذهب المالكي⁽²⁾، وكذا اعتبار رأي المخالف خاصة إذا قوي دليله، وهذا ما يعرف بمراعاة الخلاف⁽³⁾.

إذا فلم يكن الاعتداد بالنفس سمة من سمات أهل المذهب، فالحق ضالتهم ومطمح نفوسهم، ولو كان عند غيرهم ممن يخالفهم.

ب- الواقعية:

إن المذهب المالكي مذهب واقعي، يبتعد عن الخيال والافتراض، فهو فقه مبني على الواقع وهمومه وتغييراته، فنوازله وفروعه في شتى الأبواب والمجالات تتراوح بين ما هو واقع وما يمكن وقوعه، وقد كان الإمام رحمه الله إذا سئل عن شيء يقول للسائل: " سل عما يكون ودع ما لا يكون، وقد يعرض عن السائل أخذا بحديث: "اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع".

ج- المرونة والتجديد:

إن المنتبع لأحكام المذهب وفروعه يجدها تتصف بالمرونة، كما يجدها قابلة للتجديد والتطور، ذلك أن الفروع والأحكام تبنى على الأعراف والمصالح والاستحسان، ولما كانت هذه الأعراف والمصالح تتغير وتتبدل بتغير الزمان والمكان، فإنه يؤدي حتما إلى تغير هذه الأحكام وتبدلها، مما يفتح باب الاجتهاد على مصراعيه أمام المجتهدين لاختيار ما يلائم حياة الناس

¹ القاضي عياض، ترتيب المدارك، 1، 193.

² محمد التاويل، خصائص المذهب المالكي، 6.

³ محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، دبي، دار البحوث و الدراسات الإسلامية 1422هـ/2002م، 46-47-48.

ويتماشى مع مصالحهم⁽¹⁾، فهم لا يضيّقون أمام المستجدات والنوازل مما أدى بهم إلى استيعاب حياة الناس ومشاكلهم وحاجاتهم ومتطلباتهم.

3- خصائص أخرى:

أ- كثرة أعلام المذهب ومؤلفاتهم:

لقد تميز المذهب المالكي بعدد كبير من الأئمة والأعلام المنتسبين إليه، الذين تخرجوا مباشرة على يد الإمام أو على يد تلاميذ الإمام وتلاميذهم، إذ لا يخلو مكان ولا زمان من علماء المالكية وأتباعهم، والذي يتضح من كتب طبقاتهم كترتيب المدارك أو الديباج أو شجرة النور الزكية، التي ترجمت لرجال المذهب، فقد كانوا على قدم وساق، وفروا جهدهم ووقتهم وأعطوا الغالي والنفيس لهذا المذهب وذلك بإغنائهم وإثرائهم بالاجتهاد والتخريج حتى يكون مواكبا لحياة الناس وتطوراتهم، وكذلك عن طريق التدريس والمناظرات، فقيمة المذهب إنما تعرف بنوعية الأتباع ومدى رسوخهم في العلم وتبحرهم في الفقه والاجتهاد.

كما تميز علماء المالكية بالكثرة فإنهم كذلك تميزوا بالقوة والتأثير وذلك في الدفاع عن مذهبهم وبثه ونشره بين الناس، وهذا ما حدث مع الإمام سحنون الذي فض حلق المخالفين للمذهب عندما تولى القضاء⁽²⁾، مما هيا الطريق للمذهب بالانتشار والاتساع، ولم يكن هذا مع عامة الناس فقط بل حتى مع ولاة الأمور والحكام وهذا ما وقع في الأندلس في حادثة هيج الربيض، والتي ثار فيها علماء المالكية ضد الحكم بن هشام الذي كان طاغيا مسرفا مما أدى إلى قتل الكثير منهم⁽³⁾. كما تظهر قوتهم كذلك في صبرهم أيام المحن والاضطهاد خاصة من الشيعة العبيديين في إفريقية ومصر⁽⁴⁾.

¹ أبو زهرة، مالك، 367-368.

² الونشريسي أحمد ابن يحيى، المعيار المغرب و الجامعي المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا و الأندلس و المغرب، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1981، 12، 26.

³ مصطفى الهروس، المدرسة المالكية الأندلسية، 51-52، وكذا الحميدي، جذوة المقتبس، 16.

⁴ الهنتاتي نجم الدين، المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، تونس، منشورات تير الزمان، 1424 هـ/2004م، 156.

ومن أحسن ما قدموه أن تركوا مؤلفات ومصنفات زحرت بها المكتبة الإسلامية إلى اليوم، فأراء المذهب لم تكن محصورة في كتاب أو مؤلف، بل لقد وجد في المذهب من الكتب ما يعجز عن حصره وعده، مما أدى إلى انتشار المذهب ورسوخه ومنافسة العديد من المذاهب.

ب- موطن المذهب المالكي:

لا يخفى على أحد أن المكان الذي ظهر فيه المذهب المالكي هو المدينة المنورة، فهي مكان السنن والآثار، وهي مكان الإيمان والبركة، وهي التي عاش فيها النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته وفيها نزل معظم الأحكام وتطبيقاتها، فهي عاصمة الإسلام والمسلمين⁽¹⁾.

وكما أنها امتازت بالسنة والآثار، فإنها قد خلت من البدع والأهواء، وهو ما أشار إليه ابن تيمية عندما قال: "لم يكن بالمدينة في القرون المفضلة بدعة ظاهرة، ولا خرج منها مبتدع في أصول الدين كما خرج من سائر الأمصار..... أما المدينة كان يأتي منها العلم والإيمان والخير، وإذا كان بها من مصدر لبدعة فكان عندهم مقهورا⁽²⁾".

فبهذه المواصفات التي اقتصت بها المدينة المنورة نالت ثقة الطلبة والعلماء حتى صارت قبلة لهم ومعيار تقاضل وتفوق بينهم، ولما كان الإمام رحمه الله موطنه المدينة المنورة زاد ذلك في قبول علمه وآرائه وانتشارها.

ثالثا: العوامل الراجعة إلى سلطان:

ونعني بعامل السلطان دور السلاطين والحكام في انتشار المذهب المالكي لاسيما في مناطق نفوذهم.

1- مناصرة السلطان للمذهب والمضايقة على المخالف:

إن دعم السلطان أو الحاكم لفكرة أو مذهب ما، يجعله ذا قوة ونفوذ، فالمذهب المالكي كان من المذاهب التي لقيت قبولا من قبل الحكام، وقد يكون هذا القبول أو الحظوة من أجل مآرب وأطماع سياسية، إلا أنه في كثير من الأحيان كان تبني السلطان لمذهب ما مبنيا على

¹ ابن تيمية، المجموع، صحة عمل المدينة، 20، 167.

² المصدر نفسه، 20، 167.

قناعات واعتقادات علمية موضوعية مسبقة⁽¹⁾. وتظهر هذه المناصرة وتتجلى خاصة في إلزام القضاة والمفتين بعدم الخروج عن المذهب المالكي في الحكم والفتوى، وهذا ما جرى مثلاً في الأندلس حيث أصدر الأمير مرسوماً فيه: "وكل من زاغ عن مذهب مالك بأنه مما رين على قلبه، وزين له سوء عمله وكذلك قال: "من خالف مذهب مالك بالفتوى وبلغنا خبره أنزلنا به النكال ما يستحقه، وجعلناه عبرة لأصحابه"⁽²⁾.

فهذا الكلام يعد انتصاراً ونصرة للمذهب المالكي، كما يعد بمفهومه تضيقاً واضحاً على المذاهب الأخرى.

2- إشراك الفقهاء في الحكم:

هذا مظهر من مظاهر دعم السلطان للمذهب المالكي، إذ ثبت أن بعض السلاطين، كان له للعلماء تقدير خاص واحترام عال ومكانة مرموقة، جعلتهم يتواضعون لهم ويأخذون آراءهم، بل كان العلماء والفقهاء يشاركون في أمور الدولة والحكم، ومن أوضح الأمثلة ما كان ليحي بن يحيى الليثي مع الأمير عبد الرحمن بن الحكم الذي كان يكرمه ويحترمه، بل ينفذ أوامره، فكان لا يستنقضي قاضياً ولا يعقد عقداً ولا يمضي في الديانة أمراً إلا عن رأيه ومشورته⁽³⁾. وهذا أبو الوليد الباجي الذي لقي قبولا عند عدد من الملوك، فكان له شهرة عالية وسمعة طيبة، حتى أدى ذلك إلى القدح فيه بسبب مجالسته للحكام فأعلن قائلاً: "لولا السلطان لنقلتني الذر من الظل إلى الشمس"⁽⁴⁾. وغيره من العلماء الذين كانوا على علاقة وطيدة بالسلطان مما حققوا بها انتصاراً وانتشاراً ورسوخاً للمذهب المالكي.

المطلب الثاني: دخوله إلى الجزائر و مرجعيته:

ونتطرق فيه إلى فرعين: دخول المذهب المالكي إلى الجزائر في الفرع الأول، ثم مرجعيته في التدريس و الفتوى و القضاء في الفرع الثاني.

¹ حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، 167، وكذا محمد الروكي، المغرب مالكي لماذا، 53.

² الونشريسي، المعيار المغربي، 12، 26.

³ حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، 168-169.

⁴ القاضي عياض، ترتيب المدارك، 2، 805، حسن شرحبيلي، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، 172.

الفرع الأول: دخول المذهب المالكي إلى الجزائر:

لقد دخل المذهب المالكي إلى الجزائر عن طريق تلاميذ الإمام الذين درسوا عليه، وأخذوا منه مباشرة. ثم عادوا إلى بلدانهم، فعلموا الناس وأفتوهم على مذهب إمام دار الهجرة، كما سمعوا منه، ولقد كانت بلاد المغرب تشمل المغرب العربي كاملاً كما هو عليه الحال اليوم، بما فيه الجزائر.

ومن العلماء أصحاب الطبقة الأولى الذين أدخلوا المذهب المالكي للمغرب⁽¹⁾ :

أولاً: أبو محمد عبد الله بن فروخ الفاسي، ثم المغربي فقيه القيروان، ولد بالأندلس سنة 115هـ، وقد رحل إلى المشرق وأخذ عن الأعشب، و ابن جريج وأبي حنيفة والثوري ومالك. فقد تفقه مدة بمالك، وأخذ عليه الفقه والحديث، ثم رجع واستوطن بالقيروان، وتعلم به خلق كثير من أهلها، توفي سنة 176هـ عند منصرفه من الحج.⁽²⁾

ثانياً: أبو الحسن علي بن زياد السبتي، التونسي الفقيه العابد المتوفى بتونس سنة 183هـ، رحل وسمع من الثوري ومالك، وهو من أكابر أصحاب مالك، وأول من أدخل الموطأ إلى المغرب، فقد روى عنه البهلول ابن راشد، وأسد بن الفرات وسحنون⁽³⁾.

ثالثاً: أبو محمد البهلول بن راشد القيرواني، الفقيه الزاهد، سمع من الثوري، ومالك، والليث، وكذلك القعنبي، ويحيى بن سلام وسحنون، توفي بعد علي بن زياد بشهر وأيام سنة 183هـ⁽⁴⁾.

رابعاً: أبو علي شقران بن علي القيرواني، الفقيه المتوفى بالقيروان سنة 186هـ، روى عنه سحنون، وغيره من العلماء كان مؤاخياً للبهلول ابن راشد⁽⁵⁾.

1 موسى إسماعيل، المدرسة المالكية الفقهية المالكية في الجزائر، ضمن أعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، عين الدفلى، 2009، 46 .

2 محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1، 91.

3 المصدر نفسه، 1، 91.

4 المصدر نفسه، 1، 92.

5 المصدر نفسه، 1، 90.

فقد كانت بلدان المغرب العربي بما فيها الجزائر تابعة للمدرسة القيروانية في الجانب العلمي والثقافي، لذلك فإن دخول المذهب المالكي إلى الجزائر كان بسبب تلاميذ الإمام الأوائل، والذين أخذوا عنه مباشرة، ثم استقروا في القيروان⁽¹⁾.

ثم جاءت مرحلة الطبقة الثانية من الأعلام الذين لم يلقوا مالكا، وإنما أخذوا عن من لقيه كسحنون أبي سعيد عبد السلام بن سعيد التونسي القيرواني، المتوفى سنة 240هـ، الذي أخذ عن ابن القاسم، و ابن وهب، وأشهب، وغيرهم من تلاميذ الإمام الأوائل، قال الشيرازي: "انتهت إليه الرياسة في العلم بالمغرب، وولي القضاء بالقيروان وعلى قوله المعول بالمغرب وعنه انتشر علم مالك في المغرب"⁽²⁾.

ثم خلفه من بعده ابنه محمد، المتوفى سنة 256هـ⁽³⁾، ثم عيسى بن مسكين، بن منظور الإفريقي المتوفى سنة 295هـ⁽⁴⁾، وأبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكنايني، توفي سنة 289هـ⁽⁵⁾، وأيضا أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح، المعروف بابن اللباد المتوفى سنة 333هـ⁽⁶⁾، وكذلك أبو العباس عبد الله بن إبراهيم الأبياني التونسي، المتوفى سنة 352هـ، وهو من أصحاب سحنون، وبه تفقه أهل بلده⁽⁷⁾.

1 موسى إسماعيل، المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر، 46.

2 محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1، 103-104.

3 وهو علم فقيه حافظ ثقة، ولد سنة 202هـ، سمع من أبيه و غيره، له كتاب تفسير الموطأ، وكتاب المسند في الحديث. المصدر نفسه، 1، 105.

4 ولد سنة 214هـ، أصله من العجم سمع من سحنون و ابنه و غيرهم، قبره بنواحي صفاقس متبرك به. المصدر نفسه، 1، 109.

5 ولد سنة 223هـ، سمع من سحنون و غيره، وتفقه به خلق كثير، من كتبه الرد على الشافعي، اختصار المستخرجة، و قبره بسوسة. المصدر نفسه، 1، 109.

6 يعرف بابن اللباد القيرواني، جده مولى موسى بن نصير، مؤلفاته كتاب الطهارة، وكتاب فضائل مالك. المصدر نفسه، 1، 126.

7 المصدر نفسه، 1، 128.

وأبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المتوفى سنة 385هـ، فهو إمام المالكية في وقته⁽¹⁾، ثم خلفه أبو القاسم عبد الخالق بن شبلون، المتوفى سنة 390هـ، وكان هو المرجع في الفتوى والتدريس لأهل القيروان⁽²⁾.

هذا ثم إن المذهب المالكي قد دخل إلى هذه البلاد وانتشر فيها بفضل هؤلاء الأعلام، وعن هذا يقول القاضي عياض: "وأما إفريقيا وما وراءها من المغرب، فقد كان الغالب عليها في القديم 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 وفض حلق المخالفين، و استقر المذهب بعده في أصحابه، فشاع في تلك الأقطار إلى وقتنا هذا"⁽³⁾.

ثم إن الذي يجب أن ننبه إليه و نؤكد أنه أن المذهب المالكي تسلل إلى الجزائر عن طريق المدرسة القيروانية و أعلامها، إذ إن المتتبع لعلماء الجزائر في بجاية و تلمسان أو غيرها، لا يعدم في الغالب له رحلة إلى القيروان و السماع من فقهاءها.

و أيضا ما يجب لفت الانتباه إليه ثانيا أن المذهب المالكي و إن دخل إلى الجزائر و انتشر فيها، هو أنه قد مر بنكسات قد أوهت من قوته، فتجده يضعف أحيانا و يقوى أخرى حتى استقر أمره، و كان ذلك بسبب الدول المتعاقبة على أرض الجزائر و المغرب الأوسط، فمنذ الفتح الإسلامي إلى غاية الاستعمار الفرنسي سنة 1830م تعاقبت اثنا عشرة دولة على

1 كان يلقب بمالك الصغير، انتهت إليه الرحلة، كان واسع العلم، سمع منه خلق كثير، من كتبه النوادر و الزيادات، ومختصر المدونة، والذب عن مذهب مالك، مدفون بداره بالقيروان. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1، 144.

2 له كتاب المقصد في أربعين جزءا، عالم جليل وإمام فقيه. المصدر نفسه، 1، 144.

3 القاضي عياض، ترتيب المدارك، 1، 54.

الجزائر ، بين مؤيد و مناصر للمذهب المالكي ، ومحاييد و معاد، إذ إنه تعرض للاضطهاد و التضيق خاصة في زمن الأغالبة و العبيديين إلا أنه بقي صامدا في ظل كل هذه الأحوال⁽¹⁾ وما يجب أن نذكر به هنا أن المذهب المالكي بالجزائر قد كان له أعلامه الكثر حيث إنه في كل فترة يتميزت بظهور مجموعة من الفقهاء الذين كان لهم الأثر البارز و الواضح في خدمة المذهب و نشره ، سواء من ناحية التدريس و التأليف أو الفتوى و مناصرة المذهب، حتى إن بعض المؤلفين في التراجم و الأعلام من حاول جمع أعلام الجزائر في مصنف واحد كما فعل الأستاذ عادل نويهض في كتابه معجم أعلام الجزائر.

فمن خلاله يتضح أن الجزائر كان لها أعلامها و فقهاؤها المالكيون عبر التاريخ، وعبر فترات طويلة، و عبر مناطق مختلفة كجاية، و تيهرت، و بسكرة ، و تلمسان ، و بونة...

الفرع الثاني : مرجعية المذهب المالكي في الجزائر:

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

أولا: مرجعيته في التدريس:

لقد كانت كتب المذهب هي مراجع التدريس في الجزائر، فكانت لها الغلبة على غيرها من الكتب والمراجع.

فعندما وضع سحنون المدونة وجمع فيها رحمه الله من فقه مالك، ودعمها بالآثار تسابق الكثير لسماعها منه، فدخلت المدونة إلى الجزائر في بداية وضعها، ومن جملة الذين سمعوا

¹ مسعود فلوسي ، المذهب المالكي و السلطات المتعاقبة في الجزائر،باتنة مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية ، العدد 1 ، 2004 ، 69 .

من سحنون من أهل الجزائر⁽¹⁾: إسحاق بن أبي عبد الله الملك الملتشوني نسبة إلى ملتشون، قرية من قرى بسكرة عاصر سحنون وكان حيا سنة 226هـ⁽²⁾.

وكذلك أبو عبد الرحمان بكر بن حماد بن سهل الزناتي التاهرتي، أخذ عن سحنون توفي سنة 296هـ⁽³⁾.

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

إلى أن جاء أبي سعيد خلف ابن أبو القاسم البراذعي، المتوفى سنة 378هـ⁽⁴⁾، فاختصر المدونة في كتاب سماه " التهذيب "، فغير مجرى الدرس الفقهي، وأثر في عقلية الفقهاء حيث تعقدت فيه العبارة والأسلوب نتيجة الاختصار، فتعامل معه الطلبة والشيوخ بالقبول، كما تنافسوا في شرحه واختصاره حتى أصبح المقرر الأول في الدرس ثم بقيت المدونة مصدرا احتياطيا يرجع إليها عند التبحر وزيادة التفقه⁽⁵⁾، ومن بين الذين درسوا التهذيب في بجاية أبو الحسن علي أبو الحسن بن إبراهيم الخوالي التجيبي⁽⁶⁾.

وقد ذكر ابن خلدون في مقدمته عن أهل المغرب: " أنهم يتعاهدون كتاب التهذيب في دروسهم⁽⁷⁾ " وقد شرحه بعض الفقهاء الجزائريين منهم ابن مرزوق الحفيد المتوفى سنة 842هـ، سماه "الأهل اللبيب في شرح التهذيب"⁽⁸⁾.

1 موسى إسماعيل المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر، 50.

2 و هو فقيه مالكي، تعلم ببسكرة و القيروان جالس سحنون . عادل نويهض، معجم أعلام الجزائر ، بيروت، مؤسسة نويهض الثقافية ، ط2، 1980، 314 .

3 عالم بالحديث و رجاله رحل إلى البصرة ثم إلى القيروان، ولد سنة 200هـ. الزركلي، الأعلام، 2، 63.

4 محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1، 156-157 .

5 عمر الجبدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 97.

6 المصدر نفسه، 97.

7 ابن خلدون ، المقدمة، تحقيق أحمد جاد، القاهرة، دار الغد الجديد، ط1 2017، 421 .

8 وهو محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق التلمساني ولد سنة 766هـ بتلمسان، عالم بالفقه و الأصول له شرح على مختصر خليل. الزركلي، الأعلام ، 5، 331.

حتى جاء مختصر ابن الحاجب في القرن الثامن الهجري، فنافس كتاب التهذيب وأرجعه إلى الوراء وحل محله في حلقات التدريس، ومختصر ابن الحاجب في الحقيقة ما هو إلا مختصر للتهذيب، حاول فيه ابن الحاجب تلخيص طرق أهل المذهب، وجمع الأقوال من كل مسألة حتى جاء كالبرنامج للمذهب، فعكف عليه أهل المغرب شرحا وتدريسا، ومن بين الجزائريين الذين شرحوه: بركات الباروني الجزائري⁽¹⁾، و أبو عبد الله محمد بن يحيى الباهلي البجائي المعروف بالمسفر المتوفى سنة 743هـ⁽²⁾⁽³⁾.

قال ابن خلدون: "ولما جاء كتابه - أي مختصر ابن الحاجب الفقهي - إلى المغرب آخر المئة السابعة، عكف عليه الكثير من طلبة المغرب، وخصوصا أهل بجاية لما كان كبير مشيختهم أبو علي ناصر الدين الزواوي، هو الذي جلبه إلى المغرب"⁽⁴⁾.

إلى أن جاء مختصر خليل، والذي هو اختصار لمختصر ابن الحاجب، حيث بالغ في اختصاره حتى جاء عبارة عن أغاز، لأن خليلا أراد جمع ما في كتب المذهب من مسائل وفروع، فقبله الفقهاء والطلبة، وأفسحوا له المجال في دروسهم وحلقاتهم، وقدموه على ما سواه، وتنافسوا في شرحه⁽⁵⁾.

وقد كان مختصر خليل يدرس بتلمسان وغيرها من بلاد المغرب الأوسط، ولم يكن معروفا بالمغرب الأقصى حتى أنتقل إليه محمد بن فتوح التلمساني سنة 805هـ⁽⁶⁾ فأشاعه بينهم⁽⁷⁾.

1 وهو أبو الخير، عالم فقيه له شرح على فروع ابن الحاجب. عادل نويهض معجم أعلام الجزائر، 99.

2 وهو أبو عبد الله المعروف بالمسفر، عالم بجاية و فقيهها من مؤلفاته شرح أسماء الله الحسنى و حواشي على مختصر ابن الحاجب، توفي ببجاية سنة 743هـ. المصدر نفسه، 31.

3 عمر الجيدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 97.

4 ابن خلدون، المقدمة، 421.

5 عمر الجيدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 98.

6 وهو محمد أبو عبد الله بن عمر بن فتوح التلمساني المكناسي، عالم و فقيه مالكي، أصله من تلمسان، نشأ و تعلم بها ثم رحل إلى فاس، و أول من أدخل المختصر بفاس، توفي بمكناس سنة 818هـ. عادل نويهض معجم أعلام الجزائر، 80.

7 موسى إسماعيل المدرسة المالكية الفقهية في الجزائر، 54.

وغيرها من الكتب التي هي محل الدرس الفقهي في الجزائر إلى اليوم، عبر كل هذه المدة الطويلة، وذلك مثل رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ومختصر الأخصري في العبادات، و متن ابن عاشر كذلك في العبادات.

والملاحظ حول هذه المصنفات، وإن اختلفت من وقط إلى آخر، إلى أنها تصنف ضمن الفقه المالكي، فكتب المالكية كانت هي مقررات التدريس، ومناهج التعليم و التقية عند أهل المغرب بصفة عامة، بما في ذلك الجزائر.

ثانيا: مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء :

الفتوى: هي إخبار بحكم شرعي من غير إلزام⁽¹⁾، فالمفتي يبين الحكم الشرعي من وجوب أو تحريم، أو ندب أو كراهة، أو إباحة، من غير أن يلزم المستفتي ويجبره عليه، فمهمة المفتي تتوقف على الإخبار والبيان.

أما القضاء: فهو الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام⁽²⁾، وبهذا يكون القضاء مغايرا للفتوى في مسألة الإلزام وعدمه، فالقاضي يبين الحكم الشرعي ويفصل بين المتخاصمين مع الإلزام.

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

وبها تنظم أمورهم، وتضامن حقوقهم، وترعى مصالحهم، وعليه فإن أمر الفتوى والقضاء بين الناس عظيم، فلا يتولاه إلا من استجمع الشروط من علم وورع وفهم وغيرها، ولقد تصدى لهذه المهمة في بلاد المغرب علماء المالكية، الذين تتلمذوا على يد الإمام مباشرة أو عن طريق تلاميذهم الذين أخذوا عنهم وسمعوا منهم⁽³⁾.

1 القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، و تصرفات القاضي و الإمام، 99.

2 المصدر نفسه، 99.

3 عمر الجبدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 105.

إذ غلب المذهب المالكي في تلك البقاع، وسيطر عليها من حيث الفتوى والقضاء، قال القاضي عياض: " وغلب مذهب أبي حنيفة على الكوفة والعراق وما وراء النهرين وكثير من بلاد خراسان إلى وقتنا، وظهر بإفريقيا ظهورا كثيرا إلى قريب من أربعمئة عام، فانقطع منها ودخل منه شيء ما وراءها إلى المغرب قديما بجزيرة الأندلس، وبمدينة فاس، وغلب مذهب الأوزاعي على الشام، وعلى جزيرة الأندلس، إلى أن غلب عليها مذهب مالك بعد المئتين فانقطع"⁽¹⁾.

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

وكما سيطر المالكية على الفتوى، فإنهم كذلك سيطروا على القضاء، وقد كان سحنون قاضيا سنة 234 هـ، ولم يزل قاضيا إلى أن مات، وكان لا يولى القضاء إلا من كان مالكيًا، فالمتتبع لتراجم علماء المالكية في المغرب وغيرها، يجد لقب القاضي يضاف إلى اسم الشيخ أو الفقيه، وهذا دليل على توليه منصب القضاء، كالقاضي عياض، وكالقاضي أبي وليد الباجي... وغيرهم⁽²⁾.

وتظهر سيطرة المالكيين على القضاء كذلك، من خلال ظهور مؤلفات كتب الأحكام، أو فقه القضاء، وهي المؤلفات التي إلتزم أصحابها بدراسة المسائل العملية، والتي يكثر السؤال عنها كما يكثر وقوعها بين الناس، وهذه المسائل متعلقة بالمعاملات، وهذا النوع من المؤلفات أغلب مؤلفيها من القضاة، اللذين مارسوا مهنة القضاء، وتصدوا للفصل بين الخصوم، فيسجلون ما يعرض عليهم من وقائع وخصومات في دفاتر، وبعدها يجتمع لديهم عدد لا بأس به من

1 القاضي عياض ترتيب المدارك، 1، 66.

2 عمر الجبدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 105.

المسائل والقضايا يجمعونها في كتاب مستقل، ليستفيد منه الناس، أو من يأتي بعدهم من القضاة، وقد برز المغاربة في هذا النوع من التأليف أكثر من غيرهم⁽¹⁾.

ومما يبين كذلك سيطرة المالكية على القضاء في المغرب بصفة عامة، أنه كان من التراتيب التي عرفت عندهم، أن يكون إلى جانب القاضي فقيه مشاور ليستشيره في النوازل المهمة، وهذا الفقيه أو المفتي يختار من خيرة العلماء والفقهاء، وقد كان هؤلاء المفتون والفقهاء لا يخرجون عما به الفتوى والقضاء من القول الراجح والمشهور، وما جرى به العمل⁽²⁾.

ومن بين الكتب التي ألفت في القضاء والأحكام ما يلي:

كتاب مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض، أصول الأحكام فيما جرى به عمل المفتين والحكام للقاضي أبي الوليد الباجي، وغيرها من المؤلفات، فهي أكثر من أن تحصى⁽³⁾.

وعلى العموم فالمذهب المالكي هو المسيطر، وهو المرجع في الفتوى والقضاء في المغرب بصفة عامة بما في ذلك الجزائر.

فخلاصة هذا المبحث، أن المذهب المالكي دخل إلى المغرب بصفة عامة والجزائر جزء منه، عن طريق تلاميذ الإمام، الذين تتلمذوا عليه وسمعوا منه مباشرة، ثم انتشر المذهب واستقر وأصبحت له السيطرة والمرجعية في حياة الناس، من حيث التدريس والتعليم والتأليف، أو من حيث الفتوى والتعبد، أو من حيث القضاء، وفك النزاعات والخصومات بين الناس، على الرغم من أنه تعرض لمنافسة شديدة من قبل الأحناف وغيرهم.

1 عمر الجبدي مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، 106.

2 المصدر نفسه، 106.

3 المصدر نفسه، 106.

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

وستنطرق فيه إلى مطلبين : مراحل قانون الأسرة و تطوره إلى اليوم، ثم مصادر م مراجع قانون الأسرة الجزائري في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري .

بعد ما رأينا في المبحث الأول نظرة عامة حول المذهب المالكي و مرجعيته في الجزائر، نريد أن نبين في هذا المبحث، التطورات التي مر بها قانون الأسرة الجزائري حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم، كما نحاول أن نبين مصادر هذا القانون و ذلك من أجل الوقوف على مدى اعتماده و رجوعه إلى المذهب المالكي، فدراسة المصادر تجعلنا نقف بالتدقيق على مرجعية المذهب المالكي في هذا القانون، و هي خطوة تعين محاولات تقنين المذهب، كما كان لمجلة الأحكام العدلية أيام الدولة العثمانية.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستعمار:

لقد كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي تستمد أحكامه و قوانينه من الشريعة الإسلامية و الأعراف المحلية و ذلك في جميع الميادين ، و نظام الأسرة و قوانينها لا يخرج عن هذا الإطار، فقد كانت أحكام المذهب المالكي هي المسيطرة على أهالي الجزائر بنسبة جد كبيرة ، إضافة إلى احترام بعض الأعراف و العادات من قبل الأهالي في كل أنحاء الوطن (1) .

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

1 دليلة حمريش،تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري،جامعة باتنة،رسالة ماجستير،2013/2014، 62.

2 ابن خلدون، المقدمة،419 .

3 المصدر نفسه، 419.

فالمذهب المالكي هو المرجع والفيصل في هذه المرحلة ، إذ إليه يتحاكم الناس ويتعدون ، و يتزوجون و يتعاملون وفق أحكامه و فتاويه، فإذ أطلقت الشريعة في هذه المرحلة أريد بها المذهب المالكي و ماقرره علماءه من باب إطلاق العام على الخاص و الكل على الجزء .

فالمذهب المالكي والعرف هما المسيطران في مجال الأحوال الشخصية على أهل الجزائر باستثناء بعض الأتراك الذين يحتكمون إلى لمذهب الحنفي. حيث إن الجزائر كانت منطوية تحت لواء الدولة العثمانية، وقد كان الجزائريون متمسكين بمذهب مالك ، مما جعل العثمانيين يعمدون إلى ازدواجية القضاء، فالسلطة القضائية في العهد العثماني مكونة من محكمتين يشرف عليهما قاضيان و مفتيان واحد حنفي و آخر مالكي، ومعنى هذا أن هناك محكمة حنفية و محكمة مالكية. كما كان أهل ميزاب كذلك يحتكمون إلى الإباضية (1).

الفرع الثاني: مرحلة الاستعمار:

و منذ دخول المستعمر الفرنسي إلى الجزائر ، حاول جاهدا توحيد قانون الأسرة فيها، وذلك بالنظر إلى مبدأ الإدماج، و الذي يعني التماثل بين المستعمرة و دولة الأصل في نظام الحكم، والتسوية بينهما، خاصة بعدما استوطنها الكثير من الأجناس المختلفة ، فصعب عليه الأمر لاختلاف الأجناس و تعدد المشارب ، فترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية في محاكم شرعية(2) .

و من هذه المحاولات البائسة التي سعى إليها المستعمر الفرنسي لتوحيد قانون الأسرة، والتي تدخل ضمن سياسته الإستعمارية التغريبية ، من أجل إبعاد الجزائريين على أصولهم و هويتهم خاصة فيما يتعلق بالأسرة و العائلة ، إذ هي قلب المجتمع ، وأهم هذه المحاولات مايلي(3) :

أولا: مشروع قانون العميد مارسيل مورد:

1 مسعود فلوسي، المذهب المالكي و السلطات المتعاقبة بالجزائر، 92.

2 دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، 65-66.

3 المصدر نفسه 66.

وقد تناول هذا القانون جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث كان يحتوي على مئتين و ثلاثة وستين (263) مادة تتعلق بالزواج و الطلاق ، و مائتين و ست وعشرون (226) مادة تتعلق بالهبات و الميراث و الوصايا ، و تسعة و سبعون (79) مادة تتعلق بالإثبات⁽¹⁾ .

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية :

و هو أول قانون مكتوب رقم 57 / 778 الصادر في 1957/07/11 و الذي جاء لينظم الأحكام المتعلقة بالولاية و الحجر و فقدان و الغياب⁽²⁾ .

ثالثا: الأمر رقم 274/57 المؤرخ في 1959/02/04 :

بعد اندلاع الثورة والذي تضمن اثني عشرة (12) مادة ، تضمنت المادة الثانية منه أركان عقد الزواج حيث جاء فيها : " ينعقد الزواج برضى الطرفين و يجب أن يصدر الرضا شفوياً و علنياً ، و من صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين و ذلك أمام ضابط الأحوال المدنية ، و إلا كان العقد باطلا . ويجوز لأحد الزوجين أن يطلب أن يكون الآخر مسلماً ، و إن كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا ، و جب أن يكمله رضا الولي أو القيم"⁽³⁾ .

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

1 دليلة حمريش،تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري،66.

2 المصدر نفسه،66.

3 المصدر نفسه، 66.

الفصل الأول: الأصول المرجعية للمذهب المالكي و قانون الأسرة الجزائري.

الأولاد مما يتفق و مصلحتهم ، وكذا في التعويض والنفقة التي يبديها الزوجان عن نفسيهما و عن أولادهما " (1) .

كما ألزمت المادة الثامنة منه حضور الزوجين شخصا إلى القاضي في دعوة الطلاق ، مالم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفي أحدهما من الحضور (2) .

رابعا: المرسوم رقم 7082/59 المؤرخ في 17/09/1959 :
وهو يلي الأمر السابق و الذي جاء يوضحه ويبين معانيه و أحكامه المتعلقة بتنظيم الزواج و انحلاله (3) .

خامسا: القرار الصادر بتاريخ 21/11/1959 :
الذي حدد نوع الوثائق والمستندات التي يجب أن تقدم إلى ضابط الحالة المدنية أو القاضي لإبرام عقد الزواج و تسجيله (4) .

و على الرغم من هذه المحاولات التي أراد من خلالها الاستعمار الفرنسي ضرب المجتمع الجزائري في الصميم، و ذلك من خلال محاولة تغيير أحكام الأسرة و تبديلها إلا أن الشعب الجزائري بقي صامدا ملتزما بالمحاكم الشرعية التي كان قضاتها يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج و الطلاق و الوصية و الميراث ، مع الميل الكبير إلى أحكام المذهب المالكي .

ويجدر ان ننبه هنا أن الجزائريين خلال الثورة كان لهم نوعان من قانون الأسرة (5) :
1-القانون الشفهي:

المأخوذ من قواعد الشريعة الإسلامية العامة وفق للمذهب المالكي ، وهو قانون يقوم بتطبيقه المجاهدون و علمائهم على النزاعات أو المسائل التي تحدث بين الجزائريين المقيمين

1دليلة حمريش،تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري،68.

2 المصدر نفسه،68.

3 المصدر نفسه،69.

4 المصدر نفسه ،69.

5 عبد العزيز سعد، إجابة عن سؤال يوم 2 جوان 2020، بعنابة.

خارج المدن الكبرى و العاملين مع جبهة التحرير الوطني ، و يكون تطبيقه بواسطة قضاة من المجاهدين و من والاهم ذوي الثقافة العربية و المعلومات الفقهية ، تدون أحكامهم في سجلات خاصة تحفظ لدى ممثل الجبهة، وغالبا تكون أحكام نهائيا لا يقع الطعن فيها.(1)

2-القانون و التشريعات المكتوبة الصادرة عن السلطات الفرنسية:

و يقوم بتطبيقها قضاة شرعيون جزائريون متخرجون من مدارس متخصصة، وظيفتهم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج و الطلاق معتمدين على المذهب المالكي خاصة فقه الشيخ خليل(2).

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستعمار:

بعدما تخلصت الجزائر من الهيمنة الاستعمارية الفرنسية سنة 1962 ، كان يجب أيضا أن تتخلص من هذه الهيمنة في مجال التشريع و القضاء ، و ذلك بوضع منظومة قانونية تتماشى مع سيادتها و مرجعيتها(3) .

لذلك بعد الاستقلال مباشرة عرفت الجزائر فراغا تشريعيا فاستمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي و ذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني. فكان قانون الأسرة رقم 274/59 الصادر في 1959/02/04، و الذي تتضمن أركان عقد الزواج ووجوب تسجيله و ما يتعلق بأهلية الزوج هو الذي بقى ساري المفعول و المطبق بعد الإستقلال(4) .

وعليه صدر قانون رقم: 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية في ما عدا مواده الاستعماري و العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة(5) .

1 عبد العزيز سعد، إجابة عن سؤال يوم 2 جوان 2020، بعنابة.

2 المصدر نفسه.

3 نسيمه أمال حيفري، المرأة في قانون الأسرة بين التعديل و المحافظة على القيم، وهران، كلية الحقوق، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، 194.

4 محمد الحسين الحنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر، ضمن مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، مصر، جامعة عين شمس، العدد 2، 1974م، 1-2-3.

5 المصدر نفسه 194.

ويمكن من خلال هذا أن نجزم أن مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية في مجال الأسرة يكمن في الجانب الإجرائي من حيث الوثائق المطلوبة للزواج ، و توثيق العقد المدني أما شروط الزواج و أركانه ومحرماته ، فلاشك أن مرجعية الأمة فيها إلى الشريعة الإسلامية . كما صدرت بعض القوانين من أجل ملأ الفراغ كقانون 244/63 المؤرخ في 1963/06/29 والذي جعل سن الزواج 18 سنة بالنسبة للرجل و 16 سنة بالنسبة للمرأة، ثم صدر كذلك الأمر رقم : 72/69 المؤرخ في 1969/09/16 حيث عدل بموجبه القانون رقم: 63/324 فيما يتعلق بإثبات الزواج⁽¹⁾ .

كما ألقى المشرع الجزائري بأمر صادر في 05 جويلية 1973 القوانين الفرنسية الدخيلة بهدف القضاء على التبعية القانونية ، فجاءت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف ، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، "حيث إنه لا يوجد قانون ينظم أحوال الشخصية مما يستلزم على القاضي تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال"⁽²⁾ .

أولا:قانون الأسرة الجزائري رقم:11/84 :

بعد كل هذا كان لزاما على المشرع ، أن يضع قانونا للأسرة إذ هي أساس المجتمع و عموده الفقري ، و عليه فقد جاء أول قانون للأسرة الجزائرية تحت رقم: 11/84 ، مستمدا أحكامه من الشريعة الإسلامية ، خاصة المذهب المالكي ، إذ هو مرجع الأمة منذ مدة من الزمن كما بينا فيما سبق ، كما جاء هذا القانون كذلك مراعيًا لأعراف الناس و عاداتهم . وقد جاء مقسما إلى أربعة كتب⁽³⁾ :

1. الكتاب الأول : الزواج و انحلاله .
2. الكتاب الثاني : النيابة الشرعية .
3. الكتاب الثالث : الميراث .

1 محمد الحسين الحنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر،ضمن مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية،مصر، جامعة عين شمس، العدد 2، 1974م، 1-2-3.
2 نسيمه آمال حيفري، المرأة في قانون الأسرة بين التعديل و المحافظة على القيم، 194.
3 قانون الأسرة الجزائري.

4. الكتال الرابع : التبرعات .

و أهم ما يلاحظ على هذا القانون ، أنه حوى مجموعة من الاجابيات يمكن تلخيصها فيما يلي:

1. المرجعية الشرعية لهذا القانون: فقد جاء في ديباجة المشروع التمهيدي ما يلي " اعتمد اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية : القرآن الكريم ، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث ، الإجماع و القياس و الاجتهاد ، وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة و على غيرها في بعض المسائل"⁽¹⁾ .
2. احترامه لأعراف الجزائريين فهو لا يناقض ما تعارف عليه الجزائريون .
3. استيعابه لمعظم أحكام الأسرة .
4. الرجوع إلى أحكام الشريعة عند عدم وجود نص، فقد ورد في المادة 222: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾ .
5. تطبيق هذا القانون على كل الجزائريين و الأجانب المقيمين بالجزائر ، فهو لم يأخذ بنظام الطوائف حيث تنص المادة 221 : " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين و على غيرهم المقيمين بالجزائر ، مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني"⁽³⁾ .

و بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ، و صادق عليه نواب البرلمان، تلقى عدة إنتقادات خاصة من الطائفة العلمانية ، فترى فيه قمع لحرية المرأة ، و تسليط الرجل عليها خاصة في مسائل التعدد و الطلاق والحضانة والنفقة والولي. فبدأت هذه الفئة في الجزائر تحتج و تناضل لإسقاط هذا القانون ، حيث رأو فيه أنه يتناقض مع الدستور ، فلم يعزز مكانت المرأة .

1 ديباجة قانون الأسرة الجزائري، نقلا عن دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، 73.

2 قانون الأسرة الجزائري، المادة 222.

3 المصدر نفسه، المادة 221.

ثانيا: الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 2005:

و بعد عشرين سنة عدل قانون الأسرة بأمر رئاسي سنة 2005 ، وكان هذا التعديل نتيجة ضغوطات داخلية و خارجية ، فكانت الحركات النسوية ذات الطابع العلماني لها دور و تأثير مباشر على هذا التعديل.

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

المطلب الثاني : مصادر قانون الأسرة الجزائري :

ونعني بالمصادر المراجع التي أخذ منها المشرع الجزائري قوانين الأسرة و تشريعاتها ، فمن خلال معرفتنا لهذه المصادر ، بإمكاننا أن نتطلع على المرجعية الحقيقية لقانون الأسرة الجزائري بدقة ؛ ثم إن المتخصص و الدارس لقانون الأسرة ،يجده يعتمد على ثلاثة مصادر رئيسية، الشريعة الإسلامية، العرف، الاتفاقيات الدولية :

الفرع الأول: الشريعة الإسلامية:

ونتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشريعة، ثم الفرق بينها و بين الفقه، ثم نبين المقصود بمصطلح الشريعة في قانون الأسرة.

أولا:تعريفها:

1-لغة: هي من مشرعة الماء، و هي مورد الشاربة التي يشربها الناس، فيشربون منها و يسقون⁽¹⁾، ويقال شرع فلان في كذا أي ابتداء فيه، فنقول شرع في الكتابة أي ابتداء فيها، قال ابن كثير "الشرعة و الشريعة ما يبتدأ فيه إلى الشيء، و منه يقال شرع في كذا أي إبتدأ فيه"⁽²⁾.

1 ابن منظور، لسان العرب، 8-59.

2 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم،بيروت،المكتبة العصرية،ط1 ، 1998 ، 2 ، 62 .

2-اصطلاحا: هي كل ما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام الإعتقادية و الأخلاقية و العملية⁽¹⁾.

فالشريعة الإسلامية مصدرها الله تعالى ، و هو الذي إبتدأها، وبينها، إلا أن المتأخرين من العلماء خصوا الشريعة بالأحكام الشرعية العملية⁽²⁾ . وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية ذلك فقال: " إن الفقهاء المتأخرين في زمانه خصوا الشريعة بالأحكام الشرعية العملية"⁽³⁾ .

ثانيا: الفرق بين الشريعة و الفقه:

وحتى نستطيع أن نفرق بين الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي ينبغي أن نعرف الفقه،حتى تتضح الرؤية ،ويزال الالتباس.

1-لغة: هو الفهم يقال أوتي فلان فقه في الدين أي فهم فيه⁽⁴⁾ .

2-اصطلاحا : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية⁽⁵⁾ .
فهذا التعريف هو الذي استقر عليه العلماء بعد الصدر الأول من الإسلام، وعليه فإن الفقه يشمل الأحكام العملية القطعية و الظنية، المجمع عليها و المختلف فيها.

والملاحظ عند أهل الصدر الأول أن التشريع مرادف للفقه، و متطابق معه من حيث التعريف الاصطلاحي، إذ كل منهما يشمل الدين كله بعقائده وأحكامه و آدابه.
فالفرق بينها كان بعد أهل الصدر الأول من الإسلام، و يكمن هذا الفرق، هو أن الشريعة هي الدين المنزل من الله تعالى، و الفقه هو فهمنا لهذه الشريعة، فإذا أصبنا الحق في فهمنا و اجتهادنا كان الفقه موافقا للشريعة، و إذا أخطأنا في الفهم و الاجتهاد، و لم

1 الأشقر عمر سليمان، خصائص الشريعة الإسلامية، الكويت ،مكتبة الفلاح، 1982، 11-12 .

2 المصدر نفسه، 11-12.

3 المصدر نفسه، 11-12.

4 ابن منظور، لسان العرب، 11، 210.

5 الأشقر عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي ، البليدة قصر الكتاب، 1990، 7.

نصب الحق المراد من قبل الله تعالى، كان هذا الفهم و الاجتهاد ليس من الشريعة فهو مجرد فقه و اجتهاد⁽¹⁾.

وعليه فإن علماء الأمة و مجتهديهها، الذين اجتهدوا في فهم النصوص و الأحكام، إن أصابوا الحق، فقد أصابوا الشريعة، و إن جانبوا الحق فذاك فقههم وفهمهم .
ثم إن الأمة الإسلامية قد زخرت منذ عصر الصحابة رضوان الله عليهم بكثير من العلماء و الفقهاء و المجتهدين، الذين وصلوا إلى رتبة الاجتهاد، و الإستنباط، فاختلقت اجتهاداتهم، وتعددت فهمهم لهذه الشريعة ، فخلفوا لنا ثروة فقهية هائلة، نستطيع أن نلجأ إليها وقت النوازل و الأزمان و المستجدات.

و الذي يجب أن ننبه إليه في هذه المسألة، أن اختلاف العلماء في وجهات نظرهم، و اختلافهم في فهمهم للنصوص، و في تكييفهم للوقائع، ليس عيبا يقدر في هذا الدين، بل هو رحمة لهذه الأمة، وتيسير عليها، و اجابة على نوازلها من غير حرج و لا ضرر .
و أهم المجتهدين من العلماء الذين بقيت آراؤهم و اجتهادهم خالدة و لم تمت، بل انتشرت ما انتشر الليل و النهار، و سارت مسير في الأقطار يصار إليها و يفتى بها ، و يعمل بمقتضاها، أصحاب المذاهب الأربعة: أولهم أبو حنيفة النعمان، مالك بن أنس، محمد ابن إدريس الشافعي، أحمد بن حنبل، وغيرهم كابن حزم الظاهري، و ابن تيمية الحراني الدمشقي.

و على أية حال فعلماء الأمة أكثر من أن يحصوا ، فهناك الكثير منهم، من اندثرت آراؤهم ومذاهبهم لأن أتباعها و تلاميذها لم ينشروها كالنشر المذاهب الأربعة ، و على العموم هذه نظرة حول مفهوم الشريعة و الفقه و الفرق بينهما.

1 الأشقر عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي، 14.

ثالثا: المقصود بالشرعية في قانون الأسرة الجزائري:

إن المتتبع و المستقري لأحكام و مواد قانون الأسرة، يجد مرجعية الشريعة واضحة لا غبار عليها حيث أن هذه الأحكام مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، فالشريعة الإسلامية هي أول مصادر قانون الأسرة الجزائري ، وما يؤيد هذا الإستقراء هو قول المشرع في المادة 222 من قانون الأسرة : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية "(1).

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، ما المقصود بالشرعية عند المشرع الجزائري؟ هل معنى إلتزام المشرع بالشرعية هو إلتزام بمذهب البلد السائد، وفهم اتباعه، وفقه مجتهديه، وهذا من باب إطلاق العام على الخاص، والكل على الجزء، إذ يصح هذا لغة، فلو قلدت مذهبا بعينه، في جميع المجالات، ثم قلت أنني متبع للشرعية لكان هذا صحيحا. أم أن المقصود بالشرعية، ان يأخذ المشرع بما هو متفق عليه بين الأمة، وان يختار و ينتقي ما يتناسب، ويتلائم مع واقع الناس، وحياتهم. في المسائل المختلف فيها.

و الذي يظهر أن المشرع لم يأخذ بالمذهب المالكي الذي هو الأصل في الجزائر ولم يلتزم به دون سواه، فقد كان اخذه بالمذهب المالكي و إعتماده عليه نسبيا، فالمشرع لم يتقيد بمذهب معين او بفقهاء محدد في قانون الأسرة، وهذا ما بينته ديباجة المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها ما يلي : "إعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم ،السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع ،و القياس ،والاجتهاد ،وكذا إعتماذ الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل"(2) .

فهذا النص يبين أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لهذا القانون ،وكذا

إجتهادات الأئمة والعلماء،من أصحاب المذاهب الأربعة.

وبناء على هذا، فإن المشرع لم يأخذ بمذهب واحد في المسائل المختلف فيها، ففي كل مسألة تجده يختار وينتقي الاصلح و الملائم لأهل البلد، وذلك من أجل التيسير ورفع الحرج عنهم، وهو ما أكده كذلك الدكتور بن الشويخ رشيد بقوله: "وأما قانون الأسرة الجزائري، فهو

¹ قانون الأسرة الجزائري، المادة 222.

² ديباجة قانون الأسرة الجزائري،نقلا عن دليلة حمريش في تطور قانون الأسرة،73 .

من القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، حيث صدر سنة 1984، ولأول مرة، وقد تم الإعتماد فيه على الفقه المقارن، فلم يتقيد واضعوه بمذهب محدد، وإنما أخذ من المذاهب الأخرى على غرار باقي التشريعات العربية⁽¹⁾.

إلا ان المذهب المالكي كان له حظه ونصيبه في هذا القانون، حتى وإن لم يعتمد عليه المشرع مطلقا، فقد أخذ به في بعض المسائل الحساسة والمهمة، ورجحه على غيره في عدة مسائل، إذ هو بمثابة الأصل، فهو مذهب البلد ومرجعه في عباداته ومعاملاته، وهذه النماذج ليس مما إتفق عليها أو أجمع عليها الفقهاء، لأن المسائل المجمع عليها لا مزية فيها لأحد، فهي بمثابة القاسم المشترك بين الجميع.

ومن الأمثلة التطبيقية التي أخذ بها المشرع بالشرعية مثلا أركان الزواج و شروطه و موانعه كالصداق و الشهود و المحرمات من النساء فكلها مجمع عليها في أصلها، كوجوب العدة للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها كما في المادة 58-59 من قانون الأسرة فهي مما إتقت عليه الأمة سلفا و خلفا.

الفرع الثاني: العرف:

و نبين في هذا الفرع تعريف العرف، ثم أقسامه باعتبارات مختلفة، ثم نماذج من أخذ المشرع بالعرف .

أولا: تعريفه:

1- لغة: هو الشيء المعروف و المؤلف، أو المستحسن لدى الناس ،قال ابن منظور: "العرف و العارفة والمعروف ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير، أي ما يستحسن من الأفعال⁽²⁾، وهو ما دل عليه قوله تعالى "يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف⁽³⁾".

2- اصطلاحا: "هو عادة جمهور قوم في كل قول أو فعل، أو ما تعود الناس واستقامت عليه أمورهم"⁽⁴⁾.

1 بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، الجزائر دار الخلدونية ، 2008، 08 .

2 ابن منظور، لسان العرب، 10، 112.

3 سورة لقمان، 17 .

4 مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دمشق دار القلم، 1999، 242.

فكل متكرر ومعتاد ما أقوال الناس و أفعالهم مما استحسناه وقبلوه، يعد عرفا قد تبني عليه الأحكام الشرعية، أو التشريعات القانونية. خاصة إذا كان هذا العرف مقترنا بمصلحة الناس العامة.

ثانيا: أقسام العرف:

العرف ينقسم إلى تقسيمات متعددة، وذلك بناء على اعتبارات مختلفة، فينقسم إلى صحيح و فاسد بإعتبار الصحة و الفساد، وينقسم إلى قولي و فعلي، بإعتبار الأقوال و الأفعال، و ينقسم كذلك إلى عام و خاص⁽¹⁾.

1- العرف الصحيح و الفاسد⁽²⁾ :

أ- العرف الصحيح: هو العرف الذي لا يخالف الشريعة الإسلامية فلم يحل به حرام أو يحرم به حلال.

ب- العرف الفاسد: وهو الذي يخالف الشريعة الإسلامية و أحكامها.

2- العرف القولي و العملي⁽³⁾ :

أ- العرف القولي: هو ما تعارف عليه الناس، واعتادوه من حيث ألفاظهم وأقوالهم ومصطلحاتهم.

ب- العرف العملي: وهو ما تعارف عليه الناس، و اعتادوه من حيث أعمالهم وأفعالهم، كاعتيادهم إقامة حفلات الزواج يوم الخميس و الجمعة.

3- العرف العام و الخاص⁽⁴⁾ :

أ- العرف العام: وهو ما تعارف عليه الناس جميعهم وصار معروفا ومنتشرا في كل البلدان الأمصار.

1 و هبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، 1992، 02، 229.

2 المصدر نفسه، 2، 229.

3 المصدر نفسه، 2، 230.

4 المصدر نفسه، 2، 230.

ب-العرف الخاص: وهو ما تعارف عليه أهل منطقة معينة دون غيرهم، وعلى هذا فالعادات تتغير بتغير المكان و الزمان.

وعليه فإن اعتبار الأعراف، وتشريع الأحكام وفق ما تقتضيه، هو الطريق الصحيح الذي يجب على أي مشرع أن يراعيه، كما هي أحكام الشريعة الإسلامية، لأن عدم مراعاة الأعراف معناه التضيق على مصالح الناس وحاجاتهم، وقد سار على هذا النهج المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إذ أن المتتبع والمتفحص لقانون الأسرة الجزائري، يجد أن العرف مرجع من مراجعه، و مصدر من مصادره، ونحاول في ما يلي بيان بعض النماذج و العينات التي أخذ فيها المشرع بالعرف.

ثالثا: نماذج من أخذ المشرع بالعرف:

1-بيان تحديد معنى النفقة الواجبة:

جاء في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري: "تشمل النفقة و الغذاء و الكسوة و العلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة"⁽¹⁾.

ففي هذه المادة بيان لمعنى النفقة الواجبة، على الأب أو غيره، وماهي الأشياء التي تدخل تحت مسمى النفقة، فبين المشرع الجزائري أن كل ما هو ضروري مثل الغذاء و الكسوة و السكن، فذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل، وترك الباب مفتوحا لكل ما يعد ضروريا حسب أعراف الناس وعاداتهم، وهذا قد يختلف من مكان إلى مكان و من زمن إلى زمن آخر، فالعرف هو المرجع في تحديد الضروريات وبيانها.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 78.

2- النزاع في متاع البيت:

جاء في المادة 73: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، فالقول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال"⁽¹⁾.

فهذه المادة تعالج النزاع بين الزوجين حول متاع البيت، فإذا لم يكن لأحدهما بينة تثبت ما ادعاه. فإذا كان المتاع في العادة و العرف للمرأة فالقول قولها، وإن كان المتاع في العادة و العرف للرجال فالقول قول الرجل. فالنزاع حول أثاث البيت يفصله العرف والعادة، وهو ما عبر عنه المشرع بكلمة: "في المعتاد".

3- الإيجاب و القبول:

جاء في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري: "ويصح القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة، أو عرفا كالكتابة و الإشارة"⁽²⁾.

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

الفرع الثالث: الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري:

و نتطرق فيه إلى مفهوم الاتفاقيات الدولية ثم نماذج تطبيقية لتأثر قانون الأسرة بهذه الاتفاقيات.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 73.

2 المصدر نفسه، المادة 10.

أولاً: مفهوم الاتفاقيات الدولية:

هي اتفاق مكتوب بين دولتين أو أكثر تحدد التزاماتها و حقوقها في مجال محدد، و يمكن أن تستعمل بمصطلحات مختلفة، مثل المعاهدة، و تختار الدولة و الحكومات الوطنية محتوى الاتفاقيات مادامت تقرر ما إذا كانت ستتبنها أم لا بقيد مهم واحد: يجب أن لا تتناقض أحكام اتفاقية ما مع القواعد الآمرة التي تلزم جميع الدول و هي أحكام القانون الدولي،⁽¹⁾ وقد حثت الأمم المتحدة على إصدار قوانين و معاهدات متعلقة بحقوق الإنسان، فقد أصدرت

الدول الأوروبية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1950، كما أصدرت الدول الأمريكية الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة 1969، وكذلك أصدرت الدول الإفريقية الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان سنة 1981⁽²⁾.

ولما كانت الأسرة هي الركيزة الأساسية في المجتمع لبنائه و بناء الدولة، اهتمت الأمم المتحدة بها، حيث أصدرت إتفاقيات و إعلانات تحمي الأسرة، سواء ما تعلق بالزوجين أو ما تعلق بالأطفال، بوصفهم ثمرة من ثمرات الزواج⁽³⁾.

ولقد بدأت المخططات الدولية المتعلقة بالمرأة سنة 1949، و ذلك من خلال أول مؤتمر جاء يدعو إلى عدم التمييز بين الناس جميعاً، ثم جاءت إتفاقيات دولية خاصة بحقوق المرأة، فكانت هذه الاتفاقية الأولى من نوعها من حيث تخصيص المرأة و أفرادها باتفاقية خاصة و ذلك سنة 1967 حيث أصدرت الإعلان العالمي للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽⁴⁾.

جاءت بعدها اتفاقية سيداو سنة 1979 التي ترمي إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ثم عقد المؤتمر العالمي للمرأة بمكسيكو، وكان أهم أهدافه اعتماد خطة عمل تعتمدها جميع الدول المنضمة إلى هيئة الأمم المتحدة و هدفها هو ضمان مزيد

1 سعد عزت السعدي، مفهوم الاتفاقيات الدولية و مراحلها، مركز الدراسات و الأبحاث العلمانية في العالم العربي، 2017.

2 ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، مراجعة فؤاد غجاتي، 03 .

3 المصدر نفسه، 03.

4 غزالي عبد الحليم، أثرت الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2017،

من اندماج المرأة في مختلف مرافق الحياة و منها أيضا مؤتمر السكان و التنمية الذي عقد في القاهرة سنة 1994، ثم مؤتمر بيكين 1995، ثم مؤتمر بيكين +5 الذي عقد في نيويورك سنة 2000، الذي خصص لدراسة التوصيات الصادرة عن مؤتمر بيكين حول المرأة و كيفية التخطيط للسنوات المقبلة تحت شعار المساواة بين الجنسين⁽¹⁾. فكل هذه الاتفاقيات و كان لها التأثير على قانون الأسرة الجزائري بطريقة مباشرة أو غيرها، و في هذا الصدد يقول الأستاذ لحسين بن الشيخ أث ملويا: "وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة عرف تعديلا و ترميما بارزا بموجب الأمر الرئاسي تحت رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، و الذي جاء من أجل تحسين وضعية الطفل و المرأة ، وهذا بغية التماشي مع المواثيق و الإعلانات و الاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها الجزائر و على الخصوص نجد ما يلي:

- 1-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م.
- 2-البروتوكول الاختيار الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1999م.
- 3-إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967م.
- 4-اتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952م.
- 5-إعلان بشأن حماية النساء و الأطفال في حالات الطوارئ و المنازعات المسلحة لسنة 1974م.
- 6-إعلان حقوق الطفل لسنة 1924م-جناف.
- 7-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الأطفال بشأن بيع الأطفال و استغلالهم في البغاء و في المواد الإباحية لسنة 2000م.
- 8-إعلان حقوق الطفل لسنة 1959م .
- 9-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م.

1 غزالي عبد الحليم، أثرت الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري، 4.

10-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن إشراك الأطفال في المنازعات المسلحة لسنة 2000م⁽¹⁾.

علما أن نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لم تراخ خصوصية البلدان الإسلامية، وسنئين هذا ببعض النماذج.

ثانيا: نماذج من تأثر المشرع بالاتفاقيات الدولية :

1-تحديد الحد الأدنى لسن الزواج:

وقد جاء ذلك في مادتين الأولى و الثانية على التوالي من اتفاقية الرضا في الزواج، و الحد الأدنى لسن الزواج عام 1962، كما حذر صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة بعدم حمل البنت قبل سن الثامنة عشرة، لأنها غير مستعدة جسميا⁽²⁾.

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

فالذي يبدو أن تحديد سن الزواج في قانون الأسرة، هو عمل بالقرارات الدولية لحماية البنت و التأكد من القدرة الجسمية و العقلية للزوجين.

2-إسقاط ولاية الإجماع:

فقد جاء كذلك في اتفاقية الرضا في الزواج لسنة 1962: "لايتم الزواج قانونا دون الرضا الكامل و الحر لكلا الطرفين، اللذين يعبران عنه شخصيا بصفة علنية أمام السلطة المختصة بعقد الزواج و بحضور الشهود"⁽⁴⁾.

¹ الحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة، الجزائر، دار هومة ط2، 2014، 8-9.

² ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، 06.

³ قانون الأسرة الجزائري، المادة 07.

⁴ ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية،

فما جاء في هذه الاتفاقية،مشى عليه المشرع الجزائري بقوله في المادة 04: " الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل و المرأة" (1) . كما جاء في المادة 13: "لايجوز للولي أيا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لايجوز له أن يزوجها بدون موافقتها" (2).

فالمشرع الجزائري يشترط رضا الزوجة و موافقتها في جميع الحالات،و لوكانت صغيرة قاصرا، والكبيرة الراشدة من باب الأولى،فهو لم يفرق بين الثيب و البكر، و لا الصغيرة والكبيرة، وهذا مخالف لأحكام الشريعة، إذ فيها ولاية الإيجابار في الزواج،فقد نقل ابن منذر الإجماع على جواز إجبار البكر الصغيرة إذا كان الزوج كفؤا(3). كما يحق للأب أن يجبر ابنته الثيب إذا كانت صغيرة بخلاف الكبيرة،وهذا مذهب مالك و أي وحنيفة(4).كما أجاز المالكية جبر البكر مطلقا و لو كانت كبيرة(5) . وعليه فالمشرع الجزائري ضيق واسعا بمخالفته لإجماع الأمة، و تبنيه للقوانين الدولية.

ثالثا: تعدد الزوجات:

جاء في التعليق العام رقم 28 الخاص باللجنة المعنية بحقوق الإنسان: " المساواة في المعاملة فيما يخص الحق في الزواج،يعني ضمنا أن تعدد الزوجات لايتماشى مع هذا المبدأ،و تعدد الزوجات ينتهك كرامة المرأة، و هو تمييز غير مقبول ضد المرأة،و عليه ينبغي إلغاؤه حيث لم يزل قائما"(6).

وقد جاء كذلك في بيان لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في توصياتها رقم 21: " أن الزواج القائم على تعدد الزوجات مناف لحق المرأة في المساواة بينها و بين الرجل، و يمكن أن يترتب عله آثار عاطفية ومالية بالغة الخطورة عليها و على

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 04 .

2 المصدر نفسه، المادة 13.

3 ابن المنذر، الإجماع ، عجمان، مكتبة الفرقان، 1999، 103.

4 عبد العزيز حمد آل مبارك،تبيين المسالك، 03، 45-46.

5 المصدر نفسه،45-46.

6 ربيع زكرياء ، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية،18-19.

أطفالها، و ينبغي عدم تشجيع مثل هذه الزيجات و تحريمها و البلدان التي تسمح بالزواج القائم على تعدد الزوجات بالرغم من الحق في المساواة المضمونة دستوريا، تخرق على هذا النحو ليس فقط الحقوق الدستورية للمرأة، بل هي تخرق أيضا المادة 5 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تقتضي من الدول الأطراف أن تعدل نماذج من السلوك الاجتماعي الثقافي للرجل و المرأة بغية القضاء على التمييز القائم على أساس الجنس"⁽¹⁾.

فمن خلال التعليقين، يتبين أن الأمم المتحدة تمنع حق تعدد الزوجات بحجة أنه يتنافى مع مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، و كذلك أنه يتنافى مع إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

أما في قانون الأسرة الجزائري، فتعدد الزوجات على العموم مباح فقد جاء في المادة 08: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، و توافرت شروط و نية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج منها، و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها، و أثبت الزوج المبرر الشرعي، و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية"⁽²⁾.

فالأصل كما قلت هو_السماح بالتعدد لكن بقيود و شروط أشبه بالمستحيل، أقل ما يقال عنها إنها قاسية و صعبة التحقيق. فالمشرع تحت ضغط الإتفاقيات الدولية، و النزعات العلمانية المحلية، أمسك العصى من الوسط. فكأنه أراد أن يرضي الجميع بوضعه لهذه الشروط.

1 ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الإتفاقيات الدولية، 18-19.

2 قانون الأسرة الجزائري، المادة 08.

فالشريعة أمرت بالعدل في الحسيات، و لا اعتبار بالعدل في المشاعر و الميول.. فقد قال صلى الله عليه و سلم: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁽¹⁾، فالقلب و المشاعر لا يملكها الإنسان، و عليه فإنه لا يحاسب عليها، بخلاف ما هو بوسعه و طاقته، فالله تعالى لم يكلفنا بمحال.

وإذا تأملنا إلى في الشروط التي وضعها المشرع، هي شروط مبهمة، و يصعب تحديدها. فما هو المبرر الشرعي في نظر المشرع، هل هو المرض العضال و العقم، كما جاء في المنشور رقم 84-102 المؤرخ في 22/09/1984 الصادر من اللجنة المركزية لحزب جبهة التحرير الوطني في دورتها التاسعة أن المبرر الشرعي: "هو المرض العضال و العقم"⁽²⁾

فهذا التفسير يتنافى و أحكام الشريعة، بل حتى مع الأعراف و العادات المعمول بها في الكثير من المناطق في بلادنا، كما أن شرط موافقة الزوجة الأولى، هو شرط تعجيزي نوعا ما، مما أدى إلى انتشار الزواج العرفي من جهة، و انتشار ظاهرة العلاقات غير الشرعية من جهة أخرى، إلا أن المشرع الجزائري لم يراع مآلات و نتائج هذا النص القانوني.

1 أبو داود، السنن، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001، كتاب النكاح(06)، باب القسم بين النساء(39)، حديث رقم (2134)، 340.

2 ربيع زكرياء، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الاتفاقيات الدولية، 20.

الفصل الثاني:

المسائل المتفق عليها و المختلف فيها بين قانون الأسرة
الجزائري و المذهب المالكي.

تمهيد:

لقد مر معنا في الفصل الأول، نظرة عامة حول المذهب المالكي و انتشاره، و كذا دخوله إلى الجزائر و مرجعيته فيها، ثم عرجنا على قانون الأسرة الجزائري ومراحلته التي مر بها ، مع ذكر مصادره.

ومن خلال الاستقراء و التتبع للأحكام الموجودة في قانون الأسرة يمكن تقسيمها إلى أربعة أقسام:

- 1- أحكام مجمع عليها إذ لا خلاف فيها بين الأمة، كوجوب العدة ومقدارها.
- 2- ما اتفق عليه المشرع الجزائري مع المذهب المالكي و أخذ بمرجعية البلد و أهله.
- 3- ما هو مخالف للمذهب المالكي أخذا بأحد المذاهب والآراء الأخرى كالحنفية و الشافعية و الحنابلة.
- 4- الأحكام الملفقة و التي تأتي بصورة مركبة من قولين أو ثلاث، حيث لم يقل بها أحد بمفرده.

وعليه فإننا نحاول في هذا الفصل أن نبين أمرين اثنين:

-المسائل التي اتفق فيها قانون الأسرة مع المذهب المالكي.

-المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة المذهب المالكي.

ثم إننا لا ندعي في هذا الفصل الاستقراء التام ، و الإحاطة بجميع المسائل الموافقة و المخالفة لقانون الأسرة الجزائري بسبب ظنية الدلالة، حيث إن دلالاته محتملة لذلك قد يختلف الشراح في تفسير مدلول المادة و بناء عليه يصعب تحديد ما إذا كانت المادة موافقة أو مخالفة للمذهب، إلا في بعض المسائل التي كانت واضحة و لا تحتمل مفهوم آخر،

لذلك نحاول ذكر بعض العينات و النماذج مما هو متفق عليه بين قانون الأسرة و المذهب المالكي وبين ما هو مختلف فيه بينهما، إذ إن هذه العينات و النماذج تساعدنا على تقدير نسبة الرجوع إلى المذهب المالكي بدقة كبيرة.

المبحث الأول: المسائل التي اتفق فيها قانون الأسرة الجزائري مع المذهب المالكي:

ونتطرق في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: و هي ما اتفق عليه قانون الأسرة مع المذهب المالكي في باب الزواج و انحلاله، و المطلب الثاني المسائل المتفق عليها بينهما في باب الميراث و الوصايا، أما المطلب الثالث فهي نماذج من موافقة المحكمة العليا في اجتهادها للمذهب المالكي.

المطلب الأول: ما اتفق عليه قانون الأسرة و المذهب المالكي في باب الزواج و انحلاله:

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه:

و نمثل له بمسألتين: مصير الهدايا حال فسخ الخطبة، و التنازع حول الصداق، و كذا مسألة الرضاع المحرم للزواج.

أولاً: مصير الهدايا حالة فسخ الخطبة :

جاء في المادة 5 قانون الأسرة ما نصه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"⁽¹⁾.

وعليه فالمشعر فرق بين العدول عن الخطبة من جهة الخاطب ومن جهة المخطوبة، فإن كان العدول من جهة الخاطب، فلا يسترد الهدايا التي قدمها، وإن كان العدول من جهتها ردت له الهدايا أو قيمتها، وهذا هو مذهب المالكية في هذه المسألة .

قال الدسوقي: " إذا كان الامتاع من جهتها أي لأن الذي أعطى لإجله لم يتم ،أما إن كان الرجوع من جهته فلا رجوع له قولاً واحداً"⁽²⁾.

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 05 .

2 الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 3، 11.

ثانيا: التنازع حول الصداق:

جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 17: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"⁽¹⁾.

ففي حالة التنازع و الاختلاف في قبض الصداق، فإن كان قبل البناء فالقول قولها بيمين، وإن كان بعد البناء فالقول قوله بيمين، وهذا هو قول المالكية، قال ابن رشد: "أما مالك فعنده أنه إذا اختلف الزوجان في القبض قبل الدخول، فالقول قول الزوجة، وإذا اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج"⁽²⁾. وقال خليل: "وفي قبض ما حل، فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما"⁽³⁾.

فالمشعر الجزائري أخذ بالمذهب المالكي خلافا للشافعية والحنابلة، فالشافعي قال: "إذ اختلفا في قدر المهر تحالفا، ثم يفسخ النكاح"⁽⁴⁾.

وقال أحمد: "القول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو أقل فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله"⁽⁵⁾.

ثالثا: مطلق الرضاع :

جاء في المادة 29 ما نصه: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام، أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"⁽⁶⁾. فقانون الأسرة في هذه المادة يأخذ بمذهب المالكية، و هو أن الرضاع المحرم مقيد بالحولين، سواء كان كثيرا أو قليلا كالمصاة و

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 17 .

2 ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1995، 2، 983.

3 خليل بن إسحاق الجندي، المختصر، القاهرة، دار الحديث، 2008، 110.

4 الدميري محمد بن موسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق محمد العزازي، بيروت دار الكتب العلمية، 04، 764.

5 ابن قدامة، المقنع في فقه أحمد بن حنبل، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005، 02، 516 .

6 قانون الأسرة الجزائري، المادة 29 .

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

المصتين أشبعت أم لم تشبع، فقد جاء في الموطأ: عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول: " (1)

وهذا خلافا للحنفية الذين يقولون مدة الرضاعة ثلاثون شهرا ، كما ذهب الشافعي و أحمد أنه لا يحرم أقل من خمس رضعات في الحولين (2) .

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره:

ونتطرق في هذا الفرع إلى مجموعة من المسائل: وهي طلب التطليق من الزوجة و أسبابه الشرعية، التنازع في متاع البيت، السكوت عن طلب الحضانة ممن له حق فيها ، ثم العودة في الحضانة، لم كان له الحق و تركها بسبب غير اختياري .

أولاً: طلب التطليق :

جاء في المادة 53 ما نصه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج " (3) . وهذا هو قول المالكية .

قال ابن العربي: "حكم الإمساك بالمعروف، أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإذا لم يفعل خرج عن المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها في بقائها، عندما لا يقدر على نفقتها" (4) .

وقد جاء مذهب الشافعية و الحنابلة موافقا للمالكية، وكلهم خلافا للأحناف، و تصويرا

لهذا الخلاف يقول الدكتور وهبة الزحيلي رحمة الله عليه: " للفقهاء رأيان:

– رأي الحنفية: لا يجوز في مذهب الحنفية و الإمامية التفريق لعدم الإنفاق، لأن الزوج إما موسر أو معسر، فإن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، و إذا لم يكن ظالما فلا نظمه بإيقاع الطلاق عليه.

1 مالك بن أنس،الموطأ، بيروت، دار صادر، 2004، ط1، كتاب الرضاع (30)، باب رضاعة الصغير(1)، حديث رقم (1765)، 279.

2 عبد العزيز حمد آل مبارك،تبيين المسالك شرح تدريب السالك، بيروت، دار الغرب الإسلامي،1995، 03 ، 223.

3 قانون الأسرة الجزائري المادة 53 .

4 ابن العربي ، أحكام القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية ، 01 ، 270.

وإن كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى.

- رأي الجمهور: أجاز الأئمة الثلاثة التفريق لعدم الإنفاق لقوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا"⁽¹⁾، فإمسك المرأة بدون إنفاق عليها إضرار بها⁽²⁾ .

ثم جاء قانون الأسرة من المادة نفسها يقول: "كل ضرر معتبر شرعا"⁽³⁾، فللمرأة الحق كذلك في طلب التطلاق بسبب أي ضرر يكون شرعيا و قانونيا ، وهذا النص من أكثر النصوص مرونة و حماية لحق المرأة ، حيث ترجع السلطة التقديرية للضرر إلى القاضي . والتطلاق بسبب الضرر المعتبر شرعا أيا كان، هو مذهب المالكية، قال في مواهب الجليل: "ولها التطلاق بالضرر"⁽⁴⁾، وقال الدردير: "للزوجة التطلاق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك و سبها و سب أبيها..... و يؤدب على ذلك زيادة على التطلاق"⁽⁵⁾ .

ثانيا: النزاع في متاع البيت:

جاء في المادة 73 من قانون الأسرة ما نصه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو وريثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، فالقول قول الزوجة أو وريثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو وريثته مع اليمين في المعتاد للرجال"⁽⁶⁾.

فهذه المادة تبين الحكم في حالة وقوع نزاع بين الزوجين أو الورثة حول متاع البيت، فجعلت للزوجة أو وريثتها ما هو معروف و معتاد للنساء بيمين، و جعلت للزوج ما هو معروف و معتاد للرجال بيمين كذلك.

وهذا المعيار الذي مشى عليه المشرع في التفريق بين حقوق الزوج و الزوجة في متاع البيت هو مذهب المالكية و رأيهم و في هذا الصدد يقول الإمام الدردير في الشرح الصغير:

¹ سورة البقرة 231.

² وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 7043-7044.

³ قانون الأسرة الجزائري المادة 53.

⁴ الخطاب محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، 05، 265.

⁵ الدردير، الشرح الكبير، بيروت دار الكتب العلمية، 1996، ط1، 3، 213.

⁶ قانون الأسرة الجزائري، المادة 73.

و إن تنازعا في متاع البيت، أي ما فيه، فللمرأة المعتاد للنساء فقط، كالحلي والأخمرة و ما يناسب النساء من الملابس" (1).

و قد أشار الدكتور وهبة الزحيلي رحمة الله عليه إلى هذه المسألة و نقل الخلاف فيها فقال: " و أما الاختلاف في الجهاز أو متاع البيت: و هو المفروشات و الأواني و غيرها، فالمقرر لدى المالكية: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت من متاع النساء كالحلي و الغزل و ثياب النساء و خمرهن حكم للمرأة مع يمينها، و ما كان من متاع الرجال كالسلاح و الكتب و ثياب الرجال حكم به للرجل مع يمينه.... ثم قال أبو يوسف يكون القول قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة، و القول قول الزوج في الباقي لأن الغالب أن لا تزف الزوجة إلى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها" (2).

وعليه فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الذي وضعه المالكية للتفريق بين متاع الرجل و متاع المرأة

ثالثا: السكوت عن طلب الحضانة:

جاء في المادة 68 من قانون الأسرة ما نصه: " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد على سنة بدون عذر سقط حقه فيها" (3).

فهذه المادة تبين أن السكوت عن طلب الحضانة لمن له الحق فيها، لمدة تزيد على سنة يسقط حقه فيها، إذا كان هذا السكوت و عدم المطالبة بالحضانة دون عذر، أي كونه عالما بحقه في الحضانة و مرت سنة، و لم يطلبها اختيارا .

وهذا الذي بينته المادة موافق تماما لمذهب المالكية، إذ جعلوا السكوت على طلب الحضانة مدة تزيد على السنة، مسقطا لهذا الحق، و في هذا الصدد يقول الإمام الدردير: " فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر زوجها، و تنتقل لمن يليها في الرتبة، و إلا أن يعلم من يليها بدخولها بزواج، و يسكت بعد علمه بلا عذر، فلا تسقط حضانة المتزوجة، و ليس لمن يليها أخذ المحضون منها، فإن لم يعلم بالدخول أو علم، و لم يمض بعد العلم عام، أو

1 الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، الجزائر، وزارة الشؤون الدينية، دط، 1992، 2، 140.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6825-6826.

3 قانون الأسرة الجزائري، المادة 68.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

مضى عام و كان سكوته لعذر يمنعه من التكلم، و منه جهله باستحقاقه الحضانة بدخول الزوج بها، فله أخذ المحضون من الأم المدخول بها، ما لم تتأيم قبل القيام عليها، أو أن يكون الزوج الذي دخل بها محرما للمحضون⁽¹⁾.

وهذه المسألة مما اختص بها المالكية دون غيرهم من المذاهب ، فلم نجد لغيرهم قولاً فيها، و ما يؤكد هذا أن الدكتور وهبة الزحيلي لم ينقل لنا خلافاً فيها، بل اكتفى بقول المالكية فحسب، وليس هو ممن يخفى عليه الخلاف في مثل هذه المسائل، فقال رحمه الله : قال المالكية: إذا سكت صاحب الحق في الحضانة عن طلبها سقط حقه بالشروط الآتية:
- أن يعلم حقه في الحضانة: فإن كان لا يعلم بحقه و سكت عن طلب الحضانة، لا يسقط حقه.

- أن يعلم أن سكوته يسقط حقه في الحضانة، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت

- أن تمضي سنة من تاريخ علمه باستحقاقه الحضانة.⁽²⁾

فهذه الشروط التي ذكرها المالكية، هي نفسها المذكورة في المادة القانونية، فشرط مضي السنة مصرح به في المادة وذلك بقول المشرع: "مدة تزيد على سنة"، أما الشرط الأول و الثاني و هو العلم بحقه في الحضانة ، و العلم بأن سكوته مسقط لحقه، يدخلان تحت قيد العذر المذكور في المادة، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "بدون عذر"، وعليه فإن المشرع الجزائري جاء موافقاً تماماً لما هو عليه مذهب المالكية.

رابعاً: العودة في الحضانة:

جاء في المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"⁽³⁾.

¹ الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، 2، 220-221.

² وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته ، 10، 7313.

³ قانون الأسرة الجزائري، المادة 71.

ففي هذه المادة يبين المشرع أن من سقط حقه في الحضانة بسبب غير اختياري أي بسبب قاهر، و خارج عن سيطرته فإن الحق في الحضانة يعود إليه بمجرد زوال هذا السبب الطارئ، وغير الاختياري.

و هذا الحكم التي جاءت به هذه المادة بعودة الحق في الحضانة إذا زال السبب غير الاختياري ، هو مذهب المالكية و رأيهم و في هذا الصدد يقول الإمام الدرير: "ولا تعود بعد تأيمها أو اسقاطها، بخلاف لو سقطت لعذر و زال" (1) .

فالإمام الدرير عليه رحمة الله يبين أن الحق في الحضانة لا يعود للمرأة المطلقة بعد زواجها، لأن الزواج مسقط للحضانة و هو سبب اختياري بخلاف لو سقط حقه في الحضانة بسبب عذر غير اختياري، ثم زال ذلك العذر فإن حقه يعود.

ثم بين في شرحه هذه الأعدار فقال: "بخلاف لو سقطت حضانتها لعذر كمرض، و خوف مكان أو سفر، ولي بالمحزون سفر نقلة و زال ذلك العذر فلها الرجوع فيها" (2) .

و ما ذهب إليه المالكية خلاف الجمهور من حنفية و شافعية و حنابلة، فإنهم يرون رجوع الحق في الحضانة على جميع الأحوال الاختيارية و غيرها، كالزواج و السفر، و في هذا الصدد يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "للفقهاء رأيان :

-قال المالكية في المشهور: إذا سقطت حضانة الحاضنة لعذر كمرض و خوف مكان، و سفر ولي بالمحزون سفر نقلة، و سفرها لأداء فريضة الحج ثم زال العذر بشفائها من المرض، و تحقق الأمن ، و العودة من السفر الاضطراري، عادت الحضانة إليها. أما إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي غير محرم و دخل بها، أو سافرت باختيارها ، لا لعذر ، ثم تأيمت بأن فارقها الزوج بطلاق أو فسخ نكاح، أو وفاة أو عادت من السفر الاختياري فلا تعود إليها الحضانة.

¹ الدرير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، 2 ، 221-222.

² المصدر نفسه ، 2 ، 222.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

-وقال الجمهور:(الحنفية، الشافعية و الحنابلة) إذا سقطت الحضانة لمانع، ثم زال ذلك المانع عادت الحضانة إلى صاحبها، سواء أكان اضطراريا كالمرض أم اختياريا كالزواج و السفر و الفسق" (1).

وعليه فالمرجع الجزائري أخذ بمذهب المالكية في رجوع الحق في الحضانة إذا كان العذر أو السبب غير اختياري أي قهري، و هذا خلاف المذاهب الثلاث الأخرى التي ترى عودة الحق في الحضانة إذا زال العذر بغض النظر عن كون العذر اختياري أو غير اختياري.

بعدما بينا ومثلنا بهذه النماذج و العينات، التي تدل على أن المذهب المالكي هو أحد مرجعيات قانون الأسرة الجزائري و أحد مصادره، نريد أن نزيد الأمر بيانا و تأكيدا ، إذ أن المحكمة العليا في الكثير من اجتهاداتها، حكمت بالمذهب المالكي، مما يبين أن أخذ المشرع في المحكمة العليا بالمذهب المالكي ليس مصادفة، إذ هو أحد أعمدة تشريع الأسرة ، و نحاول الآن بيان بعض الأمثلة و النماذج لاجتهادات المحكمة العليا و أخذها بالمذهب المالكي.

المطلب الثاني: ما اتفق عليه قانون الأسرة و المذهب المالكي في باب الوصايا و الميراث:

و نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين: المسائل المتعلقة بالوصايا، أما في الفرع الثاني نتكلم على المسائل المتفق عليها في الميراث.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالوصايا:

ونبين فيه مسألتين: الوصية للحامل و حكمه، و حكم استحقاق قاتل الموصي للوصية .

¹ و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7311-7312.

أولاً: الوصية للحمل:

جاء في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري ما نصه: " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي، ولو اختلف الجنس"⁽¹⁾ .
فهذه المادة تبين جواز الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، و معنى ذلك جواز الوصية لشيء غير موجود في الواقع، فإن كان الحمل توائم قسمت بينهم الوصية بالتساوي، ولو كان أحدهما ذكراً و الآخر أنثى.

و ما ذهب إليه المشرع يوافق في حيز كبير مذهب المالكية، الذين يجيزون الوصية في الحال أو المآل ففي المآل كمن سيولد لفلان، فإن ولد واستهل المولود بأن تحققت حياته، أخذ المال الموصى به، و إن تعدد المولود وزعت الوصية على الرؤوس بالسوية، الذكر و الأنثى سواء ، إلا أن ينص على التفضيل⁽²⁾.

وهذا الرأي خلاف الجمهور الذين يشترطون وجود الموصى له حين الوصية، و تصح الوصية عندهم للحمل إن ولد حياً لأقل من ستة أشهر من تاريخ إنشاء الوصية⁽³⁾ .
فاشترط ولادة الحمل في مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ إنشاء الوصية يجعل مذهب الجمهور مخالفاً لقانون الأسرة الجزائري بهذا الشرط، مما يجعل المذهب المالكي يتفق بنسبة كبيرة مع المشرع الجزائري في هذه المادة.

ثانياً: استحقاق قاتل الموصي للوصية:

جاء في المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً"⁽⁴⁾ .

فهذه المادة تبين أحد أسباب بطلان الوصية، و ذلك إذا قتل الموصى له الموصي عمداً، وهذا من أجل استعجال الوصية، وذلك قياساً على منع القاتل من الميراث، إلا أن المشرع قيد القتل بكونه عمداً، أي لو كان خطأ لما كان مانعاً من الوصية، وهذا موافق تماماً

¹ قانون الأسرة الجزائري، المادة 187.

² الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، لبنان، مؤسسة الريان، ط1، 2002، 4، 277-278.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7465-7466.

⁴ قانون لأسرة الجزائري ، المادة 188.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

لمذهب المالكية، جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب: " إذا قتله الموصى له عمدا بطلت الوصية، إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها ، فإن قتله خطأ لم تبطل لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه، فوجب أن يبطل بقتل العمد كالميراث وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته، و أما إن علم بأنه قتله عمدا فأقره على الوصية فإنه يكون كالمبتدئ لها فيصح"(1).

في حين ذهب الحنابلة أن القتل المانع من الوصية و الميراث هو القتل بغير حق سواء كان عمدا أو خطأ، مباشرة أو تسبب، فيمنع الميراث و يبطل الوصية. وذهب الحنفية أن القتل المانع من الإرث و الوصية هو الصادر من البالغ العاقل عدوانا بغير حق، أو عذر شرعي إذا كان مباشرا لا تسببا سواء كان عمدا أم خطأ. أما الشافعية فقالوا الأظهر أن الوصية تصح للقاتل و لو تعديا فلو قتل الموصي له الموصي ولو تعديا استحق الموصى به، لأن الوصية تملك بعقد، فاشبهت الهبة وخالفت الإرث(2).

وعيه فإن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية حيث قيد القتل المانع من الوصية بالعمد، فمفهوم هذا أن القتل إذا كان خطأ لا يعد مانعا من إجراء الوصية، وهو كما بينه القاضي عبد الوهاب شيخ المالكية في العراق.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالميراث:

ونبين فيه مسألتين: القتل المانع من الإرث و حقيقته، ثم حكم القتل الخطأ الذي لا يمنع الميراث دون الدية.

أولا: القتل المانع من الإرث :

- جاء في المادة 135 ما نصه: " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :
- قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
 - شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه.

¹ القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، دمشق، دار الفكر، دط، 1995، 3، 1632.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7471.

- العالم بالقتل أو تدبيره، إذا لم يخبر السلطات المعنية⁽¹⁾ .
وعليه فإن قانون الأسرة منع من الميراث القاتل العمدي، سواء كان أصليا أو شريكا ،
إن كان شاهد زور أدت شهادته الى تنفيذ حكم الإعدام، أو علم بالقتل أو تدبيره و لم يخبر
السلطات المعنية ، وهذا موافق للمذهب المالكي، في أن القاتل عمدا عدوانا هو الذي لا يرث،
بخلاف القاتل الخطأ جاء في التلقين للقاضي عبد الوهاب قوله: " لا يرث قاتل العمد من مال
ولا دية مقتوله ، ويرث قاتل الخطأ من ماله دون ديته "⁽²⁾ .

وقد نقل الدكتور وهبة الزحيلي خلاف الأئمة في هذه المسألة فقال: "ولكنهم اختلفوا في

نوع القتل المانع:

-رأي الحنفية: أنه القتل الحرام: وهو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة و يشمل
القتل العمد و شبهه و الخطأ و ما يجري مجرى الخطأ....و ما لم يتعلق به وجوب
القصاص أو الكفارة فلا يمنع من الميراث ، و هو القتل بحق أو بعذر و ذلك مثل قتل
المورث لتنفيذ القصاص أو الحد .. و القتل بعذر كقتل الزوج زوجته أو الزاني بها عند
التلبس بالزنا لفقده الشعور و الاختيار حينئذ، وكالقتل الذي يتجاوز به حدود الدفاع
الشرعي، لا في أصل الدفاع الذي لا يمكن ضبطه.

-و رأي الشافعية: أن القاتل لا يرث من مقتوله مطلقا سواء كان مباشرا أو تسببا.

-و رأي الحنابلة: أن القتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق و هو المضمون بقصاص
أو دية أو كفارة، فيشمل العمد و شبه العمد و الخطأ، و ما جرى مجرى الخطأ كالقتل
بالتسبب و قتل الصبي و المجنون و النائم.

-ورأي المالكية: أن القتل المانع من الإرث هو قتل العمد العدوان سواء أكان مباشرة أم تسببا
....و يشمل الأمر به و المحرض عليه و المسهل له و الشريك، و واضع السم في الطعام
أو الشراب، والربیئة وهو من يراقب المكان و شاهد الزور ، و حافر البئر لمورثه و واضع
الحجر في طريقه فيصطدم به فيموت. أما القتل الخطأ فلا يمنع من ميراث المال و يمنع
من ميراث الدية"⁽³⁾.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 135.

2 القاضي عبد الوهاب، التلقين، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، الرياض ، مكتبة مصطفى الباز، دط، دت، 558.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7716-7717.

ثانيا: القتل الخطأ يمنع الميراث من الدية:

جاء في المادة 137 من قانون الأسرة: "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض"⁽¹⁾ هذه المادة تبين أن القاتل قتلا خطأ من حقه أن يرث من مال المقتول إذا كان من الورثة فالقتل الخطأ لا يعد مانعا من الإرث، إلا أنه يمنع صاحبه من الميراث في الدية أو التعويض، و ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري هو مذهب المالكية، خلافا للجمهور، و قد أشار الدكتور وهبة الزحيلي إلى هذا الخلاف فقال معبرا عن قول المالكية: "وأما القتل الخطأ فلا يمنع من ميراث المال ويمنع من إرث الدية"⁽²⁾.

المطلب الثالث: نماذج من أخذ المحكمة العليا بالمذهب المالكي في اجتهاداتها:

في هذا المطلب نبين نماذج من اجتهادات المحكمة العليا، و موافقتها للمذهب المالكي ، بوصفه الأصل و المرجع، و التمثيل باجتهادات المحكمة العليا يزيد الأمر تأكيدا على أن المشرع الجزائري أعطى للمذهب اهتماما لا بأس به.

الفرع الأول: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج :

جاء في المادة 09 من قانون الأسرة : " يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، الشاهدان "⁽³⁾ .
فالمادة القانونية بينت عدد الشهود، وهما اثنان، إلا أنها لم تبين بقية الشروط الواجب توافرها في الشاهدين، و عليه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة كما جاء في المادة 222 من قانون الأسرة.

كما أن المحكمة العليا قد جاء في أحد قراراتها⁽⁴⁾ : "متى كان من المقرر شرعا أن

الزواج الصحيح لايقوم إلا على أركان مبينة بوضوح ، يقول ابن ابي زيد القيرواني في رسالته: " لا نكاح إلا بولي و صداق و شاهدي عدل"، فاستدلال المحكمة العليا واستشهادها

¹ قانون الأسرة الجزائر، المادة 137.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7716-7717.

³ قانون الأسرة الجزائري المادة 09.

⁴ عمر بوعلالة، المرجعية الفقهية المالكية في إجتهادات المحكمة العليا، جامعة أدرار، مجلة البحوث والدراسات

الإسلامية، العدد 19، 34-94

بابن ابي زيد القيرواني، الذي يلقب بمالك الصغير ، هو اعتمادها على المذهب المالكي ورجوعها إليه صراحة.

الفرع الثاني: حق الزوجة في السكن المستقل :

جاء في المادة 78 من قانون الأسرة ما نصه : " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة والعلاج و السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "(1) .

فبينت المادة، أن السكن يندرج ضمن مشتملات النفقة ، غير أنه لم يبين النص القانوني، إذا كان للزوجين الحق في المطالبة بسكن مستقل، أم يمكن للزوج إرغامها على السكن مع أهله.

وقد حسمت المحكمة العليا في اجتهاداتها هذا الإشكال ، و ذلك بإعطاء الحق للزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج، و ذلك باعتمادها و أخذها بالمذهب المالكي و رجوعها إليه. فجاء في قرار المحكمة العليا مايلي : " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المستقل عن أهل الزوج، وذلك لقول خليل : " ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه"(2) .

إن القضاة لما قضوا بأن للزوجة ومتى تبين - في قضية الحال - الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوجة دون السكن المستقل، فإنهم خالفوا القانون، لأن للزوجة الحق شرعا في السكن المستقل عن أهل الزوج، و لهذا ينبغي نقض القرار المطعون فيه " .
فقد تبين من خلال قرار المحكمة العليا، رجوعها الى المذهب المالكي و اعتمادها عليه، وذلك عن طريق الاستشهاد بنص الإمام خليل بن إسحاق الجندي، صاحب المختصر المشهور، فهو عمدة المذهب.

وبناء على هذين المثالين ، نستنتج أن المحكمة العليا ترجع إلى المذهب المالكي في اجتهاداتها و قراراتها ، و غيرها من الأمثلة الموجودة في مجلات المحكمة العليا ، مما جعلنا نقول بوضوح وثقة أن المذهب المالكي لا يزال كما كان مرجعا لقانون الأسرة الجزائري، سواء في تشريعاته ، أو قضائه ، و تأكيداً لهذا الكلام يقول الدكتور عمر بوعلالة : " وهذه المرجعية - أي المالكية - حاضرة أيضا في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 78.

2 عمر بوعلالة، المرجعية الفقهية المالكية في إجهادات المحكمة العليا، جامعة أدرار، مجلة البحوث و الدراسات

الإسلامية، العدد 19، 39-94

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

بالمحكمة العليا، فيما لم ينص عليه في هذا القانون، عملا بنص الإحالة الواردة في المادة 222 منه ،و إن كان مدلولها - تطبيقيا و عمليا - مقيدا بالمذهب المالكي، بدليل إحتكام المحكمة العليا الى المشهور من أقوال المذهب تصريحا أو موافقة ، وعزوها الى المراجع المعتمدة فيه ، التي من أهمها المدونة الكبرى، رسالة ابن ابي زيد القيرواني ،ومختصر خليل وشروحه، وتحفة ابن عاصم..... وهذا أمر مفهوم و منطقي، لإن أهل المغرب العربي عامة و القطر الجزائري خاصة، يتبعون مذهب الإمام مالك، و الأغلبية الساحقة من شعبنا يقلدون مذهب الإمام مالك⁽¹⁾ .

المبحث الثاني:المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي.

إن المتتبع و المتصفح لقانون الأسرة الجزائري، يجد أن أحكامه مستمدة في جملتها من الشريعة الإسلامية، إلا بعض الجزئيات، و لكن الالتزام بالشريعة، ليس بالضرورة الالتزام بالمذهب المالكي السائد في البلد، فقد رأينا أن المشرع قد خرج عن المذهب المالكي و خالفه في كثير من المسائل و القضايا، لذلك نحاول في هذا المبحث جمع أهم المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري، المذهب المالكي، وعليه فهو خروج عن المذهب السائد المنتشر في البلاد منذ قرون، لا خروج عن الدين و الشريعة. وقد جاء هذا المبحث في مطلبين: المطلب الأول مخالقات قانون الأسرة للمذهب في مجال الزواج و انحلاله، و المطلب الثاني مخالقات قانون الأسرة للمذهب في مجال النيابة الشرعية و الميراث .

المطلب الأول: مخالقات قانون الأسرة للمذهب في مجال الزواج و إنحلاله:

فهذا الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري، حيث يتضمن الخطبة و الزواج و أركانه و الطلاق و آثاره من عدة و حضانة و نفقة، و أهم المسائل المخالفة للمذهب في هذا الباب مايلي:

1 عمر بوعلالة،المرجعية الفقهية المالكية في إجتهدات المحكمة العليا،جامعة أدرار، مجلة البحوث و الدراسات الإسلامية،العدد19، 39-94 .

الفرع الأول : المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه:

ونتطرق في هذا الفرع إلى ستة مسائل: حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة الألفاظ التي يعقد بها النكاح، المراد بالإيجاب و القبول، الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج، الإشهاد على النكاح، مقدار الصداق و حالاته.

أولاً: حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة:

قد بينا فيما سبق، أن الخطبة هي وعد بالزواج، فإذا عدل أحد الزوجين عن الخطبة، كان واجبا عليه أن يرد الهدايا، و قد أخذ المشرع في هذه المسألة على العموم بالمذهب المالكي كما بينا، إلا أنه خالفه في جزئية صغيرة من جزئياته، جاء في قانون الأسرة المادة 05: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"⁽¹⁾.

فوجه مخالفة المذهب هو قول المشرع الجزائري: "مالم يستهلك" و المالكية يرون بإرجاع الهدايا و تغريم العادل عن الخطبة ولو استهلك، و ذلك بالقيمة إن كانت قيمية، أو مثلها إن كانت مثلية ما لم يكن هناك عرف أو شرط، و ذلك حتى لا يتضرر المعدول عنه مرتين مرة من جهة العدول، والأخرى من جهة ضياع الأموال و هداياه⁽²⁾، فالمشرع الجزائري لم يضمن للمعدول عنه رجلا أو امرأة، الهدايا المستهلكة و هذا مذهب الأحناف، فلو أهدى رجل للمرأة حليا و قماشا و طعاما، فحسب القانون الجزائري ليس له إلا المطالبة بالحلي في حالة العدول عنه⁽³⁾.

ثانياً: الألفاظ التي يعقد بها النكاح:

فقد جاء في المادة 10 من قانون الأسرة: "يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"⁽⁴⁾.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 5.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دمشق، دار الفكر ط9، 1997، 4، 6510.

3 المصدر نفسه، 9، 6510.

4 قانون الأسرة الجزائري، المادة 10.

فالمشرع لم يأخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي من أن النكاح ينعقد بلفظ التزويج و التمليك، أو ما يجري مجراها، كالبيع مطلقا بشرط ذكر الصداق أثناء العقد، كما أن المشرع لم يقيد النكاح بألفاظ مخصوصة كما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة الذين لا يجوزون الزواج إلا بلفظ التزويج و الإنكاح⁽¹⁾.

فالمشرع في قانون الأسرة أخذ بمذهب الأحناف القائل بجواز انعقاد النكاح بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، لأن المطلوب معرفة إرادة المتعاقدين و ليس للفظ اعتبار.

ثالثا: المراد بالإيجاب و القبول:

جاء في المادة 10 من قانون الأسرة مانصه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، و قبول من الطرف الآخر"⁽²⁾.

فالمشرع لم يجعل الإيجاب من ولي المرأة أو موكلها، و القبول من وكيل الزوج، كما هو مذهب الجمهور و المالكية⁽³⁾، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد الطرفين، سواء كان الزوج أو الولي و القبول هو ما صدر من الطرف الثاني. فالمادة تبين أن القبول قد يكون من الزوج أو الزوجة، أي المتلفظ و الطالب النكاح أولا، و القبول هو للمتلفظ و الموافق على النكاح ثانيا، و هذا هو مذهب الأحناف⁽⁴⁾.

رابعا: الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج:

جاء في قانون الأسرة في المادة 19 مانصه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون"⁽⁵⁾.

1 عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، 3، 25-26.

2 قانون الأسرة الجزائري، المادة 10.

3 عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، 3، 25.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6522.

5 قانون الأسرة الجزائري، المادة 19.

ثم جاء في المادة 35 من القانون نفسه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان الشرط باطلا و العقد صحيحا"⁽¹⁾ .

فقد اختلف الفقهاء في هذه الشروط الباطلة، و أثرها في عقد الزواج، فذهب المالكية إلى أن العقد باطل قبل الدخول و صحيح بعده⁽²⁾، كما ذهب الحنفية إلى أنه لا أثر الشرط الباطل في صحة العقد، فهو بمثابة لغو لا قيمة له، و لا يؤثر في بطلان الزواج لا قبل الدخول و لا بعده⁽³⁾، و بهذا الرأي أخذ قانون الأسرة الجزائري في المادة المذكورة رقم 35 بقوله: "كان الشرط باطلا و العقد صحيح".

خامسا: الإشهاد على النكاح:

جاء في المادة 9: "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"⁽⁴⁾ .

فالزواج عند جمهور الفقهاء لا يصح إلا بالشهادة عليه⁽⁵⁾، خلافا للمالكية الذين يرون أن الشهادة ليست ركنا و لا شرط صحة، بل هي مستحبة أثناء العقد، وعليه فلو انعقد العقد بدون شهود كان صحيحا، إلا أنه لا يتم الدخول إلا بالإشهاد أو إعلان الزواج و إشهاره، فالشهادة عندهم شرط للنفاذ لا للصحة⁽⁶⁾ .

فالمشرع الجزائري خالف المذهب المالكي، وأخذ بقول الجمهور القائلين بأن الإشهاد شرط صحة في العقد.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 35.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6542.

3 المصدر نفسه، 9، 6541.

4 قانون الأسرة الجزائري، المادة 9 .

5 عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك ، 3 ، 28.

6 المصدر نفسه، 3، 27 .

سادسا: مقدار الصداق و حالاته:

جاء في المادة 14 من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، أو كل ما هو مباح شرعا...."⁽¹⁾.

ثم قال في المادة 15: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا...."⁽²⁾.
فالمادة 14 تتكلم عن الصداق و مقداره، ولم تجعل له حدا أدنى ولاحد أعلى، وهذا خلافا للمالكية، الذين جعلوا الحد الأدنى للصداق ربع دينار ذهبي⁽³⁾.

فالمشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية و الحنابلة القائلين بأنه لا حد أدنى للصداق، فالزواج يجوز ولو بالشيء القليل ، ولو بما يحفظ من القرآن⁽⁴⁾.

أما المادة 15 فقد أجاز فيها المشرع تعجيل المهر و تأجيله بعضه أو كله، أخذا برأي الجمهور من شافعية و حنفية و حنابلة، الذين أجازوا جعل الصداق معجلا أو مؤجلا كله أو بعضه، مع اشتراط أن لا يكون الأجل مجهولا، وهذا خلاف للمالكية الذين كرهوا تأجيل المهر إلا بشروط⁽⁵⁾. فنص المادة يبين ميل المشرع لرأي الجمهور حيث جاء فيها: "سواء كان معجلا أو مؤجلا"، و هذه العبارة توحى بالتخيير و الإباحة.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره:

وتطرقنا فيه إلى سبعة مسائل : متعة الطلاق، الطلاق بسبب الغياب، مقدار بدل الخلع الطلاق بسبب العيوب، سلطة الحكيم، صاحب الحق في الحضانة بعد الأم، النفقة على الزوجة.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 14 .

2 المصدر نفسه، المادة 15.

3 عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك، 3 ، 28.

4 المصدر نفسه، 3 ، 29.

5 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6787-6788.

أولاً: متعة الطلاق:

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽¹⁾. فالمشرع قد بين و نص على التعويض المالي للمرأة بسبب الطلاق التعسفي، فهذا التعويض هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالمتعة⁽²⁾، قال تعالى: "و متعوهن على الموسع قدره و على مقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين".⁽³⁾

فالمتعة ليست واجبة عند المالكية، بل مستحبة، وعليه فالمشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الشافعية القائل بوجوبها لكل مطلقة، فهم يرون أن المتعة واجبة ديانة و قضاء، فهي حق للمطلقة و ذلك تخفيفاً للألم الذي حصل لها من الطلاق⁽⁴⁾.

ثانياً: الطلاق بسبب الغياب:

جاء في المادة 53: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: وذكر: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة"⁽⁵⁾.

وجاء في هذه المادة أن للزوجة أن تطلب الطلاق بسبب غيبة الزوج من سنة فأكثر، وهذا موافق للمالكية في المدة وهي سنة فأكثر، لكن القانون خالف المالكية في شقه الثاني، حيث قصر هذا الحق إذا كان الغياب غير مبرر مع عدم وجود النفقة، و هذا مخالف للمالكية الذين لا يفرقون بين أن يكون الغياب لعذر او لغير عذر⁽⁶⁾.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 52.

2 عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، 3، 160.

3 سورة البقرة، 236.

4 عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، 3، 161، وكذا وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6830-6831.

5 قانون الأسرة الجزائري، المادة 53.

6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 7067.

فالمشرع الجزائري قد أخذ في الشق الثاني من المادة بمذهب الحنابلة،الذين لا يرون الحق للزوجة في طلب الطلاق إذا كان الغياب بعذر كطلب العلم أو الجندية،أو العمل، فقد جاء في المغني لابن قدامة مانصه:"وإن سافر عن امرأته لعذر و حاجة سقط حقها في القسم والوطء وإن طال سفره.... وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن الإمام أحمد ذهب إلى توقيته ستة أشهر.... فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما(1).

في حين ذهب الشافعية و الحنفية إلى أنه لايجوز التفريق بسبب الغياب، و إن طال غيبته، لأنه لا يوجد دليل يبيح التفريق (2) .

ثالثا: مقدار بدل الخلع:

جاء في المادة54:"إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع،يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"(3).

فهذه المادة تتحدث عن المقدار الذي يعطى للزوج في حالة وقوع الخلع،أي هل يجوز أن يكون بدل الخلع أكثر من المهر، أو مساويا له،فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة،أي في مقدار بدل الخلع:

فذهب مالك و الشافعي إلى أن بدل الخلع إذا كان أكثر من المهر المسمى لا يكره. وذهب أبوحنيفة:إلى أنه إن كان النشوز من قبلها كره أخذ أكثر من المسمى، وإن كان من قبله كره أخذ شيء مطلقا،وصح مع الكراهية(4).

1 ابن قدامة، المغني تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت ، دار الكتب العلمية، 2009، 5، 642.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته،9، 7066.

3 قانون الأسرة الجزائري، المادة 54.

4 عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبيين المسالك، 3، 116.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

كما ذهب الإمام أحمد إلى أنه يكره أخذ أكثر من المسمى مطلقا، وعليه فالقانون الجزائري أخذ بمذهب الشافعية و المالكية في حال اتفاق الزوجين أي أن يأخذ الزوج أكثر من المهر المسمى⁽¹⁾.

إلا أن القانون خالف المالكية عند اختلاف الزوجين، فإنه لايجوز أن يتجاوز بدل الخلع مهر المثل، و هو مذهب الأحناف و الحنابلة.

رابعاً: الطلاق بسبب العيب:

جاء في المادة 53: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"⁽²⁾.
فهذه المادة تبين مسألتين اثنتين:

المسألة الأولى: أن طلب الطلاق أو التطلاق هو من حق المرأة وحدها، دون الرجل، فالتطلاق هو: طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي، رغم معارضة الزوج له مادام أنها متضررة.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، أي في من يحق له التطلاق بسبب العيب، هل هو من حق الزوجة وحدها؟، أو هو حق للزوجين، فمذهب الأحناف: يرون أن المرأة وحدها من تملك حق التطلاق بسبب العيب⁽³⁾.

و مذهب الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة يرون أن حق طلب التطلاق هو لكل من الزوجين، إذا وجد في صاحبه عيباً⁽⁴⁾.

و بناء على هذا يتبين من خلال نص المادة: "يجوز للزوجة" أن القانون الجزائري خصه بالزوجة دون الزوج، و هو مذهب الأحناف.

1 عبد العزيز حمد آل مبارك ، تبين المسالك، 3، 116.

2 قانون الأسرة الجزائري، المادة 53 .

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 7048.

4 المصدر نفسه، 9، 7048.

المسألة الثانية: تتناول العيوب التي من خلالها يجوز طلب التطليق، أي هل هناك عيوب بعينها محددة؟، أم أنه أي عيب يعرقل الحياة الزوجية، ويقف حاجزا أمام تحقيق مقاصدها.

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

1- مذهب المضيقين⁽¹⁾: ويمثله المذاهب الأربعة، وذلك بحصر العيوب في أنواع معينة، فما كان منها فنعم، وما ليس منها فلا يحق طلب التطليق بسببه.

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

- المالكية: جعلوها في ثلاثة عشر عيب، وهي: الجنون و البرص و الجذام، و الاعتراض

و الجب و العنة، العذيمة، الخشاء، الرتق، القرن، البخر، العفل و الإفضاء.

- الشافعية جعلوها في سبع: و هي: الجنون و الجذام و البرص و الجب و العنة، الرتق

، القرن.

- أما الحنابلة فجعلوها في ثمانية: الجنون و الجذام، البرص و الجب، العنة، الفتق،

القرن، العفل.

2- مذهب الموسعين⁽²⁾: و هو مذهب شريح و الزهري و ابي ثور و ابن القيم، وملخص هذا

الرأي أن المرأة لها الحق في طلب التطليق بأي عيب لا يحقق لها الاستمتاع، و العشرة

الزوجية و مقاصد النكاح بصفة عامة، فهو لا يحصر العيب في أنواع معينة.

من خلال نص المادة، يتضح أن المشرع أخذ بمذهب الموسعين، حيث جاء في

المادة: "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج". فلم يحصر المشرع العيوب في

صنف بعينه، بل أي عيب ما شأنه أن يكون حاجز من تحقيق أهداف الزواج و إستقرار

الأسرة، و هذا مخالف للجمهور بما فيهم المالكية، الذين حددوا أصناف معينة من العيوب

التي تجيز للمرأة طلب التطليق بسببها.

1 و هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 7048 - 7051.

2 المصدر نفسه، 9، 7048.

خامسا: سلطة الحكّمين:

جاء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ، و لم يثبت الضرر، وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما،و يعين القاضي حكما من أهل الزوج، و حكما من أهل الزوجة ،وعلى الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".⁽¹⁾

فيفهم من هذه المادة أن صلاحية الحكّمين تكمن في الصلح بين الزوجين، و التوفيق بينهما، فإذا تعذر الصلح، فليس من سلطتهم و صلاحيتهم التفریق بين الزوجين . هذا الرأي الذي مشى عليه قانون الأسرة الجزائري هو مذهب الأحناف، الذي يجعل سلطة الحكّمين مقتصرة على التوفيق و الإصلاح،وذلك خلافا للمالكية الذين يرون أن سلطة الحكّمين فيما يرونه مناسبا لحال الزوجين،إما الصلح و إما التفریق⁽²⁾.

سادسا: صاحب الحق في الحضانة بعد الأم:

جاء في المادة 64: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب،ثم الجدة للأم، ثم الجدة للأب،ثم الخالة،ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"⁽³⁾.

فقانون الأسرة الجزائري جعل الأب بعد مرتبة الأم مباشرة في الحضانة، و هذا مخالف للمالكية و مذهب الجمهور⁽⁴⁾، و لم يقل به أحد من المذاهب الأربعة .

فالأحناف: يرون بأن الأولى بالحضانة بعد الأم هو من يدلي من قبلها إلى المحضون، وهم الجدة للأم، ثم الجدة للأب،ثم الأخوات، ثم الخالات ،ثم بنات الأخت ،ثم بنات الأخ ،ثم العمات، ثم العصبات في الميراث ذوو الرحم.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 56.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 7061.

3 قانون الأسرة الجزائري، المادة 64.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7300.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

المالكية:قالو الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة للأم، ثم الخالة، ثم الجدة للأب، ثم الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم الأفضل من العصبية. مذهب الشافعية: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة للأم، ثم الجدة للأب، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمّة. مذهب الحنابلة: قالوا إن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة للأم، ثم أم الأب ثم الجد ثم أمهاته .

وعليه فإنّ المشرع الجزائري قد خالف المذهب المالكي و جمهور الفقهاء، مما يجعلنا نبحث و نسأل عن أسس اختيارات المشرع الجزائري .

سابعاً: النفقة على الزوجة:

جاء في المادة 80 من قانون الأسرة ما نصه: " تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى، و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى." (1)

فالنفقة الزوجية واجبة على الزوج ما دام قادراً عليها، و لم تكن الزوجة ناشزاً، وقد يخل الزوج بهذا الواجب فلا ينفق على زوجته لمدة قد تطول وقد تقصر، فمن حق الزوجة أن تطلب حق النفقة عن طريق التقاضي، وهذا ما بينته نص المادة.

فقد ذهب جمهور الفقهاء و منهم المالكية إلى أن ذمة الزوج تبقى مشغولة بالنفقة، فهي دين كبقية الديون، ولا يسقط إلا بأدائه و لو طالّت المدة(2).

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 80.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10 ، 7404.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

كما ذهب الحنفية و الظاهرية و رواية عن أحمد أن النفقة تسقط إذا مضت عليها مدة زمنية، و لم تطالب الزوجة بها⁽¹⁾.

و عليه فالقانون الجزائري أخذ بمذهب الأحناف و الظاهرية، و ذلك بتحديد مدة سنة كاملة، فما زاد على السنة يسقط حقها فيه، وليس لها الحق في المطالبة به، و هو ما بينته المادة :
"و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"
و قد اختار المشرع هذا التحديد لسببين اثنين⁽²⁾:

أن يجعل الزوجة في حالة اطمئنان وعدم خشية من فوات حقها في النفقة مدة سنة كاملة، وذلك تجنباً للتسرع و اللجوء إلى المحاكم و التقاضي، لأنه قد يحصل صلح أو تراض. تحديد مدة سنة يجعل المرأة تطالب حقها و لا تفكر في إرهاب زوجها و الإضرار به، لأنه لو لم تحدد المدة، قد تفكر بعض الزوجات في السكوت عن حقها مدة طويلة، ثم تطالب النفقة و التعويض قصد إعسار الزوج و الإضرار به، وهذا مخالف للشريعة و مقاصدها .

المطلب الثاني: مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مجال النيابة الشرعية و الميراث:

تطرقنا فيه إلى فرعين: المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية، ثم المسائل المتعلقة بالميراث

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية:

و سأمثل تحت هذا العنوان بمسألتين، هما في الحقيقة مذكورتان في أحكام الزواج وأركانها، إلا أنني رأيت أن أدمجهما في باب النيابة الشرعية، لأنه أصلها .

مسألة الولي بوصفه ركن من أركان الزواج لها علاقة بولاية التزويج، التي هي نوع من أنواع الولاية، وكذلك مسألة جبر الصغيرة فهي تندرج ضمن ولاية التزويج والكل ينطوي تحت النيابة الشرعية:

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7403.
2 عبد الكريم حامدي، التلقيب بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، جامعة بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 17، 2009، 115.

أولاً: ولاية المرأة:

جاء في المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها، وهو أبوها، أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره."⁽¹⁾

فقد جاء في هذه المادة أن المرأة البالغة الراشدة تستطيع ان تباشر عقد زواجها بنفسها وإبرادتها المنفردة، دون قيد أو شرط، بحضور الولي الذي يدل أنه راض و موافق على ما تباشره ابنته.

والفقهاء في الشريعة قد اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال⁽²⁾:

- مذهب الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة ذهبوا إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة العقد بنفسها.
- مذهب الأحناف: يجوز انفراد المرأة البالغة العاقلة الراشدة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا بعقد زواجها بنفسها، لأنهم يرونها ولاية استحباب، كما يشترطون الكفاءة في الزوج، و المثلية في الصداق.
- مذهب أبو الحسن الشيباني من الحنفية وأبي ثور و ابن شبرمة: أنه يجوز للمرأة تولي العقد بنفسها، ولكنه موقوف على إجازة وليها، إن رضي نفذ العقد، و إن رفض لم ينفذ. وعليه وبعد عرض الاختلاف في المسألة، تبين أن المشرع أخذ بمذهب أبي الحسن الشيباني، و أبي ثور، لاشتراط حضور الولي من طرف المشرع، فيدل هذا على أن الزواج موقوف على إجازته.
- كما أن المشرع قد خالف جميع الأقوال عندما أباح للمرأة أن تحضر أي شخص تختاره غير الولي، فهذا لم يقل به أحد من المجتهدين، فكان الواجب أن يراعي معيار القرابة والعصبية، لا معيار اختيار المرأة لمن شاءت.

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 11.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 9، 6698.

ثانيا: ولاية الإجماع على القاصر:

جاء في المادة 13 ما نصه: "لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها."⁽¹⁾.

وعليه فإن المشرع من خلال هذه المادة قد منع الزواج دون موافقة الزوجة ولو كانت صغيرة، ولو كانت بكرا، وهو ما عبر عنها بالقاصر. وهذه المسألة قد حكى ابن المنذر الإجماع على جوازها، أي على جواز إجبار البكر الصغيرة اذ كان الزوج كفؤا⁽²⁾. اما الثيب الصغيرة فقد ذهب المالكية و الحنفية إلى جواز إجبارها كالbكر⁽³⁾. وذهب الشافعية إلى أنها لا تزوج حتى تبلغ لوجوب إذنها وهو متعذر حتى تبلغ، اما الحنابلة فلهم روايتان عن أحمد، أحدهما بالجواز كالمالكية والحنفية، والثانية منع جبر الثيب الصغيرة⁽⁴⁾.

وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري قد خرق الإجماع في مسألة البكر الصغيرة، وخالف الجميع بما فيهم المالكية أما الثيب الصغيرة فهي رواية عن أحمد.

الفرع الثاني : مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مسائل الميراث:

نحاول هنا بيان بعض المسائل وتوضيح بعض العينات التي خالف فيها قانون الأسرة المذهب المالكي، وقد تكون هذه المخالفة للمذهب المالكي على خصوصا، أو مخالفة للمذهب المالكي مع جميع المذاهب بصفة عامة، أي خروج عن الشريعة و منها ما يلي:

1 قانون الأسرة الجزائري، المادة 13.

2 ابن المنذر، الإجماع، 103.

3 عبد العزيز حمد آل مبارك، تبين المسالك، 3، 46.

4 المصدر نفسه، 3، 46.

أولا : وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق:

جاء في المادة 132 من قانون الأسرة ما نصه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور

الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث."⁽¹⁾

فهذه المادة تؤدي إلى التناقض في بعض صورها، وعدم الانسجام بين الأمور القانونية و الشرعية، ففي بعض الحالات قد يطلق الرجل زوجته بالإرادة المنفردة بعيدا عن المحاكم، وقد يرفع دعوى طلاق بعد انتهاء عدتها الشرعية، ليتحصل على حكم الطلاق المدني، فالمدة قد تكون طويلة بين رفع الدعوى و صدور الحكم، مما يجعل العدة تنتهي قبل رفع الدعوى، أو صدور الحكم، وعليه فإن المرأة من الناحية الشرعية لا ترث اذا انتهت عدتها الشرعية، وقد يكون الحكم بإثبات الميراث قبل صدور الحكم مخالفا للشرعية و المذهب المالكي على حد سواء⁽²⁾.

ولا يكون هذا الأمر صحيحا ومقبولا، إلا في حالة ما إذا لم يطلق الزوج بالإرادة

المنفردة قبل رفع الدعوى.

و عليه يمكن تصحيح و إزالة هذا التعارض على النحو الآتي: "إذا تبين للقاضي عند

الحكم بالطلاق، أن الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة دون حكم قضائي، وإنتهت العدة فلا

توارث بينهما، و إذا لم تنته العدة يثبت التوارث"⁽³⁾.

ثانيا: عدم استغراق أصحاب الفروض للتركة .

جاء في المادة 167 ما نصه: "أنه إذا لم تستغرق فروض التركة، ولم يوجد عصبه من

النسب، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد باقي التركة

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 132.

2 أحمد غربي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، جامعة المسيلة مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية العدد 23، 133 .

3 المصدر نفسه، 133.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

إلى أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصابة من النسب، أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام.⁽¹⁾

فقد أخذ القانون في الفقرة الأولى بالعمل بالرد، وهو توزيع المال الذي بقي على أصحاب الفروض، وأن يوزع عليهم بمقدار فروضهم، إلا الزوجين فلا يرد عليهما⁽²⁾، وهذا هو مذهب سيدنا عمر وعثمان وعلي من الصحابة وشريح ومجاهد من التابعين، وهو مذهب الحنفية و الحنابلة.

في حين ذهب زيد بن ثابت، والمالكية والشافعية والأوزاعي إلى عدم جواز العمل بالرد، فالفائض من التركة يؤول إلى بيت مال المسلمين⁽³⁾. كما ذهب بعض متأخري المالكية والشافعية إلى أن الفائض من التركة يعود إلى بيت مال المسلمين إذا كان منتظما، وإلا يرد على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين⁽⁴⁾.

وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري قد خالف المذهب المالكي، بأخذه وعمله بالرد مباشرة.

ثالثا: عدم وجود صاحب فرض إلا الزوجين في الرد

جاء في مادة 167 الفقرة الثانية: "ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصابة من النسب، أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام"⁽⁵⁾.

فأخذ القانون الجزائري، في حالة عدم وجود أصحاب الفروض إلا الزوجين فقد جعل الرد متأخرا عن ذوي الأرحام، فلا يرد على أحد الزوجين، إذا وجد أحد ذوي الأرحام، وهذا

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 167.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، 10، 7825.

3 المصدر نفسه، 10، 7826-7825.

4 المصدر نفسه، 10، 7826-7825.

5 قانون الأسرة الجزائري المادة 167.

الفصل الثاني: المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.

مذهب الحنفية و هو مخالف لمذهب سيدنا عثمان الذي يجعل الرد على الزوجين مقدما على ميراث ذوي الأرحام.

وعليه فالقانون الجزائري خالف كذلك ما هو عليه مذهب مالك، فهذه المسألة مبنية على التي قبلها.

رابعاً: التنزيل

جاء في مادة 169 ما نصه: " من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله، أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية"⁽¹⁾.

بمعنى أن الذي مات وله أحفاد، وقد مات أبو الأحفاد قبل موت الجد، فإن الأحفاد ينزلون منزلة مورثهم الأصلي، وذلك بشروط ذكرتها المادة 170/171/172 من قانون الأسرة، وهذه الشروط هي⁽²⁾:

- 1- أسهمهم تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.
- 2- لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا أو جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض، مقدار ما يستحق بهذه الوصية.
- 3- أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم، ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه.

فهذا التنزيل هو بمثابة الوصية الواجبة، و التي لم يقل بها المالكية ولا غيرهم من المذاهب الأربعة، فهي مذهب ابن حزم، فثبتت عند الوصية للأقارب، و إن لم ينشئها الميت⁽³⁾.

1 قانون الأسرة الجزائري المادة 169.

2 المصدر نفسه المادة : 170-171-172.

³ أحمد غربي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، جامعة المسيلة مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية العدد 23، 133 .

الخاتمة:

بعد هذه الجولة مع المذهب المالكي و مرجعيته في الجزائر، و مرجعيته كذلك في قانون الأسرة الجزائري، نسجل بعض النتائج المتوصل إليها:

-المذهب المالكي هو المرجع المعتمد عليه بنسبة جد كبيرة في الجزائر منذ قرون، على الرغم من المحن و النكسات في أعقاب بعض الدول إلا أنه بقي صامدا منتشرا بين الناس.

-قانون الأسرة الجزائري، يعد أحد المجالات التي سيطر عليها المذهب المالكي منذ قرون، فرغم الاستعمار الفرنسي و محاولاته في فصل الناس و إبعادهم عن دينهم إلا أن المذهب المالكي بقي المرجع في قانون الأسرة.

-أما في مرحلة ما بعد الاستقلال خاصة في قانون الأسرة 84/11 و القرار المتمم 2005/05 نجد أن مرجعية المذهب المالكي قد تزعزعت و اهتزت، فالمشعر الجزائري اعتمد في مرجعيته لقانون الأسرة الجزائري على الشريعة الإسلامية بصفة عامة، و لم يتخذ مذهباً معيناً يعود إليه كما فعل بعض البلدان فالمادة 222 من قانون الأسرة تقول: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه أحكام الشريعة الإسلامية".

فعند قراءة هذه المادة، قلنا ربما أنها من باب العام الذي أريد به الخاص، أي أن المشعر يعتمد على المذهب المالكي لكنه لا يسميه، و إنما يطلق عليه لفظ الشريعة، و هذا يصح، إلا أنه من خلال البحث و الدراسة لكثير من العينات و المسائل، وجدنا أن المشعر قد أخذ و رجع إلى المذاهب الفقهية جميعاً، بل نجده في بعض الأحيان يأخذ بأقوال خارج المذاهب الأربعة، فاعتماده على المذهب المالكي كان نسبياً مثله مثل باقي المذاهب الأخرى، و ذلك

مراعاة لمصالح الناس وما يتلائم معهم، خاصة في زمن التطور التكنولوجي و الرقمنة و العولمة،ضف إلى ذلك تغير أعراف الناس و عاداتهم.

و كذلك ضغط العلمانيين و الحداثيين و التغريبيين و المنظمات النسوية،الذين يرون في كثير من أحكام الأسرة الظلم و الجور،مما يجعل المشرع يراعي كل هذه الاختلافات،و التناقضات الموجودة في المجتمع.

وعليه فإن مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري هي مرجعية نسبية ليست مطلقة بل هي محدودة و في الأخير ما يمكن أن نوصي به ربما في الدراسات المستقبلية،أن يبحث موضوع المسوغات الموضوعية التي جعلت المشرع لا يلتزم بالمذهب المالكي على الإطلاق،وذلك عن طريق دراسة العينات المخالفة للمذهب ،وسبب خروج المشرع على المذهب المالكي، أو دراسة أسس اختيارات المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية.

قائمة المصادر و المراجع.

أولاً: القرآن الكريم و علومه:

- 1-القرآن الكريم
- 2-إبن العربي ، أحكام القرآن، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 3- إبن كثير،تفسير القرآن العظيم،بيروت،المكتبة العصرية،ط1 ، 1998.

ثانياً : الحديث و شروحه:

- 1- أبو داود،السنن، بيروت، دار الكتب العلمية،ط1، 2001م.
- 2- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، إعتني به محمد بربر، بيروت، المكتبة العصرية،ط2، 2006م.
- 3-الترمذي، السنن، اعتنى به محمد بربر ، صيدا ، المكتبة العصرية ط1، 2006م.
- 4-مالك بن أنس،الموطأ، بيروت، دار صادر،ط1، 2004م.

ثالثاً: المعاجم.

- 1-ابن منظور، جمال الدين محمد بن كرم (711هـ\1311م) لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط4، 2005 م.

رابعاً: التاريخ و التراجم.

- 1-إبن خلدون ، المقدمة، تحقيق أحمد جاد، القاهرة، دار الغد الجديد،ط1 ، 2017
- 2- أبو زهرة، مالك حياته و آثاره ، دار الفكر العربي ، ط2 ، 1952م.
- 3-إبن عبد البر، الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، تحقيق أبي غدة، بيروت دار البشائر الإسلامية، ط2، 1997م.
- 4-الحميدي محمد بن نصر فتوح الأندلسي، جدوت المقتبس في ذكر ولات الأندلس، بيروت دار الكتب العلمية،ط1، 1997م.

- 5- خير الدين الزركلي، الأعلام، بيروت، دار العلم للملايين، ط15، 2002م.
- 6- القاضي عياض ، أبو الفضل موسى اليحصبي ، ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك، بيروت ، مكتبة الحياة ، دت.
- 7- محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003.
- 8- نويهض عادل، معجم أعلام الجزائر ، بيروت، مؤسسة نويهض الثقافية ، ط2، 1980.

خامسا: الأصول و تاريخ التشريع.

- 1- أحمد نور سيف، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، دبي، دار البحوث الدراسات الإسلامية و إحياء التراث، ط3، 2002.
- 2- الأشقر عمر سليمان، خصائص الشريعة الإسلامية، الكويت ، مكتبة الفلاح، ط2، 1982م .
- 3- الأشقر عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي ، البليدة قصر الكتاب ، ط3، 1990.
- 4- ابن تيمية، تقي الدين أحمد ابن عبد الحليم صحة عمل أهل المدينة، ضمن مجموع الفتاوى، تحقيق عامر الجزار، و أنور الباز، المنصورة ، دار الوفاء ط2 ، 2001.
- 5- الجيدي عمر، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، الرباط، دون دار نشر، ط1، 1993م.
- 6- أبو الحسين البصري ، المعتمد في أصول الفقه، تعليق الشيخ خليل الميس، بيروت، دار الكتب العلمية، دت.
- 7- ديب البغا مصطفى ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دمشق دار القلم، ط3، 1999م.
- 8- الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، ط4، 1997.

9- شرحبيلي حسن، تطور المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، المغرب ، وزارة الأوقاف ، 2000م.

10- شقرون محمد، مراعاة الخلاف عند المالكية، دبي، دار البحوث و الدراسات الإسلامي، ط1، 2002م.

11- عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، المغرب، صندوق إحياء التراث الإسلامي، د.ت.

12- القرافي، الأحكام في التمييز الفتاوي عن الأحكام، تحقيق الشيخ أبي غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1995م.

13- محمد الأمين ولد سالم بن شيخ، مراعاة الخلاف و غلاقتها ببعض أصول المذهب و قواعده، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، ط1، 2002م.

14- الهروس مصطفى ، المدرسة المالكية الأندلسية، المغرب وزارة الأوقاف، ط1 ، 1997م.

15- الهنتاتي نجم الدين، المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، تونس، منشورات تبر الزمان، ط1، 2004م.

سادسا: كتب الفقه.

1- ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، بيروت، دار ابن حزم ، ط4، 2011م.

2- ابن المنذر، الإجماع ، عجمان، مكتبة الفرقان، ط2، 1999م.

3- ابن قدامة، المقنع في فقه أحمد بن حنبل، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2005م.

4- _____ ، المغني تحقيق محمد عبد القادر عطا، بيروت ، دار الكتب العلمية، ط1، 2009م.

5- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ط1، 2002م.

- 6- خليل بن إسحاق الجندي، المختصر، القاهرة، دار الحديث، ط2، 2008م.
- 7- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، الحاشية على خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1996م.
- 8- الدردير أحمد، الشرح الكبير، بيروت دار الكتب العلمية، ط1، 1996م.
- 9- _____، الشرح الصغير على أقرب المسالك، الجزائر، وزارة الشؤون الدينية، ط1، 1992
- 10- الدميري محمد بن موسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق محمد العزازي، بيروت دار الكتب العلمية، ط1، 2004م.
- 11- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته ، دمشق، دار الفكر، ط4، 2004م.
- 12- عبد العزيز حمد آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب السالك، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1995م.
- 13- الغرياني الصادق ، مدونة الفقه المالكي ، لبنان، مؤسسة الريان، ط1، 2002.
- 14- القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي 1414هـ/1994م.
- 15- القاضي عبد الوهاب، التلقين، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، الرياض، مكتبة مصطفى الباز، ط2، 2007م.
- 16- _____، المعونة على مذهب عالم المدينة، دمشق، دار الفكر، ط1، 1995.
- 17- الونشريسي أحمد ابن يحيى ، المعيار المعرب و الجامعي المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا و الأندلس و المغرب ، تحقيق محمد حجي ، بيروت ، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1981م.

سابعا: الكتب القانونية.

- 1- حمريش دليلة، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، جامعة باتنة، رسالة ماجستير، 2013/2014م.
- 2- بن الشويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، الجزائر دار الخلدونية ، 2008م.

3-لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة، الجزائر، دار هومة ط2، 2014م.

ثامنا: البحوث و المقالات.

1-إسماعيل موسى، المدرسة المالكية الفقهية المالكية في الجزائر، ضمن أعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي ، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، عين الدفلى ،2009م.

2- عمر بوعلاله،المرجعية الفقهية المالكية في إجتهادات المحكمة العليا،جامعة أدرار، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية،العدد19.

3- التاويل محمد ، خصائص المذهب المالكي، ضمن مجموعة الدروس الحسنية المغربية، 2004م.

4- حيفري نسيمة آمال ، المرأة في قانون الأسرة بين التعديل و المحافظة على القيم، وهران، كلية الحقوق، مجلة أبحاث قانونية و سياسية.

5- حامدي عبد الكريم، التفريق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، جامعة بسكرة، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد17، 2009، 2014-2015

6- ربيع زكرياء ، محاضرات في مقياس حماية الأسرة في الإتفاقيات الدولية، مراجعة فؤاد غجاتي.

7- الروكي محمد، المغرب مالكي لماذا،المغرب، وزارة الأوقاف، 2003م.

8-سعد عزت السعدي، مفهوم الإتفاقيات الدولية و مراحلها، مركز الدراسات و الأبحاث العلمانية في العالم العربي،2017.

9- أحمد غربي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، جامعة المسيلة مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية العدد23 .

10-غزالي عبد الحليم، أثر الإتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2017م.

11- فلوسي مسعود ، المذهب المالكي و السلطات المتعاقبة في الجزائر،باتنة مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية ، العدد 1 ، 2004م.

12- محمد الحسين الحنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر،ضمن مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية،مصر، جامعة عين شمس، العدد 2، 1974م.

تاسعا: النصوص القانونية:

1-قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق ل9 يونيو 1984م، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، ج ر ع 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

عاشرا: المقابلات الشخصية:

1-مقابلة مع الاستاذ عبد العزيز سعد صاحب المؤلفات العديدة في قانون الأسرة يوم 2020/06/02.

الفهارس العامة.

فهرس الآيات:

الآية	السورة	الصفحة.
1- " ذهب الله بنورهم " .	سورة البقرة "17"	.07
2- " إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ " .	سورة فاطر "28"	.12
3- " يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف " .	سورة لقمان "17"	.47
4- " و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " .	سورة البقرة "236"	.60

فهرس الأحاديث:

الحديث	الراوي	الصفحة
1- إذا أراد الغائط أبعد في المذهب .	إبن ماجة	.07
2- " يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة " .	الترمذي	.11
3- " ما كان في الحولين و إن كان مصة واحدة فهو يحرم " .	مالك الموطأ	.43
4- اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك " .	أبو داود	.54

فهرس الأعلام.

الأعلام

الصفحة

07. 1- أبو الحسين البصري.
- 08 2- القرافي شهاب الدين ابو العباس .
- .09 3- ابن عرفة الدسوقي محمد بن أحمد .
- .22 4- سحنون ابوسعيد عبد السلام.
- .22 5- محمد بن سحنون .
- .22 6- عيسى بن مسكين.
- .22 7- يوسف بن عامر الكناني .
- .22 8- ابن اللباد ابو بكر محمد بن وشاح .
- .22 9- إبراهيم الأبياني التونسي ابو العباس .
- .23 10- ابن ابي زيد القيرواني عبد الله ابو محمد .
- .23 11- عبد الخالق ابن شبلون ابو القاسم
- .21 12- عبد الله بن فروخ الفاسي ابو محمد .
- .21 13- علي بن زياد ابو الحسن .
- .21 14- البهلؤل بن راشد ابو محمد .
- .22 15- شقران بن علي القيرواني ابو علي .
- 25 16- اسحاق بن الملك الملتشواني.
- .25 17- بكر بن حماد بن سهل الزناتي التاهرتي.
- .25 18- البراذعي ابو سعيد خلف بن ابو القاسم.
- .26 19- ابن مرزوق الحفيذ.

- .26 -20- بركات الباروني الجزائري.
- .26 -21- محمد بن يحيى الباهلي البجائي.
- .27 -22- محمد بن فتوح التلمساني.

فهرس الموضوعات

الإهداء:	ب.....
شكر و تقدير:	ت.....
قائمة المختصرات:	ث.....
مقدمة:	1
أهمية الموضوع و أسباب اختياره :	3
الأسباب الموضوعية:	3.....
الأسباب الشخصية:	3.....
الدراسات السابقة:	4.....
صعوبات البحث:	4.....
منهجية البحث :	5.....
الفصل الأول:	9
الأصول المرجعية للمذهب المالكي و قانون الأسرة الجراوي.	9
تمهيد:	10.....
المبحث الأول : المذهب المالكي دخوله ومرجعيته في الجرائر.	11.....
المطلب الأول: المذهب المالكي و عوامل انتشاره.	11.....
الفرع الأول: مفهوم المذهب المالكي:	11.....
أولاً:تعريف المذهب لغة:	11.....
ثانياً: تعريف المذهب اصطلاحاً:	11.....
الفرع الثاني: عوامل انتشار المذهب المالكي:	14.....
أولاً: العوامل الراجعة إلى الإمام نفسه:	15.....
1- فقه الإمام وسعة علمه:	15.....

- 2- ورعه وتقواه: 15
- 3- صحة عقيدته: 16
- 4- طول إفتائه وتدريسه: 16
- 5- كثرة تلاميذه: 17
- ثانيا: العوامل الراجعة إلى لمذهب نفسه : 17
- 1- خصائص المذهب على مستوى الأصول: 18
- أ- صحة أصول: 18
- ب- كثرة أصوله: 19
- 2- خصائص المذهب على مستوى فقهه: 19
- أ- التفتح: 20
- ب- الواقعية: 20
- ج- المرونة والتجديد: 20
- 3- خصائص أخرى: 21
- أ- كثرة أعلام المذهب ومؤلفاتهم: 21
- ب- موطن المذهب المالكي: 22
- ثالثا: العوامل الراجعة إلى لسلطان: 22
- 1- مناصرة السلطان للمذهب والمضايقة على المخالف: 22
- 2- إشراك الفقهاء في الحكم: 23
- المطلب الثاني: دخوله إلى الجزائر و مرجعيته: 23
- الفرع الأول: دخول المذهب المالكي إلى الجزائر: 24
- الفرع الثاني : مرجعية المذهب المالكي في الجزائر: 27
- أولا: مرجعيته في التدريس: 27

30	ثانيا:مرجعية المذهب المالكي في الفتوى والقضاء :
33	المبحث الثاني: قانون الأسرة الجزائري: مراحل تطوره، و مصادره .
33	المطلب الأول : مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري .
33	الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاستعمار:
34	الفرع الثاني: مرحلة الاستعمار:
37	الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستعمار:
38	أولا:قانون الأسرة الجزائري رقم:11/84 :
40	ثانيا: الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 2005:
40	المطلب الثاني : مصادر قانون الأسرة الجزائري :
40	الفرع الأول: الشريعة الإسلامية:
40	أولا:تعريفها:
41	ثانيا: الفرق بين الشريعة و الفقه:
43	ثالثا: المقصود بالشريعة في قانون الأسرة الجزائري:
44	الفرع الثاني: العرف:
44	أولا: تعريفه:
45	ثانيا: أقسام العرف:
46	ثالثا: نماذج من أخذ المشرع بالعرف:
47	الفرع الثالث: الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة الجزائري:
50	ثانيا:نماذج من تأثر المشرع بالإتفاقيات الدولية :
51	ثالثا: تعدد الزوجات:
54	الفصل الثاني:
	المسائل المتفق عليها و المختلف فيها بين قانون الأسرة الجزائري و المذهب المالكي.
54	

55	تمهيد:
57	المبحث الأول: المسائل التي اتفق فيها قانون الأسرة الجزائري مع المذهب المالكي:
	المطلب الأول: ما اتفق عليه قانون الأسرة و المذهب المالكي في باب الزواج و
57	انحلاله:
57	الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه:
57	أولاً: مصير الهدايا حالة فسخ الخطبة:
58	ثانياً: التنازع حول الصداق:
58	ثالثاً: مطلق الرضاع :
59	الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره:
59	أولاً: طلب التطليق:
60	ثانياً: النزاع في متاع البيت:
61	ثالثاً: السكوت عن طلب الحضانة:
62	رابعاً: العودة في الحضانة:
	المطلب الثاني: ما اتفق عليه قانون الأسرة و المذهب المالكي في باب الوصايا و
64	الميراث:
64	الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالوصايا:
65	أولاً: الوصية للحمل:
65	ثانياً: استحقاق قاتل الموصي للوصية:
66	الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالميراث:
66	أولاً: القتل المانع من الإرث:
68	ثانياً: القتل الخطأ يمنع الميراث من الدية:
68	المطلب الثالث: نماذج من أخذ المحكمة العليا بالمذهب المالكي في اجتهاداتها:
68	الفرع الأول: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج:

- 69..... الفرع الثاني: حق الزوجة في السكن المستقل :
- 70.....المبحث الثاني:المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي.....
- 70.....المطلب الأول: مخالقات قانون الأسرة للمذهب في مجال الزواج و إنحلاله:
- 71..... الفرع الأول : المسائل المتعلقة بالزواج و أركانه:
- 71.....أولا: حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة:
- 71.....ثانيا: الألفاظ التي يعقد بها النكاح:
- 72.....ثالثا: المراد بالإيجاب و القبول:
- 73.....خامسا: الإشهاد على النكاح:
- 74.....سادسا: مقدار الصداق و حالاته:
- 74.....الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بانحلال الزواج و آثاره:
- 75.....أولا: متعة الطلاق:
- 75.....ثانيا: الطلاق بسبب الغياب:
- 76.....ثالثا: مقدار بدل الخلع:
- 77.....رابعا: الطلاق بسبب العيب:
- 79.....خامسا: سلطة الحكمين:
- 79.....سادسا: صاحب الحق في الحضانة بعد الأم:
- 80.....سابعاً: النفقة على الزوجة:
- 81.....المطلب الثاني: مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مجال النيابة الشرعية و الميراث: ..
- 81.....الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالنيابة الشرعية:
- 82.....أولا: ولاية المرأة:
- 83.....ثانيا: ولاية الإجماع على القاصر:
- 83.....الفرع الثاني : مخالفة قانون الأسرة للمذهب في مسائل الميراث:
- 84.....أولا : وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق:

84 ثانيا: عدم استغراق أصحاب الفروض للتركة .
85 ثالثا: عدم وجود صاحب فرض إلا الزوجين في الرد.
86 رابعا: التنزيل
87 الخاتمة:
89 قائمة المصادر و المراجع.
89 أولا: القرآن الكريم و علومه:
89 ثانيا : الحديث و شروحه:
89 ثالثا: المعاجم.
89 رابعا: التاريخ و التراجم.
90 خامسا: الأصول و تاريخ التشريع.
91 سادسا: كتب الفقه.
92 سابعا: الكتب القانونية.
93 ثامنا: البحوث و المقالات.
94 تاسعا: النصوص القانونية:
94 عاشرا: المقابلات الشخصية:
95 الفهرس العامة.
95 فهرس الآيات:
95 فهرس الأحاديث:
96 فهرس الأعلام.
98 فهرس الموضوعات
104 ملخص البحث:
105 Search summary:

ملخص البحث:

انطلقنا في هذا البحث من تساؤل و هو إلى أي مدى اعتمد المشرع الجزائري على المذهب المالكي في قانون الأسرة، فهل سار المشرع على الأصل، و على مرجعية البلد أم لا؟.

فقد بينا في الفصل الأول مفهوم المذهب المالكي، و عوامل انتشاره، و دخوله إلى الجزائر، و مرجعيته فيها في المبحث الأول، ثم بينا مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري و مصادره في المبحث الثاني .

أما في الفصل الثاني فقد كان تطبيقيا ،و ذلك ببعض النماذج التي اتفق فيها قانون الأسرة مع المذهب في المبحث الأول، ثم المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة المذهب المالكي في المبحث الثاني.

مما يجعلنا في الأخير نجزم بأن مرجعية المذهب المالكي كانت نسبية في بعض المسائل فحسب إذ أن المشرع أخذ بجميع المذاهب الفقهية.

Search summary:

We started the research from the question of the extent to which the Algerian legislator relied on the doctrine Al-Maliki in the family law, did the legislator go on the original, and on the reference of the country or not?

In the first chapter, we showed the concept of the Maliki, the factors of his spread, his entry into Algeria, and his reference in the first topic, and then the stages of the development of Algerian family law and its sources in the second topic.

In the second chapter, it was applied, and you have some growth, in which the family law agreed with the first topic, and then the issues in which the family law was violated by The King of Al-Maliki in the second theme.

In the end, we conclude that the reference of Al-Muhabal-Maliki was relative in some matters only because the legislator is a brother to all the doctrines.