



جامعة أكلي محمد أولحاج - البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



الفقه المالكي كوكيزة لقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذ:
د/ بشور فتيحة

من إعداد الطالبة:
- عماري أمينة

رئيسا
مشرفا ومقررا
مناقشا

جامعة البويرة
جامعة البويرة
جامعة البويرة

د/ بن تونس زكرياء
د/ بشور فتيحة
د/ بغدادي ليندة

السنة الجامعية: 2026/2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شُكْرٌ وَعُرفَان

الحمد لله رب العالمين، واسع الجود والكرم، والمغْدِقِ الْمُتَفَضِّلِ عَلَيْنَا بالنعْم، الذي أسأله أَنْ يَنْفَعَنَا بما عَلَّمَنَا، وَأَنْ يُعَلِّمَنَا دَوْمًا ما يَنْفَعُنَا، وَأَنْ يَنْفَعَنَا بنا، سُبْحَانَهُ خَالِقُ الْقَلَمِ، وَمُعَلِّمُ الْإِنْسَانِ ما لَمْ يَعْلَمْ، إِنَّهُ هُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ.

أتوجه بالشكر إلى جميع مَنْ ساندني، كُلُّ بِطَرِيقَتِهِ، مِنْ عَائِلَةٍ وَرِفاقٍ وَأَساتِذَةٍ، شُكْرًا لَكُمْ فَرْدًا فَرْدًا.

شكر خاص: إلى "أمي" الحبيبة، داعمي الأول.

إلى رفيقتي "دعاء يزيد (دعه)" ، وإلى مؤنستي "هديل لنوار" ، اللتان امتدَّتْ أناملهما إلى كل صفحة من هذه المذكرة؛ فَحَقٌّ لاسمهما أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا فِيهَا، بَارَكَ اللَّهُ فِيهِمَا وَجْزَاهُمَا عَنِّي خَيْرَ الْجِزَاءِ، وَرَزَقَنِي دَوَامَ صَحْبَتِهِمَا فِي الدَّارَيْنِ.

إلى زميلتي سابقًا وأستاذتي حاليًا: "جمانة درقام" ، لأنها سَهَّلَتْ عَلَيَّ طَرِيقًا أَلْتَمَسُ فِيهِ عِلْمًا، وَأَسْأَلُ اللَّهَ أَنْ يُسَهِّلَ بِهِ عَلَيْهَا طَرِيقًا إِلَى الْجَنَّةِ.

كل الشكر أيضًا للجنة المناقشة، على تَفَضُّلِهِمْ عَلَيَّ بِوَقْتِهِمْ لِقَرَاءَةِ هَذِهِ الْمَذْكُورَةِ وَتَقْدِيمِ مَلاحِظَاتِهِمْ وَتَصْوييَاتِهِمْ لَهَا، أَخُصُّ مِنْهُمْ بِالشُّكْرِ: الْأُسْتَاذَةَ "بشور فتيحة" ، لأنها كَانَتْ لِي خَيْرَ مُشْرِفٍ وَمُعِينٍ فِي إِنْجَازِ هَذَا الْعَمَلِ بَعْدَ تَوْفِيقِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ.

إهداء

إلى "أمي" حفظها الله، منبع الدعاء الذي كان رفيقاً لي خلال كل فصل دراسي، وبه اجتزته، حتى وفقني الله وصرتُ الأولى على دفعتي.

إلى "أخي وأختي"، غُزوتي وأُماني.

إلى أستاذتي المشرفة على هذه المذكرة، الأستاذة "بشور فتيحة"، إليها لأنها رأت فيّ ما لم أراه حتى أنا في نفسي؛ فاحتضنتني بعلمها وذراعيها، واعتنت بي لثلاث سنواتٍ دون أن تنتظر أي مقابل، وأتذكر من حين لآخر نبرتها السعيدة وهي تخبرني -مراراً- كم تُحب أن تُعلمني، بارك الله فيها وجزاها عني خير الجزاء.

إلى أستاذي لسنتين متتاليتين في أحبِّ المقاييس إليّ، الأستاذ "بن تونس زكرياء"، لمحاضراته التي لم أشعر يوماً بمرور وقتها لمتعة تقديمه لها، وثقته بأني كفؤٌ للعلم الذي يحوزه، وسعيه المستمر إلى غربة أفكارٍ وتصويها، وكذا لإرشاده نادي الدراسات القانونية المتعلقة بالأسرة وقبوله الإشراف عليه، بارك الله فيه وجزاه عني خير الجزاء.

إلى أستاذتي في هذا التخصص، أخص منهم بالذكر: الأستاذة "غضبان نبيلة"، الأستاذة "ربيع زهية"، الأستاذة "عيساوي فاطيمة"، الأستاذ "غجاتي فؤاد"، الأستاذ "ضريفي الصادق"، والأستاذ "عماد لبانجي"، إليهم لأنني لم أشعر يوماً بالغربة بينهم، إليهم لأنهم جعلوني أستمع بتلك الحصص كما لم أظنني يوماً سأفعل.

إلى أعضاء نادي الدراسات القانونية المتعلقة بالأسرة، وإلى رفاق الجامعة، لأجل المرح والمعرفة التي حُضيتُ بها معهم.

أُهدي هذا العمل.

مقدمة

«نحو جزائر جديدة، تضع الدين في مكانه الصحيح، بين جدران المساجد لا بين أروقة المحاكم» هذا ما هرّطق به شخص على مواقع التواصل الاجتماعي بعد تداول أخبار سحب الجزائر تحفظها عن المادة 15/4¹ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹ (CEDAW) المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في حرية اختيارهم محل سكنهم وإقامتهم، خلال الصيف الفارط.

بينما أقرأ كلماته حرقاً حرقاً؛ تساءلت، ألا تطرح هذه المادة إشكالات القضاء الجزائري في غنى عنها، ما فائدة القانون إذا لم يحل مشاكل المجتمع الذي هو وليده، وهل يقتضي تطور الدولة الإسلامية أن تترك دينها وتستورد القوانين الوضعية من الدول الغربية وتتبنّاها وتلزم بها أفرادها وقضاتها حتى وإن لم يكن مضمونها مناسباً للخصوصية الثقافية لمجتمعهم، وللأسر الجزائرية تحديداً، ثم ما حاجتنا إلى قانون الأسرة الجزائري² كما هو عليه الآن أصلاً، بل لماذا لا نحتكم إلى ما قالت به شريعتنا الكثة الغزيرة، هل حقاً يُعرقل ديننا تطور بلدنا.

لا أنكر أنّ هذه الأسئلة قد راودتني لفترة لا بأس بها؛ فمضيّت أبحث قليلاً، حتى عثرتُ على فكرة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، أو بعبارة أكثر اختصاراً "التقنين الفقهي"، ثم على خلاف المتوقع -وعند هذه النقطة تحديداً- كانت تساؤلاتي تزداد بدل أن تضمحل.

مادامت الفكرة موجودة إذن؛ فلماذا ليس معمولاً بها، ألم يكن تقنين الفقه كافياً رغم إقرار القريب والبعيد باستيعابه جُلّ مسائل الانسان بأنواعها.

¹ - الأمم المتحدة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة رقم 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، دخلت حيز النفاذ في 03 سبتمبر 1981م. للاستزادة راجع: محروق كريمة، مخاطر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) على الأسرة الجزائرية، مجلة الدراسات القانونية التطبيقية، المجلد 0، العدد 0، مخبر الدراسات القانونية التطبيقية، كلية الحقوق بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2022م، ص ص 1-17.

² - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984م، معذل ومتّم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005م.

العديد من الأسئلة داهمتني مجدداً، حتى وجدْتُني أتساءل عن مدى إمكانية تقنين فقه الأسرة تحديداً، بعد أن صَفَنْتُ أقرأ وأكرر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري وأسأل نفسي، أليست هذه المادة التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون؛ اعترافاً ضمنياً من المشرع الجزائري بحاجته إلى تقنين فقه الأسرة، رغم الإشكالات التي تطرحها هذه المادة في حدِّ ذاتها، إذ أنها تمنح القاضي صلاحيات الباحث لا صلاحيات الفاصل في النزاعات؛ فبدلاً من أن يُكرس وقته لتطبيق العدالة قد يجده موزعاً بين الكتب وفتاوى المُجمعات الفقهية في النوازل والمسائل الأسرية المستجدة، هذا ما يثير التساؤل حول إمكانية نزع هذا العبء عن كاهل القاضي وتسهيل مهامه أكثر لضمان العدالة القضائية وتوحيد أحكام القضاة وقراراتهم على ذات النِّسق المُراعي لمقاصد تشريعات الأسرة.

من هذا المنطلق آثرتُ اختيار هذا الموضوع، خاصةً أنه وافق ميولي الشخصية للدراسات التي تراعي الجانب الفقهي والقانوني حالَ بحثها في المواضيع المتعلقة بالأسرة، كما أن مرونة الموضوع مكّنتني من توظيف جُلِّ المقاييس التي كانت مُحِبَّةً إليّ -طيلة فترة دراستي تخصصي- في مذكرة تخرجي منه، إضافةً لوفرة المراجع، والجَدَل القائم حوله.

أهدفُ من خلال هذا الموضوع إلى توضيح آليات تحويل الاجتهادات الفقهية للمالكية إلى مواد قانونية ملزمة عن طريق تقنينها، خاصة في مجال شؤون الأسرة، ومدى ملاءمتها كي تكون الحل الأمثل للإشكالات التي تطرحها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى إبراز مدى قابلية تحقيق التوازن بين المرجعية الدينية ومتطلبات الدولة الحديثة.

ولستُ أجزؤ على القول أنني واجهتُ صعوباتٍ بالمعنى الثقيل للكلمة، بل أحبذ تسميتها بالتحديات، التي آمل أنني تجاوزتها وحققتُ الغرض المرجو من هذه المذكرة، ومن قبيلها: نقص تكويني في الفقه عموماً، على اعتبار أن تخصصي ضمن تخصصات كلية الحقوق والعلوم السياسية وليس كلية الشريعة؛ إذ اقتصرَت أغلب دراستي في تخصصي على فقه الأسرة وتبيين مدى المرجعية الدينية لقانون الأسرة الجزائري في أغلب مواضيعه، كما أن جُلِّ المقاييس التي كانت فقهية تم تقديمها عن بعد، وهو الشيء الذي لم يكن مناسباً لتلقي المعرفة في هذا الباب بالنسبة لي، ما صعب علي فهم بعض المصطلحات الفقهية والأفكار، حتى مع البحث فيها وتكثيكَ المقصد منها.

لا شك أيضًا في أنَّ أهمية هذا الموضوع كانت سببًا لاختياره؛ فهو واحد من السُّبل المُقترحة لتوحيد الأحكام القضائية في المسائل الأسرية على ذات النسق المراعي لمقاصد تشريعات الأسرة بُغية تسهيل مهمة القضاة، إضافة إلى المساهمة في إثراء الدراسات الأكاديمية في مجال تقنين الفقه الإسلامي، وتحديدًا تقنين فقه الأسرة المالكي مع التأكيد على ضرورة إعمال قاعدة مراعاة الخلاف في المذهب، للاستفادة من الآراء الاجتهادية الواردة في بقية المذاهب الفقهية السنية.

إنَّ واقع القضاة اليوم يدفعنا كي نبحت في الحلول الممكنة لسدّ هذا النقص التكويني الذي يتجلى بوضوح حال فصلهم في النزاعات الأسرية، ولعلَّ تقنين فقه الأسرة هو الحل المُقترح الذي سنبحث في مدى ملائمته كي يكون كذلك، بالارتكاز على المذهب المالكي، والنظر في بقية قوانين الدول الإسلامية التي تُنظّم شؤون الأسرة.

على ضوء كل ما سبق، برزت إشكالية ألمّت بما أرقني من سؤال حتى الآن:

هل تقنين فقه الأسرة بالارتكاز على المذهب المالكي هو الحل الأمثل للإشكالات التي تطرحها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة عمّا تقدّم، اعتمدتُ في بحثي هذا على كل من:

- المنهج الوصفي، لعرض آراء فقهاء المالكية في التقنين الفقهي، ومنه استنتاج رأيهم في تقنين فقه الأسرة. بالإضافة لبسط المواد القانونية كما هي في قانون الأسرة الجزائري، وفي غيره من قوانين الدول الأخرى، خاصة الإسلامية منها، تمهيدًا لتحليلها.
- المنهج التاريخي، للبحث في تاريخ بعض الدول الواردة في بحثنا عمومًا والجزائر خصوصًا، بُغية الوقوف على أسباب انتشار المذهب في تلك البقعة الجغرافية تحديدًا مما يُسهّم في استيعاب مرجعيتها الفقهية في قوانينها المنظّمة للأسرة، وكذا فهم مبررات اختيارنا للمذهب المالكي كمُرَكِّزٍ لتقنين فقه الأسرة بدولتنا.
- المنهج الاستقرائي، للبحث حول المرجعية الفقهية لقانون الأسرة الجزائري عمومًا وبعض موادّه المعنية بالدراسة خصوصًا، وهو ما اعتمدته أيضًا بالنسبة لقوانين الدول الأخرى.
- المنهج التحليلي، لتبيين رأيي الشخصي بخصوص بعض النقاط التي أثّرتها خلال هذه المذكرة.

- المنهج المقارن، للبحث عن مواطن النقص التشريعي في بعض الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري، واقتراح تعديلها وفق ما خلّصتُ إلى ملاءمته لها إزاء النظر للمنصوص عليه بشأنها في بعض القوانين الأخرى، وكذا تبين ما إذا كان المشرع الجزائري قد وُفق في تقنيته تلك الأحكام أكثر من غيره أم لا.

تقتضي الإجابة أيضًا معرفة المقصود بالفقه والتقنين، ثم التقنين الفقهي، وتمييزهم عما يشابههم ويختلف بهم، قبل تبين آراء فقهاء المالكية في أحكام الأسرة ومبررات الاعتماد على الفقه المالكي تحديدًا لتقنين أحكام الأسرة في الجزائر (الفصل الأول)، ثم توضيح متطلبات تقنين فقه الأسرة، والتي يجب مراعاتها حتى تتحقق المزايا والنتائج المرجوة منه، وهو ما قامت به العديد من الدول والأفراد التي كرّست جهودها في سبيل ذلك، وآخر ما سنقدمه هو بعض النماذج عن عدة أحكام نُحبذُ تقنينها حسب الوارد في فقه الأسرة عند المالكية بدلًا مما هي عليه في قانون الأسرة الجزائري حاليًا (الفصل الثاني)، على أمل أن يصير يومًا قانون الأسرة -كُلّه أو غالبه- على ذات النهج.

الفصل الأول:

الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

تمهيد وتقسيم:

جَرَتْ عادة العلماء من فقهاء الشريعة والقانون -في محاضراتهم وكتبهم- أن يبنوا أساسًا متينًا للفكرة يقف عليه المُستمع والقارئ قبل تعمقهم في جوانبها العملية، فَيُبَسِّطُونَهَا وَيُعَدُّونَ لاستيعابها طُوبًا بِطُوبٍ، عن طريق تفكيكها مصطلحًا بمصطلح، بينما يُميزون كل متشابهٍ عن آخر، خاصة إذا كان مما يُشاع استعماله للتعبير عن المصطلح المُغاير له، وهو أسلوبٌ مطلوبٌ صراحةً ومُحَقَّقٌ للفهم المرجو به.

رغم هذا لايزال العديد من الباحثين والأكاديميين يخلطون بين عدة مصطلحات يبدو ظاهرها الترادف، ولا يُميّز بينها إلا المتخصص الفطن، مثال ذلك ما يتركب منه مصطلح التقنين الفقهي، بل حتى ما يعنيه المصطلح في حد ذاته.

وكأي فكرة تجول بين هؤلاء الفقهاء أو تُطرح أمامهم لا بد من تحصيلها والأخذ والرد حولها، بين مُنكر يُعارضها، ومؤيد يدعمها وينادي بها، الأمر سيان بالنسبة للتقنين الفقهي، باعتباره فكرة بحث جُلّ الفقهاء حول مشروعيتها منذ معالمها الأولى في أذهانهم، والتي سنُبينها بتعداد حُججهم، إضافة لمزاياها التي قال بها الداعمون لها، وعيوبها التي رآها رافضوها، وإننا سنقتصر على فقهاء المالكية كي نستنتج تبعًا لذلك مشروعية تقنين فقه الأسرة لديهم، قبل أن نذكر مبررات قولنا بالارتكاز على المذهب المالكي لتقنين فقه الأسرة ببلدنا مع إعمال أهم قواعده المتمثلة في قاعدة مراعاة الخلاف.

من أجل ما سبق؛ فإنّ أول حديثنا سيكون التفصيل في مصطلح التقنين الفقهي ومكوناته، وتمييز كل هذا عما يشابهه ويلتبس معه (المبحث الأول)، ثم نَعْرِجُ بعدها إلى إزاحة الغبار عن آراء فقهاء المالكية حصرًا في مسألة تقنين فقه الأسرة، وذلك باستنتاجنا إياها من موقفهم حول التقنين الفقهي عمومًا، مع إيراد بعض أسمائهم على سبيل المثال، وتقديم مرجعٍ نراه ثريًا في هذه النقطة، حتى ننتهي بعدها إلى تعداد مبررات وأسباب الارتكاز على الفقه المالكي لتقنين أحكام الأسرة في الجزائر تحديدًا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد المصطلحات الضرورية

سَبَقَ وأنَّ أشرنا إلى كثرة المصطلحات التي تم تداول استعمالها على غير معناها، ونَجْدُ مصطلح "التقنين الفقهي" واحدًا منها، باعتباره مصطلحًا مركبًا يتكون من مصطلحي "التقنين" و"الفقه"، اللذان سنأتي على شرحهما وتمييزهما عما يشابههما، قبل أن نوضح المقصود بالتقنين الفقهي، ثم نشير إلى ما نريده بمصطلح "تقنين فقه الأسرة" ونؤكد على ضرورة الانتباه للفرق بين "تقنين الفقه" و"التقنين من الفقه"، ثم نعطي أمثلة عن هذا التقنين الفقهي.

حتى يكون فهم المضمون ممكنًا لابد من شرح المصطلحات التي نراها ضرورية لتسهيل ذلك على القارئ، بداية بالتقنين (المطلب الأول) والفقه (المطلب الثاني) ثم نبين أخيرًا المقصود بالتقنين الفقهي (المطلب الثالث).

على أمل أن نكون قد استطعنا مع نهاية هذا العنصر إزاحة الضباب حول المقصود بهذه المصطلحات وتوضيح الفروقات بينها على نحو يفهمه كل قارئ يبتغي نفعًا وعلمًا.

المطلب الأول: التقنين

أول مصطلح يتكون منه التقنين الفقهي هو مصطلح "التقنين"، الذي لا نشك في أنَّ كل طالب يدرس القانون قد مرَّ على مسامعه أو أنظاره، ممَّا لا يدع مجالًا للشبهة حول أهمية فهمه قبل غيره.

للولصول إلى تحديد المقصود بالتقنين لا بد من تعريفه (الفرع الأول) ثم تمييزه عن أكثر مصطلح يشابهه، ألا وهو القانون (الفرع الثاني).

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفرع الأول: تعريف التقنين

يُعدُّ التقنين من المصطلحات المهمة في بحثنا لارتباطه بفكرته الأساسية، لذا لا شك في أن فهمه الصحيح سيؤدي إلى فهم الموضوع على نحو أصح، لأجل هذا كان من المناسب تعريفه.

يختلف تعريف اللغويين للتقنين عن تعريف الاصطلاحيين له، وهو ما سنقوم بتوضيحه تاليًا.

أولاً: التقنين لغة

معلوم أن الجرائر تنتمي إلى النظام القانوني اللاتيني، ولمّا كان من الصعب العثور على الترجمة العربية الصحيحة للكلمة الفرنسية Code استخدمت كلمة تقنين للتعبير عنها، وهي تعني عملية كتابة القانون، أما باللغة الفرنسية أو اللاتينية فكلمة Code مشتقة من اللاتينية CODEX التي تعني مرجع بصفحات يتم قلبها¹.

وردت كلمة التقنين في معاجم اللغة العربية القديمة أيضاً، ولكن بمعانٍ مختلفة عن الاستعمال الحديث لها، لذا سنقتصر على ذكر المعاني القريبة للدلالة الحديثة.

التقنين في لغة العرب مشتق من الفعل الثلاثي قَنَّ، والقن هو العبد، قال ابن سيده: القن هو العبد الذي مُلِكَ هو وأبواه²، وكأنَّ القنَّ مأخوذٌ من القنية التي معناها الملِكُ، والتقنين هو مصدر للفظ قَنَّ، بمعنى وضع القوانين³، وكلمة القانون هي كلمة غير عربية، اختُلِفَ في أصلها، يقابلها من الألفاظ العربية: الأصل، المبدأ، الطريقة، المقياس، القاعدة، والنظام⁴.

¹ - J. L. Halpern, Profils des mondialisation du droit, Dalloz, France, 2009, p 164.

² - جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر، لبنان، 1956م، ص 348.

³ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط 4، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2004م، ص 763.

⁴ - مسعودي نور الدين، تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية، 2022/2023م، ص 2.

عموماً، يُطلق مصطلح التقنين عند القانونيين على مجرد فعل التجميع، الذي يتم من طرف المشرع للنصوص القانونية، إذ يقوم بتكديس هذه الأخيرة بُغية ضمّها في قالب واحد بحسب الفرع القانوني الذي تُصنّف ضمنه، أما خصوصاً، فالتقنين هو ذلك العمل الذي يُراعي فيه المشرع الجانب الفني والشكلي، ويكون ذلك حال جمعه للنصوص القانونية، من خلال تمحيصها وإعادة صياغتها وترتيبها وتبويبها وتقسيمها¹.

هناك العديد من الفقهاء الذين قاموا بتعريف التقنين في كتبهم، فمثلاً نجد الشيخ مصطفى الزرقا قد عرفه بأنه «جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تقرضه الدولة، يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس»².

كما عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه «صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهّدة لها، جامعة لإطارها، في صورة مواد قانونية، يسهل الرجوع إليها»³.

أما بالنسبة للدكتور محمد خالد منصور فيرى أن التقنين هو «وضع قواعد متعلقة بقانون الأحوال الشخصية أو القانون المدني أو الجنائي أو غيره في مجموعة على شكل مواد فقهية مرتبة ومبوبة يرجع إليها القاضي عند التطبيق»⁴.

¹ - D. changnolland et autres, Dictionnaire élémentaire du droit, Dalloz, France, 2014, p 11.

² - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2004م، ص 313.

³ - وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2013م، ص 26.

⁴ - محمد خالد منصور، سبل النهوض بالتشريعات القضائية الشرعية تقنياً وتطبيقاً، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 2، العدد 4، جامعة آل البيت، الأردن، 2006م، ص 3.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

في حين عرّف عبد الرحمن الشثري التقنين بعبارات مختصرة بأنه «صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية، لأجل إلزام القضاة بالحكم بها»¹.

بناءً على ما سبق، يتضح لنا أنّ مصطلح التقنين الذي نقصده في سطورنا هو قولبة الأحكام الفقهية والآراء الاجتهادية في مواد قانونية؛ فتصير بذلك مُلزِمة للقاضي والمُتقاضي، ولأن مدار بحثنا هو شؤون الأسرة، فلا بد لهذه الأحكام والآراء أن تتعلق بها.

الفرع الثاني: تمييز التقنين عن القانون

عموماً يُقصد بكلمة القانون "القانون الوضعي"، وهو لفظ يدل على مجموعة القواعد التي تضبط سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع، بصفة إلزامية، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة، دون أي اعتبار لمصدرها²، فلا فرق بين أن يكون مصدرها التشريع الذي تتكفل بوضعه السلطة المختصة في الدولة، أو أن يكون مصدرها أحد مصادر القانون المعترف بها رسمياً، كالعرف.

يمكن أن ينصرف اصطلاح القانون أحياناً إلى غير المعنى العام المشار إليه، فيُستعمل ويرادُ به التقنين مثلاً، فيكون بذلك لكلمة "القانون" معنى خاص أيضاً، أي يتغير القصد منها بحسب سياق استعمالها.

إذ أنها قد تُطلق على مجموعة من النصوص القانونية التي تنتمي إلى فرع معين من فروع القانون، وتمّ جمعها بصفة متناسقة ومنظمة، يُسميها البعض قانوناً والبعض الآخر مدونة، مع أن الأصح هو استعمال لفظ التقنين (Code)، فيُقال تقنين الأسرة (Code de la famille)، لأن التقنين كما سبق بيانه هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة في كتاب

¹ - عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، دار الصمعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007م، ص 15.

² - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، ط 2، مؤسسة الثقافة الجامعية، لبنان، 1981م، ص 15.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

واحد بعد تبويبها وتقسيمها وتنسيقها بهدف تنظيم نوع معين من أنواع نشاط الأفراد، وتظهر هذه القواعد في شكل مواد، عادة ما تنقسم المادة إلى فقرتين أو أكثر¹.

إذن؛ يتضح لنا أن كلمة القانون أعم من كلمة التقنين؛ فكل تقنين يعتبر قانوناً لكن العكس غير صحيح، ورغم هذا فإنه من الشائع استعمال لفظ القانون للدلالة على التقنين، كما نلاحظ حسن استخدام المشرع لمصطلحي القانون والتقنين في النسخة الفرنسية مقارنة بالعربية، حيث يُعبر في النسخة الفرنسية عن مصطلح قانون الأسرة بعبارة Code de la famille الذي يعني تقنين الأسرة، وهو المصطلح المستحسن استعماله في النسخة العربية بدلا عن المصطلح السابق².

لا ضير هنا من الإشارة إلى مصطلح شاع استعماله للدلالة على القانون، ألا وهو التشريع، الذي يُعد في الحقيقة مصدراً رسمياً من مصادر القانون، ويُقصد به كل ما تضعه السلطة التشريعية في الدولة من قواعد قانونية مكتوبة كالدستور والأوامر وغيرها، في حين أن القانون قد يكون مكتوباً وقد لا يكون كذلك كما أنه كون شاملاً للتشريع والعرف وغيره؛ فهو إذن يستغرق مصطلح التشريع³.

المطلب الثاني: الفقه

ثاني مصطلح يتكون منه التقنين الفقهي هو مصطلح "الفقه"، ولا بد لهذا الأخير أن يمر لفظه على كل مهتم بشؤون الأسرة أو دارس للقوانين المنظمة لها سواء في الجزائر أو خارجها.

للوصول إلى تحديد مفهوم الفقه باختصار لا بد من تعريفه (الفرع الأول) ثم تمييزه عن أكثر مصطلح يشابهه، ألا وهو الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

¹ - محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م، ص 83.

² - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هوم، الجزائر، 2008م، ص 16.

³ - عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية)، ط 3، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص ص 24-26.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفرع الأول: تعريف الفقه

عادةً ما تقتضي الدراسات والبحوث القانونية المرتبطة بالأسرة الاحتكاك بمصطلحات شرعية، وهو ما اقتضاه بحثنا أيضًا، ومن قبيل ذلك مصطلح الفقه.

يختلف تعريف اللغويين للفقه عن تعريف الاصطلاحيين له، وهو ما سنقوم بتوضيحه تاليًا.

أولاً: الفقه لغة

هو العلم بالشيء والفهم له والفطنة¹، وقيل هو فهم الأشياء الدقيقة، كما قيل بأنه فهم غرض المتكلم من كلامه².

ثانياً: الفقه اصطلاحاً

يُعرف أغلب العلماء الفقه على أنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية³، وذلك عن طريق ملكة الاجتهاد.

هذا التعريف مشهور لدى الفقهاء، خاصة المتأخرين منهم، وذلك لاختصاصه بالأحكام الفرعية دون الأصولية، ولاتصاله بالأحكام العملية دون الاعتقادية والأخلاقية⁴؛ فلا اجتهاد إلا في الأحكام العملية⁵.

إذن؛ يتبين لنا أن الفقه هو معرفة الحكم الشرعي لكل فعل من أفعال المكلفين، سواء بالوجوب، الحظر، النذب، الكراهة، أو حتى الإباحة، وهذه الأحكام مُستنبطة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وما وضعه الشارع من أدلة لمعرفتها؛ فإذا استُخرجت هذه الأحكام بتلك الأدلة ظنية الثبوت أو الدلالة؛ قيل عنها فقه، وقيل لمُستخرجها فقيه، شرط أن يكون مجتهداً لا مقلداً،

¹ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط 8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005م، ص 1250.

² - محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثالث، دار الفضيلة، مصر، ص 49.

³ - تقي الدين بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995م، ص 28.

⁴ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 4.

⁵ - جانب المعاملات لا العبادات.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

ولما كانت هذه الأدلة أيضا مكتوبة باللغة العربية وكان الغالب في هذه اللغة أن يكون للكلمة الواحدة أكثر من معنى بحسب سياق استعمالها وحركاتها عند تشكيلها؛ مع اختلاف سبب نزولها وسياقه؛ اختلفت فهمهم لها ما جعل الاختلاف يظهر بين الفقهاء حول حكم المسألة الواحدة، وتعددت بذلك المذاهب الفقهية، لتفتح باباً يؤكد الرحمة واليسر في ديننا، يسميه بعض الفقهاء بمنطقة العفو.

في هذا السياق، لا يفوتنا التنويه إلى أن الفقه المالكي محل البحث والدراسة هو الفقه المنسوب إلى إمام دار الهجرة مالك بن أنس رحمه الله تعالى (94هـ-179هـ)، ويُقصد به مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية وفق أصول الإمام مالك بن أنس وقواعد مذهبه¹.

إن أصول الفقه عموماً ليست هي المصدر المباشر للأحكام، بل وسيلة لاستنباط واستخراج الحكم الشرعي في مسألة ما، ويتم هذا عن طريق تطبيق القواعد الأصولية² للمذهب مع الاستئناس بقواعده الفقهية، والتي تُعتبر قواعداً جامعةً لحكم عدد كبير من المسائل المتنوعة دون دراسة كل هذه المسائل على حدى، مثل قاعدة "الأمر بمقاصدها"³.

لا بد هنا من التظن وإدراك الفرق بين المذهب المالكي والفقه المالكي، فهذا الأخير هو مجموع الفروع الفقهية المستنبطة من أصول الإمام مالك وقواعد مذهبه⁴. في حين أن المذهب لغة هو السير والطريقة والأصل والمعتقد⁵، وهي معانٍ ظاهرة في اصطلاحه الذي تطور عند الفقهاء بمرور الزمان حتى اختلف المقصود به عند المتأخرين عما كان عليه عند المتقدمين، وشاع القول «المذهب في المسألة هو كذا» لذا يخلط العديد بينهما، رغم أن الفقه في الحقيقة هو التطبيق العملي للمذهب؛ ومنه فالفقه المالكي كذلك يُعد تطبيقاً عملياً للمذهب المالكي⁶، ولأن

1 - محمد قاسمي، المذهب المالكي في ضوء خصائصه، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2021م، ص 776.

2 - هذه القواعد هي أدوات تساعد على فهم النصوص الشرعية الموجودة بالقرآن الكريم والسنة النبوية.

3 - مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ص 419-421.

4 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

5 - المرجع نفسه، ص 774.

6 - محمد قاسمي، مرجع سابق، ص ص 774-776.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

مدار بحثنا هو تقنين فقه الأسرة المالكي؛ فالأنسب هو استعمال مصطلح الفقه المالكي، باعتباره الجانب التطبيقي من هذا المذهب، وهو ما سنحاول الحرص عليه طيلة هذه المذكرة.

الفرع الثاني: تمييز الفقه عن الشريعة الإسلامية

عرف الشيخ مصطفى الزرقا¹ الشريعة الإسلامية بأنها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، باعتبار أن كل ما صدر عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- وكان القصد منه تفسير ما جاء مجملاً في القرآن الكريم أو تطبيقاً عملياً لأوامره ونواهيه وما أباحه فهو وحى من عند الله تعالى إليه وليس رأيه الخاص، لقوله تعالى: ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى﴾²، وقوله عز وجل: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾³.

بينما الفقه هو مجموع اجتهادات وآراء الفقهاء بحسب فهمهم للشريعة الإسلامية ولكيفية تطبيق نصوصها وفقاً لمقاصدها، وكذا فهمهم للقواعد الأصولية في استنباط الأحكام الشرعية منها⁴، وفي هذا يختلف فهم فقيه عن آخر، واجتهاد كل واحد منهما يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب، لأنه رأي بشر غير معصوم من الخطأ، وليس معنى ذلك أنه لا قيمة لاجتهاده ورأيه، بل له قيمة عظيمة وتقدير كبير لكن ليست له تلك القدسية التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية نفسها.

نفهم من هذا الكلام أن الشريعة الإسلامية هي ما أتانا من عند الله، متمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية، في حين أن الفقه هو أحكام هذه الشريعة الإسلامية، المتمثلة في اجتهادات الفقهاء في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ظنية الثبوت أو الدلالة أو كلاهما، لتبيين الحكم الشرعي الوارد فيها، فالفقه إذن يحتمل الصواب أو الخطأ، في حين أن الشريعة الإسلامية لا تحتمل الخطأ بتاتاً، لأنها وحى من عند الله، فهي تستمد قدسيتها من مصدرها.

1 - مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 153.

2 - سورة النجم، الآية 3 والآية 4.

3 - سورة الحشر، الآية 7.

4 - مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ص 153-154.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

المطلب الثالث: التقنين الفقهي

لقد عرّف البعض التقنين الفقهي -كمركب إضافي يجمع بين التقنين والفقه- بأنه صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يُترك تطبيقها لاختيار الناس، في عبارات أمر، يميّز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والتضارب¹.

هذا التعريف في الحقيقة يتضمن عناصر التقنين الفقهي (الفرع الأول) التي سنبينها قبل أن نُقدم أمثلة واقعية ونماذج عنه، دون حصر هذه الأمثلة في مذهب معين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر التقنين الفقهي

سنورد تالياً العناصر الأساسية للتقنين الفقهي، المتضمنة في تعريفه السابق، والمتمثلة في: الصياغة، الترتيب والترقيم، الإلزام، ووحدة الموضوع.

أولاً: الصياغة

الصياغة تُميّز التقنين الفقهي عن الفقه المدون، هذا الأخير الذي يُعنى بكتابة الأحكام الشرعية الفقهية مع توضيحه للأدلة والأسس التي بُنيت عليها، كما قد يتعرض للخلاف الفقهي فيها، تُعتبر كتب الفقه على تنوعها واختلاف مذاهبها نماذجاً عن الفقه المدون، في حين أن التقنين الفقهي هو صياغة الأحكام الشرعية دون أدلة أو تأسيس أو ذكر خلاف الفقهاء حولها، كما أنه يقتصر على جانب المعاملات، والهدف منه هو اعتماده من طرف القضاة في أحكامهم بحيث يغدو مرجعاً يتقيدون به².

¹ - رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي (تاريخه، فقهه، ضوابطه)، مركز نماء للبحوث والدراسات، لبنان، 2015م، ص 61.

² - مراد كاملي، تقنين الأحكام الشرعية مصلحة شرعية أم ضرورة حضارية، مجلة الإحياء، المجلد 10، العدد 12، كلية العلوم الإسلامية بجامعة باتنة، الجزائر، 2008م، ص 482.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

تجدر الإشارة إلى أن هناك تدوينًا فقهيًا يخلو من ذكر الأدلة والخلاف الفقهي، ويكون بغرض الاختصار، كي يتمكن طلبة العلم من حفظه وتذكره، وليس كي يتم إلزام القضاة بالحكم به كما هو حال التقنين الفقهي¹.

ثانيًا: التبويب والترتيب والترقيم

هذه الميزة تجعل الرجوع للأحكام الشرعية سهلاً يسيراً على القضاة، ويُقصد بها تصنيف الأحكام بحسب موضوعاتها التي تتدرج ضمنها، وفق ترتيب منطقي، وإعطائها أرقامًا تصاعديّة حسب أولوية تقنينها².

ثالثًا: الإلزام

التقنين الفقهي لا يُبين الأحكام فقط، بل يُلزمُ بها. تختص الدولة بوضع هذا التقنين من خلال سلطتها المخوّلة بذلك، ويكون بصياغة الأحكام الشرعية في مواد مرتبة ومبوبة ومرقمة تغدو تنظيمًا مُلزمًا للكافة في مجال القضاء، بحيث يكون القاضي ملزمًا بتطبيق التقنين المعتمد في الدولة ولو خالف اجتهاده إن كان مجتهدًا، أو خالف المذهب الذي يتبعه إن كان مقلدًا³.

رابعًا: وحدة الموضوع

هذا شأن القوانين التي تفصل عادة بين كل موضوع وآخر، ولا يمنع أن يمثل مجموع هذه المواضيع تقنين الفقه الاسلامي⁴.

1 - مثال هذا النوع من التدوين الفقهي كتاب القوانين الفقهية لصاحبه (ابن جزي) أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي (741هـ)، إذ يقتصر فيه على ذكر الأحكام دون إيراد الأدلة.

2 - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 35.

3 - مراد كاملي، مرجع سابق، ص 483.

4 - عبد الرحمن بن أحمد الجرجي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانع والمجيزين، بحث مقدم إلى ندوة: القضاء الشرعي في العصر الحاضر (الواقع والمأمول)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 12-14 ربيع الأول 1427هـ، الموافق 11-13 أبريل 2006م، ص ص 2-3.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

تتأتى خصوصية التقنين الفقهي أيضًا في كونه يهتم بجانب المعاملات فقط، وهذا هو مجال العمل القضائي أساسًا، حيث يقتصر الحكم في القضاء على المعاملات دون العبادات¹.

مُحصلة ما سبق، أن الدلالة الاصطلاحية للتقنين الفقهي يجب أن تتضمن²:

- الصياغة الفنية لأحكام الفقه الإسلامي في شكل قواعد قانونية.
- اعتماد نسق شكلي خاص وفق تراتيب وتقاسيم محددة.
- تَمَيَّز هذه القواعد بالأمر والإلزام، وهذا مبلغ الغاية من التقنين الفقهي.

لا بد لنا أن ننوّه في هذا السياق إلى أن هناك من يُفرق بين تقنين الفقه والتقنين من الفقه، وهو ما أشار إليه الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه "المدخل الفقهي العام"؛ فالأول يُعنى بتقنين أحكام المعاملات إذا أرادت الدولة في بعض الأقطار الإسلامية أن يجري قضاؤها على مذهب واحد فقط، بينما الثاني فيُرادُ به أن تستمدّ الدولة تقنيناتها الوضعية في مختلف الموضوعات من الفقه الإسلامي بمفهومه العام³ دون اعتبار مذهب معين لذلك. غير أنّ غالبية الباحثين في موضوع التقنين الفقهي يستعملون المصطلحين للدلالة عليه دون التفريق بينهما، وهو ما أخذناه بالحسبان واعتمدناه عند بحثنا فيه نحن أيضًا.

الفرع الثاني: نماذج عن التقنين الفقهي

سنذكر تاليًا بعض النماذج والأمثلة عن التقنين الفقهي، التي أنتجتها جهود بعض الأشخاص والهيئات في الدول الإسلامية.

أولاً: كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان
فوضت الحكومة المصرية لمحمد قذافي باشا تقنين الأحكام الشرعية على المذهب الحنفي، فقام بوضع ثلاثة مشاريع من بينها كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام

¹ - ابن قيم الجوزية، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، سوريا، 1967م، ص 2.

² - حمادي عبد الفتاح، الأسس المنهجية لضبط التقنين الفقهي وتحديد مجالاته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 4، العدد 3، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2019م، ص 66.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 314.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

أبي حنيفة النعمان، الذي قام بشرحه محمد زيد الأبياني في ثلاث مجلدات، وعلى الرغم من أنه لم يتم اعتماده رسميًا إلا أنه كان مرجعًا مهمًا للقضاة في المحاكم الشرعية¹.

ثانيًا: مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني

وضع الإمام أحمد القاري الأحكام الشرعية للمعاملات في مجموعة طبقا للوارد في المذهب الحنبلي، تم استخلاصها من المصنفات المعتمدة في المذهب، وسماها مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني²، اشتملت على 2382 مادة، فيها مقدمة وواحد وعشرين كتابًا³.

ثالثًا: جهود مجمع البحوث الإسلامية

أصدر مجمع البحوث الإسلامية في مصر مشروعًا متكاملًا لتقنين أحكام المعاملات في ست عشرة جزءًا، لكل مذهب من المذاهب الأربعة⁴ أربعة أجزاء، وأسفل كل مادة منها شرح وتوضيح للمُراد منها⁵.

¹ - حمادي نور الدين، سبل الارتقاء بالمذهب المالكي في مجال التقنين، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2014م، ص 682.

² - تُركت هذه المجلة مخطوطة إلى أن قام عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ومحمد إبراهيم محمد بتحقيقها، وترتيبها وطبعها عام 1981م بمطبوعات تهامة. راجع: مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ط 4، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1996م، ص ص 421-422. عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2005م، ص 355. أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، ط 1، مطبوعات تهامة، المملكة العربية السعودية، 1981م.

³ - لعمارة عبد الرزاق، مسعودي يوسف، الجذور التاريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 9، العدد 2، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2024م، ص 581.

⁴ - راجع: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، من إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، بإشراف: مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيديّة 1972م.

⁵ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 32.

رابعاً: الفتاوى الهندية

ألّفها مجلس الفقهاء المكون من 40 فقيهاً وقاضياً تحت إشراف الشيخ نظام الدين البرهانوري، بطلب من السلطان عالمكير¹، تم تدوينها باللغة العربية وجمعت ظاهر الروايات التي اتفق عليها فقهاء المذهب الحنفي، بشكل مرتّب يُسهّل الأخذ منها، مع نسبة كل حكم إلى مرجعه دون ذكر دليله²، وانتهى عملهم في ثمان سنوات³.

بعد إتمام هذا الكتاب أصدر الملك مرسومًا إمبراطوريًا بوضعه حيّز التنفيذ في جميع أرجاء المملكة والدوائر القضائية⁴.

نُشيرُ إلى أنّ ما ذكرناه من مؤلفات ومحاولات يُعدُّ في نظرنا دليلاً قطعياً على إمكانية التقنين الفقهي.

¹ - هو أبو المظفر محمد بهادر أورك، سلطان الهند، من سلالة تيمورلنك، العالم الصوفي المجاهد من علماء المسلمين، فتح بلداناً كثيرة، استمر حكمه خمسين سنة، توفي عام 1707م. راجع: خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء 6، ط 15، دار العلم للملايين، 2002م، ص 46. نقلاً من: مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 8.

² - مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (العالمكيرية)، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 1073هـ، ص 324.

³ - محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الاسلامي، بحث مقدّم إلى ندوة: نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، مجلة الشريعة والقانون، عدد خاص، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالعين، الإمارات العربية المتحدة، 8-10 شوال 1414هـ، 20-22 مارس 1994م، ص 137.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقا، مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين من الفقه الإسلامي، مجلة القضاء والقانون، السنة 1، العدد 1، العراق، 1943م، ص 23.

المبحث الثاني: تقنين أحكام الأسرة اعتماداً على الفقه المالكي

أول ما يخطر بالبال حين نذكر فكرة التقنين الفقهي عموماً هو ما إذا كان مقبولاً في شريعتنا أم لا، ولعلّه تساؤل مشترك بين كل فكرة يُراد التأسيس لفهمها فهماً صحيحاً من طرف المُتلقي لها، ولأن كل الفقهاء لم يميزوا بين حكم تقنين فقه وآخر، سواء من المالكية أو غيرهم فإننا سنبحث في حكم الكل ونعمّمه على الجزء، قبل أن نُعدّد الدوافع التي جعلتنا نرى بملاءمة المذهب المالكي ليكون المصدر لتقنين فقه الأسرة بالجزائر.

سنُفكك هذه الحيرة ونزيلها بالتطرق إلى مشروعية التقنين الفقهي عند المالكية، ونستنتج منه مشروعية تقنين فقه الأسرة لديهم **(المطلب الأول)** ثم نذكر الأسباب والمبررات التي جعلتنا نعتبر الفقه المالكي هو الركيزة التي نُقن وفقها أحكام الأسرة بالجزائر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مشروعية تقنين أحكام الأسرة عند فقهاء المالكية

اجتهد فقهاء المالكية كغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى في تبیین حكم التقنين الفقهي عموماً ولم يفرقوا بين فقه وآخر، بل كانوا يقصدون حكم تقنين كل أنواع فقه المعاملات، بما في ذلك فقه الأسرة.

نجد من هؤلاء الفقهاء من كان معارضاً للتقنين الفقهي، وبالتالي رافضاً لتقنين فقه الأسرة **(الفرع الأول)**، ومنهم من كان مؤيداً له بشروط **(الفرع الثاني)**، ولكل منهم أدلته وحججه التي ناقشها بعضهم بعضاً.

الفرع الأول: المعارضون لتقنين فقه الأسرة

يُعتبر محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي من أشهر متأخري المالكية المعارضين للتقنين الفقهي عموماً، ولم يستثن في ذلك تقنين فقه الأسرة¹، إذ يُفضل ترك

¹ - هذا ما ظهر جلياً في كتابه أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، بإشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، ط 4، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005م.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الاجتهاد للقضاة وعدم إلزامهم أو حصرهم برأي واحد، كما لا بأس عنده من تدوين الفقه دون تقنينه ومنحه تلك الصبغة الإلزامية.

لقد تَبَعَ الشنقيطي في هذه المسألة ما يراه ثلة من فقهاء المالكية القدماء كمالك بن أنس الذي رفض تعميم كتابه الموطأ¹، وعبد السلام بن سعيد بن حبيب التتوخي القيرواني المعروف بسحنون صاحب كتاب المدونة²، وحرّى بنا القول أنّ مواقف هؤلاء المالكيّة القدماء كانت خير مُعَبَّر عن رأيهم³، على اعتبار أنه لم يكن تقنين فقه الأسرة أو التقنين الفقهي عمومًا متداولًا كما هو بمسماه اليوم، ونذكر هنا أن القائلين بعدم التقنين الفقهي قد استدلوا على مجموعة من الأدلة النقلية والعقلية.

أولاً: الأدلة النقلية

تتمثل هذه الأدلة في الآيات والأحاديث من القرآن الكريم والسنة النبوية، إضافة لما كان يفعلُه الصحابة.

1- الأدلة من القرآن الكريم

استدلّ المعارضون لتقنين فقه الأسرة بآيات كثيرة، منها:

أ- قوله عز وجل: ﴿إنا أنزلنا الكتاب إليك بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾⁴، والحكم بالحق والعدل يتطلب من القاضي أن يجتهد مستدلاً على حكمه بالنصوص الشرعية التي أولها

¹ - راجع: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، الجزء الثاني، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003م.

² - يُعد أهم كتاب في مصادر الفقه المالكي، وطريقة كتابته له وعرضه للآراء الفقهية المختلفة يُظهر بأنه لا يحبذ الإلزام برأي اجتهداي معين في مسألة ما فكيف بالإلزام بمذهب واحد.

³ - راجع: سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، الجزء الأول، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994م. شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، الجزء الثامن (ترجمة الإمام مالك بن أنس)، ط 3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985م.

⁴ - سورة النساء، الآية 105.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

حسب فهمه لمقاصد الشريعة وإسقاطها على المسألة المعروضة عليه وفق قواعد وأساليب مذهبه في ذلك¹.

ب- قوله عز وجل: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّمَا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾²، والحق ليس مقروناً بمذهب معين دون غيره، أو برأي دون آخر، حتى وإن أجمع عليه أغلب الفقهاء، إذن؛ لا يلزم القاضي الحكم به دون غيره ولا يصح اشتراط ذلك عليه عند توليته المنصب أو بعده³.

نوقش هذين الدليلين من طرف المؤيدين لفكرة التقنين الفقهي بقولهم بعمومية هذه الآيات، التي ليست في موضوع الإلزام أصلاً، كما يصعب القول بأن الراجح من أقوال الفقهاء هو خلاف الحق، أو أننا سنرجع إلى غير القرآن الكريم والسنة النبوية إذا ما رجعنا لقولهم، إضافة إلى أن حكم القاضي بالحق يتطلب منه أن يكون مجتهداً، والاجتهاد مرتبة قلّ من يصل إليها من الفقهاء المتأخرين⁴.

2- الأدلة من السنة النبوية

استدل المعارضون لتقنين فقه الأسرة بمجموعة من الأحاديث، منها:

أ- قوله صلى الله عليه وسلم: [القضاء ثلاثة، واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم؛ فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار]⁵، إذن؛ من عرف الحق من القضاء ثم حكم بغيره فقد ظلم، فكيف بالذي ينقل ما قُتّن من الفقه كقول راجح ويحكم به بينما يرى الحق في خلافه؟⁶.

¹ - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، الجزء الأول، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1996م، ص 57.

² - سورة ص، الآية 26.

³ - هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، أبحاث هيئة كبار العلماء، المجلد الثالث، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، 2001م، ص ص 187-188.

⁴ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب القاضي يخطئ، رقم 3573. ورواه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب القاضي، رقم 1322، وصحّحه الألباني.

⁶ - عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، مرجع سابق، ص 34.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

ب- حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه، لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمن، وقال له: [كيف تقضي إذا عُرض لك قضاء؟]، قال أقضي بكتاب الله وسنته نبيه، قال [إن لم تجد؟]، قال أجتهد رأيي ولا آلو¹، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال [الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يُرضي رسول الله]²، مُقرّاً بذلك سلوك معاذ رضي الله عنه، ولم يُنكر عليه، إذن؛ إلزام القاضي بما تم تقنينه من مذهب معين أو تقييده بقول فقيه دون آخر؛ فيه رد لشيء غير القرآن الكريم والسنة النبوية وبتر لاجتهاده.

نوقش هذين الدليلين من طرف المؤيدين لفكرة التقنين الفقهي، بقولهم أنّ الحديث الأول هو وعيد للقاضي الجائر الظالم، الذي يتصدى له التقنين الفقهي أصلاً، إضافة إلى أنه وعيد يخص القاضي المجتهد لا المقلد، أما بالنسبة للحديث الثاني فهو يخص المجتهدين من القضاة النادر تواجدهم في زماننا الذي كثر فيه المقلدون، فيكون رجوعهم إلى ما قال به صفوة من أهل الفقه أقرب للصواب من القول برأيهم، خاصة إن كان رجوعهم هذا بطريقة ميسرة كالتّي يحققها التقنين³.

3- الأدلة من عمل الصحابة

نُقل إلينا أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يكن من هديهم إلزام واحد منهم للآخر بقوله، رغم مكانتهم في العلم وكثرة الشورى بينهم، وقد نقل هذا الإجماع من طرف ابن تيمية⁴، وابن قيم الجوزية⁵، فالعمل بالتقنين على خلاف الإجماع⁶.

¹ - أي لا يظلم.

² - رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، رقم 3594. ورواه الترمذي في سننه، كتاب الحكام، باب القاضي كيف يقضي، رقم 1327.

³ - ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، ط 1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 2009م، ص 118-119.

⁴ - أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1995م، ص 296.

⁵ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991م، ص 166.

⁶ - بكر بن عبد الله أبو زيد، مرجع سابق، ص 83.

تتمثل هذه الأدلة في عيوب التقنين التي رآها من قالوا بعدم مشروعيته واحتجوا بها على ذلك، وهما في الحقيقة عيبان، الجمود والقصور، وسنتعرض تاليًا لهما.

1- جمود التقنين الفقهي

يتميز الفقه بالاجتهاد وتعدد الآراء حول المسألة الواحدة، وهو ما يُظهر مرونة الشريعة الإسلامية ويُسرّها وصلاحيّتها لكل زمان ومكان، لذا فإن إلزام القاضي برأي فقهي واحد عن طريق تقنينه يحدّ من اجتهاده ويُضيق على الأمة في بعض المسائل التي لم يُعسر فيها الشرع بل يسرّها وترك الاختلاف فيها قائمًا بين الفقهاء¹.

ليس للقاضي صلاحية الخروج عن الرأي المقنّن حتى وإن اقتضت المسألة غيره، فمثلاً إذا تم تقنين رأي فقهي يخص جزئية معينة في مسألة الطلاق؛ لا يجوز للقاضي أن يحكم فيها بغير ذلك الرأي حتى وإن لم ير ملاءمته لها، مما قد يُخالف أحياناً مقاصد تشريعات الأسرة، وكذا الحال إذا ما ظهرت نازلة تستدعي الحكم فيها بغير الآراء والأحكام الشرعية التي تم تقنينها، وهو ما سيُجرّ التقنين الفقهي شيئاً فشيئاً إلى الجمود حتمًا، وإلى عدم مواكبة واقع المجتمع ومستجداته.

إن هذا العيب الذي ألصق بالتقنين الفقهي قد تم نزعُه من طرف المؤيدين له، حيث قالوا بوهميّته، لأن حجة المعارضين هي سدّ باب الاجتهاد على القاضي، لكن نظرة واحدة إلى الواقع كفيلة بجعلنا ندرك أن القاضي المجتهد أضحي نادر الوجود في مجتمعنا، فأين هو حتى نسد عليه باب الاجتهاد أصلاً؟ إن أغلب القضاة مقلدون، كما أن التقنين الفقهي يهدف إلى تسهيل مهمة القاضي، وليس حصره؛ لذا حرّى بنا القول أن الضرورة والمصلحة تقتضي أن يتم تقنين الآراء الفقهية، خاصة في المسائل الأسرية، كي يُرفع عبء البحث بين الكتب الفقهية عن كاهل القاضي الذي لا شك في أن لديه ما يكفي من القضايا والمسائل التي ينظر فيها².

¹ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 38.

² - دليلة بوزغار، مسوغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 5، العدد 10، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2016م، ص 36.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

هنا قد يتساءل سائل، كيف للتقنين الفقهي ألا يكون جامدًا رغم الصبغة الإلزامية التي تكتسبها اتجاه القضاة؟ هل الجمود حقًا عيبٌ موهوم؟

في الحقيقة إن هذا التساؤل هو ما انتابني وشككني في وهمية هذا العيب، غير أنني خلال بحثي أكثر في هذه الجزئية قد ركنْتُ إلى إجابةٍ كَفَتني.

إن جمود التقنين الفقهي هو شيءٌ يمكن تفاديهِ، عن طريق المراجعة الدائمة للنصوص المقننة وتحديثها بما يتلاءم مع الواقع والنوازل، بالإضافة إلى صياغتها بمرونة، فالمشكلة إذن ليست في التقنين الفقهي في حد ذاته بل في كيفية صياغته وتطبيقه، ومدى توفير واحترام متطلباته التي سنُسهب فيها لاحقًا.

2- قصور التقنين الفقهي

يمكن أن نطلق عليه "النقص" أيضًا، ويتمثل هذا العيب في وجهين:

- عدم تعريف التقنين الفقهي للألفاظ التي وردت فيه، ما يجعلها متروكةً للفقه والقضاء، رغم احتمالية سوء ما قد يحدث نتيجة الاختلاف في تعريفهما من قاضٍ إلى فقيه، وتناقض الأحكام والقرارات القضائية.

- عدم شمولية التقنين واستيعابه لجميع الأحكام القانونية، التي يُفترض أن تكون حلًّا للمشاكل المطروحة أمام القضاء.

إن المؤيدين للتقنين الفقهي قد أجابوا عن هذه المزاعم من عدة أوجه، أولها أن القصور عيب يتصل بمنهج التقنين لا بطبيعته، إذ لا يوجد ما يمنع إيراد تعريف للألفاظ المستعملة في التقنين، ومثال ذلك ما سارت على نهجه بعض محاولات التقنين الفقهي قديمًا، كمجلة الأحكام العدلية، التي تعتبر تقنينًا فقهيًا للدولة العثمانية وفق المذهب الحنفي، إضافةً إلى أن خلو التقنين من التعريفات يُعد ميزة لا عيبًا، لأن التعريفات مسألة ينبغي تركها للفقه والقضاء؛ فذلك يجعلهم أقرب لإسقاط النص على الواقع وتطبيقه تطبيقًا صحيحًا موافقًا للمقصد من تشريعه¹.

¹ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 39.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

أما إذا ما تحدثنا عن عدم شمولية التقنين لجميع الأحكام المتعلقة بكل جزئيات المعاملات، فهو عين الصواب؛ لأن التقنين مقتصر على القواعد العامة، بينما تُترك التفاصيل للقضاء، وعلى القضاء أن يُرّقع كل ثغر تركه التقنين، وفق ما تقتضيه الضرورة وتوجبه العدالة.

من المناسب هنا التنبيه إلى أن هذا النقص والقصور المزعوم يهيئ الرد على العيب الأول الذي نُسب للتقنين الفقهي، والمتمثل في الجمود، فمادام التقنين معتمداً على إيراد الأحكام والنصوص العامة، لا شك في أن تفسير هذه النصوص تفسيراً واسعاً سيسمح بإيجاد الحلول والأحكام اللازمة لما لم يردّ تقنينه، وهو ما سيحفظ للتقنين الفقهي مرونته التي طعن فيها المعارضون، مثال ذلك ما نجده في التقنين الفرنسي مثلاً، حيث وُضع سنة 1804م ثم استجبت معاملات ومسائل لم ينص عليها، رغم ذلك استطاع القضاء استعمال التفسير الواسع لتمطيط نصوصه ومدّها حتى تشمل ما استجد في واقع الناس، مع الإشارة إلى أن التاريخ قد أبان عن الخلفية الإسلامية للقانون الفرنسي، وتحديدًا من الفقه المالكي، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

جديرٌ بنا التنويه في هذا المقام إلى أن الأصوات المعارضة للتقنين الفقهي قد خفتت، مقارنةً بما كانت عليه قديماً عندما طرأت الفكرة، خوفاً من هذه التجربة التي قد تؤدي إلى طمس قدسية الدين وانصهاره وذوبانه في القوانين الوضعية، لكن الآن صارت جلّ الجهود تتجه للإجادة في صناعته وتحقيقه، ثم التأكد من مراجعته من حين إلى حين، وهو ما سيؤدي حتماً إلى أن يصير أجدر على متابعة نوازل وتطورات الأمة.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفرع الثاني: المؤيدون لتقنين فقه الأسرة

يُعتبر الفقيهان المالكيان عبد العزيز جعيط¹ ومحمد ابن عامر² من أشد المؤيدين لفكرة التقنين الفقهي عمومًا، بما في ذلك تقنين فقه الأسرة، وهو ما يظهر جليًا في كتبهم ويُستدلّ عليه بمواقفهم، وتبعهم ثلة من المالكية المعاصرين الذين يرون برأيهم واستدلوا عليه بمجموعة من الأدلة النقلية والعقلية.

أولاً: الأدلة النقلية

الأدلة النقلية التي استدل بها القائلون بمشروعية التقنين الفقهي ومن ذلك مشروعية تقنين فقه الأسرة تتمثل في الآيات من القرآن الكريم، والأحاديث من السنة النبوية، وما نُقل إلينا من إجماع الصحابة، إضافة إلى القياس.

1. الأدلة من القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾³؛ فلو وضع ولاية الأمور قانوناً يَعْرِفُ الحاكم والمحكوم مضمونه لكانوا على هدي الإسلام، وهذا لا يمنع القاضي من أن يكون مجتهداً لأن ما يضعه ولاية الأمور لمصلحة العامة يكون واجب الاتباع حسب ما ورد في القرآن كما يجب إتباع الله والرسول⁴.

¹ - تصدى لمحاولات الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية، بتونس في عهد الرئيس بورقيبة، وألف لائحة الشيخ جعيط التي قُنن فيها أحكام الأسرة محاولاً التوفيق بين المذهب المالكي والمذهب الحنفي، راجع: العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مجلة تاريخ المغرب العربي، العدد 8، مخبر الوحدة المغاربية عبر التاريخ بجامعة الجزائر 2، الجزائر، 2017م، ص ص 40-41.

² - أَلَف كتاب ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، فيه 927 مادة من ضمنها الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، طُبِع سنة 1937 م، كان له دور كبير في تقنين الفقه الإسلامي في ليبيا. راجع: إمهدي سعد نجم أحمد، جهود الشيخ محمد بن عامر (1381هـ - 1961م) من خلال كتابه: ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية (الأحوال الشخصية أنموذجاً)، مؤتمر الإمام مالك الدولي الثاني، مجلة الجامعة الأسمرية، المجلد 32، العدد الخاص 2، الجامعة الأسمرية الإسلامية بزلتين، ليبيا، 2019م، ص ص 477-494.

³ - سورة النساء، من الآية 59.

⁴ - محمد رشيد رضا، فتاوى الإمام محمد رشيد رضا، جمع صلاح الدين المنجد ويوسف ق خوري، دار الكتاب الجديد المتحدة، لبنان، 2005م، ص 628.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

رد المعارضون على هذا الدليل من وجهين:

- إن طاعة ولاية الأمور تكون فيما لا اختلاف فيه بين الأمة وكان حكمه واضحاً، أما ما اختلف فيه فيجب رده إلى الله ورسوله، لتكملة الآية السابقة بقوله عز وجل: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾¹، حتى أن العلماء قد استدلوا على هذه الآية لتبيين حجية الإجماع، فتكون بذلك دليلاً على منع التقنين لا جوازه، لأنه لا إجماع على ذلك².

- كما أن الشأن في التقنين هو التنازع فيما إذا ما كان حقاً مُحَقَّقاً لمصلحة للأمة كما يدعي المجيزون له؟ أم أنه غير ذلك فيكون معصية؟ وبالتالي لا طاعة لولاية الأمور في معصية³، والرد عليهم من المؤيدين كان هو دليلهم التالي بيانه.

2. الأدلة من السنة النبوية

أ- قال النبي صلى الله عليه وسلم: [السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة]⁴.

وجه الدلالة هنا أن طاعة ولاية الأمر واجبة فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وتقنين هذه الأخيرة يُرادُ منه إقامة العدل، إضافة إلى أن نصوصه توضع بناء على قوة حجيتها ورعاية المصلحة، وما كان كذلك فهو لازم لمن أمر به⁵.

¹ - سورة النساء، من الآية 59.

² - هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، أبحاث هيئة كبار العلماء، الجزء الثالث، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء بالرياض، المملكة العربية السعودية، 2001م، ص ص 195-196.

³ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 15.

⁴ - رواه البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم 7144. ورواه مسلم بلفظ قريب منه، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، رقم 1839.

⁵ - هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث (دراسة تأصيلية)، ط 1، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 2012م، ص 440.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

بطبيعة الحال فإن المعارضين لم يتخذوا موقف المشاهد، بل ردوا على هذه الحجة بأن قبول التقنين الفقهي لا يدخل ضمن طاعة ولاة الأمور لأنه محل خلاف ولم يقع الإجماع عليه، فلا يصح الاستدلال بهذا¹.

هنا أجاب المجيزون وقالوا بأن التقنين من المسائل الخلافية أكيد، لكن الاستدلال ليس بوجوب الطاعة على الإطلاق بل بما قرره الفقهاء من أن حكم الحاكم يرفع الخلاف عن المتنازع حوله، فمتى ألزم الحاكم بقول فإنه يتصبّع بالإلزام، لأن وحدة الأمة مقدّمة على الاختلاف في الأمور الفرعية التي لا تمس بأصل الدين، والتقنين في حقيقته كذلك أيضاً².

ب- ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: [قلت يا رسول الله، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة، قال: اجمعوا له العالمين -أو قال العابدين- من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد]³.

ثبت بهذا أن للشورى أصل شرعي، فيجب على العلماء حصر الأقوال الراجعة للفقهاء ضمن كتاب واحد، حتى يصير مرجعاً سهلاً لمعرفة الأحكام، فيكون بذلك ملزماً للقضاة أن يحكموا به لتوحيد الأحكام والقرارات القضائية، وإلا تعطلت الشورى وساد التناقض والاختلاف بين الأحكام في نفس المسائل⁴.

كانت الإجابة عن هذا الدليل من طرف المعارضين بأن قالوا بمشروعية الشورى باتفاق العلماء، وعدم إلزاميتها لمن استشار إلا إذا كان اجتهاده مثلاً، ولا يصح أن يُلزم بما أشير به عليه من آراء خالفت اجتهاده، ولو كان فرداً ومن قالوا بغير رأيه كثرة من المجتهدين، لأن الكثرة ليست السبيل القطعي للفصل بين الحق والباطل⁵.

¹ - بكر بن عبد الله أبو زيد، مرجع سابق، ص ص 33-34.

² - هيثم بن فهد الرومي، مرجع سابق، ص 442.

³ - رواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، رقم 1611.

⁴ - هيئة كبار علماء المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 197.

⁵ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3. الأدلة من الإجماع

إنّ الخلفاء فمن بعدهم كانوا في أحوال كثيرة يلزمون بأحد الأقوال في الخلافات لمصلحة ما يرونها فيمثل المأمور مثل ما أمر به وإن كان له رأي آخر¹.

من أمثلة ذلك ما روي عن شعبة ابن التوأم قال: توفي أخ لنا في عهد عمر بن الخطاب وترك جده وإخوته فأتيا ابن مسعود، فأعطى الجد مع الإخوة السدس، ثم توفي أخ آخر لنا في عهد عثمان، وترك جده وإخوته، فأتيا ابن مسعود، فأعطى الجد مع الإخوة الثلث، فقلنا أما أتيانك في أخينا الأول فجعلت للجد مع الإخوة السدس ثم جعلت له الآن الثلث؟ فقال عبد الله: إنما نقضي بقضاء أئمتنا².

4. الأدلة من القياس

قياس التقنين على جمع القرآن الكريم، وهذا ما فعله عثمان رضي الله عنه حين جمع الأمة على حرف واحد من الحروف السبعة التي نزل بها القرآن، واقتصر الناس على القراءة بهذا الحرف، ثم قام بإحراق المصاحف الأخرى التي تُخالفه، حتى أنه كتب من هذا المصحف نسخاً وأرسلها إلى أمهات البلاد الإسلامية، واستمرت القراءة بها إلى يومنا هذا؛ فكان الإلزام بها واجباً رعاية للمصلحة العامة³.

لقد أجاب المعارضون عن هذا القياس من عدة أوجه، فقالوا⁴:

- إن الصحابة قد أجمعوا على ما فعله عثمان رضي الله عنه ولم يخالفه أحد منهم، أما الإلزام برأي أو مذهب معين فأغلب مواقعهم التي حدثت تُظهر منع ذلك.
- المصحف الذي جمع عثمان رضي الله عنه الناس عليه لا خطأ فيه، بينما الاجتهادات الفقهية تحتمل الخطأ كما تحتمل الصواب، حتى وإن تَصَبَّغَتْ بالإلزامية عن طريق تقنينها.

¹ - ناصر بن عبد الله الميمان، مرجع سابق، ص 109. هيثم بن فهد الرومي، مرجع سابق، ص 441.

² - رواه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض، باب قول عمر في الجد، رقم 61.

³ - هيئة كبار علماء المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ص 200-201.

⁴ - بكر بن عبد الله أبو زيد، مرجع سابق، ص ص 36-37.

ثانيًا: الأدلة العقلية

تتمثل هذه الأدلة في مزايا التقنين التي رآها من قالوا بمشروعيتها واستدلوا بها على ذلك، وسنقسّمها إلى مبررات داخلية وأخرى خارجية.

1. المبررات الداخلية

تتنوع هذه المبررات بين مبررات ذاتية، موضوعية، خاصة، وأخرى عامة، سنذكرها تاليًا بإيجاز.

أ- المبررات الذاتية

هي المبررات التي نتجت عن ذات كل مسلم غيور على دينه لا يرضى إلا تطبيقه في كل أمور حياته، ومنها¹:

- إرادة تنفيذ شرع الله، ويمكن القول أننا نجد هذه الإرادة لدى المؤيدين للتقنين الفقهي كما نجدها عند الرافضين له.

- القضاء على التناقض الذي يشعر به المسلم بين معتقده وواقعه، فهو يؤمن أن الاسلام منهج حياة، لكنه لا يرى أثره وتطبيقه في الواقع، إلا ما التزم به من تلقاء نفسه.

- الرد على الكثير من الشبهات التي أُلصقت بالشرعية الإسلامية بأن زمانها قد ولى واندر، ويجب أن يحل محلها القوانين الوضعية التي تناسب تطورات العصر، ولأجل هذا ازدادت البحوث المقارنة التي أثبتت حقًا تفوق الشرعية الإسلامية على هذه القوانين واستيعابها لكل جوانب حياة الانسان.

- فشل القوانين الوضعية في حل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها، خلاف الشرعية الاسلامية التي ألمّت بها جميعًا.

¹ - دليّة بوزغار، مرجع سابق، ص 23.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

ب- المبررات الموضوعية

نقصد بها تلك المبررات التي تعود إلى الفقه الاسلامي وما يضيفه التقنين إليه، منها:

- التقنين يُسهّل على جميع شرائح المجتمع معرفة الأحكام الشرعية للمسائل المختلفة، خاصة للقاضي والمُتقاضي، فيختصر عليهم الجهد والوقت في البحث بين الكتب الفقهية وغيرها، لذا فإن صياغة الأحكام الشرعية في مواد مبوبة ومرتبعة بعبارات سهلة ميسرة أصبح ضرورة ملحة في عصرنا هذا وركيزة أساسية لأي مجتمع متحضّر، فهو السبيل للعلم بالأحكام ويُسر مراجعتها.
- توحيد الأحكام القضائية في المسألة الواحدة في البلد الواحد، إضافة إلى حماية هيبة القضاء وإبعاد الشبهة عنه وتخفيف العبء الواقع عليه، وحماية مصالح الناس من التعطيل¹.

- عدم تمتع قضاة العصر بملكة الاجتهاد مقابل كثرة القضايا والنوازل، فالقاضي المجتهد لا يجوز إلزامه بقول ما، لكن ذلك مستحسنٌ للمقلد، وبما أن هذا هو حال جلّ القضاة اليوم فالتقنين الفقهي مُعلّلٌ به، وليس فيه حدٌّ من اجتهاد القاضي إن وُجد، لأن الفضل يعود له في تحقيق الملاءمة بين النص والواقعة، وفي تفسير النصوص التي تأتي إجمالاً².

ج- المبررات الخاصة

نقصد بها المبررات التي تخص الجزائر باعتبارها دولة مسلمة نصت على دينها في دستورها³ إضافة لكونها تملك سلطة قضائية، ومنها⁴:

- لا شك في أن تطبيق هذه المادة من الدستور تستلزم أن يتم تطبيق الشريعة الاسلامية في الجزائر بصفة كلية، ولا يكون هذا إلا إذا تمت صياغة أحكامها حسب الصياغة الحديثة

¹ - محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، ط 2، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986م، ص 23.

² - دليلة بوزغار، مرجع سابق، ص 29.

³ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2020م، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020م، المادة 2 منه، التي نصّت على «الإسلام دين الدولة».

⁴ - دليلة بوزغار، مرجع سابق، ص ص 32-33.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

للقوانين، وهو ما يسمى بالتقنين الفقهي، فهو إذن واجب لأن ما لا يتم الواجب إلا به يصير واجباً.

- نقص التكوين الفقهي للقضاة في الجزائر وتغيّر مناصبهم كل بضع سنوات، مما يحول دون اكتسابهم خبرة كافية للتعاطي مع ما يتم طرحه عليهم من قضايا، أو حتى البحث عن الأحكام الواجب تطبيقها بين الكتب الفقهية المختلف فيما سكت المشرع عن تبيينه واستشكل عليهم.

د- المبررات العامة

تخص هذه المبررات والحجج الدول الإسلامية بصفة عامة، منها:

- توحيد قوانين الدول الإسلامية، مما يجعلها أمة قوية واحدة.

- الحد من التبعية الغربية والتميز بالخضوع للقوانين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا شك أنها ستلائم المجتمع المسلم أكثر من القوانين الغربية، ويكون هذا بالاستفادة من الاجتهادات الفقهية العديدة وتطبيقها من خلال إلزامية القانون، وهو ما يتأتى بتقنينها¹.

2. المبررات الخارجية

نقصد بها الأمور الإيجابية التي يحققها التقنين لغير الدول المسلمة، منها:

- إثراء القانون المقارن، بما لدينا من توفيق بين الدين والعقل، ومزج بين الروح والمادة، وجمع بين الدنيا والآخرة، وتوازن بين حقوق الفرد ومصلحة الأمة، بالإضافة إلى تسهيل مهمة الفقه الإسلامي بتزويده للقانون الدولي بالقواعد والنظريات التي تحكم بها محكمة العدل الدولية².

¹ - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ص 223-231. دليلة بوزغار، مرجع سابق، ص 34.

² - يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001م، ص ص 39-40. جمال الدين عطية، التجديد الفقهي المنشود، ضمن: وهبة الزحيلي، جمال الدين عطية، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، سوريا، لبنان، 2000م، ص 38.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

-تقنين الفقه الاسلامي يكشف عيوب القوانين الوضعية وما فيها من نقص وثغرات ومخالفة للأحكام الشرعية فيتم تعديلها وفق ذلك، أو إسناد كل نص قانوني للرأي الفقهي الذي يمثلته وتفسيره بالنظر إليه حتى وإن لم يكن مستمدًا في الأصل منه¹.

-التعريف بسماحة الدين الاسلامي ومرونته ويُسرّه، بالإضافة إلى إظهار الجانب المقاصدي في فقهه. وتيسير دراسات القانون المقارن في الجامعات والمعاهد والمؤتمرات والمراكز العلمية والمجلات، وفي مؤلفات القانون المقارن باعتبار أن الشريعة الاسلامية نظام قانوني، تجري دراسته مع باقي النظم².

جدير بنا أن نشير في هذا المقام إلى أن ما سبق طرحه مبرراتٌ حقيقية، وليست وهماً، لأن التقنين الفقهي عموماً يفرضه واقع الحال لا أهواء الفقهاء المسلمين، وهو ليس أمراً مستحدثاً بل له جذوره التاريخية التي تُثبت قِدَمه، تدعمها الجهود المبذولة في سبيله من الأفراد والدول، سيأتي التفصيل فيها لاحقاً. كما أن الأدلة والمبررات التي استند إليها المعارضون هي في الحقيقة عامة، وما كان خوفهم في الواقع إلا المساس بقدسية الشريعة، غير أن النظر إلى الآلية التي يجب أن يتم بها التقنين الفقهي ومتطلباته كان كفيلاً بنزع هذا الخوف منهم. حتى صار هذا هو القول الراجح عند جُلّ فقهاء المالكية، خاصة المعاصرين منهم³.

إننا نرى أن التقنين الفقهي عموماً وتقنين فقه الأسرة خصوصاً صار ضرورةً في الجزائر، يُبرره حال القضاة وتكوينهم في زماننا، خاصة مع التطور التكنولوجي وتعدد مصادر الوصول إلى المعلومة، دون الاعتبار لمدى صحتها، وهو ما قد ي

في هذا العنصر وقعت بين أيدينا ورقة بحثية للأستاذة دليلة بوزغار، عنوانها "مُسوّغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن"، والتي أسهبت الحديث فيها عن أهمية التقنين الفقهي ودوره للنهوض بالأمة⁴، كما نذكر أن الأستاذة بوزغار -في نظرنا- قد وضّحت بما فيه الكفاية لماذا كان القول الراجح هو مشروعية التقنين الفقهي عموماً، رغم الرافضين له. ونُشيدُ بها أيضاً

1 - جمال الدين عطية، مرجع سابق، ص 40.

2 - وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 155.

3 - محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص ص 121-150. جمال الدين عطية، مرجع سابق، ص ص 42-49.

4 - نرشحها لمن أراد الاستزادة حول هذه المبررات التي احتج بها القائلون بالتقنين الفقهي عموماً بما في ذلك تقنين فقه الأسرة.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

ختم بحثها هذا بما قاله الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه المعنون بـ المدخل الفقهي العام: «لا تتخوفوا من تقنين فقه الشريعة، فإن هذا التقنين هو الذي ينفخ فيه الروح ويبعثه من مرقده، ويجعله قريبا من أيدي رجال العصر وأفهامهم، وهذا أول شرط لحسن التقدير».

المطلب الثاني: مبررات الارتكاز على المذهب المالكي لتقنين فقه الأسرة في

الجزائر

مالذي يميز المذهب المالكي عن غيره؟ ولماذا يُذكر كلما تحدثنا عن فكرة تقنين أحكام الأسرة في الجزائر؟

لا شك أنّ هذا الاستفهام قد مرّ في ذهن كل باحث حول التقنين الفقهي، ونأمل أننا سنجيب عن هذه التساؤلات فيما سنورده تالياً حال حديثنا عن المبررات التي تتعلّق بالبلد (الفرع الأول)، والمبررات التي تتعلّق بالمذهب في حد ذاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبررات المتعلقة بالجزائر

لطالما تساءلنا عن سبب المرجعية الدينية المالكية في أغلب ربوع الوطن، ولطالما اعتقدنا أيضا أنّ الإجابة عن أي شيء تقتضي البحث حول جذوره التاريخية قبل التنقيب عن مميزاته؛ لذا سنذكر تالياً البذرة الأولى التي زرعت المذهب المالكي بالجزائر ثم نُعدد السلطات التي تعاقبت على هذا البلد بعد الفتح الإسلامي، وذلك حتى نكشف عن مكانة الفقه المالكي في كل من هذه الدول ونقف على كيفية انتشاره وبروزه إلى أن صار بالحال التي هو عليها اليوم من مكانة كبيرة مُجتمعيًا وأكاديميًا.

أولاً: نواة تَبْنِي المذهب المالكي في الجزائر

من الطبيعي أن يدين الجزائريون إزاء الفتح الإسلامي بتعاليم الاسلام دون التقيد بمذهب معين، حيث كانوا يرجعون إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وما تناقل عن الصحابة والتابعين، رغم أن المذهب الحنفي كان السائد في إفريقيا بداية من تونس، وقد اختلّف في تحديد الشخص الأول الذي كان سبباً في نشر الفقه المالكي بإفريقيا، منهم من قال المولى إدريس بن عبد الله الكامل ابن الحسن المثنى الذي أسس دولة الأدارسة بالمغرب وكان يحدثهم عن فضل مالك على

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

العلم، وأنه أحق بالخلافة من أبي جعفر المنصور العباسي، وجاءهم بالموطأ ثم قال اتبعوه، فاتبعه الناس¹.

بينما هناك من يرى أن الفقه المالكي والموطأ قد عرف طريقه إلى إفريقيا على يد أبي الحسن زياد التونسي العبسي تلميذ مالك رحمه الله، الذي بدوره تتلمذ على يده عدة فقهاء أخذوا العلم منه ونشروه فيها، حتى جاء سحنون بن سعد الذي وضع حدا للمخالفين للمذهب المالكي في إفريقيا واستقر عليه².

لقد تتلمذ على يد سحنون عدد من الجزائريين في القيروان بتونس، وهم الذين انطلقوا بعد ذلك بالمذهب المالكي ونشروه في أمهات المدن الرئيسية بالجزائر، نذكر منهم: النعمان بن المنذر بمجانة³، علي بن الصبار قاضي ميلة وتلميذ سعيد بن الحداد خريج مدرسة سحنون الذي اشتهر بنشر مذهب مالك وكان أعلم أهل زمانه⁴. وآخرون غيرهم مما لا يسع المجال لذكرهم، وإنما ذكرنا ما سبق على سبيل المثال لا غير.

فيما يلي إيراداً لمواقف الدول التي سبق الإشارة إليها، إزاء الفقه المالكي، سواء برفضه أو اعتماده أو التعايش معه.

نُوه هنا إلى أن هذه الدول لم تكن متمركزة بالجزائر وحسب، بل أغلبها كانت خارجها غير أنّ سلطتها السياسية قد امتدت داخلها، وحتى لا نحشو دراستنا بما لا نراه خادماً للمقصد منها، سنُخصص الحديث هنا حول الدول التي كانت عواصمها ضمن إقليم الجزائر، لا اعتقادنا بتأثيرها الأشد على غرس المرجعية الدينية المالكية لدى الشعب الجزائري عموماً بما فيه من فقهاء وقانونيين.

¹ - عبد الرحمن الجبلاي، كيف رسخ المذهب المالكي في المغرب العربي؟، مجلة الموافقات، العدد 3، المعهد العالي لأصول الدين بجامعة الجزائر، الجزائر، 1994م، ص 226.

² - عمر الجبدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الاسلامي، ط 1، منشورات عكاظ، المغرب، 1987م، ص 22.

³ - كان من الزهاد في الدنيا، ويُقال أن سحنون عرض عليه القضاء فرفض.

⁴ - المهدي البوعبدلي، مراكز الثقافة وخزائن الكتب بالجزائر عبر التاريخ، مجلة الأصالة، العدد 7، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، الجزائر، 1972م، ص 6.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثانياً: الدولة الرستمية (776م-909م)

كانت عاصمتها تيهرت¹، وقد امتدت رقعتها الجغرافية على كامل الجزائر ماعدا ولاية الزاب²، وناحية تلمسان، وعم خيرها الرعية³.

تأسست على المذهب الإباضي، لكنها لم تتادي بطمس المذهب المالكي، بل أخذت موقف الحياد، ولعل ذلك بسبب درجة العلم التي كان عليها مؤسسوها وحكامها وعلماءها، فكانوا أجدر على تقبل المذاهب الإسلامية المغايرة لمذهبهم، وتميز زمانهم بالتسامح الفكري وحرية إبداء الرأي، لذا شاع في عهد الدولة الرستمية التنافس بين فقهاء المذاهب الموجودة حينها، كالإباضية والحنفية والمالكية، حتى أنه كانت لهم حلقات علم بمساجد تيهرت⁴.

من أشهر فقهاء المالكية حينها: الإمام بن الصغير التيهرتي، والإمام أبو الفضل العباس بن محمد الصواف الغدامسي، ومما لا شك فيه أن صفحات المذكرة لا تكفي للحديث عن أثرهم وعلمهم وأخلاقهم، ومدى مجابتههم لفقهاء الإباضية في مسائل فقهية بحتة ومناظرتهم لهم⁵.

ثالثاً: الدولة الزييرية الصنهاجية (972م)

كانت عاصمتها آشير، وهي حالياً موقع أثري بالقرب من ولاية المدية، واعتُبر المذهب الشيعي هو المذهب الرسمي للدولة حال قيامها، إلى أن حكمها المعز بن باديس بن المنصور، واستغل إنكار الشعب لهذا المذهب ورغبتهم في المذاهب السنية⁶، بأن أعلن استقلاله السياسي عن الخلافة الفاطمية في مصر⁷، واعترف رمزياً بالولاء السياسي للخلافة العباسية، كما قام بجمع

1 - ولاية تيارت حالياً.

2 - منطقة واحات كبيرة تشمل عدة مدن وبلديات عديدة من بينها بسكرة.

3 - عثمان الكعاك، موجز التاريخ العام للجزائر، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003م، ص ص 109-114.

4 - مسعود بن موسى فلوسي، المذهب المالكي والسلطات المتعاقبة في الجزائر، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية،

المجلد 1، العدد 1، مخبر الشريعة بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2004م، ص ص 71-72.

5 - المرجع نفسه، ص 72.

6 - خاصة المذهب الحنفي، والمذهب المالكي.

7 - التي كان قد أعلن ولاءه لها سابقاً.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفقهاء الذين كان من بينهم حنفية ومالكية، وسألهم عن موطن أبي حنيفة أولاً، فقالوا: الكوفة¹، ثم سألهم عن مالك فقالوا: المدينة، حينئذ صرّح: عالم أهل المدينة يكفيننا، ونتيجةً لذلك منع تعدد المذاهب الفقهية وأمر بإخراج أصحاب أبي حنيفة وحمل الناس على اتباع مذهب إمام دار الهجرة، مالك رحمه الله، مُعللاً ذلك برفضه الاعتماد على مذهبين مختلفين في الدولة الواحدة².

وفق هذه الآلية صار المذهب المالكي هو السائد بالمغرب الأوسط³. وفي جُلّ إفريقيا التي كان ظاهرها المذهب الحنفي.

رابعاً: الدولة الحمادية (1007م-1135م)

كانت عاصمتها قلعة بني حماد⁴، ثم انتقلت عاصمتها إلى بجاية، ونذكر هنا أن الحماديين قد اهتموا بالشرعية الإسلامية أيم اهتمام، فبنوا المساجد والزوايا وشجعوا على طلب العلم الشرعي وارتقوا بنهضة فكرية علمية كبيرة، كان للمذهب المالكي مكانة خاصة فيها لعنايتهم به دون غيره من المذاهب، ولا عَجَب أنه صار مصدر الأحكام والقضاء في الدولة، مما تسبّب في استقرارها الثقافي بعد تحقق نوعٍ من الوحدة الفكرية، خلاف ما كانت عليه دول إسلامية أخرى من تناحرٍ بين أهل السنة والروافض⁵.

يعتبر الموطأ للإمام مالك، المدونة برواية سحنون، التلّيقين للقاضي عبد الوهاب، الواضحة لابن حبيب السلمي، العتبية للعتبي، والأسدية لأسد بن فرات، المراجع الرئيسية في التفقه والاجتهاد وإعمال الرأي، باعتبارها أهم الكتب المعتمدة في المذهب المالكي⁶.

لا يفوتنا أن نذكر هنا ثلة من فقهاء المالكية الجزائريين الذين كانوا مُستقى العلم الأول في ذلك الزمان، ومَقصداً للعديد من طلاب العلم حتى من الأندلس، كان أبرزهم: مروان بن علي

1 - الكوفة هي مدينة بالعراق، لا يزال اسمها كذلك حتى اليوم، كانت منشأ الفقه الحنفي.

2 - مسعود بن موسى فلوسي، المرجع السابق، ص 79. عبد الرحمن بن محمد الجيلالي، تاريخ الجزائر العام، الجزء الأول، دار الثقافة، لبنان، 1980م، ص 258.

3 - الجزائر.

4 - منطقة جبلية تقع ضمن إقليم ولاية المسيلة.

5 - مسعود بن موسى فلوسي، مرجع سابق، ص 80.

6 - المرجع نفسه، ص 81.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الأُسدي¹، وموسى بن حماد الصنهاجي، وحسب رواية أبي حامد الصغير الحسن بن محمد المسيلي فإن بجاية وحدها احتوت تسعين مفتيًا في أواخر القرن الثاني عشر ميلادي، كما ذكر ياقوت الحموي بأن عامة الناس في بجاية كانوا يحفظون عن ظهر قلب كتاب البخاري والمدونة والموطأ ويشرحونها لغيرهم، منهم من كان فاقداً للبصر أصلاً².

خامساً: الدولة الزيانية (1235م-1554م)

اتخذت تلمسان عاصمة لها، وكانت دولة ذات ازدهار فكري خاصة في العلوم الدينية، مُعتبراً المذهب المالكي هو المرجع الرسمي؛ لعموميته في جُلّ بلاد الجزائر، أين دان الناس بعبقيرة الأشعري، ماعدا بلاد مزاب التي ظلت متمسكة بالمذهب الإباضي³.

برز خلال هذه الفترة عدة فقهاء مالكية في الجزائر، نذكر منهم:

- أبو إسحاق إبراهيم بن يخلف التتسي، الذي ألف شرحاً لكتاب "تلقين المبتدي وتذكرة المنتهي"، لأبي محمد عبد الوهاب المالكي "تناول فيه الفروع الفقهية، ضمن عشرة أجزاء.

- أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن خلف التلمساني، الذي ألف كتاباً في الفرائض وعمره لم يتجاوز الواحد والعشرين؛ فكانت سبب شهرته وذياح صيته.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الشريف الحسني التلمساني، مؤلف الكتاب المشهور "مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول"، وكثيرون غير هؤلاء ممن لا يسع المجال لذكرهم⁴.

لا نرى بُدّاً هنا من الإشارة إلى أن تلمسان قد تعرضت لعدة هجمات بعد مقتل آخر حُكّامها الأقوياء، كما احتُلّت من قبل بني مرين وبني حفص أكثر من مرة، في ذات الأثناء التي كان الإسبان يهاجمون فيها السواحل الجزائرية ويستعمرونها الواحدة بعد الأخرى، وقد كان آخر ملوك

¹ - المعروف بالبوني.

² - مسعود بن موسى الفلوسي، المرجع السابق ص 81. يحيى بوعزيز، الموجز في تاريخ الجزائر، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ص 161.

³ - عبد الرحمن بن محمد الجيلالي، تاريخ الجزائر العام، الجزء الثاني، دار الثقافة، لبنان، 1980م، ص 247.

⁴ - عبد الحميد حاجيات، الحياة الفكرية بتلمسان في عهد بني زيان، مجلة الأصالة، السنة 4، العدد 26، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، الجزائر، 1975م، ص ص 139-149.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الدولة الزيانية موالياً لهم مما أثار غضب السكان ودفعهم للاستجد بالعثمانيين الذين لبوا النداء، ثم انهارت الدولة الزيانية وصارت الجزائر إيالة عثمانية (تحت لواء الدولة العثمانية) إلى غاية الاستعمار الفرنسي¹.

نتج عن هذه التبعية ازدواجية القضاء في الجزائر، على اعتبار أن المذهب الحنفي هو المعتمد لدى الدولة العثمانية، فكان لابد أن يظهر للسطح مجدداً بعد غياب طويل عن الإقليم الجزائري، وقد جرت العادة أن يقوم السلطان العثماني بتعيين المفتي الحنفي، في حين يُعين الداي المفتي المالكي. وإذا ما كنت هناك حالة طعن يتم رفعها إلى المجلس الشريف، الذي يتشكل من قاضيان، أحدهما من الحنفية والآخر من المالكية، والأمر سيان بالنسبة للمفتيان. وفي كل خميس يجتمع أعضاء هذا المجلس بالجامع الكبير في الجزائر العاصمة للنظر في تلك الطعون، أما إذا كان المتنازعان غير مسلمين فيستمع القضاة إلى شكاوهم في صحن المسجد وخارجه².

ما سبق الحديث عنه هو ما كان معمولاً به رسمياً في الدولة، لكن مجتمعيًا جرت العادة على الاحتكام للمذهب المالكي طيلة العهد العثماني، رغم عدم تعصب فقهاء المالكية أو رفضهم ونفورهم من المذهب الحنفي، بل هناك منهم من فضّل الانتصار له، مما ينم عن روحٍ تراعي الخلاف.

لقد سيطر كتاب "مختصر خليل في فروع الفقه المالكي" على الدراسات الفقهية المالكية في الجزائر خلال هذا العهد، وأصبح مرجعاً أساسياً للشروح والحواشي المختلفة، الشيء الذي لم تكن تعرفه هذه الدراسات قبل العهد العثماني، وبهذه الصورة التي صارت عليها، فكانت نقلة جذرية فيها³.

¹ - عثمان الكعاك، مرجع سابق، ص 267.

² - صالح فركوس، المختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم، الجزائر، 2002م، ص 118. عمار بوحوش، التاريخ السياسي للجزائر من البداية ولغاية 1962م، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1997م، ص ص 71-72.

³ - مسعود بن موسى فلوسي، مرجع سابق، ص 93.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفرع الثاني: المبررات المتعلقة بالمذهب المالكي

إضافة للمبررات التي سبق ذكرها عند حديثنا عن مشروعية التقنين الفقهي وحججه ومقاصده التي يحققها، فالمذهب المالكي يتميز عن غيره بخصائص أخرى، على الصعيد المنهجي، وكذلك على الصعيد العملي، على النحو الآتي بيانه.

أولاً: خصائص المذهب المالكي على الصعيد المنهجي

هناك عدة خصائص في هذا العنصر، أجمالناها في عنصرين.

1. كثرة وتنوع أصول المذهب المالكي

أحاط المذهب المالكي بأصول بقية المذاهب السنية كلها، بل إنه أضاف لها أصولاً تميزه، كأصل عمل أهل المدينة، ومما لا شك فيه أن هذه الكثرة تُحسب له لا عليه، إذ تفتح مجالاً رحباً للاجتهاد الفقهي وتُسهل عملية إيجاد الحلول لكل نازلة تستجد بالمجتمع¹.

لقد تنوعت هذه الأصول مع كثرتها بما يتناسب مع واقع المكلفين، إذ زاوجت بين النقل والعقل، النص والمصلحة، كما جمعت بين عرف الشرع وعرف الناس، ومختصر الحديث أنها وازنت بين الحكم والحكمة، ولعل هذا راجع لكون مالك بن أنس رحمه الله إماماً في الفقه والحديث، فكان إلزاماً على أصول مذهبه أن تدمج بين مدرستين فقهيتين وأصوليتين عريقتين هما: مدرسة أهل الفقه ومدرسة أهل الحديث².

2. توسع المذهب المالكي في أعمال دلالات أصوله

إن المذهب المالكي لا يكتفي بالنظر إلى النص وظاهره، بل يغوص في مكنونات ألفاظه وتفسيراتها والمقصد من وضع هذا النص أصلاً، وتتبع كل شيء قد يفيد في استخلاص الجوانب المعنوية له، وهو ما يبدو جلياً في أبواب القياس بأنواعه، وكذلك في الاستحسان، وفي تمييز

¹ - محمد قاسمي، المذهب المالكي في ضوء خصائصه، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2021م، ص ص 776-777.

² - المرجع نفسه، ص 777.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

أفعال النبي صلى الله عليه وسلم بين ما كان وحياً وبين ما كان نابغاً من بشريته أو مُخصّصاً له باعتبار نبوته، وقد أبدع المالكية في كل ما سبق مما أثرى مذهبهم¹.

ثانياً: خصائص المذهب المالكي على الصعيد العملي

إن هذه الخصائص عديدة، أجمالناها في العناصر الآتي ذكرها.

1. غزارة القواعد الفقهية للمذهب المالكي

القواعد الفقهية هي نصوص تجمع شتات الفروع الفقهية للمذهب بطريقة مختصرة وعملية، وتعتبر أقرب للمواد القانونية بالنظر إلى كيفية صياغتها، كان للمذهب المالكي الحظ الأوفر منها، حيث أبدع فقهاؤه في تأليفها، نذكر منهم الإمام القرافي وكتابه "الفروق" الذي أودع فيه مئات القواعد الفقهية، في حين جمع عبد الله المقرئ أكثر من ألف ومائتي قاعدة فقهية في كتابه "القواعد" والتي نظمها الزقاق تحت اسم "المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب" واشتهر بها، ثم أتت بعدهم عدة شروحات واختصارات².

2. سعة أفق المذهب المالكي

يتجلى هذا العنصر في أخذ الإمام مالك رحمه الله بشريعة ما قبلنا التي توافق شريعتنا وفق قاعدتين فقهيتين هما: الجمع أولى من الترجيح، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يُخالف شرعنا.

يمكن القول أن شعار المذهب المالكي كان الأخذ بالخير من عند الغير، واعتبار الخير خيراً لذاته لا لأهله الذين صدر منهم، مما يدل على سعة أفقه، إضافة لمراعاته للخلاف وفق قاعدة يقوم عليها المذهب³، بأن اتخذها أصلاً من أصوله الفقهية التي بنى عليها فقهه، كما قدّم

¹ - محمد قاسمي، مرجع سابق، ص 777.

² - عبد التواب مصطفى خالد معوض، ترقية المذهب المالكي بين مشروعية التقنين وآليات التنفيذ، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2014م، ص 581.

³ - قاعدة مراعاة الخلاف، اختلف في طبيعتها، غير أننا نرى الأصح اعتبارها قاعدة فقهية وأصلاً من أصول المذهب، لأنها مسلكٌ اجتهادي مالكي. للاستزادة راجع: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الأول، تحقيق: خليل المنصور، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998م، الفرق الثامن والعشرون: الفرق بين قاعدة مراعاة الخلاف

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

نية المكلف ومقصده من تصرفاته، كنيته الحسنة عند إبرام عقد ما مثلاً، أي أن الحكم على فعل معين مُرتبط بقصد فاعله، مما نتج عنه التيسير ورفع الحرج عن المكلفين في كثير من أفعالهم، إضافة إلى تجدد فقه هذا المذهب ومواكبته لتطور الزمان والمكان، فكان المذهب المالكي مذهباً مرناً معتدلاً ووسطياً بحق¹.

إضافة لكل ما سبق؛ فالمذهب المالكي هو المذهب الوحيد الذي خاض تجربة الصياغة القانونية من قبل على يد الفرنسيين الذين قاموا بغزو مصر، أين أمر نابليون بونابرت بنقل أمهات الكتب في الفقه الاسلامي عموماً، والفقه المالكي على وجه الخصوص إلى فرنسا، حيث استفادوا منه أيم استفادة، حتى أن آثاره ظلت واضحة إلى الآن، خاصة في المسائل التجارية، وهو ما شهد به بعض علماء الغرب المُنصفين².

مُجمل ما قدمناه حتى الآن يُعتبر نظرياً، حيث خَلَصنا إلى أَنَّ التقنين هو عملية كتابة القانون وتبويب أحكامه وقواعده وصياغتها في مواد يتم ترتيبها تصاعدياً من طرف المقنن، وإيرادها بلغة بسيطة واضحة مفهومة لا تخلق لبساً لدى قارئها. بينما الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، مما يجعل التقنين الفقهي هو جَمع الأحكام التي تنتمي إلى نفس الموضوع في قالب واحد وصياغتها على نحو بسيط ودقيق بعبارات لا تُفهم على مَعْنَيْن، مع تبويبها وترتيبها ترتيباً منطقيّاً، كأن يتم ذكر أركان العقد قبل آثاره، ثم ميّزنا كل هذا عما يشابهه، ووضحنا بأن الشريعة الإسلامية لا تعني الفقه، وإنما أحكامها.

عَرَجنا بعدها للحديث حول آراء فقهاء المالكية في مسألة تقنين أحكام الأسرة، وذلك بإيراد موقفهم من التقنين الفقهي كلّه بإجازته أو رفضه، على اعتبار أَنَّ الفقهاء لم يُميزوا فقهاً عن آخر حال حديثهم في هذه المسألة، بل بينوا وجهة نظرهم حول تقنين أحكام الشريعة الإسلامية عموماً لا أحكام الأسرة فقط، فكان رأيهم في تقنين هذه الأخيرة إسقاطاً لرأيهم في الأولى، وانتهينا إلى أَنَّ

وقاعدة الخروج من الخلاف. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، الجزء الخامس، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1977م، كتاب الاجتهاد، مبحث مراعاة الخلاف.

1 - عبد التواب مصطفى خالد معوض، مرجع سابق، ص ص 778-782.

2 - المرجع نفسه، ص 582. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي (مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه)، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2001م، ص 9.

الفصل الأول: الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

الرأي الراجح هو مشروعية هذا التقنين وجوازه، وذلك بعد أن أوردنا حجج الطرفين والرد عليها من كليهما.

عدّنا بعدها المبررات والأسباب التي تَجَرّ المذهب المالكي للواجهة كلما تَحَدَّث أحدهم عن أحكام الأسرة، أو عن فكرة تقنينها، ورأينا أنّ منها ما يتعلق بالبلد في حد ذاته، إزاء تاريخه والسلطات التي تعاقبت عليه كالدولة الرستمية والدولة الزيانية وغيرها، إضافة للرحلات العلمية لفقهاءه إلى المدينة المنورة. ومنها ما يرجع إلى المذهب المالكي وقواعده، خاصة قاعدة أعمال الخلاف التي تفتح مجالاً للأخذ بالوارد في بقية المذاهب الفقهية مادامت الضرورة والمصلحة تقتضيه، دون أن يُعتبر ذلك خروجاً عن المذهب المالكي إذا ما تمّ باحترام شروطها التي أشرنا إلى مرجع يُستزاد فيها منه، على أمل أن يكون هذا تععيداً وافياً لفهم الجانب التطبيقي الذي سنُسهبُ فيه تالياً.

الفصل الثاني:

الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

تمهيد وتقسيم:

لا شك أنَّ البحث في موضوع تقنين فقه الأسرة لن يكون ذا قيمة علمية إلا إذا تطرقنا لكيفية إسقاطه على أرض الواقع، كي لا يظلَّ حبراً على ورق بل تطبيقاً عملياً يُحدثُ أثراً في واقع الناس ويساهم في حلِّ مشاكلهم لا أن يُوجَّحُها.

لم يبقَ تقنين أحكام الأسرة مجرد فكرة طُرحت في المؤلفات والندوات العلمية، بل صار محاولات واقعية أنتجت مدونات وقوانين متعلقة بالأسرة تستند إلى المذاهب الفقهية بدرجات متفاوتة أو تتشبهت بمذهب مُعين، وقد أظهرت بعض هذه المحاولات والجهود أنَّ الدمج بين الأصالة والحداثة ممكن عند تقنين فقه الأسرة، لذا فإننا سنُثَمِّنُها بذكرنا لها لما نجد فيها من إثراء لبحثنا.

ثم إنَّ الممارسات القضائية في مجال شؤون الأسرة بالجزائر قد أسفرت عن مواطن النقص التشريعي فيه، والتي سنأتي على ذكرها والتمثيل لها بما يناسبها مما أوردته دول أخرى في قوانينها الأسرية، علَّنا نَقْفُ على اقتراح مواد قانونية نراها أحسن من التي هي عليها الآن.

لكننا بدايةً سنُبين آلية تقنين فقه الأسرة وكيف تُحقِّقه كل دولة تسعى لذلك، ثم نُعدِّد الجهود التي بُذلت من طرف بعض الدول الإسلامية لتجسيده (المبحث الأول)، ونُثَمِّنُ هذه المذكرة بنقدنا لبعض المواد الواردة في قانون الأسرة الجزائري، والتي نُحِبُّ تعديلها لا سيما إذا كان هذا التعديل مُرتكزاً على ما قال به المالكية، مع مقارنتها بما يُقابلها في بعض التقنيات الأسرية لدولٍ أخرى نرى أنها وُفِّقت في ذلك ونقترح بديلاً لها (المبحث الثاني)، كي نُظهر أخيراً أنَّ تقنين أحكام الأسرة ممكن عملياً، خاصةً إذا كان مُرتكزاً على فقه المالكي، الذي يفتح باباً لمخالفته عبر أهم قواعده، المتمثلة في قاعدة مراعاة الخلاف.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

المبحث الأول: متطلبات تقنين فقه الأسرة والجهود المبذولة بالارتكاز على

المذهب المالكي من طرف بعض الدول الإسلامية

للوصول إلى المزايا التي يُحققها التقنين الفقهي عموماً بما فيه تقنين فقه الأسرة لا بد أن يتم بمراعاة جملة من المتطلبات والضوابط التي تضمن فاعليته في الواقع العملي، وهو ما سعت إليه بعض الدول الإسلامية من خلال جهود تقنية استندت إلى أحكام الأسرة الواردة في المذهب المالكي، سواءً بصفة كلية أو جزئية.

سنوضح تالياً المتطلبات التي يجب مراعاتها واحترامها من الدولة عند محاولتها تقنين فقه الأسرة (المطلب الأول)، ثم نعرض على ذكر بعض المحاولات الواقعية للدول الإسلامية التي تشجعت وبادرت بتقنين فقه الأسرة، غير أننا سنحصرها بالتالي ارتكزت على المذهب المالكي في ذلك أو أحالت عليه، دون أن ننسى الوقوف على مكانة المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الثاني) كي نطلّ في سياق بحثنا.

المطلب الأول: متطلبات تقنين فقه الأسرة

يمكن أن نسميها لوازماً أيضاً، ونقصد بها الآلية التي تحكم عملية التقنين في حد ذاتها حتى تُحقق لنا تلك المزايا التي تدفعنا لتقنين الفقه أصلاً والتي أسهبت فيها بما يكفي حال حديثنا حول مشروعيتها.

خلال بحثنا في هذا العنصر عثرنا على عدة تقسيمات فرزناها إلى متطلبات موضوعية (الفرع الأول)، وأخرى شكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المتطلبات الموضوعية لتقنين فقه الأسرة

يتطلب تقنين فقه الأسرة تحديد مجاله وما يشمل من موضوعات، ثم حصر الأحكام المراد تقنينها بهدف تحديد محتوى هذا التقنين، قبل تبين كميّته وتوضيح الآلية التي يتم بها تحويل هذه الأحكام إلى نصوص قانونية ملزمة.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

أولاً: تحديد مجال تقنين فقه الأسرة

نريد بهذا العنصر توضيح نوع الأحكام التي تنصب عليها عملية التقنين، لأن أول ما يفعله المقنن هو تحديدها.

يُقسّم الفقهاء الأحكام الشرعية باعتبار مجالها إلى أحكام اعتقادية، أحكام خُلقية، وأحكام عملية، هذه الأخيرة التي تتعلق بأفعال المكلفين، من عبادات ومعاملات، وهي ما اصطُح على تسميتها بـ "الفقه"، وفيما عدا أحكام العبادات؛ فإن هذه الأحكام العملية -المتعلقة بالمعاملات- هي المقصودة بالتقنين، وفي بحثنا هذا نقصد منها مجال الأحوال الشخصية تحديداً (كالزواج والميراث والحضانة)¹.

لا نجد ضيراً هنا من التتويه إلى إمكانية تقنين بعض الأحكام المتعلقة بحماية العبادات والشعائر الدينية، مثال ذلك ما قامت به ليبيا من تقنين بعض أحكام الزكاة وأن الدولة من تقوم بجبايتها وعقوبة منعها، وكذلك ماليزيا التي نصت على عقوبة المجاهرة بالإفطار، وعقوبة عدم أداء صلاة الجمعة والتخلف عنها، ومنع الآخرين من العبادات، لكنه ليس في نطاق بحثنا وإنما ذكرناه على سبيل الدقة والتقاط المعرفة الصحيحة².

إنّ من أحكام المعاملات ما وردت نصوصها قطعية في ثبوتها أو دلالتها أو كليهما، فلا مجال للاجتهاد فيها، ومنها ما وردت ظنية في ثبوتها أو دلالتها أو كليهما، مما يفتح المجال للاجتهاد وإعمال الرأي في تلك النصوص؛ وهو الشيء الذي أسفر عن تعدد آراء الفقهاء في المسألة الواحدة بعد أن اختلفت فهمهم لها، والمقنن يختار منها ما يراه موافقاً للمتطلبات التي عليه تحقيقها، والتي سيأتي إيرادها في العناصر اللاحقة³.

¹ - حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 67. محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 42.

² - لعيايدة هاجر، حركة التقنين الفقهي، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017/2016م، ص 145.

³ - يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993م، ص 22

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثانيًا: تحديد محتوى تقنين فقه الأسرة

نريد بهذا العنصر توضيح فحوى التقنين المتعلق بالأسرة، والذي هو نفسه مضمون التقنين الفقهي.

هناك من يرى بأن هذا التقنين يجب أن يتم بالاعتماد على الرأي الراجح في مذهب واحد فقط، على أن يصح دليله ويكون هو في حد ذاته محققا للمقصد والمصلحة؛ فيلزمُ به أهل البلد حسب السائد عندهم من المذاهب، ومنهم من يرى أن يتم التقنين بالنظر إلى الرأي الأنسب من بين جميع آراء الفقهاء المجتهدين المعتمَر بقولهم، هذا كله ضمن الاتجاه الفقهي الإسلامي الذي يرى أن ينطلق المقنن من الفقه الاسلامي أولاً؛ فيحاول تبويبه وصياغته وترقيمه كالقوانين الوضعية، وفق أحد الآراء السابق ذكرها، في حين أن هناك ما يعرف بالاتجاه الفقهي الوضعي، الذي يرى بأن على المقنن أن ينطلق من القانون الوضعي؛ فيحاول نسبة نصوصه إلى الفقه الاسلامي، فما توافق منها اعتمد وما تصادم ترك، لتعجيل إنتاج التقنين الفقهي، وهو ما اختلف حوله الفقهاء بين رافضي ومُجيزٍ مطلقاً أو بشروط¹.

في الحقيقة إن هذه الفكرة الأخيرة هي ما أثارت لدى الفقهاء المتأخرين مسألة التخيير في المذاهب، التي تسمى في مجال التقنين بـ "التلفيق التشريعي" أو "التخيير الفقهي"، مقصداً أن يُخير ولي الأمر أحكاماً من مختلف المذاهب كي يجعلها قانوناً تسير عليه البلاد الإسلامية، وقد يكون هذا التخيير من مذهب واحد، أو من عدة مذاهب²، بينما عمم غيره الأخذ من مختلف المذاهب شريطة صحة الدليل وعدم مخالفة الإجماع، وإن هناك من حصر التخيير في المذهب السائد بالبلد مع الخروج عنه متى اقتضت الحاجة. غير أن الواقع يرينا أن أغلب الهيئات واللجان المكلفة بالتقنين لا تأخذ بالمذهب الواحد ولا بالمذهب السائد، بل ترى الأخذ من كل المذاهب مع

¹ - حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 68. هيثم بن فهد الرومي، مرجع سابق، ص 394. محمد زكي عبد البر، مرجع

سابق، ص 43. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 313.

² - هناك من حصرها في المذاهب السنية الأربعة: الحنفية، المالكية، الشافعية، والحنابلة.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

اختيار الرأي الأرجح دليلاً والخادم للمقاصد المرجوة من تشريع النص، على أن يوافق مصالح الناس ويكون الأنسب لحالهم، غير مخالف لقواعد الشريعة ومقاصدها¹.

إن؛ أغلب لجان الدول العربية لم تتبنَّ مذهباً واحداً في تقنين الأحوال الشخصية، بل منحت الاعتبار لجميع الآراء الاجتهادية لدى الفقهاء ولم تتقيد بمذهب معين حتى لو كان سائداً فيها، خلاف ما قامت به الدولة العثمانية من إصدارها لـ "قانون العائلة" وفق المذهب الحنفي الشائع في ربوعها آنذاك، وهو ما نحاول البحث في إمكانية تطبيقه في الجزائر أيضاً، لكن وفق المذهب المالكي.

لا يتفق الدكتور حمادي عبد الفتاح مع الاتجاهين السابقين، وهو ما ذكره صراحةً في مقالته "الأسس المنهجية لضبط التقنين الفقهي وتحديد مجالاته"، حيث يرى أن تقنين الفقه عموماً يتطلب النهوض بالعملية الاجتهادية كما كان حال الفقهاء قديماً، ولا يعتقد أن ذلك سيتم إلا بقراءة دقيقة للمراجع والكتب الفقهية للوقوف على السر وراء قوة صناعتها التشريعية، إضافة إلى الاهتمام بالاجتهاد التنزيلي لا البياني فقط، عن طريق دقة الفهم لقضايا المجتمع وحسن تكييفها مع ما يلائمها من الأحكام، وفق الصياغة المقاصدية، إضافة إلى إتقان فقه الواقع وفقه المال وغيرهما مما ذكره في مقالته، بغرض تقديم حلول تناسب قضايا العصر ونوازلها بينما تحافظ على مرجعيتها الشرعية².

وإننا ننحو منحى الدكتور حمادي، ونتفق معه فيما أسلف، مع التأكيد على ضرورة احترام بعض الضوابط الشرعية أثناء تقنين فقه الأسرة، والمتمثلة في³:

- عدم معارضة أحكام الشريعة الإسلامية، والحرص على مراعاة مقاصد تشريعات الأسرة، مع الانتباه إلى خصوصية المعاملات الأسرية دوناً عن غيرها، وتوضيح حُرمة المحظور منها صراحةً دون ترك مجال لفهم غير ذلك من المادة القانونية.

¹ - هيثم بن فهد الرومي، مرجع سابق، ص 395-399. ناصر بن عبد الله الميمان، مرجع سابق، ص 28. مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 31.

² - حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 68-71.

³ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 25-28.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

- النظر إلى صحة الدليل وقوته عند الترجيح بين الآراء الفقهية المختلفة في ذات المسألة، دون الاعتبار بصاحب القول أو مذهبه، لأن المُجتهد ليس معصوماً من الخطأ.
- الإقتصار على إيراد القواعد العامة والبُعد عن التفاصيل والجزئيات، لتحقيق صِفَتَي العموم والتجريد في المادة القانونية، مع التنويه على استحسان إتباع تقنين فقه الأسرة بمذكراتٍ إيضاحية وتفسيرية تُسهِبُ في تبين تفاصيل الرأي الفقهي المقنّن، مع إمكانية الإشارة عند الاقتضاء إلى المصطلح القانوني الوضعي الذي يُقابل المصطلح الفقهي، كل هذا حتى يُتاح لهذا التقنين أن يُوَكِّب تغيّرات المجتمع وألا يصير جامداً أو عاجزاً أمامها، كحال العديد من محاولات، والتي باءت بالفشل كما سيجري ذكره لاحقاً.
- البعد عن الاهتمام بموافقة مضمون القوانين الوضعية، أو الانصياع لأهواء الضغوط الخارجية، وفي ذلك يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: «لن نحاول أن نصطنع التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صفة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته، وتقضي الأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه بمقوماته وطبائعه»¹.
- مراعاة العرف والواقع الاجتماعي الجزائري؛ فلم يكن يوماً التضييق على الناس أو وضعهم في حرج مقصداً للشرعية الإسلامية، بل لطالما كانت تدعو لليسر والرحمة ومراعاة الظروف والأحوال عند التكليف والإلزام، إذ لا يُعقل مثلاً إلزام المُعسر بالإنفاق وهو بالكاد يَجِدُ ما يَسُدُّ به جوعه وعطشه.
- تحقيق التوازن بين أصالة الفقه الإسلامي ومتطلبات العصر الحديث، عن طريق معالجة النوازل الأسرية المستجدة والتصدي لها، مما يسمح بالجمع بين ثبات النصوص الشرعية ومرونة الاجتهاد الفقهي، على نحو يُحقق العدل والاستقرار في الأسرة والمجتمع، كما يُراعي مقاصد تشريعات الأسرة بصفة خاصة، والكُلّيات الخمس بصفة عامّة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، ط 2، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997م، ص 6.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفرع الثاني: المتطلبات الشكلية لتقنين فقه الأسرة

مالذي يجب أن يُحترم من الناحية الشكلية عند صياغة الرأي الفقهي في شكل مادة قانونية، أو ما يسمى بـ "تقنيته"؟ هذا العنصر سيُجيب عن هذا السؤال، ويُفرّق بين ما هو ضرورة فنية وما هو ضرورة إجرائية يفرضها واقع التقنين في البلد.

أولاً: المتطلبات الفنية

تتمثل هذه المتطلبات الفنية، في اللغة التي ستُقنن بها أحكام الأسرة، وكيفية صياغتها والأسلوب المُتَّبَع في ذلك، وكذا طريقة ترتيب الآراء الفقهية المتعلقة بالأسرة في مواد قانونية مع تبويبها وترقيمها، على النحو الآتي بيانه.

1- اللغة

إن اللغة هي الوسيلة التي يُصاغ بها التقنين الفقهي، وعلى هذا الأساس يتعيّن أن تُصاغ المواد القانونية المُستقاة من فقه الأسرة المالكي على نحو واضح بسيط ودقيق باللغة العربية (لأنها اللغة الرسمية في الجزائر كما هو منصوص في دستور 2020 وما قبله، إضافة لكونها لغة القرآن، الذي يُعدّ مصدر المصادر بالنسبة للمسلمين وفقهائهم)، مما يُتيح الفهم حتى لعامة الناس لا لأهل الاختصاص وحسب، من غير شُحّ في الكلمات أو إسهاب، مع مراعاة قواعد هذه اللغة والانتباه إلى توحيد المصطلح وعدم استعمال غيره للتعبير عن ذات المعنى حتى لو كان مرادفاً له¹.

حين نتحدث عن لغة التقنين الفقهي؛ لا بُدّ أن ننوّه إلى خصوصية لغة فقه الأسرة ومصطلحاته، هذه الأخيرة التي قد تختلف من مذهب إلى آخر، لذا يجب على المقنّن أن يحترم اللغة الفقهية للمذهب المالكي دوناً عن غيره حال صياغته للآراء الفقهية في شكل مواد قانونية مُلزِمة، إلا إذا كانت هذه المصطلحات الفقهية لا تقيّ بحاجات العصر ويتعسر فهمها مادام في

¹ - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 34. حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 75.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

اللغة المعاصرة ما يؤدي ذات المعنى؛ لأن المهم هو تيسير الفهم لتحقيقه على ضوء اللغة العربية وقواعدها دون الخروج العشوائي عن مصطلحات المذهب¹.

2- الصياغة والأسلوب

نقصد بالصياغة هنا كيفية تحويل الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة في المذهب المالكي إلى مواد قانونية ملزمة، بينما نعتبر الأسلوب هو الوسيلة المفضية إلى الفهم الصحيح لمكونات هذه الأحكام الفقهية المقننة إذا ما حسن تطبيقه من طرف المنوط به ذلك، عن طريق²:

- توظيف الصيغة المناسبة لكل حكم، فمثلا الأمر والنهي يُعبّر عنهما بصيغة قطعية جازمة، خلاف الإباحة التي تكون بصيغة مرنة.

- تجنب التكرار أو التناقض، أو الألفاظ الغامضة والغريبة.

- تجنب ذكر الأمثلة والأدلة والتطبيقات العملية للقاعدة القانونية، والنظريات الفقهية أو حتى أسباب اعتماد ذلك الرأي الفقهي دون غيره أو التفصيل في دليله، لأن التقنين أتي كي يلزم لا حتى يُعلم.

- محاولة تجنب الإحالة من نص إلى نص، لصعوبة تتبعها، إلا للضرورة، وهو ما برزت فيه التقنيات السويسرية تحديداً.

- مراعاة العرف الصحيح في المجتمع الجزائري باعتباره مخاطب بهذا التقنين، مع الالتفات لمقاصد تشريعات الأسرة.

¹ - ساعد تبيينات، ضوابط تقنين الفقه الاسلامي مجلة المعيار، المجلد 13، العدد 26، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، ص 150. حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، الصفحة نفسها. محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص ص 95-96. قطب الريسوني، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، 2006م، ص 46. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 73.

² - قطب الريسوني، مرجع سابق، الصفحة نفسها. مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص ص 32-33. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 6، العدد 1، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر، 1936م، ص ص 72-73.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

على أن يُراعى عند الصياغة الوضوح والإيجاز والبساطة، مع الإشارة إلى أن الوضوح عند تقنين فقه الأسرة يكون في شقين، الشق اللغوي (aspect linguistique) والشق المتعلق بطبيعة المحتوى الموضوعي (aspect subjectif)¹.

في الحقيقة، إن الصياغة والأسلوب وجهان لعملة واحدة، فركاكَةُ الصياغة قد تؤدي إلى التناقض بين الأحكام، بينما يتسبب سوء الأسلوب في غموضها؛ إذ لا فائدة تُرجى من صحّة الصياغة ما لم يكن الأسلوب مُتَقَنًا.

3- التبويب والترتيب والترقيم

إن التبويب هو عملية تصنيف الأحكام المُقنّنة حسب موضوعاتها التي تندرج ضمنها، ثم جعل هذه المواضيع عناوينًا لها وفق المنطقية والعملية، عن طريق تحقّق الانسجام بين العنوان والأحكام المُحتواة فيه، وعدم الإسهاب في العنونة. بينما يأتي الترتيب بعد ذلك؛ فيما أنّ هناك عدة أحكام تنتمي إلى ذات الموضوع الذي تحاول معالجته؛ فهي إذن يتم ترتيبها تبعًا لأولويتها فيه منطقيًا، فأركان الزواج مثلاً تُردّ قبل آثاره لا بعدها. في حين أن الترتيب هو منح المواد المقنّنة -والأبواب والفصول التي تندرج ضمنها- أرقامًا تسلسليّة؛ حتى يسهل الرجوع إليها².

مع الإشارة إلى عدم التقيد باتباع ترتيب الكتب الفقهية، لأن طبيعة البحث الفقهي تختلف عن طبيعة التقنين، وذلك من عدة أوجهٍ أوّلها الإلزام الذي تنفرد به هذه الأخيرة؛ فلا يصحّ إذن الاعتماد على النسق الترتيبي ذاته³.

¹ - حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 73.

² - مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 35. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المصري، مرجع سابق، ص 69. لعيايدة هاجر، مرجع سابق، ص 148. محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص ص 89-90.

³ - محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 47.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثانيا: المتطلبات الإجرائية

نُريد بهذا العنصر توضيح صفات الأشخاص والهيئات الذين يُحبَّذ لو تُوكَّل لهم مهمة تقنين فقه الأسرة في الجزائر، ويمكن تقسيمهم إلى اللجان التالية:

1- لجنة تحديد مواضيع التقنين والإشكالات التي عليه حلها

تتكون هذه اللجنة من خبراء في مختلف التخصصات المتعلقة بالأسرة وما يتصل بها، ويستحسن أن تكون محدودة العدد. تتكفل بوضع مشروع تمهيدي أولي لتقنين فقه الأسرة في الجزائر، وذلك عن طريق اختيار المواضيع والإشكالات والنقاط التي يتعين على التقنين أن يتناولها ويعالجها ويجد الحلول لها¹.

2- لجنة اختيار الأحكام

تتكون هذه اللجنة من خيرة الفقهاء والقانونيين، من قضاة وغيرهم. تتكفل بغربة الآراء الفقهية والأحكام لاختيار الأنسب منها، وتقديمها كي تكون حلاً للمواضيع والإشكالات التي حصرتها اللجنة التمهيدية السابقة².

3- لجنة الصياغة القانونية

تتكون هذه اللجنة من خبراء في اللغة العربية وقواعدها، مهمتها صياغة الأحكام في عدة مجموعات حسب ما تعالجه كل مجموعة من مواضيع أسرية، وذلك في مواد قانونية متتالية؛ فليس لهذه اللجنة إلا التنسيق بين الإشكالات وما يقابلها من حلول، أين تنتهي إلى صياغة كل حكم وفقاً للموضوع الذي يُعالجه³.

¹ - محمد زكي عبد البر، ص 97. لعيايدة هاجر، مرجع سابق، ص 154. قطب الريسوني، مرجع سابق، ص 44. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 268. نور الدين بوكريد، المذهب المالكي في الجزائر: واقعه وآفاق تنميته وتقنيته، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، 2014م، ص 498.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - نور الدين بوكريد، مرجع سابق، ص 498.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

بعد أن ينتهي عمل هذه اللجان الثلاثة تأتي مرحلة الإقرار التي تليها مرحلة الإصدار، حيث يتم عرض الحوصلة التي انتهى إليها عمل هذه اللجان، على عدة مختصين في مختلف الميادين المنوطة بشؤون الأسرة، من أساتذة وخبراء اجتماعيين من أطباء نفسانيين، وأخصائيين في علم السلوك والعلاقات الزوجية، إضافة للموثقين والقامات العلمية في المسائل المرتبطة بالمواريث والأوقاف مثلاً، وحتى الخبراء العاملين في البلديات في مجال الحالة المدنية. إذن؛ في هذه المرحلة يتم جمع أهل الاختصاص الذين يفقهون في المواضيع التي تم تقنين أحكامها؛ كي يُدققوا فيها ويقدموا ملاحظاتهم حولها، ثم يُصدّروا التقرير النهائي¹.

إذا كان قرارهم بقبول ما تم تقديمه؛ تنتهي مهمتهم ويحين دور السلطة التشريعية في الجزائر، أين يتم عرض هذا العمل التقني على جميع أعضاء البرلمان، فإما أن يتم رفضه أو تعديله أو إقراره؛ فإذا أُقرّ يتم اتخاذ الإجراءات اللازمة لاعتماده من طرف السلطة التنفيذية، ثم يتم عرضه على رئيس الجمهورية كي يصادق عليه ويتم نشره في الجريدة الرسمية، ويصبح ساري المفعول ومُلزماً كغيره من القوانين الوضعية في المجالات الأخرى في الجزائر².

لابد أن نشير هنا إلى مرحلة مهمة يجدر الاهتمام لها بعد صدور هذا التقنين، والتي تتمثل في مراجعته بصفة روتينية ودورية، حتى يظل مواكباً لتطورات المجتمع وظروفه ونوازل، مع التنويه على المرونة في التعديل عليه؛ كي لا يصاب بالجمود، ولا ضَيَّرَ في تخصيص لجنة لذلك، تَعَقَّدُ اجتماعاتها من حين لآخر، مع ضرورة أن يكون القضاة أعضاءً فيها، على اعتبار أن عيوب التقنين ستظهر حتماً عند تطبيقه، وهو ما يُحسِّن القضاة كشفه أكثر من غيرهم³.

مع التأكيد على أن المذهب المالكي يُراعي الخلاف مع غيره من المذاهب وفق مبدأ أساسي في قواعده الأصولية، فلا بأس إذن من أن يتم تعديل هذا التقنين بغير الرأي المختار من الفقه المالكي في شؤون الأسرة؛ إذا كان هذا الرأي قد صار الأصلح بعد تطور المجتمع، وذلك وفق

¹ - نور الدين بوركديد، مرجع سابق. مسعودي نور الدين، مرجع سابق، ص 36.

² - محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص ص 97-98.

³ - المرجع نفسه، ص ص 98-99. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص 270-271. ساعد تبيينات، مرجع سابق، ص 150.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ضوابط وشروط فصلها الفقهاء حال حديثهم عن مسألة الخروج عن المذهب المختار عند التقنين، وإن المجال حتمًا لا يسعنا لذكرها هنا¹.

المطلب الثاني: بعض الجهود المبذولة من طرف الدول لتقنين أحكام الأسرة حسب

ما ورد في الفقه المالكي

انفردت كل دولة بتقنينها لشؤون الأسرة حسب ما أنتجت جهود فقهاء وأهل الاختصاص فيها (الفرع الأول)، على النحو الآتي بيانه قبل إيراد الدول التي أحالت إلى المذهب المالكي سواء بالرجوع إليه حصراً أو ابتداءً (الفرع الثاني)، ثم إننا سنقارن كل هذا بما قامت به الجزائر من جهود -على وجه الاختصار-، مع إقحام بعض الملاحظات التي نعتقد بأهميتها تناولها في هذا العنصر.

الفرع الأول: بعض الدول التي قامت بالارتكاز على الفقه المالكي لتقنين أحكام الأسرة

سنفصل تاليًا في المحاولات التي بذلتها بعض الدول في سبيل تقنين فقه الأسرة من المذهب المالكي، ونذكر هنا أننا رتبناها باجتهادنا تباعًا، وذلك اعتمادًا على مدى موازنة الدولة بين الحداثة والأصالة عند تقنينها أحكام الأسرة، كي نتجنب إيرادهم عشوائيًا مما قد يُشوّش فهم القارئ لمُرادنا من هذا العنصر، وحتى نُقارن حالها أخيرًا بما هو عليه الأمر في الجزائر بعد التطرق لبعض الدول التي أحالت القاضي إلى المذهب المالكي في تقنيناتها الأسرية، سواء كانت إحالتها هذه حصراً أم ابتداءً.

أولاً: المغرب

لطالما خضع المغاربة إلى أحكام الفقه المالكي في شؤونهم الأسرية، إضافة لبعض الأعراف المحلية عند العرب والأمازيغ، بينما تُطبّق أحكام الأحوال الشخصية العبرية على اليهود منهم، وقد ظهرت لديهم فكرة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية عمومًا حتى قبل الاستعمار الفرنسي، ومن أدلة ذلك مذكرة محفوظة في التراث المغربي مكتوبة من قبل أحد الفقهاء (اختُلف في تحديد هويته)، جاء فيها: «وأول عمل يبدأ به: انتخاب أربعة من أفاضل العلماء الذين سبق لهم خدمة

¹ - ساعد تبينات، مرجع سابق، ص150.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

القضاء وكانوا مُتَّصِفِينَ بالاستقامة، مع أربعة آخرين يكونون بالغاية القصوى من العلم، بشرط أن يكونوا مِلَمِّين بأحوال الوقت ويُكَلِّفون بكتاب يُقتصر فيه على قول مذهب الإمام مالك -رضي الله عنه- بعبارة سهلة يفهمها العالم والجاهل، كما فعلت الدولة العثمانية (مجلة الأحكام العدلية) وبعد إتمامه يُعرض على مجلس الملة ثم على المجلس الأعلى، وبعد الاتفاق على مواده ولو بغلبة الرأي يصدر أمر سيدنا نصره الله تعالى بالعمل فيه لدى جميع القضاة»¹.

في سنة 1912م نصت فرنسا² بموجب معاهدة فاس على سعيها لتأسيس نظام جديد بالمغرب، يحترم حرمة السلطان وقدسيتها الشعائر الدينية في البلد. وكنهج المستعمر الفرنسي دومًا؛ ما معاهداته في الحقيقة إلا حبرٌ على ورق، إذ قام بالتفريق بين العرب والأمازيغ من خلال تخصيص محاكم لهذه الأخيرة غير التي تحتكم لها الأولى، كما أنشأ لليهود المغاربة 22 محكمة عبرية ومحكمة للاستئناف، إضافة للمحكمة العبرية العليا، للفصل في النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة والمواريث³.

قام المستعمر أيضًا باستبعاد الزواج المختلط (بين المغاربة والفرنسيين) من سلطة القانون المغربي وأخضعه للقانون الفرنسي مباشرة، بل إنه قد ذهب أبعد من ذلك وأجاز لضابط الحالة المدنية تسجيل عقد زواج المسلمة بغير المسلم، رغم ما لاقاه من نفور واعتراض حتى من بعض القانونيين غير المسلمين، وعلى الرغم من أن المستعمر الفرنسي لم يستطع القضاء على المرجعية الدينية المالكية للمغاربة في المسائل الأسرية إلا أنه حدّ منها وحجّم دورها⁴.

¹ - محمد المنوني، مظاهر يقظة المغرب الحديث، المجلد الثاني، ط 2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1985م، ص 505. العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص 41.

² - باعتبار المغرب كان تحت الاحتلال الفرنسي.

³ - العشي نواره، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها. عبود موسى، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي بالدار البيضاء، المغرب، لبنان، 1994م، ص 236.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

من أجل كل ما سبق -وبعد استقلال المغرب عام 1956م- تم تشكيل لجنة كُلِّفَتْ بتقنين أحكام الأسرة بالاعتماد على الفقه الإسلامي عمومًا والفقه المالكي خصوصًا باعتباره المرجع لدى المغاربة¹.

أسفرت جهود هذه اللجنة عن إصدار مدونة الأحوال الشخصية المغربية في مدة ستة أشهر تقريبًا (عامي 1957م-1958م)، التي أضحت وقتها عاملاً مهماً في توحيد الأحكام القضائية والحفاظ على استقرار الأسرة وخصوصيتها، ثم حُلَّت محلها مدونة الأسرة المغربية عام 2004م² التي عُدلت بالقانون رقم 09-08 لسنة 2010م³.

ثانيًا: تونس

بعد الفتح الإسلامي احتكمت تونس إلى الفقه المالكي في شؤونها الأسرية، ماعدا القلة التي آثرت الفقه الحنفي⁴.

شقت الأفكار العلمانية طريقها في الأحياء التونسية على يد ثلة من المتأثرين بالغرب، كان أبرزهم السياسي الطاهر الحداد، الذي ألّف كتابًا يُنادي فيه بتحرر المرأة مُشكِّكًا في أحكام التعدد والحجاب وغيرها تحت عنوان "امرأتنا في الشريعة والمجتمع"، والذي لاقى ردًا من شيوخ جامع الزيتونة وعلمائه⁵، منهم من ألّف كتابًا للرد عليه وعلى مزاعمه⁶.

1 - العشي نؤارة، مرجع سابق، ص 42.

2 - الصادرة بموجب الظهير رقم 1-04-22 الصادر بتاريخ 3 فيفري 2004م بتنفيذ قانون رقم 70-03 جريدة رسمية عدد 5184 الصادرة بتاريخ 5 فيفري 2004م.

3 - عُدات بالظهير الشريف رقم 103-10-1 بتاريخ 16 جويلية 2010، جريدة رسمية عدد 5859 بتاريخ 26 جويلية 2010. العشي نؤارة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. العشي نؤارة، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 11، العدد 2، جامعة الجلفة، الجزائر، 2019، ص ص 305-306.

4 - العشي نؤارة، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص 40.

5 - أحمد الدرعي، حياة الطاهر الحداد، الدار العربية للكتاب، تونس، ليبيا، 1975م، ص ص 144-148.

6 - العشي نؤارة، مرجع سابق، ص ص 40-41. محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ط 1، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2009م، ص ص 21-22.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

على الرغم من ذلك فقد ظهرت على السطح تيارات عديدة تتحوّ منحى الطاهر الحداد وتتبني رأيه، كان أبرز من تصدّى لها: شيخ الإسلام المالكي "محمد العزيز جعيط"، الذي شكّل لجنة من قضاة شرعيين وشيوخ جامع الزيتونة، إضافة إلى بعض المحامين والأعيان؛ بُغية إعداد مشروع يُقنّن أحكام الأسرة، يُوفّق فيه بين الوارد في الفقه المالكي والفقه الحنفي، عُرف باسم "لائحة الشيخ جعيط" إلا أنه لم يكن من نصيبه رؤية النور، بسبب المستعمر الفرنسي آنذاك¹.

بعد استقلال تونس عام 1956م انكبّت جهود الدولة لتقنين أحكام الأسرة، وهو ما تمّ خلال عدة أشهر انتهت بصدر مجلة الأحوال الشخصية التونسية² في العام نفسه، دون الإعلان عن أعمالها التحضيرية أو اللجنة المكلفة بوضعها، ونُشير إلى أن تاريخ صدورهما صار يومًا وطنيًا للاحتفال بالمرأة التونسية³.

كان واضحًا في هذه المجلة خروجها عن أحكام الفقه الإسلامي في بعض المسائل، وعدم تقيدها بمذهب معين فيما تبقى، بل إنها قد ذهبت أبعد من ذلك حين استقّت أحكامها من الآراء الاجتهادية الشاذة في المذهب الجعفري وغيره، تحت اسم العصرنة والحداثة، رغم ادعائها بالاعتماد على لائحة الشيخ محمد جعيط في نقاط معينة، وهو ما نفاه الشيخ نفسه الذي راسل وزير العدل مُطالبًا إياه بتنقيح فصول المجلة (موادها)⁴، منها الفصول 14، 18، 19، 30، 35، وحتى الفصل 88 المتعلق بموانع الإرث التي سكّنت المجلة عن إدراج الكفر ضمنها، كما أرسل إليه فتواه بعدم جواز الاعتماد على الفقه الجعفري وكذا القانون الإيراني، حين لاحظ التأثير الجليّ بهما في فصول المجلة⁵.

¹ - العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص ص 40-41. محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ط 1، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2009م، ص ص 21-22.

² - أمر 1956/8/13 المنشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر بتاريخ 1956/8/17 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ - العشي نواره، مرجع سابق، ص 41.

⁴ - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 23.

⁵ - العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 302. عماد بن خاطر، ميراث الأحماد في مجلة الأحوال الشخصية، رسالة الماجستير المهني في قسم الفريضة، المعهد العالي لأصول الدين، جامعة الزيتونة،

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

سارت أحكام الأسرة التونسية مُبتعدة عن مرجعيّتها الدينية بالشيء القليل كل فترة وفترة، ونذكر هنا أنه قد توالى -منذ استقلال تونس- القوانين التي أدت إلى إلغاء نظام الوقف (الحبوس) بنوعيه الخاص والعام في شهر جويلية من عام 1957م، ولم يكن هذا تعديلاً مفاجئاً بالقدر الذي كان عليه حين تمت إجازة التبني ومنع التعدد عام 1958م¹.

لم تُثنِ أصوات شيوخ الزيتونة -الرافضة لحال المجلة وتعديلاتها- من عزيمة القائمين عليها، ورغم مناداتهم بإعادة تقنين أحكام الأسرة وفق المذهب المالكي مع الانفتاح على الآراء الاجتهادية في بقية المذاهب على خطى الشيخ جعيط، مُتعلّلين بأنّ الإسلام دين الدولة التونسية كما نص عليه دستورهما؛ إلا أنهم قبلوا بالتجاهل والإعراض، واستمرت آمالهم رغم العلامات الواضحة من المُشرّع بسيره عكس مطالبهم في تقنين أحكام الأسرة².

ثالثاً: ليبيا

عزَمَ المستعمر الإيطالي منذ عام 1911م على طمس الهوية الثقافية للشعب الليبي، كغيره من المستعمرين، غير أنّ محاولاته في ذلك فشلت وانتهت باعترافه بالمحاكم الشرعية، وقد استمرّ هذا حتى بعد استقلال الأراضي الليبية عام 1951م. ألزم القضاء الشرعيين بالحكم بالقول الراجح في الفقه المالكي، إلى غاية عام 1964م، أين صدر قانون يُلزمهم بتطبيق الرأي المشهور في الفقه المالكي بدلاً من الراجح، أي الرأي الأكثر اعتماداً عند فقهاء المالكية، إضافةً لما جرى العمل به من آراء اجتهادية. ونشير إلى أنه تم بعد ثلاث سنوات وضع مشروع لتقنين أحكام الأسرة إلا أنه كغيره لم يَرَ النور³.

تونس، 2009/2008م، ص 47. محمود العنابي، تطور تشريع الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7، تونس، 1961م، ص 50.

¹ - العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص ص 302-303. نويرة بسمه، المؤسسات الإسلامية الرسمية في تونس، من 1956م إلى اليوم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، 2008/2007م، ص 50.

² - العشي نواره، مرجع سابق، ص 303.

³ - العشي نواره، مرجع سابق، ص ص 303-304. الجليدي سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1986م، ص ص 9-10.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

بعد ثورة الفاتح من سبتمبر بدأت الجمهورية العربية الليبية بإعادة صياغة قوانينها بما فيها تلك المتعلقة بالأسرة، في عهد الرئيس معمر القذافي، حيث تم إنشاء لجان لتقنين أحكام الأسرة، انتهى عملها إلى صدور قانون غير كامل سنة 1972م يقتصر على تبيين أحكام الزواج، الطلاق، التطليق والخلع فقط، في تسع مواد شحيحة، عدل لاحقاً بسنة واحدة¹.

عام 1976م صدر القانون رقم 251²، أول تقنين ليبي معقول لأحكام الأسرة، كان الغالب فيه الأخذ بالآراء الاجتهادية المالكية. وفي نفس السنة التي صدر فيها قانون الأسرة الجزائري (1984م)، أصدر المشرع الليبي قانوناً أكثر تفصيلاً في الأحكام الأسرية، مستمداً إياه من الفقه المالكي أيضاً، فيما يُقارب 75 مادة³، تحت مسمى قانون الأحوال الشخصية الليبي⁴.

نُشير إلى أنه تم تعديل هذا القانون في بداية التسعينات، إذ قيّد المشرع الليبي تعدد الزوجات وبعض أحكام التطليق دون الخروج عن أحكام الشريعة، مما جعله إحدى النماذج المثيرة لاهتمام الدول الإسلامية الساعية لمحاولة تحقيق التوازن بين الأصالة والمعاصرة في تقنيناتها الأسرية⁵.

رابعاً: موريتانيا

كان المذهب المالكي هو الغالب في ربوع البلد بدايةً من الفتح الإسلامي، وهو ما استمر حتى بعد الاستعمار الفرنسي، وكما هو متوقع من المستعمر؛ لم تمرّ وهلة حتى حاول بسط سلطته على كافة المجالات، لم تسلم من قبضته إلا شؤون الأسرة، التي ظلت خاضعة لأحكام

1 - العشي نواره، مرجع سابق، ص 304. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 22.

2 - قانون القضاء رقم 51، الجريدة الرسمية الليبية، العدد 25 لسنة 1976، نقلا عن زبيدة الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي (دراسة فقهية مقارنة)، المجلد الأول، دار البدر، ليبيا، 2009م، ص ص 13-26.

3 - العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 304.

4 - قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (10) لسنة 1984م يتضمن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، الجريدة الرسمية الليبية، ليبيا.

5 - العشي نواره، مرجع سابق، ص ص 304-305.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

الفقه المالكي بصفة خاصة، وكان القاضي فيها مجتهدًا وفقهًا في حد ذاته، يتصبّع رأيه الاجتهادي -في النزاع المعروض عليه- بالإلزام لأطرافه حصرًا¹.

نالت موريتانيا استقلالها الكلي عام 1960م، وبعد ذلك بثلاث سنوات قامت الجمهورية الإسلامية الموريتانية بإعداد مشروع للأحوال الشخصية بناءً على أحكام الأسرة في الفقه المالكي، غير أنه لم يُصدّر. وفي بداية الثمانينات اتخذت السلطات الموريتانية على عاتقها مهمة تقنين أحكام الأسرة مع مراعاة التطورات المجتمعية ومُتغيّرات العصر، وهو ما أنتج مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية² عام 2001م المُتضمنة 314 مادة، بمشاركة كتابة الدولة المكلفة بالمرأة، مع الإشارة إلى أن الهيئة المعهود إليها بهذا التقنين كان جُلّها مُكوّنين دينيًا وشرعيًا³.

لقد حرّرت هذه المدونة مُستفيدةً من أحكام الشريعة الإسلامية كلها ولكن الغالب فيها مرَدُّهُ إلى الفقه المالكي، وسيأتي ما يؤكد هذه المرجعية الدينية فيما سنذكره لاحقًا⁴.

الفرع الثاني: بعض الدول التي أحالت إلى المذهب المالكي في تقنيناتها المتعلقة بالأسرة

هناك دول عديدة أحالت إلى المذهب المالكي، غير أنّ منها من أحال إليه حصرًا، أي يتم الرجوع إليه فقط دون غيره فيما سكت المقتن عنه، ومنها من أحال إليه ابتداءً بجعله المرجع الأول للقاضي قبل بقية المذاهب، وهو ما سنأتي على تفصيله تاليًا.

¹ - العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص 43. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 25.

² - قانون رقم 052-2001، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2001م، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004، الصادرة بتاريخ 15 أوت 2001م، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

³ - العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص 44. العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 307. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

أولاً: الدول التي أحالت إلى المذهب المالكي حصراً

هناك دولتان فقط أحالتا قاضي شؤون الأسرة إلى المذهب المالكي وحده فيما لم يتم تقنينه، وهما: الكويت وموريتانيا.

1- الكويت

نصّت المادة 343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي¹ على الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي حصراً فيما سكت المشرع عنه، وذلك تدريجياً، بداية بالرأي المشهور، ثم الراجح أو ما اعتاد العمل به في المذهب المالكي؛ وإذا لم يجد القاضي الحكم الفقهي فيما سبق فإنه يطبق المبادئ العامة للمذهب².

2- موريتانيا

أكدت مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على الرجوع للفقه المالكي فيما استشكل فهمه أو سكت عنه المشرع. حيث خُتِمت بأحكامٍ مُتضمنة في المادة 311 إلى غاية المادة 314، نصّت أولاًها على أنه يُرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة إلى المشهور -فقط- في المذهب المالكي، مما يؤكد مرجعيّتها الدينية المالكية³.

نُشير هنا إلى أنّ النقاش ما يزال مطروحاً في موريتانيا بُغية إزاحة عادات القبيلة والعشيرة عن كرسي الفصل في النزاعات الأسرية بصفة كُلّية وتطبيق نصوص هذه المدونة بدلاً عنها، إضافة لتوسعة مرجعيّتها الدينية بالألا تقتصر على الفقه المالكي وحسب، بل تفتح المجال للاستفادة من بقية الآراء الاجتهادية في المذاهب الأخرى⁴.

¹ - قانون رقم (51) لسنة 1984، الصادر بتاريخ 7 جويلية 1984م، الجريدة الرسمية الكويتية: الكويت اليوم، العدد 1507، الصادرة بتاريخ 24 جوان 1984م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

² - لعمارة عبد الرزاق، مسعودي يوسف، الجذور التاريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 9، العدد 2، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2024م، ص 585.

³ - العشي نورة، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، المرجع السابق، ص 307-308. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - العشي نورة، مرجع سابق، ص 308.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثانيًا: الدول التي أحالت إلى المذهب المالكي ابتداءً

هناك ثلاث دول أحالت قاضي شؤون الأسرة إلى المذهب المالكي أولاً قبل البحث في بقية المذاهب الفقهية، وذلك فيما لم يتم تقنينه، وهي: المغرب، الإمارات، والبحرين.

1- المغرب

لقد طالت مدونة الأسرة المغربية عدة انتقادات، أبرزها كان سببه إحالة المشرع المغربي للمراجع أو المشهور أو المعمول به في المذهب المالكي فيما لم يرد النص عليه في هذه المدونة وفق ما نصت عليه المادة 400 منها، في حين أنه تم تقنينها دون التقيد بالمذهب المالكي في مضمونها، مما أظهر تناقض المشرع وطرح التساؤلات حول المرجعية الدينية لهذه المدونة حقاً. برزت بعدها عدة محاولات لتعديلها، باءت جميعها بالفشل حتى عام 2004م أين تدارك المشرع المغربي ما أغفله سابقاً، فأحال إلى المذهب المالكي أولاً ثم بقية الآراء الاجتهادية في مختلف المذاهب الفقهية شرط أن تكون موافقة لقواعد العدالة وغيرها. لم يوقف هذا التعديل الشد والجذب الحاصل بين المنظمات الحقوقية والمشرع المغربي إلى اليوم، رغم تبنيه لأغلب مطالبها وسيره نحو الحداثة والعلمانية التي تبتغيها شيئاً فشيئاً، مُستعِراً بذلك غضب المُنادين بالأصالة والتحفظ¹.

2- الإمارات

نصت المادة 2 من قانون الأسرة الإماراتي² على الرجوع إلى الرأي المشهور في كل مذهب من المذاهب الفقهية السنية الأربعة، وذلك على الترتيب، بداية بالمذهب المالكي، ثم المذهب الحنبلي، يليه المذهب الشافعي، فالمذهب الحنفي. مُتفَرِّداً في نهجه هذا عما سار عليه غيره³.

¹ - العشي نوره، مرجع سابق، ص ص 305-306. العشي نورة، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

² - قانون اتحادي رقم (28) لسنة 2005م، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2005م، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 439، الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 2005م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

³ - لعمارة عبد الرزاق، مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص ص 585-586.

نصت المادة 3 من قانون الأسرة البحريني¹ على الرجوع أولاً إلى الرأي المالكي المشهور في المذهب، ثم بقية الآراء الاجتهادية في المذاهب الفقهية، دون إلزام القاضي بالبحث في الراجح أو المعمول به في المذهب المالكي².

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من المذهب المالكي في قانون الأسرة

إن النظر إلى جهود هذه الدول لتقنين أحكام الأسرة الموجودة في الفقه المالكي يحز في النفس حين نلتفت إلى الجهود التي بذلتها الجزائر في ذلك، كونها محتشمة؛ فحق أن تُوجّه الجهود إلى تقنين أحكام الأسرة، ولعدة مبررات بسطناها سابقاً؛ نُحَبِّذُ أن يتم ذلك حسب ما ورد في فقه مالك ابن أنس رضي الله عنه ووفق أصول مذهبه.

أشرنا في إحدى العناصر السابقة إلى ازدواجية القضاء الجزائري في فترة من الفترات التاريخية للدولة (المذهب المالكي والمذهب الحنفي) حين كانت الجزائر إيالة عثمانية. نذكر هنا أن الدولة العثمانية قد أصدرت مجلة الأحوال العدلية كأول تقنين فقهي رسمي، وبعد فشل هذه المجلة أصدرت قانون حقوق العائلة (عام 1917م) المنظم لشؤون الأسرة، والذي كان ظاهراً فيه عدم التقيّد بالمذهب الحنفي كما فعلت المجلة. استقى هذا القانون مواده من الآراء الاجتهادية في المذاهب الفقهية الأربعة³، فتارة يأخذ بالمذهب المالكي في مسألة ما، وتارة بمذهب غيره، وفق شروط وضوابط يفقهها القائمون على ذلك⁴.

¹ - قانون رقم (19) لسنة 2017م، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2017م، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد 3310، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2017م، المتضمن قانون الأسرة البحريني.

² - لعمارة عبد الرزاق، مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 586.

³ - المذهب الحنفي، المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي.

⁴ - المرجع نفسه، ص ص 580-581. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ص 260-261. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، ط 2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996م، ص 110. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج وانحلاله (دراسة فقهية مقارنة)، الجزء الأول، ط 7، المكتب الإسلامي، لبنان، 1998م، ص 12.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

تَبَيَّنَتْ عِدَّةُ دُولٍ عَرَبِيَّةٍ هَذَا الْقَانُونَ، لَمْ تَكُنِ الْجَزَائِرُ ضِمْنَهَا بِسَبَبِ تَوَجُّهِ جُهودِهَا لِلتَّصْدِي لِلْاِحْتِلَالِ الْفَرَنْسِيِّ، وَإِنَّا مَهْمَا كَتَبْنَا مِنْ سَطُورٍ وَشَرَحْنَا مِنْ مَقَالٍ عَنِ الْكَيْفِيَّةِ الَّتِي انْتَهَجَتْهَا فَرَنْسَا لِدَحْضِ الْمَرْجِعِيَّةِ الدِّينِيَّةِ لَدَى الشَّعْبِ الْجَزَائِرِيِّ؛ لَنْ نُوْفِيَهَا حَقَّهَا يَقِينًا¹.

احْتَكَمَ الْجَزَائِرِيُّونَ إِلَى الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ فِي شُؤْنِهِمُ الْأُسْرِيَّةِ، وَلَمَّا رَأَتْ مِنْهُمْ فَرَنْسَا شِدَّةَ تَمَسُّكِهِمْ بِذَلِكَ، سَعَتْ إِلَى الْبَحْثِ فِي أَحْكَامِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، بُغْيَةً زَعَزَعَةَ هَذِهِ الْمَرْجِعِيَّةَ وَإِثْبَاتِ مَزَاعِمِهَا فِي أَنَّ الْقَانُونَ الْفَرَنْسِيَّ يَتَفَوَّقُ عَلَى هَذِهِ الْأَحْكَامِ وَأَنَّهَا جَامِدَةٌ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّطَوُّرِ وَمَوَاقِبَةِ الْمُسْتَجِدَّاتِ وَالنَّوَازِلِ².

فِي سَبِيلِ ذَلِكَ تَأَسَّسَتْ أَوَّلُ مَدْرَسَةٍ لِلْحَقُوقِ بِالْجَزَائِرِ عَامَ 1880م، ثُمَّ أَصْبَحَتْ كَلِيَّةُ الْحَقُوقِ عَامَ 1910م، أَيْنَ كَانَ يَتِمُّ تَدْرِيسُ الْفَقْهِ جَنْبًا إِلَى جَنْبٍ مَعَ الْقَوَانِينِ الْفَرَنْسِيَّةِ، لَكِنْ هَذَا لَمْ يَزِدِ الْجَزَائِرِيِّينَ سِوَى تَشَبُّهٍ بِشَرِيعَتِهِمْ وَدِينِهِمْ، مِمَّا أَلْزَمَ السُّلْطَاتِ الْفَرَنْسِيَّةِ بِتَعْيِينِ قَضَاةٍ جَزَائِرِيِّينَ مُسْلِمِينَ مُتَقَنِينَ لِللُّغَةِ الْفَرَنْسِيَّةِ وَأَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ؛ لِلْفَصْلِ فِي قَضَايَا الزَّوْجِ وَالطَّلَاقِ بَيْنَ أَفْرَادِ الشَّعْبِ الْجَزَائِرِيِّ، مُسْتَنْدِينَ فِي أَحْكَامِهِمْ إِلَى مَا وَرَدَ فِي الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ، بِالْاعْتِمَادِ عَلَى كُتُبِ خَلِيلِ وَابْنِ عَاصِمٍ، وَيَتِمُّ الطَّعْنُ فِيهَا أَمَامَ غُرْفَةِ الطَّعُونِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْمُتَوَاجِدَةِ بِالْقَضَاءِ الْفَرَنْسِيِّ، وَجَدِيرٍ بِالذِّكْرِ أَنَّ قَرَارَاتِ هَذِهِ الْغُرْفَةِ قَدْ خَالَفَتْ أَحْكَامَ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي عِدَدٍ مُعْتَبَرٍ مِنْهَا، وَكَأَنَّهَا كَانَتْ السَّمَّ فِي الْعَسَلِ³.

شَكَلَتْ السُّلْطَاتُ الْفَرَنْسِيَّةُ لَجْنَةً بِهَدَفٍ تَقْنِينِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْجَزَائِرِيِّ، وَذَلِكَ بِمَوْجِبِ قَرَارِ الْحَاكِمِ الْعَامِ بِالْجَزَائِرِ بِتَارِيخِ 22 مَارَسَ 1905م⁴. فِي عَامِ 1916م قَدِمَ الْعَمِيدُ مَارْسِيلُ مَوْرَانُ مَشْرُوعَ قَانُونٍ إِلَى هَذِهِ اللَّجْنَةِ، وَكَانَ قَدْ جُمِعَ فِيهِ أَحْكَامُ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأُسْرَةِ وَفَقْ

¹ - العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص ص 36-40.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص 18. محمد الشافعي، المرجع السابق، ص ص 11-12. G. H. BOUSQUET, Le droit musulman, Éditions Armand Colin, Paris, France, 1963, p 30.

³ - العشي نواره، مرجع سابق، ص 38. J. P. CHARNAY, La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié de 20eme siècle, préface de Jacques Berque, Bibliothèque de sociologie contemporaine, Presses Universitaires de France, France, 1965, p 200.

⁴ - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 15.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

المذهب المالكي، مُعتمدًا على ترجمة مختصر خليل بن إسحاق، غير أن هذا المشروع لم يتم المصادقة عليه مع أن القضاء الفرنسي كان يعتمد عليه، مع تمسك الجزائريين بالاحتكام إلى الفقه المالكي في شؤونهم الأسرية كما اعتادوا دومًا¹.

استمر المُستعمر في محاولة إقحام نفسه في شؤون الأسرة الجزائرية من خلال عدة قوانين، لم يتوقف إصداره لها حتى خلال الثورة التحريرية. ومع استقلال الجزائر تمّدد العمل بالقوانين الفرنسية التي لا تتعارض مع السيادة الوطنية وقواعد العدالة، في حين ظلت أحكام الفقه المالكي تحتلّ الصّدارة كمرجع للاحتكام في النزاعات الأسرية².

استغرق إصدار قانون الأسرة الجزائري مدة لم يستغرقها قانون غيره، وظلّ محلّ شدّ وجذب بين مُحافظٍ يدعو للأصالة ومُجدّد يُنادي بالحدّثة والمعاصرة، وبين هذا وذاك طُرحت مشاريع لم يُكتب لها رؤية النور، منها من استند في إعدادها إلى المجلة التونسية للأحوال الشخصية، ومدونة الأسرة المغربية³.

عام 1981م وُضع مشروع سريّ لقانون الأسرة الجزائري، لم يتم الإجماع عليه من طرف أعضاء البرلمان، وأثارت سريته غضب ثلّة من النساء اللواتي خرجن في مظاهرات نتيجةً لذلك، مما دفع رئيس الجمهورية لسحبه، وتَشكّلت لجنة من مختلف المختصّين لإعداد مشروع قانون الأسرة الجزائري، والذي لم يصدر حتى عام 1984م⁴.

¹ - العشي نواره، مرجع سابق، الصفحة نفسها. مارك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004م، ص 27.

² - العشي نواره، تاريخ تشريع الأحوال الشخصية في الدول المغاربية من الفتح الإسلامي إلى إصدار قوانين الأسرة، مرجع سابق، ص 39. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 19. مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص 28.

³ - العشي نواره، مرجع سابق، الصفحة نفسها. L. Hamdan, Les difficultés de codification du droit de la famille algérien, Revue internationale de droit comparé, n° 4, France, 1985, p 1001.

⁴ - العشي نواره، مرجع سابق، ص 40.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

لقد أحال المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون، دون تقييد القاضي بأي مذهب فقهي، وإنما نرى أنّ هذا النص له سلبيات تستغرق إيجابياته في زماننا حتماً¹.

إنّ هذه المرجعية الرّحبة الممنوحة للقاضي تُمكنه من أن يُعمل سلطته التقديرية بكل حرية للوصول إلى الحكم الأمثل في المسألة المعروضة عليه، غير أن هذه الفضفضة في اختيار أيّ قول اجتهادي يراه مناسباً؛ قد تُدخله في متهاتٍ ليس له الزّاد الكافي للخروج منها، إذ أنه لا يخفى على أحدٍ نقص المدارك الفقهية لدى قضاة شؤون الأسرة في وقتنا، إزاء تكوينهم الذي يعتمد على الجانب القانوني أكثر من غيره، فضلاً عن أنّ القضاة في تغيّر مستمر، ما إن يكتسب أحدهم خبرة قليلة في مجال ما حتى يجد نفسه قاضياً في مجالٍ آخر.

¹ - لعمارة عبد الرزاق، مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 587. جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزائر، 2009م، ص ص 306-307.

المبحث الثاني: نماذج تقنيّة أُسريّة مُركّزة على الفقه المالكي

ارتأينا أن يكون آخر عنصر نُدرجه في مذكرتنا مفتاح باب لفُسحة يأمل العديد من أهل الاختصاص لو يلجها المشرع الجزائري، ولسنا نرى أحسن سبيل يُحقق مسعانا من أن نجتهد في تقديم نموذجين على الأقل يؤكدان أن ما سطرناه في هذه المذكرة ممكن التطبيق.

سنُبين المقاصد والآراء الاجتهادية عند المالكية في بعض المسائل المُنتقاة من الآثار غير المالية (المطلب الأول) والآثار المالية للرابطة الأسرية (المطلب الثاني)، ونقارنها بما هو وارد في قانون الأسرة الجزائري، ثم نأتي على التمثيل لها ببعض المواد في تقنيات الأسرة للدول التي وافقت ما سار إليه الفقه المالكي في تلك المسألة ونقترح بديلاً لها، متأملين أن يكون ما سنطرحه في الأوراق التالية ذا أثر -يوماً ما- في نفوس القائمين على تقنين أحكام الأسرة في الجزائر.

المطلب الأول: الآثار غير المالية للرابطة الأسرية (الحضانة أنموذجاً)

أقرت الشريعة الإسلامية نظام الحضانة كواحد من أهم النظم في المجتمع، وكذلك فعلت تقنيات الأسرة في مختلف الدول على تنوع توجهاتها الفكرية، لارتباطها بطرف ضعيف غالباً ما يكون ضحية لأسرته ومجتمعه بداية من والديه. ولا يخفى على أحد أن نسب الطلاق في الجزائر تعلق أكثر فأكثر، ولأن الحضانة من أهم آثاره كان لزاماً توليتها اهتماماً يليق بحجم أثرها وضررها إذا ما تم تجاهلها، من أجل ذلك سنُفصل في مقاصدها ونُبين الغرض منها (الفرع الأول)، ثم نوضح ترتيب المستحقين لها (الفرع الثاني) على اختلافهم بين الفقه والقانون.

الفرع الأول: مقاصد الحضانة

تتنوع هذه المقاصد حسب الأساس الذي يتم تقسيمها إليه، غير أننا هنا قسّمناها وفق ما نراه خادماً لموضوعنا؛ فربطنا بعض المقاصد بالكلّيات الخمس الكبرى للشريعة الإسلامية، وما تبقى منها ضمّمناه في عنصر ثانٍ رأينا شموليته لها، مع ترك بعض الملاحظات نهائيةً، راجين أن يُحقق هذا التقسيم مُرادنا من العنصر كله.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

أولاً: المقاصد العامة للحضانة

عرّف فقهاء المالكية القدماء الحضانة على أنها «حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه»¹؛ لذا فإننا نريد بهذا العنصر توضيح مدى ارتباط الحضانة بالكليات الخمس للشريعة الإسلامية، على اعتبار أن المقصد العام للحضانة هو حفظ المحضون، لعلّة الضعف فيه وعدم قدرته على القيام بشؤونه بنفسه كما هو ظاهر في تعريفها عند المالكية وحتى عند غيرهم؛ فالحضانة عموماً قد شُرّعت حتى تكون درعاً يُحيط بالمحضون ويحفظ له دينه ونفسه وعقله ونسله وماله إلى أن يُصبح قادراً على ذلك بنفسه، وقد رتبناهم حسب الشائع عند جمهور الفقهاء من المالكية.

1. حفظ الدين

لا يختلف اثنان على أنّ الإنسان ابن بيئته حتماً، كما أنه مجبول على التأقلم مع البيئة التي يوضع فيها، خاصة خلال نشأته وقبل تمييزه، لأجل هذا اشترط الكثير من فقهاء المالكية اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لعلهم أن المحضون يرى الحاضن قدوته في معتقداته وما يؤمن به، وهو ما ينعكس على تصرفاته وأخلاقه التي يتقمصها المحضون شيئاً فشيئاً حتى يتطبع عليها وتصبح جزءاً من شخصيته. وحتى من أجاز اختلاف الدين بينهما فقد جعله قبل التمييز أو قيده بالألا يتأثر دين المحضون به، فمنع الحاضن مثلاً من إطعام المحضون الخنزير أو سقيه الخمر².

إنّ كل بني آدم مفطورٌ على الإسلام، وعلى الإيمان بوجود الخالق وبوحدانيته، غير أنّ هذه الفطرة غالباً ما تتأثر بالبيئة التي ينشأ فيها؛ فإما أن يُصبح نصرانياً أو يهودياً أو حتى ملحدًا، وغيرها من المعتقدات التي هو عُرضةٌ للتلبّس بها، لذا حث ديننا الحنيف على حفظ فطرة المحضون في عقيدته والتصدي لمحاولات تشويهاها من طرف الحاضن له، وهو ما تؤكد عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية في ذات السياق، كما أن هذا مدعاةٌ لنلّا يستثقل العبادات حين يصير

¹ - محمد أمين بن عمر بن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء الخامس، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994م، ص 252.

² - حنان غربي، كريمة العربي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وارتباطها بالمقاصد الشرعية (دراسة فقهية مقاصدية)، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2017/2018م، ص 73.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

مُكَلَّفًا بها، إذ تكون مغروسةً في قلبه لا يَحِيدُ عنها، كالصلاة والصيام وغيرهما، وهو ما قد يجنبه سوء المصير في الآخرة¹.

2. حفظ النفس

يتحقق هذا المقصد في الحضانة من جهتين، بالوجوب، وبالمنع.

جهة الوجوب: وتكون بقيام الحاضن بكل ما يحفظ نفس المحضون، من إرضاعه، إطعامه، سقيه، تنظيفه، وحتى تغطيته بما يُناسب الجو، ومداواته حال مرضه، بل إنَّ هناك من جعل مرض الحاضن مانعًا مؤقتًا لاستحقاقه الحضانة؛ إن كان مُعَدِّيًا، لئلا ينتقل هذا المرض للمحضون فلا يتم حفظ صحته، إضافة لاحتمال هلاكه وموته بسبب ضعف مناعته؛ ولأجل هذا هناك من اعتبره المقصد الأكبر من الحضانة، إذ لا بديل لحياة المحضون، في حين أنَّ بقية المقاصد يمكن تدارك عدم تحققها وتعويضه².

جهة المنع: وتكون بامتناع الحاضن عن القيام بكل ما يؤدي لهلاك المحضون أو الإضرار به وأذيته، أو أن يمنع غيره من القيام بذلك، بل حتى أن يمنع المحضون نفسه، كأن يرفض لعبه بالأدوات الحادة والمواد الكيميائية³.

هناك من يوسع مفهوم هذا النوع من الحفاظ كي يشمل نفسية المحضون ومشاعره، حيث جعل الضرر النفسي بمقام الضرر الجسدي، حتى أن منهم من يُسقط الحضانة عن الحاضن إذا كان مستقرًا في مكانٍ يؤثر على الحالة النفسية للمحضون، أو إن كان هذا الأخير يبغض ذلك المكان ولا يريد العيش فيه، بُغية أن ينشأ نشأةً سويّةً في بيئة تُعزز فيه الخلق الحسن لا أن تجعله كومةً من العقد النفسية التي تُضاف للمجتمع⁴.

¹ - حنان غربي، كريمة العربي، مرجع سابق، ص ص 82-83.

² - المرجع نفسه، ص 82.

³ - المرجع نفسه، ص 73.

⁴ - المرجع نفسه، ص 82.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

3. حفظ العقل

على الحاضن أن يبني ثقافة المحضون ويستثمر في فكره حتى يصبح عضوًا فاعلاً في المجتمع مستقبلاً، ويتم هذا بتعليمه وفق زمانه، كتنمية مداركه في التكنولوجيا الحديثة من حواسيب ووسائل تواصل وغيرها¹، وحثه على التعلم الذاتي والتفكير النقدي؛ كي لا يصير إسفنجة بشرية تتشرب كل أفكار عصره، بل إنساناً عاقلاً قادراً على غربلة الأفكار التي يتلقاها قبل أن يتبناها

يجب على الحاضن أيضاً أن يمنع المحضون من تناول المُسكرات والمخدرات والمشروبات الكحولية وغيرها، كما عليه أن يبين له انعكاساتها على خلايا دماغه وتأثيرها على جسده، مع توضيح مضارّ تغييبه عن الواقع، وإحاطة كل ذلك بمرجعية دينية لردعه حتى عن التفكير في التجربة².

4. حفظ العرض

العرض هو موضع المدح والذم في الإنسان، وحفظه مقصد ظاهر في أحكام الحضانة، من ذلك أن الأم غير العفيفة لا تستحق حضانة ابناتها، لاحتمال تقمُّصها أخلاق أمها وتأثرها بها، بل حتى لاحتمال أن يتم استغلالها جسدياً لصغر سنها³.

هناك من يُسمى هذا المقصد بحفظ النسل أو النسب أيضاً، وغيرها من الألفاظ، غير أننا اخترنا مصطلح "عرض" لأننا رأيناه خادماً للمقصد من الحضانة أكثر من غيره.

5. حفظ المال

إن هذا المقصد ليس دائماً التحقق في الحضانة؛ لأنها تختلف عن الوصاية، هذه الأخيرة التي تعني قيام الوصي على إدارة أموال الموصى عليه عوضاً عنه، والذي قد يحدث أن يكون محضوناً في الوقت نفسه. يُعين هذا الوصي من طرف الولي أو القضاء، غير أنه يمكن أن

¹ - حنان غربي، كريمة العربي، مرجع سابق، ص 83.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - المرجع نفسه، ص 74.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

تجتمع صفتا الحاضن والوصي في نفس الشخص، فيتحقق مقصد حفظ المال في الحضانة لقيام الحاضن بذلك¹.

ثانيًا: المقاصد الخاصة للحضانة

إنَّ أهم المقاصد التي خُصَّت بها الحضانة تتمثل في تكليف النساء بها، لرحمة المحضون والرفقة به والشفقة عليه، إضافةً للصبر على تربيته وتقويم سلوكه وأخلاقه والاعتناء بمأكله ومشربه وملبسه، هذا ما يتأتى غالبًا من جانب النساء أكثر من الرجال، إذ يُؤمن على رعايته والاهتمام به رغبةً وحبًا لا واجبًا فقط؛ فالمرأة تجدُّ مُتعتها في العناية بالمحضون، خاصةً إذا كان طفلها، كما أنَّ الحضانة توافق فطرتها وتسمح لها بممارسة أمومتها التي غرسها الله عزَّ وجلَّ فيها؛ فهي أدعى للسهر على مداواته والقيام بشؤونه، وأعلم بحاجياته وأقدر على حفظه ماديًا ومعنويًا، إلى أن يستقلَّ بذلك بنفسه؛ لأجل هذا قدَّم أغلب الفقهاء النساء على الرجال في استحقاقهن للحضانة، وبذلك قال المالكية أيضًا، حتى أنَّ مراعاة هذا المقصد هو ما يُحدث التفاوت بين المستحقين للحضانة عند تساويهم فيها، إذ يتمُّ تقديم الأكثر قدرة على تحقيق هذا المقصد عن غيره².

نُؤه إلى أنَّ هناك مَنْ يُقسِّم مقاصد الحضانة بين خاصة وعامة، وأخرى دنيوية، غير أننا نرى ما ذكرناه يستغرق كل هذه المقاصد. ومنهم من يُضيف مقصدًا أخرويًا يتمثل في رغبة نيل الأجر والثواب ومراضاة الله³، لكننا لا نراه مقصدًا مميزًا للحضانة، على اعتباره دافعًا لدى الإنسان عمومًا لقيامه بكل فعل أو امتناعه عنه؛ فإما أن يقوم به طمعًا في الثواب أو يمتنع عن ذلك خوفًا من العقاب؛ لذا لا نرى أنَّ الحضانة تتفرد بهذا المقصد أو أنَّ علينا إبرازه في عنصرٍ كغيره من المقاصد، بل تكفي الإشارة إليه.

قد يتساءل سائلٌ هنا عن علاقة مقاصد الحضانة بموضوعنا وعن سبب التطرق لها أصلًا، وحرِيَّ بنا القول إننا ذكرناها على سبيل التمهيد للعنصر اللاحق، الذي يتعلق بكيفية ترتيب فقهاء

¹ - حنان غربي، كريمة العربي، مرجع سابق، ص 83.

² - المرجع نفسه، ص 81. محمود حامد عثمان، تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الاسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 2014م، ص ص 28-29.

³ - المرجع نفسه، ص 84.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

المالكية لمستحقي الحضانة، إذ أنهم راعوا في ذلك مقاصدها الخاصة تحديداً، وكذلك فعل جُلّ الفقهاء في المذاهب الأخرى، كما سنوضحه تالياً.

الفرع الثاني: ترتيب مُستحقي الحضانة

نسعى من خلال هذا العنصر إلى توضيح كيفية ترتيب الفقه والقانون لمستحقي الحضانة، بُغية اقتراح مواد قانونية بديلة للتي هي الآن، علّها تسدّ النقص التشريعي الذي رأيناه فيها.

أولاً: ترتيب فقهاء المالكية لمستحقي الحضانة

يُسند جُلّ فقهاء المالكية الحضانة إلى الأشخاص التالية، حسب ترتيبهم¹:

- الأم ثم أمها ثم جدتها، أي أم المحضون أولاً، تليها جدته، وبعدها جدة أمه، وفي هذه الأخيرة تُقدّم جدة أم المحضون من جهة أمها، على جدة أمه من جهة أبيها.
- تأتي الخالة بعد الجدة، أي أخت أم المحضون، وتسبق الشقيقة غيرها، تليها أخت أمه من جهة أمها، ثم من جهة أبيها. ثم خالة أم المحضون، أي أخت جدته. وبعدها عمة أمه. ثم جدة المحضون من جهة أبيه مهما علّت وتُقدّم منهن الأقرب إليه فالأقرب.
- هؤلاء اللواتي يَسْبِقْنَ الأب فيأتي بعدهنّ (أي أب المحضون). ثم ابنته، أي أخت المحضون. تليها عمة أبيه، ثم خالة أبيه.

اختلف بعد ذلك في تقديم بنت أخ المحضون أم بنت أخته، والمعمول به في المذهب أن تُقدّم الأكثر كفاءة منهن لذلك، على أن تتقدّم الشقيقة، ثم التي من جهة الأم، فالتّي من جهة الأب.

¹ - حنان غريبي، كريمة العريبي، مرجع سابق، ص 34. صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، ط 1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002م، ص 164. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الجزء الأول، ط 1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، 2008م، ص 506. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أخرجه ونسقه وضبطه وخرّج أحاديثه: مصطفى كمال وصفي، الجزء الثاني، ط 1، دار المعارف، مصر، 1972م، ص 765.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

إذا لم يوجد أحد ممن سبق ذكرهن، تُسند الحضانة للوصي، فتجتمع فيه الصفتان، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى.

يُرتب الفقهاء بعد ذلك العاصبين بنفسهم، فتكون الحضانة لأخ المحضون، بداية بالشقيق، ثم الذي من جهة أمه، فالذي من جهة أبيه. يليه جد المحضون، أي أب أبيه مهما علا، وتكون للجد الأقرب فالأقرب. ثم ابن أخ المحضون فعم أبيه، يليه ابنه (أي ابن عم أب المحضون). ولا حضانة لأب أمه (جد المحضون)، ولا لخاله (أي أخ أم المحضون)، غير أن الفقيه أبو الحسن اللخمي قد خالف هذا الرأي المشهور في المذهب المالكي وقال بحضانة الجد من جهة الأم، لداعي الشفقة الذي قد يتوفر فيه أكثر من غيره الذين تقدموه في استحقاق الحضانة.

إذن؛ المشهور في الفقه المالكي هو أن يتم تقديم جهة الأم على جهة الأب في الحضانة لاحتمال شفقتهم على المحضون أكثر من غيرهم، كما تُسند إليهم حسب قوة القرابة؛ فهي للشقيق، ثم لأم، ويليه لأب، سواء كان الحاضن ذكراً أو أنثى. وتكون للجددة الأقرب فالأقرب مهما علت.

لقد جعل المالكية مدى توفر الرحمة والشفقة في الحاضن اتجاه المحضون هو المعيار الفاصل لإسناد حضانته إليه، بل حتى في ترتيبه مع غيره ممن يستحق حضانته أيضاً؛ فقدموا جهة النساء أولاً حفظاً للمقصد الذي تختص به الحضانة، ثم أسندوها للعصابات من جهة الرجال ثانياً، وهو القول المشهور عندهم¹.

نشير إلى أن الحضانة تَسْقُطُ عن مستحقها إذا لم تتوفر فيه شروطها، أو إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي عدم بقاءه معه².

¹ - حنان غريبي، كريمة العربي، مرجع سابق، ص 34.

² - فَصَّلَ فقهاء المالكية في هذه الشروط كغيرهم ممن أسهبَ فيها، وبيَّنوها جملة وتفصيلاً لمن يُريد الاستزادة عنها في كتبهم، راجع: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثاني، ط 1، تحقيق: حميد بن محمد لَحْمَر، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003م، ص ص 609-610.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثانياً: ترتيب المشرع الجزائري لمُستحقي الحضانة

نص قانون الأسرة الجزائري على الحضانة بداية من المادة 62 إلى غاية المادة 72، ومحور حديثنا سيكون المادة 63 منه، التي رَتَبَت مُستحقي الحضانة، واختلف ترتيبهم هذا بعد تعديله عام 2005م.

كانت تنص هذه المادة قبل تعديلها على إسناد الحضانة للأم، ثم أمها، ثم أم أب المحضون، تليها خالة المحضون، فعمته، ثم يأتي الأب، فالأقربون درجة.

وإننا لن نتوسع في النقاش حول العبارة الفضفاضة "فالأقربون درجة" والإشكالات التي تطرحها، لأنّ بحثنا متعلق بما ورد في هذه المادة بعد تعديلها، حيث أصبحت تمنح الحضانة للأب مباشرة بعد الأم، وهو ما لم يقل به أحد من فقهاء المالكية، بل حتى غيرهم من المذاهب الأخرى.

ولعلّ هذا الترتيب الجديد في تصورتنا قد تناسب مع مفهوم "الأسرة النواة" الذي صار عليه أفراد المجتمع الجزائري بعد أن كان أسرة ممتدة تُشيد بصلة الرحم والروابط الأسرية وتحتفي بها، خلاف ما آل إليه حاله اليوم، أين أصبح الأب والأم يستقلان ببيت بعيد عن بقية الأهل، ويبنيان درعاً معنوياً حول الطفل، وفي أحيان كثيرة يرفضان أي تدخل لتقويم سلوكه وأخلاقه حتى من طرف أصولهما.

ننتهم -نوعاً ما- هذا التعديل الذي غالباً ما كان نتيجة خضوع المشرع الجزائري للضغوط الخارجية إزاء الاتفاقيات التي صادق عليها متحفظاً عن بعض موادها، والتي في الحقيقة يراها البعض قضية وقت حتى يتبناها ويسحب تحفظاته عنها شيئاً فشيئاً، ولعلنا نشهد بدايات ذلك.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

ثالثاً: ترتيب مُقترح لمستحقي الحضانة

إننا نرى أنّ المشرع الموريتاني قد أحسن صنعاً من المشرع الجزائري في تقنينه لأحكام الحضانة، خاصة ما تعلق منها بترتيب مستحقيها، حيث نص في المادة 123 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنّ: «الحضانة من واجبات الزوجين مادامت الزوجية قائمة بينهما. إذا انفكت العصمة فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، ثم أم أمه ثم جدة أمه للأم ثم لأب ثم خالته الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب ثم خالة الأم ثم عمته ثم جدته لأب ثم الأب ثم أخته ثم عمته ثم بنت أخته وبنت أخيه أيهما أكفاً ثم الوصي ثم أخوه ثم جده من قبل الأب ثم ابن أخيه ثم عمه ثم ابن عمه. ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للأم ثم الذي للأب. الوصي مقدم على سائر العصبة في المحضون الذكر وفي الأنثى حال صغرهما مطلقاً وفي حال كبرها إن كان محرماً أو كان أميناً متزوجاً»، وهذا يوافق القول المشهور عند فقهاء المالكية، والذي سبق وأن بيّناه، في حين أنّ المشرع الجزائري قد سكت عن توضيح الواجب توضيحه، واتخذ لنفسه قاعدة مراعاة مصلحة المحضون -في جُلِّ أحكام الحضانة- كمنفذ يُبرر له تقصيره وتّصله هذا.

لم يكتفِ المشرع الموريتاني بذكره ترتيب الحاضنين وحسب، بل أضاف يؤكد عليه في المادة 124 التي تليها، حيث نصّ على أنّ يُراعى هذا الترتيب وأنّ تتنقل الحضانة تبعاً للذي يلي الحاضن الذي أسقطت عنه حضانته أو لم تتحقق فيه شروطها. وذلك بعد أن بيّن هذه الشروط أيضاً في مادة سابقة¹، كما نصّ في المادة 125 من نفس المدونة على أنّ للقاضي السلطة الواسعة في اختيار الحاضن إذا ما اتّحدت رتبته مع غيره ممن لهم الحق في الحضانة.

بناءً على ما سبق فإننا نقترح تعديل المادة 63 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: «الحضانة من واجبات الزوجين ما دامت الرابطة الزوجية قائمة بينهما. إذا انفكت هذه الرابطة فالأم أحق بحضانة ولدها من غيرها، ثم أمها، ثم جدتها، ثم جدة المحضون من جهة أبيه، ثم خالته الشقيقة، فالتى من جهة أمه، تليها التي من جهة أبيه، ثم خالة أمه، فعمته، ثم أم أبيه، ثم أبيه، ثم أخته، فعمته، فبنت أخته إذا رآها القاضي أصلح من بنت أخيه، ثم الوصي، وبعده أخ المحضون، ثم أب أبيه، ثم ابن أخيه، فعمه، فابن عمه».

¹ - راجع: المادة 122 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

مع اقتراح إضافة المواد التالية:

المادة 63 مكرر 1: «يُقدّم في كل الحالات الأقرب درجة للمحضون، فالشقيق أولاً، ثم الذي من جهة الأم، يليه الذي من جهة الأب».

المادة 63 مكرر 2: «يُقدّم الوصي على بقية العصابة في حضانة الذكر، وكذلك في حضانة الأنثى مادامت صغيرة، فإذا كانت كبيرة يُشترط أن يكون محرماً لها أو أمياً متزوجاً»

المطلب الثاني: الآثار المالية للرابطة الأسرية (الدفع إلى ذوي الأرحام أنموذجاً)

إنّ القرابة النسبية من أسباب الإرث عند المالكية، وبها أجمع الفقهاء من غير المذاهب الأخرى أيضاً، تعظيماً لشأن الروابط الأسرية؛ لذا لا نرى أنموذجاً نُقدمه في هذا العنصر أفضل من موضوع مرتبط بالارث، لاسيّما إذا كان قد كثر الأخذ والردّ حوله، كي نبحث في مقاصده (الفرع الأول) ثم نبين حكماً من أحكامه (الفرع الثاني) على سبيل المثال، حتى نبيّن قابليته للتقنين على نحو أنسب ممّا نصّ عليه المشرع الجزائري.

الفرع الأول: مقاصد توريث ذوي الأرحام

أغلب الفقهاء قديماً لم يتفقوا على توريث ذوي الأرحام، وهذا في جميع المذاهب الفقهية، بل إنّ الآراء الاجتهادية قد تعارضت حتى في المذهب نفسه، فالإمام مالك رحمه الله يقول بعدم توريثهم إذا كان بيت مال المسلمين منتظماً وعادلاً في توزيعه للمال على من لهم الحق فيه من فقراء المسلمين وغيرهم. في حين أنّ الإمام أبو حنيفة قد قضى بتوريثهم وأسهب مذهبه في تبين أحكامهم وفصل فيها كما لم يفصل غيره، وقد اختلف أصحاب أبي حنيفة في كيفية توريثهم (الإمام أبو الحسن الشيباني، وأبو يوسف القاضي) كلّ منهما يُدلي بدلوه في هذه المسألة، إضافة لغيرهم ممن تحدثوا في مسألة توريث ذوي الأرحام من عدمها، فهذا يقول بطريقة أهل الرحم، وآخر بطريقة أهل التنزيل، والبعض بطريقة أهل القرابة¹.

¹ - مسعودي رشيد، توريث ذوي الأرحام في قانون الاسرة، مجلة الراشدية، المجلد 8، العدد 1، جامعة مصطفى إسماعيل بمعسكر، الجزائر، 2015م، ص 14.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

إنّ متأخري المالكية لمّا رأوا تزعزُع الشروط السابقة في بيت المال قالوا بتوريث ذوي الأرحام وقدموهم عليه، إلا أنهم لم يعتبروهم ورثة بالمعنى الذي هو عليه بقية الوارثين من أصحاب الفروض والعصبات، بل جعلوهم ورثة استثنائيين، إذ تُدفع التركة إليهم بدلاً من أن تُترك دون وارث أو تُصرف في بيت مالٍ فاسد، وذلك عند انعدام أصحاب الفروض والعصبات، ماعدا الزوجين؛ فوجود أحد الزوجين لا يؤثر في ميراث ذوي الأرحام لأنه لا يُردّ عليهما، بل يُردّ على ذوي الأرحام عند انفرادهم مع أحد الزوجين¹.

بِغَضِّ النظر عن توريثهم لمقصد فساد بيت المال؛ فإنّ المالكية يهتمون بِصِلَةِ الرحم والروابط العائلية ويُعظمون شأنها، كما يُناشدون بالتكافل الأسري، هذا الأخير الذي يُعتبر توريث ذوي الأرحام آلية من آليات تحقيقه، فالقريب أولى بالمعروف². ويُعللون قولهم هذا بعدة حجج، أبرزها قوله عز وجل: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾³.

الفرع الثاني: أصناف ذوي الأرحام

كي يتسنى لنا الفهم الجيد للكيفية التي صُنِّف بها ذوي الأرحام لا بد من أن نُفرق بين ما هو من الفقه وما هو من القانون.

نسعى من خلال هذا العنصر إلى توضيح كيفية تصنيف فقهاء المالكية والمشرع الجزائري لذوي الأرحام، مع اقتراح بديل يسدّ الثغور القانونية التي بدّت لنا.

أولاً: تصنيف فقهاء المالكية لذوي الأرحام

يُصنِّف بعض متأخري المالكية ذوي الأرحام بحسب جنسهم إلى ثلاث عشرة فرداً، ستة من الرجال، وسبعة من النساء. فمن الرجال: الجد الرَّحِمِي (أي أب أم الميت)، ابن البنت (حفيد الميت من جهة ابنته)، الخال (أخ أم الميت)، ابن الأخت (سواء كانت أخته الشقيقة أو لأم أو

¹ - مسعودي رشيد، ص 13.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - سورة الأنفال، الآية 75.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

لأب)، ابن الأخ لأم، العم أبو الأم (أي أخ جدة الميت من جهة أمه). ومن النساء: بنت البنت، بنت الأخ، بنت الأخت، بنت العم، الجدة التي هي أم أب أم الميت، العمّة، والخالة¹.

لقد اختلف في تصنيف ذوي الأرحام بين مذهب وآخر؛ فالحنفية مثلاً يصنّفونهم إلى سبعة أصناف، والشافعية إلى عشرة أصناف، بينما يذكرهم الحنابلة في أحد عشر صنفًا، غير أنّ المتفق عليه لدى جميع هؤلاء الفقهاء هو أربعة أصناف لذوي الأرحام (من ينتسبون إلى الميت، من ينتسب إليهم الميت، من ينتسبون إلى أبوي الميت من فروعهما غير الوارثين، من ينتسبون إلى جدي وجدتي الميت)².

ثانيًا: تصنيف المشرع الجزائري لذوي الأرحام

نصّ المشرع الجزائري على ذوي الأرحام في المادة 139 من الفصل الثاني في قانون الأسرة، بقوله أنّ الورثة ينقسمون إلى: أصحاب الفروض، العصبات، ذوي الأرحام. غير أنه لم يُعرفهم كما فعل مع بقية الأصناف، ولعلّه أحسن في ذلك، من جانب أنه يُفضّل ترك التعريفات للفقه والقضاء كي تظهر مرونة هذا التقنين عند تطبيقه على أرض الواقع، غير أنه كان عليه تبعًا لذلك ألاّ يتكبّد عناء تعريف أصحاب الفروض والعصبات؛ لأجل هذا فإننا نحبّد لو أورد المشرع الجزائري مادة تُعرّف ذوي الأرحام من قبيل «هم من ليسوا عصبّة ولا ذوي فرض»³ كما عرّفهم المالكية.

لقد نص عليهم كذلك في المادة 167 من نفس القانون، أين قال برّد باقي التركة إلى أحد الزوجين في حالة عدم وجود صاحب فرض أو عاصب أو ذي رحم، وهذا بعد أن ذكر عدم الرد على الزوجين عند انفراد أحدهما مع صاحب فرض آخر على الأقل، فكما لو أنّ المشرع الجزائري

¹ - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الجزء الثالث عشر، ط 1، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994م، ص 53. قاسمي سامية، ميراث ذوي الأرحام بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ماستر تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، 2020/2021م، ص ص 38-39. عادل عيساوي، ميراث ذوي الأرحام بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 4، جامعة محمد الشريف مساعديّة بسوق أهراس، الجزائر، 2020م، ص 6.

² - قاسمي سامية، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

³ - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مرجع سابق، الصفحة نفسها.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

قَدَّم على ذوي الأرحام الرَّدَّ على أصحاب الفروض والعصبات، ثم قَدَّمهم على الرَّدَّ على أحد الزوجين عند انعدام بقية الورثة، إضافة لذكره إيَّاهم في المادة 180 من القانون ذاته، أين قَدَّمهم على الخزينة العامة للدولة¹.

نصت المادة 168 من نفس القانون أيضًا عليهم، والتي جاءت تحت عبارة "الدفع إلى ذوي الأرحام" بدلًا من "ذوي الأرحام" كما ذَكَر "العصبات"، ولعلَّ هذا في تصورنا كي يُظهر خلفيته المالكية في هذه المسألة، والتي سَبَق أن فَصَّلنا فيها وقلنا بأنَّ المالكية لا يَعتبرون ذوي الأرحام ورثة كالعصبات مثلًا، بل يَرون أنهم ورثة استثنائيون لمقاصد تُلزم توريثهم، مضى أن وضحناها؛ فكأن المشرع الجزائري كان يَسير في خط مستقيم عند قوله بتوريثهم مثلما قال جمهور الفقهاء بما فيهم متأخروا المالكية، ثم حاد عن الخط قليلًا وأشار إلى الدفع إليهم، فيتخاطر للذهن اعتماده على رأي المالكية في تصنيفهم وكذا، قَبْل أن يَتدارك نفسه ويَعود إلى المضمار بِخُطى عرجاء كي يُبين صنفًا واحدًا منهم لا غير، مُتَقَقِّ عليه بين جميع الفقهاء.

ولا ندري إذا كان هذا العَرج إزاء خوفه من الأخذ بغير ما جاء في المذهب المالكي أو نقصًا تكوينيًا من الناحية الفقهية للقائمين على عملية تقنين هذه الأحكام، أو حتى خِلافًا بين المُقننين أنفسهم في أيِّ رأي يَتِمُّ اعتماده في مسألة ذوي الأرحام، وإننا نَعزُو هذا التشوُّش حتمًا إلى نقص التكوين الفقهي للمقننين دون أن نُفدِّ بقية الاحتمالات.

لقد ذَكَر المشرع الجزائري في هذه المادة جهة البنية فقط، وكأنَّ الحبر نَفِد منه حين كان يُعَدِّد أصناف ذوي الأرحام، رغم اعتماده على طريقة أهل القرابة لتوريثهم، والتي يُعَدُّ تصنيفهم عاملاً أساسيًا لإعمال قواعدها، ثم إنه حين يَذكر منهم الصنف الأول فقط؛ فهو يَخْلُق بذلك إشكالات عديدة وتساؤلاتٍ عَمَّا إذا كان ذِكرهم هذا على سبيل المثال أم الحَصْر.

فهل المقصود من المادة هو أن يَتوسَّع القاضي في البحث بين الكتب الفقهية في هذه الأصناف ويَخْتار منها أيُّهم يَرى أحقيَّته في التركة عن غيره؟ أم أنَّ عليه التقيد بالصنف الأول فقط ويَحرم بقية الأصناف من الإرث حتى عند وجودهم؟² ثم كيف يَقوم بتوريثهم أساسًا؟

¹ - محمد علي فركوس، ذوو الأرحام في أحكام المواريث، دار تحصيل العلوم، الجزائر، 1987م، ص 184.

² - مسعودي رشيد، مرجع سابق، ص ص 8-9.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

إنّ هذا الفراغ التشريعي لا بد أن يُملأ، لا عبثياً، بل بحِكمة المُقنّن الفطن الذي يُدرك أنّ كل كلمة يجب أن تتّوضع في مكانها المناسب؛ كي لا تخلق لبساً أو إشكالاتٍ بدلاً من حلّها.

تُظهر هنا محاولة ركيكة للدمج بين المذهب المالكي والمذهب الحنفي من طرف المشرع الجزائري، وتشتّتاً واضحاً ما بين المذهبين؛ فكيف يذكّر ذوي الأرحام كورثة في المادة 139 سالفه الذكر، ثم يستعمل مصطلح "الدفع" إليهم، وهو مصطلح شاع استعماله عند المالكية للدلالة على أنّ ذوي الأرحام ورثة استثنائيون ليسوا بمثل أصحاب الفروض والعصبات؟

ثم بعد هذا يقوم بتعداد صنف واحد كما لم يفعل المالكية، إذ أنهم لم يُسهبوا في أحكام ذوي الأرحام لتلك الدرجة بل حاولوا فقط ذكرهم وتبيين من أحق بالميراث من الآخر، خلاف ما قام به الحنفية الذين بنوا لهم هيكلاً يُزيل الحيرة عن القاضي والمتقاضي، وذكروا أصنافهم وكيفية توريثهم وغيرها من الأحكام.

ثالثاً: تصنيف مُقترح لذوي الأرحام

يُعدّ قانون الأحوال الشخصية الكويتي وقانون الأحوال الشخصية المصري¹ أحسن نموذجين في كيفية تصنيف ذوي الأرحام، ولكننا سنكتفي بتقديم النموذج الكويتي، نظراً لمرجعيتّه المالكية مقارنة بنظيره المصري الذي انتقى من المذاهب الفقهية ما رآه الأنسب حسب كل مسألة ولم يختار لنفسه مذهباً محدداً يُقنّن منه أحكام الأسرة، رغم انتشار المذهب الحنفي بين أحياء المجتمع المصري.

إنّ المشرع الكويتي لم يُصرح بهذه المرجعية المالكية، ولكننا افترضناها اعتماداً على آراء أهل الاختصاص، الذين قاموا باستقراء مواده، خاصة تلك التي أحالت قاضي شؤون الأسرة إلى المذهب المالكي حصراً فيما غُضّ الطّرف عن تقنينه (كما أشرنا في عناصر سابقة)؛ لذا فإنّ المشرع الكويتي - ذا المرجعية المالكية فيما تعلّق بالأسرة - حين قنّن أحكام ذوي الأرحام أعمل

¹ - قانون رقم 77 لسنة 1943م، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 108 مكرر، المؤرخ في 15 نوفمبر 1943، المتضمن قانون المواريث المصري.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

قاعدة مراعاة الخلاف، المُعتمدة في المذهب المالكي، وحاول تقنين ما سار إليه جمهور الحنفية في هذه المسألة.

جاءت المادة 320 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي تحت عنوان "تصنيف ذوي الأرحام"، والذي بدوره احتواه عنوان "الإرث بسبب الرحم"، ونصّت على: «ذوو الأرحام أربعة أصناف مُقدّم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي:

الصنف الأول: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزل.

الصنف الثاني: الجد الرحمي وإن علا، والجدّة غير الثابتة وإن علت.

الصنف الثالث: أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا، وأولاد الأخوات لأبوين، أو لأحدهما وإن نزلوا، وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما، وأولادهن وإن نزلوا، وبنات أبناء الإخوة لأبوين أو لأب، وإن نزلوا، وأولادهن وإن نزلوا.

الصنف الرابع: يشمل ست طوائف مقدّم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

الأولى: أعمام الميت لأم، وعماته وأخواله، وخالاته لأبوين أو لأحدهما.

الثانية: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا.

الثالثة: أعمام أبي الميت لأم، وعماته، وأخواله، وخالاته لأبوين، أو لأحدهما وأعمام أم الميت، وعماتها، وأخواتها، وخالاتها، لأبوين أو لأحدهما.

الرابعة: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا.

الخامسة: أعمام أبي الميت لأم، وأعمام أبي أم الميت، وعماتها، وأخوالهما، وخالاتهما لأبويه أو لأحدهما.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

السادسة: وأولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبي أبي الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا وأولاد من ذكروا وإن نزلوا، وهكذا.» وهذه المادة تتسجم حتماً مع تصنيف الجمهور لذوي الأرحام - خاصة - الحنفية منهم، وفق طريقة أهل القرابة، وإننا نُشيد بالمشروع الكويتي استعماله عبارة "الإرث بسبب الرحم" ودقة اختيار كلماته.

لا حاجة هنا كي نُعيد ذكر مدى أهمية الوضوح والدقة عند التقنين، وهو ما يتأتى في مسألة تصنيف ذوي الأرحام بتقنين ما قال به جمهور الحنفية لا المالكية - نظراً لأن هؤلاء لم يُسهبوا في تبين أصنافهم -، وإنّ هذا لا يُخرجنا من المذهب المالكي، بل في الحقيقة هو إعمال لأهم القواعد الفقهية في المذهب، والتي سبق وأن ذكرناها في سياق حديثنا عن مبررات الارتكاز على المذهب المالكي لتقنين فقه الأسرة.

مُجمل القول أنّ للفقيه أن يُفتي بغير الوارد في المذهب المالكي إذا رآه أنسب للمسألة المعروضة عليه، فيأخذ ببقية الآراء الاجتهادية في المذاهب الأخرى على قدر الضرورة والمصلحة. وبما أنّ الفقه المالكي لم يُهَيِّكِلْ أصناف ذوي الأرحام؛ فلمُقتن في هذه المسألة أن يأخذ برأي فقهي آخر قام بالتفصيل فيهم، كما فعل المشروع الكويتي.

إننا نرى من منظورنا الخاص أنه كان على المشروع الجزائري تقنين أحكام الأسرة عموماً حسب ما ورد في الفقه المالكي، مع إعماله قاعدة مراعاة الخلاف في المذهب؛ كي يُعَلَّلَ كُلِّ مِيلانٍ إلى بقية المذاهب يرى لزوم المجتمع الجزائري إليه وأنه الرأي الأقرب لتحقيق المقصد من تلك الأحكام في عصره.

نُضربُ مثلاً لذلك في تقنينه أحكام ذوي الأرحام، حبّذا لو لم يحاول دمج رأي الحنفية بالمالكية، بل أن يكتفى بتقنين رأي جمهور الحنفية، على اعتبار أنهم كانوا أحسن من فصل في أحكامهم وبيّنها بوضوح رغم اختلاف الآراء في المذهب نفسه حول كيفية توريثهم ما بين طريقة أبو يوسف القاضي وأبو الحسن الشيباني كما أشرنا مُسبقاً، وهو ما يُظهِرُ إلى أيّ درجة قد تشعّبوا في الاجتهاد في أحكامهم، مع إمكانية الاستئناس بكيفية تقنين المشروع الكويتي لأحكامهم خاصة

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

أصنافهم، ونشير هنا أيضًا إلى إمكانية استئناس المشرع الجزائري بمشروع القانون العربي الموحد¹ الذي فصل في أحكامهم أيضًا حسب جمهور الفقهاء من الحنفية، في الباب الخامس، تحت عنوان "ذوو الأرحام" وهو ما نُشيدُ بدقته حتمًا.

بناءً على ما سبق فإننا نقترح تغيير مصطلح "الدفع إلى ذوي الأرحام" بـ "ذوي الأرحام" وتعديل المادة 168 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: «ذوو الأرحام هم الورثة الذين ليسوا من ذوي الفروض أو العصبات، يتم توريثهم وفق طريقة أهل القرابة وقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وهم أربعة أصناف يتقدم بعضها بعضًا».

مع اقتراحنا إضافة المواد التالية:

المادة 168 مكرر 1: «الصنف الأول هم أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، ذكورًا وإناثًا».

المادة 168 مكرر 2: «الصنف الثاني هم الجد الرّحمي وإن علا، والجدة مهما علت ماعدا الصحيحة منهن».

المادة 168 مكرر 3: «الصنف الثالث هم:

أولاد الإخوة والأخوات لأم وإن نزلوا.

أولاد الأخوات الشقيقات وأولاد الأخوات لأب، وإن نزلوا.

بنات الإخوة الأشقاء وبنات الإخوة لأب، وإن نزلن.

بنات أبناء الإخوة الأشقاء وبنات أبناء الإخوة لأب، وإن نزلن».

المادة 168 مكرر 4: «الصنف الرابع يشمل ست طوائف مقدم بعضها على بعض في

الإرث، وفق الترتيب التالي:

الطائفة الأولى: أعمام الميت لأم، عمات الميت مطلقًا، أخوال الميت مطلقًا، خالات الميت مطلقًا.

الطائفة الثانية: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة مهما نزلوا.

بنات أعمام الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وذريتهم.

الطائفة الثالثة: أعمام وعمات وأخوال وخالات أبوي الميت.

¹ - جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (وثيقة الكويت)، الكويت، 1988م، المواد من 267 إلى 276.

الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

- الطائفة الرابعة: أولاد مَنْ ذُكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا.
- بنات أعمام أب الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وذريتهن.
- الطائفة الخامسة: أعمام وعمات وأخوال وخالات أجداد وجدات الميت.
- الطائفة السادسة: أولاد مَنْ ذُكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا.
- بنات أعمام أجداد وجدات الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وذريتهن».

لقد حاولنا قدر الإمكان التعمق في الجانب التطبيقي والعملي لفكرة تقنين فقه الأسرة المالكي، إذ بينّا متطلباتها ولوازمها، من ناحية ضبط اللغة التي تُصاغ بها المواد ضبطاً لا يخلق لبساً أو تناقضاً، مع التأكيد على حسن الصياغة والأسلوب المستعمل، قبل تبويبها وترتيبها ومنحها أرقاماً تصاعديّة تُسهّل الرجوع إليها عند الحاجة، وهو ما يجب أن تحترمه كل دولة تبتغي حصول المزايا المرجوة من هذا التقنين، مع تخصيصها لجائناً تتكفل كل واحدة منها بمهمة ما. ثم أتينا ببعض الأمثلة الواقعية للدول التي نجحت في ذلك مُرتكِزة على الفقه المالكي وهي: المغرب، تونس، ليبيا، موريتانيا.

بل ذُكرنا حتى تلك الدول التي لم تتقيد بالفقه المالكي غير أنها قننت أحكام الأسرة حسب ما إنقته من الآراء الاجتهادية في كل المذاهب الفقهية الأخرى وأحالت على المذهب المالكي كمصدر احتياطي يُرجع إليه لتفسير نصوصها ومعرفة حكم سكت المشرع عنه، سواء كانت إحالتها مُقتصرة عليه كالكويت وموريتانيا، أو مبتدئة به قبل غيره، كالمغرب والإمارات والبحرين. تحدثنا كذلك عن موقف المشرع الجزائري من كل ما سبق، ومكانة الفقه المالكي في قانون الأسرة، ثم خصّصنا آخر عنصر في هذه المذكرة لتقديم ونقد المادة 63 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بترتيب مستحقي الحضانة، والمادة 168 من نفس القانون، والمتعلقة بتصنيف ذوي الأرحام، وذكرنا أننا نُحبذ تعديلها وفق نماذج اقترحناها حسب الوارد في المذهب المالكي بعد التمثيل لهما بما نصّت عليه تقنيات دول أخرى وكان موافقاً له، راجين أن تكون هذه النماذج بدايةً لإعادة النظر في كل مادة من قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة

لا يمكن الاستغناء عن قانون الأسرة الجزائري، كما لا يمكن قبوله بالحال التي هو عليها اليوم، وإننا قد خلصنا من خلال هذه المذكرة إلى أنّ تقنين فقه الأسرة ليس الحل الأمثل للإشكالات التي تطرحها المادة 222 من هذا القانون، لكنه الحل المُتاح.

إنّ الحل الأمثل في نظرنا هو تكوين القضاة من الناحية الفقهية تكويناً يجعل الخريج منهم كُفؤاً للترجيح والأخذ والرد بين مختلف الآراء الاجتهادية، ونظراً لأنّ جُلّ القضاة مقلدون، وهذا التكوين المنشود ليس بالممكن إدراكه في وقتٍ مُعتبرٍ لعدة عوامل نتّواضع عن ذكرها؛ فإننا نرى الحل المُتاح هو تقنين فقه الأسرة بالارتكاز على مذهبٍ يفتح المجال لمخالفته مُرحّباً بذلك طالما رآه المقنّن خادماً للمقصد من ذلك الحكم المتعلّق بالأسرة.

ثم إنّنا ما ذكرنا الرّكيزة في عنوان مذكرتنا إلا لإدراكنا ووعينا بأنّ الرّكيزة تحتاج دعائماً تُخفّف الحمل عنها وتُقوِّمها دون إلزاميّة أن تظهر للواجهة، هذا ما نرى وجوب مراعاته أيضاً عند تقنين فقه الأسرة، ونقصدُ بالدعائم الآراء الاجتهادية في بقيّة المذاهب السُنيّة؛ فلا تقيداً صارماً بمذهبٍ واحدٍ ولا إرخاءً مُستهتراً يُنتج لنا قانون أسرة فضفاض العبارات مملوءً بالثغور الجليّة حتى للعوام، وهو ما يتأتّى بإعمال قاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية.

توصّلنا كذلك إلى أنّ اللغة العربية غزيرة المصطلحات، لدرجة أن أغلب الناس تخلط بين مصطلحين مختلفين يظهر عليهما الترادف، لنقص المعارف اللغوية. وأنّ ارتباط تقنين أحكام الأسرة في الجزائر بالفقه المالكي راجع لتاريخ البلد وخصائص المذهب في حد ذاته، التي ساعدت على عدم اندثاره كما حدث لغيره، ثم إنّنا إذا ما أردنا تقنين فقه الأسرة بالجزائر أو أي بلد آخر والوصول إلى المزايا التي يُحقّقها لا بد من احترامنا لعدة متطلبات يقتضيها هذا التقنين، كسلامة اللغة ودقتها، مع حُسن الصياغة والأسلوب، وتخصيص لجان مُتقنة لذلك.

لم تثبط هذه المتطلبات من عزيمة بعض الدول الإسلامية لمحاولة تقنين فقه الأسرة، بل إنّ منها من لديها تاريخ حافل به، جعلها تصير نموذجاً مُشرّقاً يُظهر احترام الدولة لمعتقداتها الديني لاسيّما إذا كانت قد نصّت عليه في دستورها.

خلّصنا كذلك إلى أنّ المشرع الجزائري خالف كل الآراء الفقهية عند ترتيبه لمستحقي الحضانة، بينما المشرع الموريتاني أحسن تقنين أحكام الحضانة عموماً، خاصة ترتيب مُستحقيها بما يوافق ما ذهب إليه جمهور المالكية، أما بالنسبة لتوريث ذوي الأرحام فإنه مُعلّل بمقاصد

جَعَلَت الإجماع واقعًا عليه من طرف الفقهاء، حتى ممن قالوا بعدم ذلك قديمًا، وقد نص المشرع الجزائري على صنف واحد فقط من ذوي الأرحام، دون أن يُوضح قصده بذلك.

كشفتنا أيضًا بأن المشرع الكويتي والمشرع المصري أحسن من قننا الإرث بسبب الرحم، غير أن المشرع الكويتي أعمل قاعدة مراعاة الخلاف في المذهب المالكي لمرجعيته الضمنية في باقي مواده وإحالاته عليه في أخرى، بينما المشرع المصري اعتمد على التَّخِير الفقهي والانتقاء من المذاهب، وصنّف ذوي الأرحام حسب ما قال به جمهور الحنفية، موافقًا بذلك ما نص عليه المشرع الكويتي أيضًا.

لقد جعلتنا هذه المذكرة ندرك بأنه يُمكن تقنين أحكام الأسرة حسب الفقه المالكي، خاصةً إذا تمَّ إعمال قاعدة مراعاة الخلاف واحترام ضوابطها وشروطها، بل إنَّ هذا التقنين صار ضرورة حتمية، انقضى عهد التجادل حول مشروعيته وأن الأوان لسبر أغواره ومكوناته، خاصةً إذا ما نظرنا لندرة القاضي المجتهد في زماننا.

هذه النتائج دَفَعَتَا للتأكيد على ضرورة اهتمام الأسرة الجزائرية بتنمية اللسان العربي لدى الطفل، قبل أي لغة أخرى، وشحنه بتاريخ بلده وتعليمه إيَّاه، لتعزيز بناء هويته الثقافية، بُغية النهوض بالمجتمع.

كما نقترح توجيه جهود الدولة الجزائرية لإعداد لجان متخصصة ذات كفاءة علمية تُتقن عملية التقنين الفقهي، ومحاولة الاستفادة مِن لهم الخبرة في ذلك من بقية الدول الإسلامية، لتطبيقه على فقه الأسرة حسب الوارد في المذهب المالكي، مع ضرورة توفير كل الإمكانيات والوسائل اللازمة لإنجاح مهامهم، والاستفادة من تجارب الدول السبّاقة لذلك، دون أن تنسى الالتفات للدراسات المقارنة المتعلقة بشؤون الأسرة والاهتمام بها عن طريق تشجيع الرحلات العلمية وتسهيل شروطها، خاصةً لطلبة الدكتوراه.

وإننا نرى ضرورة تعديل قانون الأسرة لرغبة إصلاحه بما يُلائم خصوصية المجتمع الجزائري لا انقيادًا خلف ثقافة غيره وإنبهارًا بها أو إرضاءً للقائمين عليها لأغراض سياسية بحتة، كما نؤكد على ضرورة مراعاة مقاصد الحضانة العامة والخاصة في جميع أحكامها خاصة عند ترتيب مستحقّيها، مع الاستفادة من تجربة المشرع الموريتاني في ذلك، وتجربة المشرع الكويتي في تقنينه أحكام ذوي الأرحام، لاسيما تصنيفهم.

يبقى السؤال مطروحاً في الساحة العلمية، ومفتوحاً أمام آمال العديد ممن يؤمنون بالفكرة، بقدوم يوم نُقنن فيه أحكام الأسرة في الجزائر بالارتكاز على الفقه المالكي، وتصير ملجأ القاضي حال فصله في النزاعات الأسرية، رغم تأثر الدولة الواضح بالاتفاقيات الدولية وخضوعها لمتطلبات القانون الدولي.

وإننا نرى أن التقيد بمذهب فقهي واحد هو تَقَوُّعٌ قد يُؤثر على ديمومة المذهب وانكفاءً عن الأخذ بقدْرٍ مُعتَبَرٍ من العلم نحن في حاجة إليه حتماً، إلا إذا كان هذا المذهب يُراعي الخلاف بقاعدة تمنحه تلك المرونة كي يتقبل الآراء الاجتهادية في غيره من المذاهب الأخرى وحتى في المذهب نفسه، على أن يتم إعمالها باحترام شروطها لا عبثاً.

ثم إننا قد حصّنا نماذج بحثنا هذا في ترتيب مستحقي الحضانة وتصنيف ذوي الأرحام بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، لكننا سكّتنا عن تناول عدة أحكام غيرها، ولعلّها تُفوق هذين العنصرين أهمية من ناحية الحاجة إلى تقنينها لسكوت المشرع عنها أو إبهام وغموض موادها، فماذا عن عقد التخارج مثلاً؟ وكيف نُعالج النقص التشريعي في أحكام الولاية والوصاية؟ وماذا عن بقية الأحكام المتعلقة بالأسرة التي لم يسعنا المجال لذكرنا لها؟ هل سيأتي يوم تعجّ فيه المكتبات بدراسات تبحث في إمكانية تقنينها وتسدّ الفراغ التشريعي فيها؟ هل يستطيع التقنين الفقهي حقاً مواكبة النوازل الأسرية؟ وكيف يؤثر ذلك على استقرار الاجتهاد القضائي؟

لا شك أن المجال لا يزال خصباً ورحباً للبحث في هذا الموضوع من جوانب أخرى نتمنى منحها حقّها من الدراسات الأكاديمية والبحوث العلمية مستقبلاً.

قائمة المصادر والمراجع

• قائمة المصادر

أولاً: القرءان الكريم برواية حفص عن عاصم

ثانياً: الصحاح في السنة

1. ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، باب اجتهد الرأي على الأصول عند عدم النصوص، رقم 1611.
2. أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، رقم 3594.
3. أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب القاضي يخطئ، رقم 3573.
4. البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم 7144.
5. الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب كيف يقضي القاضي، رقم 1327.
6. سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الفرائض، باب قول عمر في الجد، رقم 61.
7. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، رقم 1839.
8. والترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب القاضي، رقم 1322، وصححه الألباني.

ثالثاً: المعاجم والقواميس

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط 4، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2004م.
2. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر، لبنان، 1956م.
3. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط 8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005م.
4. محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثالث، دار الفضيلة، مصر، 1999م.

• قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب:

1. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، الجزء الخامس، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، 1977م.
2. ابن جزي أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، تحقيق محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2016م.
3. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، لبنان، 1991م.
4. ابن قيم الجوزية، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، سوريا، 1967م.
5. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أخرجه ونسقه وضبطه وخرّج أحاديثه: مصطفى كمال وصفي، الجزء الثاني، ط1، دار المعارف، مصر، 1972م.
6. أحمد الدرعي، حياة الطاهر الحداد، الدار العربية للكتاب، تونس، ليبيا، 1975م.
7. أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1995م.
8. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، الجزء الأول، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1996م.
9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.
10. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الجزء الأول، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، 2008م.
11. تقي الدين بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995م.

12. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، ط 2، مؤسسة الثقافة الجامعية، لبنان، 1981م.
13. جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثاني، ط 1، تحقيق: حميد بن محمد لَحْمَر، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003م.
14. خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء 6، ط 15، دار العلم للملايين، 2002م.
15. رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي (تاريخه، فقهه، ضوابطه)، مركز نماء للبحوث والدراسات، لبنان، 2015م.
16. زبيدة الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي (دراسة فقهية مقارنة)، المجلد الأول، دار البدر، ليبيا، 2009م.
17. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، الجزء الأول، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994م.
18. سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1986م.
19. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي (مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه)، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2001م.
20. شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، الجزء الثامن (ترجمة الإمام مالك بن أنس)، ط 3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985م.
21. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الجزء الثالث عشر، ط 1، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1994م.
22. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الأول، تحقيق: خليل المنصور، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998م، الفرق الثامن والعشرون: الفرق بين قاعدة مراعاة الخلاف وقاعدة الخروج من الخلاف.
23. صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، ط 1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002م.
24. صالح فركوس، المختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم، الجزائر، 2002م.

25. عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، دار الصمعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007م.
26. عبد الرحمن بن محمد الجيلالي، تاريخ الجزائر العام، الجزء الأول، دار الثقافة، لبنان، 1980م.
27. عبد الرحمن بن محمد الجيلالي، تاريخ الجزائر العام، الجزء الثاني، دار الثقافة، لبنان، 1980م.
28. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، ط 2، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997م.
29. عبود موسى، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي بالدار البيضاء، المغرب، 1994م.
30. عثمان الكعاك، موجز التاريخ العام للجزائر، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 2003م.
31. عمار بوحوش، التاريخ السياسي للجزائر من البداية ولغاية 1962م، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1997م.
32. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية)، ط 3، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.
33. عمر الجيدي، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي، ط 1، منشورات عكاظ، المغرب، 1987م.
34. عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2005م.
35. قطب الريسوني، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، 2006م.
36. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، بإشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، ط 4، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2005م.
37. محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ط 1، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2009م.

38. محمد المنوني، مظاهر يقظة المغرب الحديث، المجلد الثاني، ط 2، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1985م.
39. محمد أمين بن عمر بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء الخامس، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994م.
40. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، الجزء الثاني، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003م.
41. محمد رشيد رضا، فتاوى الإمام محمد رشيد رضا، جمع صلاح الدين المنجد ويوسف ق خوري، دار الكتاب الجديد المتحدة، لبنان، 2005م.
42. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، ط 2، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986م.
43. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هوم، الجزائر، 2008م.
44. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، ط 2، دار الكتاب الحديث، مصر، 1996م.
45. محمد علي فركوس، ذوو الأرحام في أحكام المواريث، دار تحصيل العلوم، الجزائر، 1987م.
46. محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988م.
47. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2004م.
48. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج وانحلاله (دراسة فقهية مقارنة)، الجزء الأول، ط 7، المكتب الإسلامي، لبنان، 1998م.
49. مناع القطان، تاريخ التشريع الاسلامي، ط 4، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1996م.
50. مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (العالمكيرية)، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 1073هـ.

51. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، ط 1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 2009م.
 52. نصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004م.
 53. هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث (دراسة تأصيلية)، ط 1، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 2012م.
 54. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 2013م.
 55. يحيى بوعزيز، الموجز في تاريخ الجزائر، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م.
 56. يوسف القرضاوي، الفقه الاسلامي بين الأصالة والتجديد، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001م.
 57. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993م.
- ب - الرسائل الجامعية:

أ. أطروحات الدكتوراه:

1. نويرة بسمة، المؤسسات الإسلامية الرسمية في تونس، من 1956م إلى اليوم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، تونس، 2007/2008م.

II. رسائل الماجستير:

1. عماد بن خاطر، ميراث الأحفاد في مجلة الأحوال الشخصية، رسالة الماجستير المهني في قسم الفريضة، المعهد العالي لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، 2008/2009م.
2. هاجر لعيادة، حركة التقنين الفقهي، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016/2017م.

III. مذكرات الماستر:

1. حنان غربي، كريمة العربي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وارتباطها بالمقاصد الشرعية (دراسة فقهية مقاصدية)، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، 2017/2018م.
2. سامية قاسمي، ميراث ذوي الأرحام بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ماستر تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، 2020/2021م.
3. نور الدين مسعودي، تقنين الفقه المالكي وتطبيقاته على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة غرداية، 2022/2023م.

ج- المقالات العلمية والمداخلات والبحوث:

1. أحمد إمهدي سعد نجم، جهود الشيخ محمد بن عامر (1381هـ-1961م) من خلال كتابه: ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية (الأحوال الشخصية أنموذجاً)، مؤتمر الإمام مالك الدولي الثاني، مجلة الجامعة الأسمرية، المجلد 32، العدد الخاص 2، الجامعة الأسمرية الإسلامية بزلتين، ليبيا، 2019م، ص ص 477-494.
2. جمال الدين عطية، التجديد الفقهي المنشود، ضمن: وهبة الزحيلي، جمال الدين عطية، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، سوريا، لبنان، 2000م، ص ص 9-54.
3. جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009م، ص ص 306-307.
4. خالد منصور، سبل النهوض بالتشريعات القضائية الشرعية تقنياً وتطبيقاً، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 2، العدد 4، جامعة آل البيت، الأردن، 2006م، ص ص 43-68.

5. دليلة بوزغار، مسوغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 5، العدد 10، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2016م، ص ص 31-49.
6. رشيد مسعودي، توريث ذوي الأرحام في قانون الأسرة، مجلة الراشدية، المجلد 8، العدد 1، جامعة مصطفى إسماعيل بمعسكر، الجزائر، 2015م، ص ص 9-24.
7. ساعد تبيينات، ضوابط تقنين الفقه الإسلامي، مجلة المعيار، المجلد 13، العدد 26، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، ص ص 145-162.
8. عادل عيساوي، ميراث ذوي الأرحام بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الباحث في العلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 4، جامعة محمد الشريف مساعدي بسوق أهراس، الجزائر، 2020م، ص ص 1-15.
9. عبد التواب مصطفى خالد معوض، ترقية المذهب المالكي بين مشروعية التقنين وآليات التنفيذ، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2014م، ص ص 573-589.
10. عبد الحميد حاجيات، الحياة الفكرية بتلمسان في عهد بني زيان، مجلة الأصالة، السنة 4، العدد 26، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، الجزائر، 1975م، ص ص 139-149.
11. عبد الرحمن الجيلالي، كيف رسخ المذهب المالكي في المغرب العربي؟، مجلة الموافقات، العدد 3، المعهد العالي لأصول الدين بجامعة الجزائر، الجزائر، 1994م.
12. عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، بحث مقدم إلى ندوة: القضاء الشرعي في العصر الحاضر (الواقع والمأمول)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 12-14 ربيع الأول 1427هـ، الموافق 11-13 أفريل 2006م، ص ص 1-17.
13. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 6، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1936م، ص ص 72-73.

14. عبد الرزاق لعمارة، يوسف مسعودي، الجذور التاريخية في تقنين الأحوال الشخصية ومصادرها الفقهية التكميلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 9، العدد 2، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2024م، ص ص 571-591.
15. عبد الفتاح حمادي، الأسس المنهجية لضبط التقنين الفقهي وتحديد مجالاته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 4، العدد 3، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2019م، ص ص 62-81.
16. محروق كريمة، مخاطر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) على الأسرة الجزائرية، مجلة الدراسات القانونية التطبيقية، المجلد 0، العدد 0، مخبر الدراسات القانونية التطبيقية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2022م، ص ص 1-17.
17. محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة: نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، مجلة الشريعة والقانون، عدد خاص، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالعين، الإمارات العربية المتحدة، 8-10 شوال 1414هـ، الموافق 20-22 مارس 1994م، ص ص 135-173.
18. محمد قاسمي، المذهب المالكي في ضوء خصائصه، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد 4، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، 2021م، ص ص 772-784.
19. محمود العنابي، تطور تشريع الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7، تونس، 1961م، ص ص 45-58.
20. محمود حامد عثمان، تعريف الحضانة والمقصد الشرعي منها، بحث مقدم ضمن ندوة: أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 2014م، ص ص 28-29.
21. مراد كاملي، تقنين الأحكام الشرعية مصلحة شرعية أم ضرورة حضارية، مجلة الإحياء، المجلد 10، العدد 12، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2008م، ص ص 481-491.

22. مسعود بن موسى فلوسي، المذهب المالكي والسلطات المتعاقبة في الجزائر، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 1، العدد 1، مخبر الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2004م، ص ص 71-72.
23. مصطفى أحمد الزرقا، مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين من الفقه الإسلامي، مجلة القضاء والقانون، السنة 1، العدد 1، العراق، 1943م، ص ص 1-38.
24. المهدي البوعبدلي، مراكز الثقافة وخزائن الكتب بالجزائر عبر التاريخ، مجلة الأصالة، العدد 7، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، الجزائر، 1972م، ص ص 5-12.
25. نورة العشي، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 11، العدد 2، جامعة الجلفة، الجزائر، 2019م، ص ص 293-313.
26. نور الدين بوكريدي، المذهب المالكي في الجزائر: واقعه وآفاق تنميته وتقنيته، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2014م، ص ص 487-504.
27. نور الدين حمادي، سبل الارتقاء بالمذهب المالكي في مجال التقنين، مجلة المعيار، المجلد 18، العدد 36، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، الجزائر، 2014م، ص ص 677-692.
28. هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، أبحاث هيئة كبار العلماء، ج3، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2001م، ص ص 195-196.

د- النصوص القانونية:

1. الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2020م، الجريدة الرسمية، العدد 82، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020م.

II. الاتفاقيات:

- الأمم المتحدة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة رقم 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، دخلت حيز النفاذ في 03 سبتمبر 1981م.

III. الأوامر والقوانين:

- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984م، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

هـ - القوانين المقارنة:

1. قانون رقم 77 لسنة 1943، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 108 مكرر، 15 نوفمبر 1943، المتضمن قانون المواريث.
2. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، 17 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية.
3. قانون رقم (10) لسنة 1984، الجريدة الرسمية الليبية، العدد 16، 19 أبريل 1984، المتضمن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.
4. القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية الكويتية (الكويت اليوم)، العدد 1507، 24 جوان 1984.
5. القانون رقم 052-2001 المؤرخ في 19 جويلية 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004، 15 أوت 2001، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية.
6. الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 3 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184، 5 فيفري 2004.
7. القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005، في شأن الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 439، 30 نوفمبر 2005.

8. الظهير الشريف رقم 1.10.103 الصادر بتاريخ 16 جويلية 2010، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5859، 26 جويلية 2010، القاضي بتنفيذ القانون رقم 08.09 المعدل والمتمم لمدونة الأسرة.
9. قانون رقم 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة، الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد 3310، 20 جويلية 2017.

د- مشاريع القوانين:

1. اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، بإشراف: مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية 1972م.
2. أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، ط 1، مطبوعات تهامة، المملكة العربية السعودية، 1981م.
3. جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (وثيقة الكويت)، الكويت، 1988.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1. Bousquet, G. H., Le droit musulman, Éditions Armand Colin, France, 1963.
2. Chagnollaud, D. et autres, Dictionnaire élémentaire du droit, Dalloz, France, 2014.
3. Charnay, J. P., La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle, Préface de Jacques Berque, Bibliothèque de sociologie contemporaine, Presses Universitaires de France, France, 1965.
4. Halpérin, J. L., Profils des mondialisations du droit, Dalloz, France, 2009.
5. Hamdan, L., « Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », Revue internationale de droit comparé, n° 4, France, 1985, p. 1001.

الفهرس

شُكْرٌ وَعُرْفَان

إهداء

5 مقدمة

الفصل الأول:

الإطار النظري لتقنين فقه الأسرة المالكي

11 المبحث الأول: تحديد المصطلحات الضرورية

11 المطلب الأول: التقنين

12 الفرع الأول: تعريف التقنين

14 الفرع الثاني: تمييز التقنين عن القانون

15 المطلب الثاني: الفقه

16 الفرع الأول: تعريف الفقه

18 الفرع الثاني: تمييز الفقه عن الشريعة الإسلامية

19 المطلب الثالث: التقنين الفقهي

19 الفرع الأول: عناصر التقنين الفقهي

21 الفرع الثاني: نماذج عن التقنين الفقهي

24 المبحث الثاني: تقنين أحكام الأسرة اعتماداً على الفقه المالكي

24 المطلب الأول: مشروعية تقنين أحكام الأسرة عند فقهاء المالكية

24 الفرع الأول: المعارضون لتقنين فقه الأسرة

31 الفرع الثاني: المؤيدون لتقنين فقه الأسرة

- المطلب الثاني: مبررات الارتكاز على المذهب المالكي لتقنين فقه الأسرة في الجزائر..... 39
- الفرع الأول: المبررات المتعلقة بالجزائر..... 39
- الفرع الثاني: المبررات المتعلقة بالمذهب المالكي..... 45

الفصل الثاني:

الإطار التطبيقي لتقنين فقه الأسرة المالكي

- المبحث الأول: متطلبات تقنين فقه الأسرة والجهود المبذولة بالارتكاز على المذهب المالكي من طرف بعض الدول الإسلامية..... 51
- المطلب الأول: متطلبات تقنين فقه الأسرة..... 51
- الفرع الأول: المتطلبات الموضوعية لتقنين فقه الأسرة..... 51
- الفرع الثاني: المتطلبات الشكلية لتقنين فقه الأسرة..... 56
- المطلب الثاني: بعض الجهود المبذولة من طرف الدول لتقنين أحكام الأسرة حسب ما ورد في الفقه المالكي..... 61
- الفرع الأول: بعض الدول التي قامت بالارتكاز على الفقه المالكي لتقنين أحكام الأسرة... 61
- الفرع الثاني: بعض الدول التي أحالت إلى المذهب المالكي في تقنيناتها المتعلقة بالأسرة. 67
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من المذهب المالكي في قانون الأسرة..... 70
- المبحث الثاني: نماذج تقنينية أُسرية مُرتكزة على الفقه المالكي..... 74
- المطلب الأول: الآثار غير المالية للرابطة الأسرية (الحضانة أنموذجًا)..... 74
- الفرع الأول: مقاصد الحضانة..... 74
- الفرع الثاني: ترتيب مُستحقّي الحضانة..... 79
- المطلب الثاني: الآثار المالية للرابطة الأسرية (الدفع إلى ذوي الأرحام أنموذجًا)..... 83
- الفرع الأول: مقاصد توريث ذوي الأرحام..... 83

84.....	الفرع الثاني: أصناف ذوي الأرحام
92.....	الخاتمة
96.....	قائمة المصادر والمراجع
109	الفهرس