المـــركز الجـــامعي نـــور البشـــير البيـــض

كـــلية الحقوق والعلوم السياسية

قـــــــسم الـــحقوق

مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص قانون أسرة

إعداد الطالبين :

- خروجي علي
- سحنون عبد الكريم

إشراف

الدكتور مجادي أمين

لجنة المناقشة :

- .....رئيسا
- .....مقررا
- .....مناقشا

الموسم الدراسي 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ ۖ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ۚ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ

صدق الله العظيم

أهدي ثمرة جهدي إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جناته .

إلى التي جعل الله الجنة تحت قدميها والدتي نبع الحنان حفظها الله

إلى أختي الغالية خدة وإخوتي بن عامر ،محمد، عمار،وأبنائهم وأقاربي

إلى زوجتي وأبنائي وبناتي

إلى أصدقاء دربي :الشيخ سماحي ، أحمد بوران، محمد تلي ، رحالي صلاح الدين ،بوعلام حديني ،أجل الحاج.

إلى كل من تصفح هذا العمل المتواضع.

إلى من تحن إليه القلوب. . . .وتهفو إليه العقول إلى الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من أمرني الله ببرهما وطاعتهما والإحسان إليهما . . . .والدي الكريمين. . . .

حفظهما الله.

إلى زوجتي رفيقة دربي، والى أبنائي منصف. وكوثر

إلى إخواني وأخواتي، وأقاربي وأحبابي.

إلى الأستاذ الفاضل مجادي.

إلى كل من آزرني بالكلمة الطيبة والدعوة الصالحة.

إليكم جميعا. . . .اهدي هذا الجهد المتواضع.

شكر وتقدير

بسم الله الذي لا يضر مع اسمه شيء في الأرض ولا في السماء والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و الصلاة و السلام على خاتم النبيئين والمرسلين .

الحمد لله كم تفضل وكرم وكم أوهب وكم أنعم, يغفر لمن يستغفر ويتوب على من تاب ويقبل من عاد . أنه ليقودنا شرف الوفاء والنيل الحسن بعد ما ختمت هذا المذكرة أن نتقبل بجزيل الشكر والعرفان لأستاذنا الفاضل الدكتور مجادي أمين على ما قدمه لنا من نصائح وتوجيهات لإنجاح هذا العمل المتواضع ,كما لا ننسى كل الأساتذة الذين رافقونا خلال الموسم الجامعي في تخصص قانون الأسرة وكل طلبة الدفعة متمنين لهم المزيد من النجاح والتفوق.

المقـــدمـــة

مقـــــــــدمة

تعتبر الأسرة الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ولأهميتها البالغة في تقدمه أحاطتها الشريعة الإسلامية بمجموعة من الأحكام من القرأن قوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم الأية 21 و وقوله﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾ البقرة 235 ومن السنة النبوية قوله ﷺعَنْ عَلْقَمَةَ ، قَالَ: كُنْتُ أَمْشِي مَعَ عَبْدِ الله بِمِنىً، فَلَقِيَهُ عُثْمَانُ، فَقَامَ مَعَهُ يُحَدِّثُهُ. فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمٰن أَلا نُزَوِّجُكَ جَارِيَةً شَابَّةً، لَعَلَّهَا تُذَكِّرُكَ بَعْضَ مَا مَضَىٰ مِنْ زَمَانِكَ. قَالَ فَقَالَ عَبْدُ الله: لَئِنْ قُلْتَ ذَاكَ، لَقَدْ قَالَ لَنَا رَسُولُ الله : «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِيعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ».رواه البخاري ومسلم.

ولأن المشتهر بين الناس عامة أن الجزائر من الدول الإسلامية التي إحتضنت الفقه المالكي السائد في منذ أحقاب زمنية مراعاة للعرف السائد ولما سار عليه علماء هذا البلد تاريخيا وبالرجوع إلى قانون الأسرة 84-11 المؤرخ في 09جويلية 1984 المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27فيفري 2005 والذي مصدره الأساسي هو الشريعة الإسلامية والمفترض أن تكون أحكامه مستمدة من الفقه المالكي إلا أن قانون الأسرة إستمد أحكامه من جميع المذاهب السنية الأربعة غيرها من المذاهب ثم إن وجد هناك إغفال أو غموض في بعض النصوص القانونية يحيلنا إلى الفقه الإسلامي عموما دون تحديد مذهب معيّن كماهو الشأن في المادة 222من قانون الأسرة الجزائري التي تنص :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية فضلا عن اعتماده على بعض القوانين المقارنة مثل القانون المصري والتونسي والمغربي لتحقيق بحثا عن المرونة وسعة النظر ومحاولة منه لتحقيق المقاصد وما يثير الإشكال

هو تصور العموم بأن المرجعية الفقهية المالكية هي المعتمدة في الجزائر وإعمالها من حيث الفتوى ومن حيث مشاريع القوانين كقانون الأسرة.

- فهل المشرع الجزائري راعى المرجعية الفقهية المالكية في سنه لقانون الأسرة لمعرفة ذلك لابد من تفحص وتحليل وتأصيل الأحكام التي استساغها المشرع من الفقه المالكي مقارنة بمواقف الفقه المالكي عبر ثنايا بعض أمهات كتب المذهب ونظرا لشساعة الموضوع البحث وكثرة الآراء الفقهية في نفس المذهب وصعوبة استيعاب الألفاظ المستعملة لديهم وعليه قمنا ببحث عن النماذج التي من خلالها راعى المشرع الجزائري المرجعية الفقهية المالكية.
- تكمن أهمية الدراسة في ضرورة التمسك بالشريعة الإسلامية من قرأن وسنة وإجماع وقياس وما جاء في المذاهب الأربعة في سن القوانين خصوصا قانون الأسرة
- ضرورة مراعاة المرجعية الفقهية المالكية لأنها السائدة تاريخيا في الجزائر وشمال إفريقيا

أما الأسباب الذاتية :

- ✓ الرغبة الشخصية في البحث في موضوع يدخل في التخصص وفي إطار مسارنا الدراسي
- ✓ تناول المصدر الأساسي لقانون الأسرة وهو الشريعة الإسلامية وتأصيل وتحليل المسائل في مختلف المذاهب الفقهية يشجع الطالب على البحث العلمي.
- ✓ عدم وجود دراسات كافية ومتخصصة في الموضوع .

ويهدف البحث في هذا الموضوع إلى :

- ➢ إثراء المكتبة الجزائرية بمذكرة جامعية من أجل إستفادة الطلاب والباحثين منها وتعطيهم فرصة للتعمق أكثر في الموضوع واستكمال النقائص
- ➢ تبيان دور المرجعية الفقهية المالكية في كونها مرجعية غالبة في الجزائر لإعتبارت اجتماعية وتاريخية
- ➢ تثبيت المذهب الفقهي المالكي وتدعيمه

بالنسبة للدراسات السابقة في موضوع مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في قانون الأسرة الجزائري لا توجد وهناك دراسات مشابهة وقليلة تطرقت للموضوع جزئيا وهي:

- أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الأسرة رسالة لنيل شهادة الماستر تحت إشراف الدكتورة إقروفة زوبيدة

- مقالين للدكتورة إقروفه زوبيدة تحت عنوان:

- "أثر فقه مالك في المنظومة القانونية في الجزائر "

- "أثر الفقه المالكي على قوانين الأحوال الشخصية العربية"

- مقال للدكتور جمال عياشي تحت عنوان :مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة وموقع المذهب المالكي منها .

-مقال للدكتور غرابي أحمد بعنوان : المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة

وتنبني دراستنا على الإشكالية الآتية:

ما مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في قانون الأسرة الجزائري ؟

لمعالجة موضوع بحثنا سلكنا منهجين

أولا : المنهج التحليلي ، ويتجلى ذلك من خلال تحليل وتأصيل المسائل التي تناولها قانون الأسرة وأستساغ أحكامها من الفقه المالكي

ثانيا المنهج المقارن ، وذلك من خلال مقارنة أراء المذاهب الفقهية مع بعضها والرأي الذي تبناه المشرع الجزائري ومنه معرفة مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المالكي

وأتبعنا الخطة الآتية للإجابة على الإشكالية المطروحة

الفصل الأول : مدى مراعاة الرجعية الفقهية المالكية في أحكام الزواج وانحلاله

الفصل الثاني : مدى مراعاة الرجعية الفقهية المالكية في أحكام الميراث وعقود التبرعات

وأخيرا توصلنا لجملة من النتائج والمقترحات تضمنتها الخاتمة.

الفصل الأول مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الزواج وإنحلاله

تطرق المشرع الجزائري لأحكام الزواج وانحلاله من المواد 4إلى 73من قانون الأسرة 02/05 والذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 222من قانون الأسرة، والّتي تنص ":كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"،وترك المشرع الباب مفتوح في الاجتهاد القضائي لكل المذاهب الفقهية السنية وبما أن المذهب الفقهي السائد في الجزائر وشمال إفريقيا هو المذهب المالكي فما تم النص عليه في صياغة المواد السالفة الذكر قد راعى المشرع المذهب المالكي وهو ما يتم دراسته في هذا الفصل هو اعتماد المذهب المالكي في صياغة الأحكام المتعلقة بالزواج أو مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية الفقهية في صياغة النّصوص المتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله وسنحاول بإذن الله جاهدين أن نبرز للقارئ بصمة المذهب المالكي أو مذهب أهل المدينة إن وجدت وبعض المسائل التي خالف فيها المشرع الجزائري في قانون ألأسرة لأحكام الزواج وانحلاله في مبحثين :

المبحث الأول:مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في انعقاد الزواج

المبحث الثاني:مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في انحلال الزواج

المبحث الأول : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في إنعقاد الزواج

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله عقدا مؤبدا تسوده المودة والرحمة وميثاق غليظا حيث قال في محكم تنزيله ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1] وقال ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ [2]* إذ يعتبر كلا منهما لباسا وفراشا للأخر كما نص المشرع الجزائري على الزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة ***الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"**

ولمعرفة مدى إستيقاء المشرع الجزائري لأحكام قانون الأسرة من المرجعية الفقهية المالكية في الشق الخاص بأحكام الزواج وانحلاله في المطلب الأول في الخطبة وفي المطلب الثاني في انعقاد الرابطة الزوجية

المطلب الأول : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الخطبة

قبل التعرض لمدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في موضوع الخطبة يجب تعريفها

حيث يرى الكثير من الباحثين في الشريعة والقانون أن الخطبة تعتبر تقليدا قديما تعود جذوره إلى ما قبل العهد الروماني حيث جعلت من قوانينها على أن الزواج ينقسم إلى مرحلتين الأولى مرحة الخطبة ويتم فيها الرضا والشروط والأركان والمرحلة الثانية هي الزواج كنتيجة لما أتفق عليه في المرحلة الأولى والعرب كأمة من الأمم عرفت الخطبة والزواج

روت السيدة عائشة رضي الله عنها قالت :يخطب إلى الرجل وليته أو بنته فيصدقها ثم ينكحها ولأن عقد الزواج يعتبر من أخطر العقود لأنه من العقود الدائمة دوام الزوجين وما له من أهمية بالغة في حياة الزوجين جعلت له مقدمة وهي الخطبة

[1]-سورة الروم الأية21
[2]- سورة البقرة 187

قال له تعالى ﴿**ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم ستذكرونهن ولكن لا تواعدونهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله وأعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه وأعلموا أن الله غفور حليم**[1] ﴾

الفرع الأول تعريف الخطبة

أولا: تعريف الخطبة لغة

للخطبة في اللّغة عّدة معاني نتطّرق فقط للمعنى الّذي له علاقة بالموضوع، فالخطبة من فعل خطب، و خطب: فمن أ راد النكاح قال: نكح ، ويقال فلان يخطب عمل كذا: يطلب والخطبة بالكسر يعني طلب المرأة للزواج [2]

ثانيا: تعريف الخطبة اصطلاحا

نعّرف الخطبة فقهًا ثّم قانوًنا في الآتي:

1 -التّعريف الفقهي :عّرف فقهاء الإسلام الخطبة بعّدة تعار يف متقاربة نذكر الخطبة إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك من الخاطب أو أهله[3] والخلاصة أن الخطبة هي التماس التزويج والمحاولة عليه،أو هي طلب الرجل التزويج من بالمرأة أو إظهار الرجل رغبته في التزويج بامرأة سواء أكان له التماس التزويج بها نفسه أم من ينوب عنه أم من وليها فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج وهذا الاتفاق لا يرقى إلى مرتبة الإلزام[4]

وتكمن الحكمة من الخطبة في إقامة الّزواج على أمتن الأسس، وأقوى المبادئ لتتحقّق الغاية منه وهي الّدوام، البقاء، سعادة الأسرة، الاستقرار، الوقاية من النزاعات والخلافات، اطمئنان كل طرف إلى الآخر، ونشوء الأولاد في جّو من الحب، الألفة، الوّد والسكينة[5]

1سورة البقرة أية235

[2]- محمدعميم الإحسان المجددي البركتي،التعريفات الفقهية ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،2003 ،ص87

- [3] الزحيلي وهبة، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج .3ط .2دار الفكر، دمشق، 2006ص.ص .18.17

4

[4] أبو زهرةمحمد ،الحوال الشخصية ،ط3 ،دار الفكر العربي،القاهرة ،190 ،ص 26

- [5]الزحيلي وهبة، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج .3ط .2دار الفكر، دمشق، ص.9

1 -تعريف الخطبة قانونا

عّرف المشّرع الجزائري الخطبة في المادة 5 / 1من قانون الأسرة على أّنها وعد بالّزواج حيث تنص المادة السالفة الّذكر **":الخطبة وعد بالزواج"**،وهي عند فقهاء المالكية كذلك وصفها وطبيعتها[1] إذ لا ترقى الخطبة إلى الزواج مهما بلغت أهميتها ،ومراعاة للمقنن الجزائري لمثل هذا الحكم الشرعي أعتمد ضمن نص المادة 6 من القانون تفصيلا أكد فيه على أن الخطبة لا تعتبر عقد زواج إلا إذا تضمنت مقوماته التي بها ينقلب وصفها من خطبة محضة إلى خطبة وعقد زواج[2]

وللطبيعة الخاصة لعقد الزواج والوعد به فإنه يصح العدول عنه شرعا ،وهو ما أقره المقنن الجزائري في نص المادة 2/5من قانون الأسرة حينما صرح بأنه :**"يجوز للطرفين العدول عن الخطبة."** فأجاز العدول عن الخطبة لكلا الطرفين ، وهو ما نحى نحوه الفقه المالكي أين أجازوا رجوع الخاطب والمخطوبة عن الزواج بالصريح[3]

الفرع الثاني :مدى إعمال المرجعية الفقهية المالكية في حكم زواج المخطوبة

وهو أن المرأة التي تمت خطبتها من شخص وقبلت به وتقدم لخطبتها شخص أخر وتزوجت به فما حكم هذا الزواج ما حكم هذا الزواج؟ تضاربت الآراء الفقهية إلى عدة اتجاهات حيث ذهب جمهور الفقهاء وأكثرهم الشيعة فقالوا أن خطبة الرجل على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد ففي هذه الحالة الزواج صحيح من الناحية القضائية غبر أن العقوبة فيه أخروية. وهناك اتجاه ثاني ذهب إليه الظاهرية وقالوا أن الزواج باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي نهى عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر. أما المالكية فقالوا أنه يجب التفرقة بين الدخول وعدمه فإن تم الدخول فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه نظرا لما يترتب عليه من أضرار أما إذا لم يتبعه دخول فالعقد باطل حيث نصت المادة 05 من ق أ ج على : "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنه "... وعليه فإن المخطوبة التي وافقت

1 -د .محمد بشير الشفقة :الفقه المالكي في ثوبه الجديد فقه الأحوال الشخصية ،كتاب النكاح ، المجلد الثالث ،دار القلم دمشق الطبعة الثالثة،سنة 2008 ،ص62

2- - ورد ضمن المادة مايلي :إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا

3- د ، عبد السلام محمد الشريف العالم :الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية ،طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة ، الطبعة الثانية سنة 1994،ص 3 وما يليها .

على خطبتها من شخص ثاني وتزوجت به تكون بمجرد موافقتها على الخطبة الثانية قدعدلت على خطبتها الأولى لأن العدول حق من حقوقها ومن ثم فإن زواجها مع الشخص الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها هنا المشرع الجزائري أخذ بجمهور الفقهاء[1] ولم يراعي في ذلك المرجعية الفقهية المالكية

جرت العادة أن يهدي الزوج أثناء الخطبة وبعدها إلى الزوجة وأهلها بعض الأشياء من الحلي واللباس و الأكل في المواسم والأعياد وفي غيرها من المناسبات وينطبق المر نفسه على الزوجة فقد تهدي زوجها أو أهله لكن قد لا يتفق الخطيبان مما يؤدي إلى عدول أحدهما عن الخطبة والعدول هو ترك الخطبة والتنازل عنها[2] فما مصير الهدايا المقدمة وهل يلزم بردها فما موقف المشرع الجزائري

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري في الهدايا الخطبة حال العدول:نصت المادة 2/5 من ق أ : " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وقد فصلت في ذلك المادة 4/5و5 التي نصت :. **" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.وإن كان العدول من المخطوبة ،فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته** "يفهم من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نظر إلى الجهة التي تنازلت عن الخطبة أو عدلت بحيث أن الطرف العادل سواءا كان الرجل أو المرأة لا يسترد شيئا مما أهداه لخطيبته وفي المقابل يسترد الطرف الأخر ما لم يستهلك مما أهداه أو قيمته.

وكرست المحكمة العليا هذا الحكم في العديد من قرراتها [3]مع العلم أن المادة عدلت بالأمر 02/05 وأصبح نصها كالأتي: **"لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها رد ما لم يستهلك. "**

1 تشوار الجيلالي محاضرات في قانون الأسرة .
2 سليمان ولد خسال ،الميسر في شرح قانون السيرة الجزائري ،ط2 الأصالة للنشر والتوزيع ،الجزائر 2012 ص 38
3 المحكمةالعليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 92714،صادر بتاريخ13-1993/07، المجلة القضائية ع.11995،ص.128

نجد أن المشرع الجزائري قد بين مصير الهدايا المقدمة من طرف الخاطب للمخطوبة بأنها ترد الهدايا غير المستهلكة إن كان العدول منها ، في حين سكت عن مصير الهدايا المقدمة من طرفها وكان العدول منه،حيث اكتفى بالقول أن الهدايا المقدمة منه لا ترد ،فتحتمل بذلك عدة تأويلات سواء من طرف شراح القانون أو من طرف القاضي الذي له السلطة التقديرية في الحكم نجد أن المشرع الجزائري تفطن إلى هذه المسألة فإنّكر مصير الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة للخاطب وكان العدول منه وبذلك أصبحت المادة بعد التعديل : **"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إياه إذا كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"** وعبارة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته لها تأويلين أولا : المشرع قيد مجال الرجوع في الهدايا غير المستهلكة ،فقد ترد من الطرف المتنازل عينا أو قيمة ،أو الخيار بين ردها عينا ونقد.

ثانيا :أن الطرف العادل يرجع القائمة بعينها ،أما المستهلكة فيرجع قيمتها.

كذلك المشرع الجزائري حسم في حرمان الطرف العادل من الحرمان في إسترجاع ما وهبه للطرف الأخر،دون أن ينظر في سبب فسخ الخطبة إن كان بدافع إضطراري أم بشروط يمليها الطرفين على الأخر[1]

الفرع الرابع موقف الفقه في الهدايا في حال العدول:لقد تضاربت آراء الفقه الإسلامي حول مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بحيث يرى الحنفية بأنه يجوز الرجوع في الهدايا ما لم يوجد مانع من موانع استردادها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، بينما يرى رأي آخر على أنه لا يجوز للخاطبين الرجوع في الهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة وهو رأي ويرى الشافعية ،الحنابلة إلى وجوب الرد مطلقا سواء كانت

1- إقروفة زبيدة ،قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتنديد ،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية كلية أصول الدين ،جامعة الجزائر،1999،ص 87

قائمة أو مستهلكة، وأمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض يرى المالكية[1] حالتين أنه ينبغي التفرقة بين : ***العدول**

من جانب الخاطب : فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها إلا إذا كانت هناك عرف أو شرط بخلاف ذلك ***العدول من جانب**

المخطوبة : فللخاطب أن يرجع عليها بما أهداه لها لأنه في نظير شيئ لم يتم فلا يجمع بين ألم العدول وألم الاستيراد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة ،ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم المالي إذا كان العدول من الجانب الأخر.

ويرى السادة المالكية أنه إذا عدلت المخطوبة فللخاطب يسترد الهدايا ،سواء كانت قائمة أو هالكة فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها [2]

أما في مسألة الهبة فجاء في كتاب الشرح الكبير **للدردير** في فقه المالكية :إذا أهدى –أي الخاطب – أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ، ولو كان الرجوع من جهتها و الأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط [3]

فاسترداد الهدية هنا مستثنى من النهي العام عن الرجوع في الهبة الوارد في الحديث : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :قال النبي ﷺ (العائد في هبته كالعائد في قيئه)[4] وهو الذي جرت الفتوى عليه وربما أستدل المالكية على حديث ابن عباس رضي الله عنهما (أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ :أتردين عليه حديقته قالت :نعم قال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقه) والظاهر من الحديث هو أنه إذا كان ينص على إعادة المهر بعد الدخول

1 حاشية الدسوقي على شرح الكبير 220/02،بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير أحمد الصاوي 223/02 الأحوال الشخصية ،ص 39،40

2 الشرح الصغير،ج2،ص456 ،نقلا عن : الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ،ج7 ،ص 26

3عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ،ج6، مؤسسة الرسالة بيروت1993 ص75

4أخرجه البخاري ،كتاب الهبة ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، حديث رقم 164/2621،03 -

بها إذا طلب الطلاق من طرفها،فهو من باب أولى أن ترد ما قدم لها من هدايا إذا كان العدول من طرفها[1]

ما يفهم من خلال المادة 02/05 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري راعى في سنه للمادة المذكورة أعلاه المرجعية الفقهية المالكية في مسألة العدول وهذا في بداية النص القانوني إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في أخر الفقرة حينما جعل الاستهلاك مانع من موانع الرجوع في الهبة ،وهذا تلفيق من المشرع الجزائري في حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة كما أغفل مسألة مهمة ومعيرا أساسيا أفتى به السادة المالكية أين حكموا العرف في إرجاع الهدايا قبل الفتوى ولعله لم يعتمد العرف لسعته ولعدم إمكان التحكم فيه لاختلافه بين منطقة وأخرى ولأنه يقتضي القاضي المستوطن [2] ليس من قاضي مستوطن في المنظومة القانونية الجزائرية

المطلب الثاني : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في انعقاد الزواج

عرف قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 9 جويلية 1984 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة في المادة الرابعة منه 04 أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب

الفرع الأول : **مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أركان الزواج** : نتناول في هذا الفرع وبطريقة مختصرة مدى تأثر المشرع الأسري الجزائري بأركان الزواج المتفق عليها في المذهب المالكي

أولا : أركان الزواج المتفق فيها في المذهب المالكي : أركان الزواج التي تقوم بها حقيقته أربعة **الولي والمهر والمحل والصيغة** [3] ومنهم من يرى أن الصداق ليس شرطا وإنما شرط صحة

1المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، 109/04

[2] -والقاضي المستوطن هو القاضي الذي يعايش الناس ويعلم منهم أعرافهم فيعايشهم لأمد حتى يتمكن من الوقوف على كافة أعرافهم ليعتمدها في مجلس قضائه وهذا من غير المعمول به حاليا لتعذره

[3] د بلقاسم شتوان الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري،دار الفجر للطباعة والنشر ، بدون سنة الطباعة ص 43وما يليها

كالإشهاد وقال بهذا الدردبير والصاوي وقالا إن كان ولابد يكون شرط صحة[1] وقال بهذا الدسوقي وأن إبن رشد طرح إشكالية الولي بقوله اختلف العلماء هل الولي شرط من شروط صحة النكاح أو ليس بشرط وأجاب بقوله : ذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي وأنه شرط في الصحة هذا ما قال به الصوي والدردير في رواية أشهب عن مالك وفي رواية البغداديين معتمدين في ذلك على حديث لرسول الله ﷺ (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)

ثانيا **:أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري**

أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري في القانون05-02 المؤرخ في 27فيفري 2005 الواردة في المادة **9 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**

لا ينعقد الزواج إلا بتوفر التراضي بين الزوجين لأنه ركن الزواج الركين وعموده المتين الذي لو تخلف لبطل العقد وهو الذي يجسد تطابق الإيجاب مع القبول وهو على المكانة عند السادة المالكية[2]

وفي المادة **9مكرر** يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية :

- **أهلية الزواج .**
- **الصداق.**
- **الولي .**
- **شاهدين عدل.**
- **الخلو من الموانع الشرعية.**

بالجوع إلى التدقيق الاصطلاحي القانوني ، يتبين أن المقنن أكد على رضائية عقد الزواج ، بمعنى أنه لم يخضعه في انعقاده لأي كتابة لازمة لإعتبار الوجود القانوني له وإنما جعله من العقود التي يكفي فيها تبادل التراضي بين الأطراف العقدية ،وهو ما أكده ضمن المادة 09المذكورة وبه يكون

1حسنين بري سراج السالك شرح أسهل المسالك ج2 ص 36

[2]أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الجزء الثالث ،دار الفكر ، بيروت ،لبنان ، سنة 1398 ه ص 420.

المقنن الجزائري قد راعى المذهب المالكي من هذا الباب الذي يرى أن الكتابة مندوبة في عقد الزواج لحفظ الحقوق[1]

ثم إن المقنن عمم حينما أستعمل مصطلح الوجه الشرعي ، بحيث اعتمد على أحكام الشرع فيما يتعلق بطبيعة الزواج وأجاز في ذلك وجعل من الرجوع إلى الشرع وبالتالي الرجوع إلى المذهب المالكي رغم أنه يبقى خيارا متاحا للمفسر القانوني لأن المادة 222[2] ترجعه إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها .

الفرع الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الصداق :نعرج في هذا الفرع مدى إعمال مذهب أهل المدينة أو مذهب الإمام مالك في قانون الأسرة الجزائري من حيث تصنيف الصداق هل هو ركن أم شرط .

الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج حسب نص المادة 9مكررمن القانون 05-02المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 04 جويلية 1984 فهل راعى المشرع الأسري الجزائري أو تأثر بأحكام المذهب المالكي عند سنه لهذه المادة لمعرفه ذلك من عدمه نتطرق إلى أولا إلى تعريف و تكييف الصداق تكييفه وثانيا الإختلاف في قبضه.

أولا تعرف الصداق :الصداق عرفه الأستاذ بلحاج العربي بأنه : الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ، كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة[3]

وعرفه المشرع الجزائري :

[1] محمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنبلية ،مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ، القاهرة ،مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2209،ص 218

[2] والتي ورد فيها : (كل ما لم يرد فيه النص عليه في هذا لقانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)

[3] -العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق أحر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا) ، ديوان المطبوعات الجامعية ط6 ،2010 ،ص203

جاء تعريف في ق أ ج في نص المادة 14 منه كما يلي : الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء [1]

من خلال تتأكد مراعاة المشرع الجزائري للمذهب المالكي أين سايره في تعريف الصداق وأعتبره نقدا أو غيرها من الأشياء الجائزة شرعا لما فيه من إحالة إلى الشروط الفقهية المعلومة والملخصة في : أن يكون مما يصح التعامل فيه ، وأن يكون معلوما ، وأن يسلم من الغرر[2] .

كذلك في نص المادة 15من ق أ ج التي تنص : ''يحدد الصداق سواءا كان معجلا أو مؤجلا '' **تأكيد** المشرع على تحديد الصداق هوإحدى الشروط الفقهية المذكورة في الفقه المالكي فيما أوفيحالة عدم تحديده إلى مهر المثل وهو ما يسمى فقها في المذهب المالكي بنكاح التفويض وهو النكاح المقر بصحته عند السادة المالكية [3]

تكييف الصداق : حيث كيف بعض المالكية الصداق على أنه ركن من أركان العقد ، فقد جاء في التاج والإكليل لمختصر خليل: في القسم الثاني من كتاب النكاح في الأركان ، كما حدد الصداق كركن من الأركان الأربعة: "الصيغة والمحل والصداق والعاقدان[4]" فالصداق عند المالكية عوض لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو النكاح في جامع الأمهات [5] نفيه لأن العقد يفسد بنفي العوض لاعتبارهم الزواج عقد معاوضة حيث جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: "فإن تراضيا على إسقاطه أو اشترطا إسقاطه أصلا فإن النكاح لا يصح[6]" كما أعتبر الصداق ركنا في كتاب :الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: "المضر إنما هو الدخول على إسقاط الصداق

[1] قانون 84-11المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ن مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق 12 يونيو 1984

[2]-محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي :القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ،القاهرة ،مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2009،ص218

[3] الذي يبرم العقد بصد ده_(من غير تسمية المهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحمد)؛ أنظر : د.محمد بشير الشقفة : الفقه المالكي في ثوبه الجديد ،فقه الأحوال الشخصية ، كتاب النكاح ، المجلد الثالث ، ص543،540

4 - محمد بن يوسف أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، (د،م،ن) ،ط1 ،1416ه-1994 م،ج،ص42 .

[5] -ابن الحاجب الكردي المالكي ، جامع الأمهات ،(د،د،ن)،(د،م،ن)،(د،ت،ن)،ج1،ص 255 -

-محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ،شرحة مختصر خليل للخرشي ، دار الفكر للطباعة ،بيروت –لبنان ، (د،ت،ن)

[6]،ج3،ص 172.

فإنه يقتضي فسخ العقد قبل الدخول وا ن ثبت بعده بصداق المثل [1] ، ولقد اعتمد المالكية في اعتبار الصداق ركنا من أركان النكاح على أدلة 5 بعده بصداق المثل" من السنة النبوية. غير أنه يرى بعض المالكية أن الصداق لا يعتبر ركنا من أركان عقد الزواج وجعلوه في خانة الشرط فجاء النص على ذلك للحطاب في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ،بقوله : وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما ،غاية الأمر أنه شرط صحة النكاح ألا يشترط في جواز الدخول الإشهاد[2]

من خلا ل ما ذكر نجد أن المشرع الجزائري كيف الصداق على أنه ركن في عقد الزواج في القانون 84-11 في المادة 9 منه : * يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق * وعليه فإنه لا يصح بدونه النكاح [3] وبذلك يكون قد وافق المذهب المالكي ، وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 : * متى كان في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق [4] ومن خلا ل تعديل المادة 9 بموجب الأمر 05-02

فإن المشرع الجزائري قد عدل عن تكييف الصداق على أنه ركن من أركان الزواج ووضعه كشرط صحة من شروط الزواج وهو ما راعى فيه المرجعية الفقهية المالكية وذلك بموجب المادة 9مكرر من ق أج وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 1 من نفس القانون بنصها على ما يلي : * في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل * كما نصت الفقرة الثانية من المادة 33من نفس القانون على أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي وفي حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل [5]

---

1 أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي ،الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القرواني،دار الفكر للطباعة ،بيروت ،1415ه-1995م،ج2،ص4

2 شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي ،مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ،دار الفكر ،بيروت –لبنان ،ط3،1412 ه -1992 ، ج3 ، ص 419

3 نصرسلمان وسعاد سطحي ،أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة (أمالي في فقه الأسرة) ،دار الهدى ، عين مليلة –الجزائر ، (د ، ،ن) ،ص 146

4 المحكمة العليا ،غ ،أ ،ش ملف رقم 188707 ،بتاريخ 17مارس 1998 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، ص 50، ذكره : محفوظ بن صغير ،المرجع السابق ، ص 143

5 محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر05-02 ،دار الوعي ،الجزائر ،1434ه -2013 م ،ص144

ثانيا : الاختلاف في قبض الصداق :يقصد بالإختلاف في قبض الصداق وجود نزاع بين الزوج أو ورثته وبين الزوجة أو ورثتها فيدعي كل واحد من الطرفين دفع المهر ، فيما

ينكر الطرف الأخر ذلك [1]

أولا :**موقف قانون الأسرة من مسألة الاختلاف في الصداق** : نصت المادة 17 من ق أج **"في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ،فالقول للزوجة أو أحد ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أوأحد ورثته مع اليمين "**

خلال الاختلاف بين الزوجين أو ورثتهما حول قبض الصداق يجب التمييز بين حالتين :

أ ـ في حالة وجود البينة : البينة على من أدعى واليمين على من أنكر فالحكم لصالح من له بينة.

ب - في حالة عدم وجود بينة :هنا يحتكم الزوجان أورثتهما بنص المادة السالفة الذكر حسب ماجاء به المشرع الأسري الجزائري فالقول قول الزوجة أو أحد ورثتها مع اليمين قبل الدخول وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو أحد ورثته مع اليمين وكرست المحكمة هذ النص القانوني في قرارها رقم 73515 :*من المقرر شرعا وقانونا في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ،فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون [2].

وجاء في قرار أخر لها من المقرر شرعا و قانونا في حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع يمينها وإذا كان بعد البناء فالقول

[1] سليمان ولد خسال، المرجع السابق ،ص 88، أنظر أيضا
نصر سلمان ، *أحكام الصداق في الشريعة الإسلامية * ، مجلة العيار ، المجلد 5 ،ع ، 9، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة ، ص 64

[2] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 73515 ، صادر بتاريخ 18-06-1991 ، المجلة القضائية ع، 1992، ص 69

للزوج أو ورثته مع اليمين ، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية[1].

ثانيا **: موقف الفقه المالكي من مسألة الاختلاف في قبض الصداق** :يرى الكثير من فقهاء المالكية أنه في حالة الاختلاف في مسألة قبض الصداق في حالة عدم وجود البينة فالقول للزوجة أو ورثتها قبل الدخول وإن كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته

ورد في المدونة الكبرى : **قلت : أرأيت إذا تزوج الرجل المرأة فدخل بها فادعت أنها لم تقبض من المهر شيئا ، وقال الزوج قد دفعت إليك جميع الصداق قل : مالك : القول قول الزوج ... وإذ الم يدخل بها فالقول قول المرأة ...قلت أرأيت إن مات جميعا الزوج والمرأة ولم يدخل الزوج بالمرأة فادعى ورثة الزوج قد دفع الصداق وقال ورثة المرأة أن أمنا لم تقبض شيئا قال أرى أن القول قول ورثة المرأة إن لم يكن دخل بها وإن كان قد دح لبها فالقول قول ورثة الزوج**[2]

وجاء في كتاب الشرح الصغير **(و) إذا تنازعا (في قبض ماحل)من الصداق فقال الزوج دفعته لك وقالت لم تدفعه بل هو باق عندك (فقبل البناء) القول (قولها)وإن كان التنازع (بعده) فالقول (قوله بيمين فيهما) أي في المسألتين** [3]

وقد جاء رأيهم مخالفا للمذهب الشافعي الذين يرو أنه في حالة الاختلاف في قبض الصداق فالقول للزوجة مع يمينها حيث جاء في كتاب الأم : **ولو أختلف في دفعه فقال :قد دفعته إليك صداقا وقالت ما دفعت إلي شيئا ...فالقول قول المرأة مع يمينها سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل**[4] *و نفس الموقف للحنابلة حيث جاء في كتاب الإنصاف :***وإن اختلفا في قبض المهر فالقول لها** [5]*

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 54198، صادر بتاريخ 05-06-1989 ، المجلة القضائية ع، 1990، ص80

[2] أنس بن مالك ،المدونة الكبرى ،ج2 ،دار الكتب العلمية ، لبنان 1994 ،ص ،ص ،166،165

[3] الدردير أحمد ،الشرح الصغير ،أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،ج،2،د،ط،مؤسسة المنشورات الإسلامية الجزائر،د،س،ن،ص140

[4] محمد بن إدريس الشافعي ،الأم ج،6،دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ،المنصورة 2001،ص 185

[5] علي بن سليمان المرداوي ،النصاف في معرفة الراجح من الخلاف من الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، ج8 مطبعة السنة المحمدية ، د،ب،ن 196 ،ص ، 293.

بعد عرض موقف المشرع الجزائري وموقف المذهب المالكي من مسألة الاختلاف في قبض الصداق نجد أن المشرع الجزائري راعى المرجعية الفقهية المالكية بشكل تام والتي مفادها أن، الحكم في مسألة الاختلاف أو التنازع في قبض الصداق يكون بالتمييز بين حالتين حالة إذا وقع النزاع قبل الدخول أو بعد الدخول .

الفرع الثالث مدى مراعاة المرجعية الفقهية في الولي :

أثارت مسألة الولي العديد من المشكلات وأسالت الكثير من الحبر وخصوصا بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة 05-02 المؤرخ في فيفري 2005 والذي تضمن المواد التي تخص الولي في الزواج فهل راعى المقنن الأسري الذهب المالكي وهذا ما نمر عليه سريعا

1- **تعريف الولاية**:

الولاية في اللغة:الولاية بالكسرة السلطان والنصرة، والولي:القرب والدنو والاسم منه:المحب والنصير قال سيبويه :الولاية بالفتح المصدر ،ولولاية بالكسر،الاسم ،مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته قمت به ،فإذا أرادوا المصدر فتحوا ،والولي ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه [1]

الولاية في الاصطلاح:هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد[2]

والولاية إذا تعلقت بالشخص وإدارة شؤونه فهي ولاية قاصرة ، وإذا تعدت لشؤون غيره كتزويج أولاده والتصرف في أموالهم سميت ولاية متعدية ،وولاية تزويج الغير هي ولاية متعدية على النفس .

2- **أقسام الولاية** :تنقسم الولاية إلى قسمين [3]:

أ- **ولا ية إجبار** :الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ، وكذا المعتوهة

ب- **ولاية اختيار** :وهي ولاية ندب واستحباب ،وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا .

[1] إبن منظور ،لسان العرب،ج405/15

[2] -وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي ،ج190/8

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ،ج248/41

رأي المذهب المالكي في الولاية على المرأة: لقد حذا أغلب فقهاء المالكية حذو جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة ومفاده أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها سواء كانت بكرا أو ثيبا

مستدلين على أدلة كثيرة منها :قوله تعالى :"وأنكحو الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإيمائكم "[1] وقوله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل[2] وقوله ﷺ أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل باطل باطل[3]

وأن الولي ركن من أركان الزواج[4] عند المالكية

ثالثا مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في قانون الأسرة لمسألة الولي :

جاء في ق أ ج المادة 9 مكرر أن الولي شرط من شروط عقد الزواج وليس ركنا لأنه قصر الأركان في ركن واحد هو الرضا في المادة 9 مخالفا للمذهب المالكي الذي يعتبر الولي ركن من أركان عقد الزواج

فرق المشرع بين

أولا :المرأة الراشدة :حيث نصت المادة 1/11من ق أج:***تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره.**

حيث كرست هذه المادة حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها ولها كامل الحرية في إختيار زوجها ،بينما قصر دور الولي على حضور مجلس العقد وتعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفق المذهب الحنفي .

ثانيا : القاصر : حيث نص عليها المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه :**"دون الإخلال بالمادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب ، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."** إذ بمثل هذا النص القانوني يكون المشرع قد لخص أنواع الولاية الشرعية ؛ الأصلية وبالنيابة وبالتوكيل ، فضلا عن الولاية العامة التي جسدها في شخص القاضي

[1] سورة النور الأية 32

[2] سنن ابي داود كتاب النكاح باب في الولي الجزء الأول ص325 سنن الترميذي كتاب النكاح باب ماجاء لا نكاح إلا بولي ص260،259رقم الحديث1101

[3]أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، حديث رقم 1102ج ،2ص398

[4]الخطبة والزواج بلقا سم شتوان مرجع سابق ص 117

الذي يمثل بدوره الحاكم ، على ما يظهر من صياغة النص من ترتيب للولاية على الأشخاص المذكورة تعيينا كالأب أو بالصفة كالأقارب وفيه يكون قد راعى المرجعية الفقهية المالكية

المادة السالفة الذكر جاءت مناقضة للمادة 13 والتي نصها كالأتي **:"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "**

والملاحظ أنه لم يتطرق المشرع الجزائري في الأمر **05-02 المؤرخ في27فبراير 2005** المعدل والمتمم للقانون **84-11** المتضمن قانون الأسرة الجزائري على ولاية الإجبار التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية لا سيما فقهاء المذهب المالكي .

وفي حالة تخلف ركن الولي فيرى جمهور الفقهاء أنه سببا لبطلان عقد الزواج فإن زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها فزواجها باطلا ماعدا الأحناف الذين يرو أن زواجها صحيح لأن الولي لا يعتبر عندهم لا ركن ولا شرط صحة في العقد إلا إذا تزوجت بغير كفؤ أو بصداق أقل من صداق المثل فيحق لوليها طلب فسخ النكاح[1]

وفي قانون الأسرة الولي يعد شرطا لصحة العقد حسب نص المادة 9مكرر وحضوره شكلي و للمرأة كامل الحرية في اختياره وتخلفه يؤدي لفسخ العقد قبل الدخول ولا تستحق المرأة الصداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا أستوفى العقد ركنه و الشرط الأخر بحسب المادة 33 ف 2 أين ذكر المشرع عبارة * الولي في حالة وجوبه * وكأنه يقصد أن الولي يتولى زواج القاصر أما البالغة فلا يفسخ لا قبل الدخول ولا بعده إذا أختل شرط الولي

مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الشروط المقترنة بعقد الزواج : مع ازدياد الحياة الاجتماعية تعقيدا و حاجة الناس للمشارطات في العقود بسبب اتساع مجال الحريات الفردية لكون عقد الزواج من العقود الأبدية ولخوف المقبلين عليه من نتائج تعكر حياتهم ومن أجل ولسعيهم لترتيب حياتهم والعيش بدون مشاكل وعراقيل وقد تكون وعودا وعهودا لولاها لما أقدم أحدهما على الزواج قد توفى وقد لاتوفى و ينشأ الشقاق وتسوء العلاقة بين الزوجين فما موقف المشرع من الشروط التي وضعها الزوجين أثناء إبرام عقد الزواج وماهي ظوابط الإشترط في عقد الزواج وما أثر عدم الوفا ء بها في العقد.

[1]ينظر بتفصيل واف :أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ،دار الثقافة ،ط1،عمان ، الأردن ،2009،ج11/1 وما بعدها

إختلف الفقهاء في الشروط فمنهم من يرى أنها صحيحة يجب الوفاء بها ومنهم من يرى :

رأي الحنفية[1] **والشافعية** [2]**:** إن الشروط باطلة وبطلانها لا تأثير لها في العقد ولا يلزم الوفاء بها والقاعدة عمدهم أن أي شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا ينص الشارع علي وجوب الوفاء به يكون شرطا لاغيا ولا تأثير له في صحة العقد و حجتهم في ذلك ما روي عن السيدة عائشة قالت قال رسول الله ﷺ :***ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ،من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط ***[3] أبطل رسول الله ﷺ من الشروط ما ليس في كتاب الله ما لم يقم الدليل الشرعي على صحته أو أجازه بنص أو إجماع وإلا بطل وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال :* الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما *[4] مثلا في تعدد الزوجات الشارع الحكيم أحل أربعة زوجات **بشرط** العدل فإذا اشترطت الزوجة عدم التعدد فقد حرمت حلالا فشرطها باطل ولا يجوز الوفاء به

الأصل براءة الذ مم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع[5]

رأي المالكية :يرى المالكية أن هذه الشروط مكروهة لما في ذلك من إعسار الزوج والتضييق والتحجير عليه والوفاء بها غير لازم وهو مستحب إذا لم تكن تقترن بما يستلزم الوفاء بها كاليمين كاليمين بالطلاق والعتق والتمليك ونحو ذلك قال ابن حبيب وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرط وأن ذلك غير لازم للزوج[6] كما أن هذه الشروط قد تكون أسبابا للخصومات بين الزوجين وعدم استقرار الحياة الزوجية ،لكن لا يفسد العقد بسببها [7]

---

[1] البناية في شرح الهداية ،(691/04)السرخسي،(105/05)

[2] الحاوي الكبير (06/09)

[3] البخاري،كتاب المكاتب ،باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله ،حديث رقم (2561 (152/03) ،مسلم،كتاب العتق،باب إنما الولاء لمن أعتق ،حديث رقم (1504)،(1141/02)

[4] أخرجه البخاري معلقا في كتاب الإجازة ،باب أجر السمسرة ،(92/03)، والحديث حسنه بمجموع طرقة الإمام الشوكاتي وقال :لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها البعض فاقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا :أنظر نيل الأطوار (287/05)

[5] الإحكام في أصول الأ حكام (13،14/05) ،

[6] - الملتقى ،شرح موطأ الإمام مالك 87/05

[7] -الذخيرة ،(405/04).

وعن عقبة بن عامر رصي الله عنه عن النبي ﷺ قال * أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج [1]

كلمة – أحق – بمعنى الأولوية لا بمعنى الإلزام [2] وعليه فالمالكية قالو باستحباب الوفاء بالشروط وإن كرهوا اشتراطها

وهناك من يرى أن الشروط صحيحة لازمة ،وليس للزوج التخلص منها فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت ولا يسقط حقها في الفسخ بمضي مدة معينة[3] ، وقد روي عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاس ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس الأوزاعي وإسحاق ابن راهوية وهذا مذهب الحنابلة وهو اختيار بن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية وحجتهم في ذلك قوله تعالى **:*يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود *(المائدة /01)**

موقف المشرع الجزائري من الاشتراط : أقر المشرع الجزائري الشروط المقترنة بعقد الزواج بنص المادة 19 من ق، أ المعدل :للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة[4] فإذا قبل الزوج هذا الشرط وجب عليه الوفاء به وإن لم يفي به جاز للزوجة طلب التطليق من خلال ف 8 من م 53 المعدلة والتي تنص على : مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج * ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون *

من خلال نص هذه المادة يتبين أن المشرع أعطى الحرية التامة للزوجين في اشتراط أي شرط فيه مصلحة لأحد هما وأن لا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج مثلا اشتراط عدم وجود المهر فإذا كان منافيا لمقتضيات العقد فقد جاء المشرع بنصين أولهما : * تنص المادة 32 أنه يبطل الزواج إذا

[1] البخاري كتاب النكاح ،باب الشروط في النكاح حديث رقم 20/5151،07 ، مسلم،كتاب النكاح،باب الوفاء بالشروط في النكاح ،حديث رقم 1035/1418،02

[2] شرح صحيح مسلم لعياض

[3] ط بوعلام سي ناصر /أد ،عبد القادر داودي المسا يل التي خالف فيها قانون الأسرة المذهب المالكي المجلد19 العدد ا لأول أفريل2018

[4] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية دار الخلدونية ،الطبعة الأولى2008 ص126

اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد * وبذلك أعتبر المشرع اشتمال العقد على شرط منافي يكون سببا لإبطاله وثانيهما وهو نص المادة 35 والتي نصها كالأتي : إذا أقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا *فجعل بذلك العقد المقترن بشرط ينافيه صحيحا مع إبطال الشرط ، كشرط عدم الإنفاق .

الفرع الرابع :مدى مراعاة المذهب المالكي في الرضاع :

للتطرق لمدى مراعاة المذهب المالكي في الرضاع يجب أولا معرفة موقف المشرع الجزائري من الرضاع :

1-موقف المشرع الجزائري لمسألة الرضاع

نصت المادة 27 من ق أ ج: **"يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "** من خلا ل نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أعتبر الرضاع المحرم مانع من موانع الزواج فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يرى كذلك أن الطفل الرضيع هو وحده دون باقي إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها وهو ما نصت عليه المادة 28 من ق،أ،ج **"يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه "**

غير أنه لا يتحقق هذا إلا بشروط هي

- أن يحصل الرضاع في قبل الفطام أو في الحولين بغض النظر عن مقدار الحليب وهو مانصت عليه المادة 29 من ق أ ج بقولها **" لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا "**

وكرست ذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها ما يلي : من المقرر شرعا وقانونا أن مدة الرضاع الكاملة هي عامين فقط ، ولما كان في قضية الحال أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى ، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعنة الرامية إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها وبحضورها بحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون [1]

2- موقف الفقه من مسألة الرضاع :

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 71727 ،صادر في 23-04-1991 ، المجلة القضائية ،ع،2 1993، ص47 أنظر أيضا :- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 232324 صادر في 18-01-2000 المجلة القضائية ، ع ،1 ، 2001 ص،ص 162،163.

حسب الفقه المالكي الرضاع الذي يحرم من الزواج هو ما كان أثناء فترة الرضاعة بين الحولين دون النظر إلى عدد الرضعات ، وبغض النظر عن مقدار اللبن حيث ورد في كتاب المعونة :**إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد ...فأطلق وهذا يحصل للقليل كما يحصل للكثير**[1] ورد في كتاب المدونة **: قال سحنون بن سعيد قلت لعبد الرحمان بن القاسم : أتحرم المصة والمصتان في قول مالك ؟ قال :نعم ...قال ابن شهاب : انتهى أمر المسلمين إلى ذلك . ابن وهب عن مالك بن أنس عن ثور بن زيد الدؤولي عن إبن عباس أنه سئل كم يحرم من الرضاع فقال : إذا كان في الحولين فمصة واحدة تحرم ،وما كان بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم ، مالك عن إبراهيم بن عقبة عن ابن المسيب أنه قال : ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهي** تحرم **،وما كان بعد الحولين فإنما هو طعام يأكله**[2]

كما عرفه المالكية بأنه" وصول لبن امرأة ، وإن كانت ميتة أو صغيرة لم تطلق لجوف رضيع وإن بسعوط ، أو حقنة تغذي ، أو خلطة بغيره ، إلا أن يغلب عليه في الحولين أو بزيادة شهرين ، إلا أن يستغني ولو فيهما [3]

و يرى **الحنفية** فيما ورد في كتاب التسهيل الضروري لمسائل القدوري[4] أن الرضاع المحرم للزواج ما كان في الثلاثين شهرا أو السنتين قليله أو كثيره

كما عرفوه بأنه : مص الرضيع اللبن من ثدي أدمية في وقت مخصوص [5] حيث يفهم من هذا التعريف ما يلي : الآدمية خرج بها الرجال والبهيمة[6] ، وألحق بالمص الو جور والسعوط وقوله في وقت مخصوص هو حولان ونصف عنده وحولان[7]

أما **الشافعية** :موقف الشافعية من الرضاع المحرم للزواج ما كان في الحولين وبخمس رضعات

---

[1] عبد الوهاب علي بن نصر المالكي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،1998 ص،ص،647،646.

[2] أنس بن مالك ،المدونة الكبرى ، المرجع السابق ،ج2،ص،ص،296،295.

[3] إبن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، ج 4، طخاصة ، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع ،الرياض ،2003م 14230ه ص ، 393

[4] محمد عاشق الهي البرني ،التسهيل الضروري لمسائل القدوري ، ج 2مكتبة الشيخ بهادر أباد كراتشي المملكة العربية السعودية 1416 ه ص ،ص 26،25

[5] ابن الهمام الحنفي ،شرح فتح القدير على الهداية ،تح : عبد الرزاق غالب المهدي ،ج3 ،ط1 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 2003 م ،1424 ه ص418

[6] ابن عابدين ، ، الرجع نفسه ص ، 393

[7] ابن عابدين ،المرجع نفسه ص ،392

حيث ورد في كتاب الأم : **فأخبر الله عز وجل أن كمال الرضاع حولين** وورد في موضع أخر: **ولا يحرم من الرضاع إلا خمس ركعات متفرقات ، وذلك أن يرضع المولود ثم يقطع الرضاع ثم يرضع ثم يقطع الرضاع ،فإذا رضع في مرة منهن ما يعلم أنه قد وصل إلى جوفه ما قل منه وكثر فهي رضعة ،وإذا قطع الرضاع ثم عاد لمثلها أو كثر فهي رضعة** [1]

ويرى الحنابلة أن الرضاع المحرم للزواج هو ما كان في الحولين بعدد خمس ركعات ما ورد في كتاب العمدة : **ولا يحرم الرضاع إلى بشروط ثلاث .... أن يكون في الحولين لقول رسول الله ﷺ "لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام وأن يرتضع خمس رضعات لقول عائشة كان فيما أنزل في القرآن : عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن** [2]"

مدى إعمال المذهب المالكي في ما يخص الرضاع :يظهر مما سبق وبعد عرض أراء الفقهاء الأربعة أن المذهب المالكي هو المذهب الذي له أثر و تم إعماله من طرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة بخصوص مسألة الرضاع المحرم للزواج ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 29 من ق أ ج على أنه "لا يحرم الرضاع إلا ما كان في ما حصل في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا "أي أن الرضاع المحرم للزواج هو ما كان في الحولين ولايهم مقدار اللبن قل أو كثر

المبحث الثاني:مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في انحلال الزواج :

تطرق المشرع الجزائري لأحكام انحلال الرابطة الزوجية بالمواد من47 إلى 80 ومن مصادر قانون الأسرة الجزائري الشريعة الإسلامية المتمثلة في القرآن والسنة النبوية الشريفة و المذاهب الفقهية ؛ فهل تأثر خلال صياغته لبعض أحكام الطلاق بالمذهب المالكي كمرجعية فقهية ؟ لمعرفة ذلك حاولنا المرور على بعض الأحكام المستساغة من المذهب المالكي في المطلب الأول بعض صور التطليق و في المطلب الثاني في الحضانة.

المطلب الأول : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في صور التطليق :

[1] محمد بن إدريس الشافعي ، الأم الرجع السابق ج6 ص 76

[2] عبد الله بن أحمد ،عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ، د ، ط المكتبة العصرية ، بيروت ، 2003،ص ،92

الفرع الأول : التطليق لعدم الإنفاق : الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها [1] وذلك بحسب مدخوله وموارد رزقه ؛ما ورد في نص المادة 39 من ق أ ج ألزم القاضي بمراعاة حال الطرفين وظروف المعاش وهناك من يرى أنه لابد من مرور شهرين تنتظرهما الزوجة لطلب التطليق قياسا على ما نصت عليه المادة 333 من ق ع ج والتي تعاقب على من امتنع عمدا عن تقدير تنفيذ حكم النفقة لمدة شهرين وكرست هذا المحكمة العليا في قرارها والذي قضى بما يلي : " من المقرر فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها " أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق عليها بشروط ، ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه المالكي إبن عاصم وهو بمقتضى رأي جمهور الفقهاء أحمد والشافعي ومنهم المالكية [2] حيث يرو أن نفقة الزوجة واجبة وهي حق لها ، ولا يجوز للزوج الامتناع عنها لأنه أثر من أثار عقد الزواج فإذا أمتنع الزوج عن أداء واجبه حق للزوجة طلب التطليق وعلى القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة إذا ثبت ذلك [3]

الفرع الثاني :التطليق للغيبة : عرفته المادة 110 من ق أ ج "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود "فإذا كان القصد من الغياب إلحاق الضرر بالزوجة دون عذر ولا نفقة جاز لها طلب التطليق بعد مرور سنة كاملة وهذا ما نصت عليه المادة 53 من ق أ ج نفقة الزوجة واجبة شرعا وقانونا فإن امتنع عنها ولم يؤديها وكان موسرا فللزوجة أن أخذ النفقة من ماله ولو كان دينا على أخر أو وديعة وإذا كان معسرا فأختلف الفقهاء في ذلك [4]:

1 - موقف المالكية : يرى المالكية والحنابلة أنه في حالة ما إذا طالت الغيبة بمرور سنة أو أكثر حيث جاء في حاشية الدسوقي : الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر ، فمنه لا طلاق إلا إذا

---

[1] عبد العزيز سعد ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد <<أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل >>، الطبعة الثانية ،دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2007 ص

[2] الشرح الكبير للدر دير: 2/518-519

[3] بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1/288

[4] أحمد فراج حسين أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب ،بدون طبعة الدار الجامعية للنشر 1417ه الموافق 1998، ص152؛ أحمد نصر الجندي الطلاق والتطليق وأثارهما

طالت مدة الغيبة ، وذلك كالسنة فأكثر" وهناك من يطيل المدة إلى ثلاث سنوات ولو ترك لها ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته[1]

فإذا غاب الزوج مدة سنة فأكثر وتضررت الزوجة جاز لها طلب التطليق ولو ترك لها الزوج نفقتها لأن الضرر قد يكون بسبب عدم الإنفاق أو لعم تحمل غياب الزوج للطبيعة البشرية في الغالب الأعم وبالتالي وجب رفع الضرر عنها لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وذلك بالتفريق بينها وبين الزوج الغالب إذا رفض الحضور إليها أو نقلها إلى بلد إقامته [2]

ويعتبر المالكية التفرقة بينهما طلاقا بائنا ويرى الحنابلة أنه فسخ لا طلاق

2 - موقف الحنفية :يرى الحنفية أنه في حالة غياب الزوج عن زوجته مدة ومهما طالت وترك لها ما تنفق على نفسها فلا حق لها في طلب التطليق [3]

3 - موقف الشافعية :يرى الفقه الشافعي أنه لا يحكم بالفسخ للغيبة لجهل حالة الزوج الغائب معسرا أم موسرا وإذا ثبت يسره يحكم بالفسخ كاستثناء حيث جاء في كتاب حواشي تحفة المنهاج :" ولا فسخ بغيبة من جهل حاله يسارا أو إعسارا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرا فلا فسخ بغيبة من جهل يسارا أو إعسارا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرا فلا فسخ ما لم تشهد بإعساره الآن وإن علم إسنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكا كما يأتي (ولو حضر وغاب ماله) ولم ينفق عليها بنحو استدانة (فإن كان)ماله (بمسافة القصر) فأكثر من محله (فلها الفسخ)[4]

موقف الحنابلة : سئل أحمد عن رجل تغيب عن امرأته لمدة أكثر من ستة أشهر ؟ قال : إذا كان في حج ،أو غزو ،أو مكسب يكسب على عياله أرجو أن لا يكون فيه بأس إن كان قد تركها في كفاية من النفقة لها ، أما إن غاب دون عذر ؛ كأن كان سنّة لأكثر من ستة أشهر ، فقيل يفرق بينهما ، فالغياب أكثر من ستة أشهر لا يجوز إلا لسفر واجب ،فقال أحمد : **" وإن سافر عنها أكثر**

---

[1] علي خفيف ،فرق الزواج دار الفكر العربي ،القاهرة 2008ص 271 ،أنظر أيضا إقروفة زوبيدة أثر الفقه المالكي في أحكام الزواج وانحلاله جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2018-2019

[2] محاضرات الدكتورة هنان مليكة

[3] وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الموسوعة الفقهية ، ج29، دار الصفوة ،الكويت ،1993،ص62

[4] ابن حجرالهيثمي ، أحمد بن قاسم العبادي ،عبد الحميد الشر واني ،حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج ،ج8 د،ط المكتبة التجارية الكبرى ، مصر 1938،ص 337

من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك ، إن لم يكن عذر ، فإن أبى شيئا من ذلك ولم يكن له فطلبت الفرقة فرق بينها ولو قبل الدخول " من خلال كلام أحمد يرى الحنابلة أنه يحق للزوجة طلب التفريق لغيبة الزوج إذا كان بدون عذر كالحج أو الكسب كما أن الزوجة إذا طلبت من زوجها الغائب القدوم بعد ستة أشهر من الغياب وأبى القدوم جاز لها الفسخ سواء كان قبل الدخول أو بعده دون النظر إلى النفقة وهو قول أكثر الفقهاء على أساس استبعاد إستوجاب الوطء1 [1].

من خلال ما سبق مذهب الحنفية والشافعية لم يجيزوا التفريق للغياب في حين مذهب الحنابلة أجازوا التفريق للغياب لمدة ستة أشهر و الراجح عند المالكية هو التفريق عند الغياب لمدة تزيد عن السنة وبهذا يكون المشرع الجزائري قد راعى المذهب المالكي وتأثر به .

الفرع الثالث : التطليق لكل ضرر معتبر شرعا : التطليق لكل ضرر معتبر شرعا حق أجازه المشرع الجزائري للمرأة تمارسه متى شاءت المادة 53ق أج فما هو الضرر ؟

1- الضرر لغة : كل ما هو ضد النفع والضر بالضم الهزال وسوء الحال ومن هنا أتت المضّرة وهي خلاف المنفعة ، ويرد الضرر أيضا بمعنى الضيق والنقصان يدخل في الشيء [2]وقد وردت لفظة الضرر في القرآن وفي مواضع كثيرة منها قوله تعالى " لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر" [3] وكذلك قوله تعالى ".. والصابرين في البأساء والضراء"[4]. وأيضاً قوله تعالى " وإذا مس الإنسان الضرُّ دعانا لجنبه ..."[5]. وكذلك قوله تعالى " ... وما يضرونك من شيء وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما"[6].

كما وردت لفظة الضرر في السنة النبوية ، ومن ذلك قول النبي ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" ، وكذلك قوله ﷺ ، " من ضار أضر الله به"[7].

---

[1] علي بن سليمان المر داوي

2ينظر في ذلك ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري : لسان العرب ،الجزء السادس ،دار المصرية للتأليف والترجمة - للتأليف والترجمة ، 630-711 ه ، ص153-158 .

[3]الأية95 من سورة النساء

[4] الآية 177 من سورة البقرة

[5] الآية 12 من سورة يونس

[6]الآية 113 من سورة النساء

7ينظر في ذلك عبد الجبار حمد حسين شرارة : نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة ، جامعة بغداد ، 1990 ، ص25.

ومما تقدم يتضح لنا أن هذه الآيات والأحاديث تفيد بعمومها منع الإضرار بالغير مطلقاً في نفسه أو ماله .

2-الضرر اصطلاحاً فهو يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن كذلك[1]

موقف المشرع الجزائري من التطليق للضرر :

أشار المشرع الجزائري للتطليق لكل ضرر معتبر شرعا وأنه وضع معيارا عاما يجمع كل صور وأنواع الضرر والتي قد تأتي بها التطورات والتغييرات التي تحصل في المجتمع بالنص في الفقرة 10من المادة 53 على الضرر المعتبر شرعا المقصود به الضرر الذي يعتبره الفقه الإسلامي ضررا

مدى إعمال الفقه المالكي في التطليق للضرر المعتبر شرعا : عرف المالكية الضرر بما لا يجوز شرعا كذلك المشرع الجزائري كما تبنى الفقه المالكي مسألة التطليق للضرر والذي أعطى الحق الزوجة بين خيار إما طلب دفع الظلم عنها والبقاء مع زوجها فيلجأ القاضي على وعظه وتهديده وربما إلى تعز يره وبين أن تطلب التفريق عنه إذا ثبت ما أدعته من ضرر كذلك المشرع الجزائري وافق الفقه المالكي في أنه أورد الضرر المعتبر شرعا في عبارة عامة وحسب بعض الشراح فإن تقدير الضرر يكون شخصيا لأنه ما يعتبر ضررا عند زوجة لا يعتبر ضررا بالنسبة لأخرى .

المطلب الثاني : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الحضانة

[1]ينظر في ذلك الدكتور حسن علي الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، الضرر ، شركة التايمز للطبع والنشر المساهمة ، بغداد ، 1991 ، ص 158 . وكذلك الدكتور رمضان محمد أبو السعود : مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1984 ، ص 231 . وكذلك الدكتور سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم ا لأول ، الأحكام العامة ، الطبعة الخامسة مطبعة السلام ، القاهرة ، 1988 ، ص 133 . وكذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، 1952 ، ص969-970.

من بين الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية الحضانة والتي تطرح بكثرة على مستوى محاكمنا والتي تعتبر من المسائل البالغة الأهمية لأنها تتعلق بحياة الأولاد وتربيتهم ورعايتهم وإسنادها لطرف دون أخر قد يؤدي إلى آثار وخيمة وقد تناولها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الذي من خلال صياغته لبعض مواضع الحضانة قد تأثر بالمذهب المالكي لتسليط الضوء على ذلك في الفرع الأول مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في عودة الحضانة وفي الفرع الثاني مدى مراعاة المذهب المالكي في سكوت صاحب الحق عن طلبها .

الفرع الأول :مدى مراعاة قانون الأسرة الجزائري المرجعية الفقهية المالكية في عودة الحضانة :

تعريف الحضانة اصطلاحا : الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالته بغرض المحافظة على بدنه ،وعقله،وحمايته من عوامل الانحراف بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه مما يستوجب أن تسند حضانته لمن هو مؤهل لمثل هذه الواجبات وأن يكون له الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة والقانون

1- موقف المشرع الجزائري من عودة الحضانة :

عرف ق أ ج في المادة 62 : **"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه وصحة وخلقا [1]ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "**

ونصت المادة 64 من القانون أعلاه أن الحضانة تسند لأصحابها المذكورين كالأتي : الأم ،ثم الأب ،ثم الجدة لأم،ثم الجدة لأب،ثم الخالة ،ثم العمة ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك [2]

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء واجب قانوني فإن كان الحاضن مؤهلا لذلك كما نص عليه شرعا وقانونا بقي له هذا الحق إلا أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65من ق أج وإن أخل الحاضن بإلتزامه المنصوص عليه في المادة 62 أعلاه أو فقد شرطا من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها وأسباب سقوط الحضانة هي :

[1] - أنظر المادة 1/62 من الأمر 02/05 المرجع السابق
[2] -أنظر المادة 64، المرجع نفسه

1- سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بأجنبي :

2- سقوط الحضانة بالتنازل

3- سقوط الحضانة بانتفاء أحد الشروط الواجب توفرها في الحاضن

4- سقوط الحضانة بالتقادم

5- سقوط حق الحضانة بالمساكنة

6- سقوط الحضانة بالسفر بالمحضون

تسقط الحضانة بعدم طلبها لمدة تزيد عن السنة بدون عذر وهو ما نصت عليه المادة 68 **"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "**

وسقوط الحضانة لا يعني عدم إمكانية عودتها ،إذا كان سبب سقوطها غير اختياري وهو ما نصت عليه م 71 من ق أ ج بقولها **" يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري "**

لابد من التمييز بين السقوط غير الاختياري والسقوط الاختياري

السقوط غير الاختياري للحضانة : هو توفر أحد أسباب سقوط الحضانة المنصوص عليها في المواد 66ومايليها من ق،أ،ج والتي أدت إلى إسقاط حق الحضانة مما كانت موكلة له بموجب حكم قضائي

مثلا إذا تزوجت الأم الحاضنة من شخص أجنبي عن المحضون فإن هذا الحق يود لها في حالة طلاقها أو وفاة زوجها ويمكن القول أنه في حالة إذ كان السقوط غير إختياري فإنه يحق للحاضن استرجاع حقه إذا زال سبب السقوط في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا 1990/02/05 "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون "

السقوط الاختياري للحضانة : أو سقوط حق الحضانة بسبب تصرف مستحق الحضانة وبناءا على رغبته واختياره ،فإن حق الحضانة لن يعود إليه بعد سقوطه مثلا التنازل الصريح وفقا لنص المادة 68من ق أ ج فلا يحق لمستحقي الحضانة الاستفادة من عودة حقهم في الحضانة بعد زوال سبب السقوط إذا كان حقهم هذا قد سقط بسبب تنازلهم أو بسبب عدم مطالبتهم بذلك خلال المهلة القانونية

المحددة بسنة إلا بعذر فلا يجوز لأحد أن يطلب من المحكمة أن تعيد له حقه في الحضانة إذا قرر التراجع عن التنازل بعد منحها لغيره [1]

2- موقف الفقه في عودة الحضانة :

أ- يرى **الحنفية** أن الحضانة تعود لمن سقطت منه لزوال المانع فسقوط الحق في الحضانة عندهم هو منع مانع فإذا زال المانع عاد الحق مثلا الناشز لا نفقة لها ثم تعود بالعود إلى منزل الزوج [2]

ب - **موقف الشافعية** :ذهب الشافعية إلى القول بأن الحضانة تعود بزوال سبب سقوطها حيث ورد في كتاب فتح الرحمن : **" والد الطفل أولى بحضانته من أمه إن نكحت لغير حاضن له وإن لم يدخل بها الزوج ، لخبر : " أنت أحق بهم الم تنكحي " ،ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج ... فإن طلقت منكوحة ... عاد حقها لزوال المانع ، كما لو كملت ناقصة بأن عتقت أو أفاقت ، أو تابت أو أسلمت "**[3]

ج - موقف الحنابلة: موقف الحنابلة من موقف الحنفية والشافعية في حق الحاضن في عودة حقه في الحضانة إذا زال سبب سقوطها حيث ورد في كتاب المغني :"إذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته ...وكل قرابة تستحق بها القرابة ،منع منها مانع كرق ، أو كفر ، أو فسق ، أو جنون ، أو صغر ، إذا المانع مثل أن عتق الرقيق ، أو أسلم الكافر وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، وبلغ الصغير عاد حقهم من الحضانة ،لأن سببها قائم وإنما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع ، عاد الحق بالسبب السابق الملازم ، كالزوجة إذا طلقت[4]

د - موقف المالكية :موقف المالكية من موقف جمهور الفقهاء في مسألة عودة الحضانة حيث أنهم يرو أن من حيث المبدأ إعطاء الحق لمن سقطت منه الحضانة ليسترجعها في حين خالف الجمهور في السبب الذي يسمح للحاضن باسترجاعها حيث أجازوا مطلق الأسباب في حين المالكية

---

[1]- حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه في القانون الخاص غير منة ،كلية الحقوق ،جامعة تلمسان ، 2005/2004 ،ص478شور

[2] - عبد الله أحمد بن محمود ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية ،ج4 ،دار الكتب العلمية ،لبنان 1997 ،ص 285

[3]- أحمد بن أحمد الرملي ،فتح الرحمن بشرح زبد أبن رسلان ،دار المنهاج ،لبنان 2009 ، 895.

[4] - علاء الدين حسين رحال ،<<تحف القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه >>، بحث مقدم في ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة ، جامعة أم القرى مكة المكرمة 1436 ،ص 20

حصرته في السبب الإجباري أو الاضطراري كالمرض ،السفر بغير رضاها ،حج فرض وعدم لبن .

3- مدى تأثر قانون الأسرة بالمذهب المالكي في عودة الحضانة : إن رأي المشرع الجزائري في مسألة عودة الحضانة مستساغ من المرجعية الفقهية المالكية حيث أن جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية يرو أن عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها وذلك بزوال سبب السقوط أو المانع من الحضانة دون تمييز ما إذا كان السبب إجباريا أو اختياريا في حين ذهبت المالكية إلى أن عودة الحق في الحضانة بعد سقوطه يجب أن يكون بسبب إجباري لا اختياري كالمرض أو عدم اللبن أو حج فرض وفي هذا سار عليه المشرع الجزائري متأثرا بالمذهب المالكي ويجسد هذا في نص المادة 71 من ق أ ج [1]

الفرع الثاني : السكوت عن طلب الحضانة : استنادا إلى القانون وقواعد الشريعة الإسلامية في مستحقي الحضانة فإن الأم هي الأحق بحضانة الولد بعد فرقة الطلاق أو وفـــاة لوفور شفقتها [2] ودليل تقديم الأم من الشريعة الإسلامية ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت له : **" يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ،فقال : "أنت أحق به ما لم تنكحي " وقال صلى الله عليه وسلم " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"**

وقانونا ما نصت المادة 64 من قانون الأسرة :**" الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ثم العمة ،ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ،وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "** ويرى فقهاء الشافعية والحنابلة أن الحضانة حق للأم يمكن التنازل عنه ولا يمكن إجبارها على ممارسة الحضانة يرى الحنفية والمشهور عند المالكية والشافعي والحنابلة أن الحاضنة لا تجبر إلا إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم ، كي لا يضيع الولد[3]

[1]- أنظر في المادة 71 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل للقانون 84-11المؤرخ في 9جويلية 1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2] - الكساني بدائع الصنائع ج4 /42

[3] - رمضان علي السيد الشر نباصي ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان 2001، ج2 /181 أنظر مطوعة محاضرات د هنان مليكة 2014/2013

وشأن الأم شأن جميع مستحقي الحضانة فقد لا يطالب أحدهم بحقه في الحضانة وهو ما نتطرق له في هذا الفرع على أن نبحث عن بصمة الفقه المالكي في ثنايا مسألة السكوت عن طلب الحضانة

أولا : موقف المشرع الجزائري في السكوت عن الحضانة :نصت المادة 68 من ق أ ج :**"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "**

عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة بإسناد الحضانة له لمدة سنة دون عذر يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة

وقد كرست هذا المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن المطالبة بالحضانة بعد مرور مدة تزيد عن السنة يعتبر مخالفا لأحكام المادة 68 من ق أ ج حيث جاء في قرارها الجدة لأم لم تطالب بالحضانة غلا بعد أربع سنوات من وفاة الأبوين والمحضون موجود لدى خاله ،فغنها بذلك قد خالفت أحكام المادة 68من ق أ ج[1] . وعليه فإن مطالبة من له الحق في الحضانة قبل مرور سنة أو بمرور أكثر من سنة بعذر في عدم طلبها لا يسقط حقه في الحضانة وإسنادها له .

وفي قرار أخر للمحكمة العليا : ولما كان الثابت في قضية الحال أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها ، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة و إسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون [2]

ثانيا :موقف الفقه في السكوت عن طلب الحضانة

لقد إنفرد المالكية دون المذاهب الفقهية الأخرى بموقفهم عن السكوت عن طلب الحضانة وأعتبروه سببا من أسباب سقوط الحضانة

حيث جاء في كتاب لوامع الدرر : **أن الحاضنة إذا أسقطت حقها من الحضانة بعد وجوبها لغير عذر ثم أرادت أن تعود لها فإنها لا تعود لها بعد الإسقاط إلا لمرض مستثنى من الإسقاط وهو استثناء منقطع ،لأن هذا سقوط والمستثنى منه إسقاط ، يعني أن الحضانة إذا سقط حق الحاضن منها لمرض لا تقدر معه على القيام بأمور المحضون أو عدم لبن ، أو حج فرض أو سفر زوج بها غير طائعة ،فإن الحضانة تعود لها بعد زوال ما ذكر ، إلا أن تتركه بعد زوال جميع ما مرسنة**

[1]- المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 364850 صادر بتاريخ 17-05-2006المجلة القضائية ع،2 2007 ،ص ،437

[2] -المحكمة لعليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم 58220 صادر بتاريخ 05-02-1990 ،المجلة القضائية ، ع 3 1993 ،ص 53

ونحوها في الكثرة مختارة فلا تأخذ الولد ممن هو بيده ،ولو تركته بعد أن زال العذر حتى طال الأمر السنة وقلنا ليس لها أن تأخذه [1]

يتضح من خلا ل عرض موقف المذهب المالكي أن المشرع الجزائري قد استساغ منه في صياغة المواد 68 و71 من ق أ ج وبذلك يكون قد تأثر بموقفه الوحيد الذي تكلم عن سقوط الحضانة بسكوت من له الحق فيها لعذر[2]

[1] محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي ، المرجع السابق ج7 ، ص ،ص 779 ،781 ، أنظر أيضا :

توصلنا في نهاية الفصل الأول إلى :

المسائل التي راعى فيها المشرع الجزائري المرجعية الفقهية في أحكام الزواج من خلال صياغة أو تقنين قانون الأسرة 05-02 المعدل

1- في مصير هدايا الخطبة :من خلال نص المادة 5من ق أ ج من عدل عن الخطبة لا يسترد شيئا مما أهداه وفي المقابل يرد للطرف الأخر ما تلقاه من الهدايا وبذلك يكون المشرع الجزائري قد راعى المرجعية الفقهية المالكية

وفي زواج المخطوبة من شخص أخر أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور

2- اختلاف الزوجين في قبض الصداق :نصت المادة17 من ق أ ج إذا وقع خلاف بين الزوجين حول قبض الصداق وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها قبل الدخول أما إذا كان الاختلاف بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته متأثرا بالفقه المالكي

3- مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الولي حيث توصلنا إلى أن المشرع الجزائري أخذ بما هو في الفقه المالكي في مسألة زواج القصر في نص المادة 7

4- مدى مراعاة الفقه المالكي في الاشتراط في عقد الزواج حسب المادة19 من ق أج يمكن للزوجين اشتراط أي شرط لا يتنافى مع عقد الزواج وهنا المشرع خالف المالكية والذين يرو بكراهة الاشتراط وخالفهم في أثر الاشتراط

5- مدى إعمال المذهب المالكي في ما يخص الرضاع :يظهر من خلال عرض أراء الفقهاء الأربعة أن المذهب المالكي هو المذهب الذي تم إعماله من طرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة بخصوص مسألة الرضاع المحرم للزواج ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 29 من ق أ ج على أنه "لا يحرم الرضاع إلا ما كان في ما حصل في الحولين سواءا كان اللبن قليلا أو كثيرا "

6- من خلال بعض صور التطليق تبين أن المشرع الجزائري تأثر بالمذهب المالكي في ما يخص التطليق لعدم الإنفاق أي يجوز للزوجة طلب التطليق في حال غاب الزوج مدة سنة فأكثر ما نصت عليه المادة 53ف1من ق أ ج

7- في ما يخص التطليق للغيبة المشرع أخذ رأيه من الفقه المالكي جاز للزوجة طلب التطليق لغياب زوجها مدة سنة أو أكثر بدون عذر ويسمى طلاقا لا فسخا .

8- من خلال التطليق لكل ضرر معتبر شرعا فإن المشرع الجزائري وافق الفقه المالكي في أنه أورد الضرر المعتبر شرعا في عبارة عامة كما يمكن للزوجة طلب التطليق بإرادتها أو تطلب من القاضي وعظ الزوج وتهديده والقاضي وحده الذي يقرر الضرر

9- في الحضانة سكوت صاحب الحق في الحضانة مدة سنة بدون عذر يسقط حقه ويعود حق الحضانة بزوال العذر غير لاختياري وهو ما أخذ به المشرع في المواد 68و71 من

قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثانـــــي

الفصل الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية

_تولى الله تعالى تنظيم المواريث ونظمه في كتابه الكريم، وقدر الفرائض، لعظمة شانها، بحيث أعطى كل ذي حق حقه، وجعله فريضة من عنده في كتابه العزيز: فريضة من الله[1]

غير أن بعض المسائل جاءت عامة، غير مفصلة، ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية يبذلون جهدهم في الاجتهاد، رافقهم أهل القانون، وتأثروا بهم، ومن ذلك تأثر المشرع الجزائري بالفقه المالكي، واستقراء لموقفه ومواد قانون الأسرة الجزائري، حيت تبين لنا تأثر المشرع في توريث قاتل المورث خطأ بما جاء في المذهب المالكي، وهم ما ستتم دراسته في المبحث الأول بنوع من التفصيل.

أما في البحث الثاني، نتناول فيه مراعاة المذهب المالكي في عقود التبرعات، حيث يظهر تأثير الفقه المالكي في المشرع في صياغة مواد قانون الأسرة الجزائري في موضوعي الرجوع في الهبة (المطلب الأول)، والوصية لقاتل الموصي (المطلب الثاني)

[1]- سورة النساء الأية 11

المبحث الأول

مدى مراعاة المذهب المالكي في أحكام الميراث

تناول المشرع الجزائري الميراث في الكتاب الثالث من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05/ 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ويتحقق سبب الإرث بطريقين هما القرابة والزوجية، إلا أن هناك موانع قد تحول دون استحقاق هذا الإرث، تطرق لها المشرع في المادتين 135 و 137 من قانون الأسرة، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول المتضمن مطلبين الأول موقف المشرع الجزائري في القتل المانع من الميراث والمطلب الثاني موقف المذهب المالكي والمذاهب الأخرى في القتل المانع من الميراث.

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري في القتل المانع من الميراث

تناول المشرع الجزائري في المادتين 135 و 137 من قانون الأسرة موانع الميراث، أين جعل قاتل المورث مانع من موانعه، غير أن المشرع جعل فارقا بين قاتل المورث عمدا وبين قاتل المورث خطأ وهذا ما سنشرحه في فرعين، حيث أن الفرع الأول نعرض فيه موقف المشرع في القتل العمدي، والفرع الثاني نعرض موقف المشرع في القتل الخطأ.

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري في القتل العمدي

تعرض المشرع الجزائري لموضوع القتل العمدي في نص المادة 135 الفقرة 1 والتي تنص على: **يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:**

1- قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل أصليا أو شريكا.

من خلال المادة يتبين أن القتل مانع من موانع الميراث، والمشرع الجزائري لم يعرف القتل، غير انه بالرجوع إلى قانون العقوبات في مادته 254 نجد انه عرفه على انه إزهاق روح إنسان عمدا

.([1])

وعليه وعند تحليل المادة 135 نفهم أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد أو العدوان

وعند الرجوع للمعاجم اللغوية علها تساعدنا في تحديد مفهوم القتل العمد، جاء في معجم اللغة العربية بان القتل العمد ما يتعمده القاتل، ويقال فعل كذا عمدا أو فعل كذا عن عمد بمعنى قصد فعله بجد ويقين (2).

وجاء في كتاب اللغة وصحاح العربية: العمد لغة القصد ونقيض الخطأ(3).

يظهر من خلال التعريف اللغوي لكلمة عمد أن قتل العمد هو إزهاق روح شخص قصدا بان توجهت نية الفاعل إلى تحقيق فعل القتل بجد ويقين.

ولقد عرفه الأستاذ **فتحي بهنسي** على انه إزهاق روح إنسان عمدا وبغير حق بفعل إنسان أخر فيجب أن تكون نية الجاني موجهة إلى الاعتداء فقط، فإذا لم تكن نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتل عمد ولو ترتب على ذلك موت المجني عليه وعليه فاركان جريمة القتل العمد ثلاثة :هي وجود إنسان على قيد الحياة أزهقت روحه، وقوع فعل عمدي من الجاني من شانه إحداث الموت، وان يكون قصد الجاني إحداث هذه النتيجة (4) .

أما كلمة العدوان فقد سبق وان أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف العدوان، فقرن أحد الفقهاء أن يكون الضرب بقصد العدوان، فلكي تكون الجريمة قتلا عمدا لابد أن يكون الجاني قد قصد الضرب بسبب عداوة أو غضب أي عدوانا، وهو ما يعبر عنه بأنه قتل بغير حق، لان القتل بحق لا يكون عدوانا، وإنما يكون استجلابا لحق المجني عليه كما في القصاص، أو استجلابا لحق المجتمع والناس كما في قتل المرتد والزاني المحصن.

فالقتل العمد الذي يكون عدوانا هو ما يكون فيه القاتل ظالما والمقتول مظلوما، ظالما له باعتدائه عليه دون وجه حق، وذلك بسبب عداوة، أو غضب، أو شهوة، أو حب للدماء، أو استهتار بأرواح الناس وحياتهم، وهذا كله يعتبر قتلا عدوانا

---

[1]- أمر رقم 156/66، مؤرخ في 18 صفر1356هـ الموافق 8 يونيو 1966 م، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ع 49 المؤرخ في 21 صفر 1356هـ الموافق 11 يونيو 1966م، المعدل والمتمم.

2- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج.2، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.1550..

3- إسماعيل حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج.1، دار الكتاب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، 1999، ص.112..

4- احمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ج. 1،ط.6، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص.67.

القتل العمد هو الضرب بقصد العدوان، فهذا ما يميز القتل العمد من غيره، ولذلك كان لابد من توفر هذا الركن حيث القتل لا بقصد العدوان، كأن كان قصاص، أو حدا فلا يعتبر قتلا عمدا عدوانا[1]، فالعبرة بالقتل العمد العدوان هو توفر القصد الإجرامي من مكلف ومن غير عذر، وتكفي في هذا الصدد نية الاعتداء بإزهاق الروح ظلما وعدوانا[2].

ساوى المشرع الجزائري بين الفاعل الأصلي والشريك[3]، وقد تطرق إلى تعريف الفاعل، وذلك بموجب المادة **41** من ق.ع. التي تنص :**"يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة،** بعد أن عدلها سنة 1982 بالقانون رقم **82-04**(1)، والتي تنص:**"يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي"**.

وعرف الشريك بموجب المادة 42 من القانون نفسه على أنه: **"يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها لكنه قام بالأفعال التالية:**

1- حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استغلال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي أو أعطى تعليمات لارتكابه.

2- **ساعد بكافة الطرق أو عون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك"**.

بعد أن عدلها سنة 1982 بالقانون السابق الذكر، والتي تنص على انه:**"يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك"**.كما أن المشرع الجزائري اعتبر قتل الأصول ظرفا مشددا، وهو ما نص عليه في المادة **261** من قانون

[1]- عبد العزيز موسى، أركان جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن، ص.449.

[2]- غرابي أحمد، "المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقف المذهب المالكي منها "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد1، ع.23، جامعة الجلفة، الجزائر، ص.129.

[3]- أنظر في مفهوم الفاعل الأصلي والشريك: - خثير مسعود، " المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع "، دفاتر السياسة والقانون، مجلد10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014 ، ص.294.

العقوبات، حيث عرف الأصول في المادة **258** من القانون السالف الذكر على انه":**قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين"**، وتنص المادة **261** السابقة الذكر على انه":**يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم"**.[1]

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري في القتل الخطأ

يعتبر القتل العمدي وفقا لقانون الأسرة الجزائري مانعا من موانع الميراث، غير أن القتل قد يكون خطأ، فما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لقاتل المورث خطأ؟ والإجابة على هذا التساؤل تطرق إليها المشرع بموجب المادة **137** من ق.أ. التي تنص :**"يرث القاتل خطأ من المال دون الد ية أو التعويض"**، أو في قانون العقوبات، حيث جاء عنوان القسم الثالث من قانون العقوبات القتل الخطأ والجرح الخطأ وتلي ذلك المادة **288** المعدلة بالقانون رقم 06-23 والتي تنص":**كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار"**[2].

بعد أن كانت المادة تنص في الأمر رقم 66-156 على انه :**"كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار"**.

يتبين من خلال المادة أن المشرع لم يعرف القتل الخطأ، فاكتفى بسرد الصور التي تندرج ضمنه كالإهمال، وعدم مراعاة الأنظمة، ولكن بالعودة إلى ما قيل عن القتل العمدي يتبين أن القتل الخطأ هو القتل الذي لم يكن بقصد ونية، ويقين، وجد، كمن أطلق عيارا ناريا من سلاح صيد فأصاب

[1]- قانون رقم 82 – 04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر.ع 7، مؤرخ في 22 ربيع الثاني 1402 هـ الموافق 16 فبراير 1982 م .

[2]- قانون رقم 06 – 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق 20 ديسمبر 2006م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966م والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.84 مؤرخ في 04 ذو الحجة 1427هـ الموافق 24 ديسمبر2006م.

إنسان ومات، أو سقطت من يده حجارة أثناء عملية البناء فأصابت شخصا وتسببت في موته[1]، فمثل هذا القتل وفقا لقانون الأسرة الجزائري لا يعاقب عليه.

وتعود أصول هذا التحديد إلى الشريعة الإسلامية، حيث أن العقوبة لا تكون إلا على فعل متعمد، ولا تكون عن الخطأ لقول الله سبحانه وتعالى:{ **أدعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما}** [2].

ولقوله ﷺ:**"إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"**[3].

وتحليلا لألفاظ المادة **137** من قانون الأسرة الجزائري يتبين أن قاتل المورث يرث من أموال المورث، أي من التركة ولا يرث من الدية، والمشرع لم يعرف الدية لكن الفقهاء عرفوها بعدة تعار يف وان اختلفت ألفاظها إلا أن لها معنى واحد.

فقيل في تعريفها هي:

-"اسم للمال الواجب على الحر في النفس أو فيما دونها".

- "مقدار معلوم من المال على عاتق القاتل في الخطأ وعليه في العمد سبب قتل آدمي حر معصوم ولو بالنسبة لقاتله عوضا عن دمه".

- " المال المؤدى إلى المجني عليه أو أوليائه [4].

ودليل مشروعية الدية هو قوله تعالى: { **وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فان كان من قوم عدو لكم وهو**

[1]- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط.14، دار أصداء المجتمع للنشر والتوزيع، لبنان 2012، ص.ص.934 – 944.

[2]- سورة الأحزاب، الآية 5.

[3]- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، (كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه)، دار ابن رشد، دمشق، 2002، ص.612.

[4]- براف دليلة " عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، ع، 1 جامعة البليدة 2، ص، 104.

مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما }[1].

وقوله تعالى: **" يأيها الذين أمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عظيم"**[2].

وكذلك في القانون الوضعي، كما جاء في المادة 124 من القانون المدني التي توجب على المخطئ تعويضا، حيث تنص المادة سالفة الذكر: **" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**[3].

لذا ونظرا لما سبق، بين المشرع الجزائري أن القاتل الخطأ يرث من مال المورث دون الدية أو التعويض، وعليه فان القتل الخطأ ليس مانعا من موانع الميراث، وهنا نلاحظ تأثر المشرع بالمذهب المالكي الذي يعتبر المذهب الوحيد الذي قال بهذا الرأي عن غيره من المذاهب، فهم لم يفرقوا بين القتل العمد والقتل الخطأ، فالقاتل عندهم لا يرث سواء كان القتل عمدا أو خطأ.

المطلب الثاني

موقف الفقه في القتل المانع من الإرث

يمكن أن يقتل الوارث مورثه خطأ، وهنا يطرح التساؤل هل يرث قاتل المورث؟ للإجابة عن هذا تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لهذا الموضوع، وانقسموا إلى فريقين:

اتجاه ساوى بين قاتل العمد وقاتل الخطأ فلا ميراث لهما وهو أغلب الفقه.

واتجاه آخر جزم بعدم توريث قاتل العمد، مع توريث قاتل الخطأ وهو قول الإمام مالك،

[1]- سورة النساء، الآية 92.
[2]- سورة البقرة، الآية 178.
[3]- قانون 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ع. 31 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م.

وسنتعرض لكال هذا بالتفصيل من خلال هذا المطلب كالأتي:

الفرع الأول

موقف جمهور الفقهاء في القتل المانع من الإرث

اتفق جمهور الفقهاء من حنفية، حنابلة وشافعية ماعدا المالكية على أن قاتل المورث لا يرث، واستدلوا على المنع ما روى عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ: " ليس لقاتل شئ" وسنعرض مواقفهم بالتفصيل كما يلي:

أولا: الحنفية

حيث جاء في كتاب الفتاوى الهندية : **" القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئا عندنا سواء قتله عمدا أو خطأ وكذلك كل قاتل هو في معنى الخاطئ كالنائم إذا انقلب على مورثه وكذلك من سقط على مورثه فقتله..... وقتل الصبي والمجنون والمعتوه والمبرسم والموسوس لا يوجب حرمان الميراث لان الحرمان يثبت جراء قتل محظور وفعل هؤلاء ليس بمحظور"**[1].

ثانيا: الشافعية

جاء في كتاب الحاوي: **" كل قاتل يطلق عليه اسم القتل من صغير أو كبير، عاقل أو مجنون، أو عامد أو خاطئ محق أو مبطل... فانه لا يرث"**، كما جاء فيه **" والقاتلون عمدا أو خطأ...كل هؤلاء لا يرثون"** [2] ، وعليه يستوي في المذهب الشافعي القاتل العمد والقاتل الخطأ فكلاهما لا يرث.

ثالثا: الحنابلة

حذا الحنابلة حذو الحنفية والشافعية، حيث قال الحنابلة أن قاتل المورث عمدا أو خطأ لا يرث، بحيث ورد في كتاب منار السبيل:**"كل قتل يضمن بقتل أو دية أو كفارة يمنع الميراث لذلك ومالا**

[1]- الهمام مولانا الشيخ نظام، ج. 6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص.503.
[2]- علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج. 8، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994،ص. 84، 85.

يضمن كالقصاص، والقتل في الحد لا يمنع، لأنه فعل مباح، فلم يمنع الميراث"[1].

وجاء في كتاب الإنصاف:**"كل قتل مضمون بقصاص أودّية، أو كفارة، يمنع القاتل ميراث المقتول، سواء كان عمدا أو خطأ، بمباشرة أو سبب، وسواء انفرد بقتله أو شارك، هذا المذهب في ذلك كله، حتى لو شربت دواء فأسقطت جنينها: لا ترث منّ الغرة شيئا، وقيل: من أدب ولده فمات بذلك لم يرثه"**[2].

ويستند الفقهاء في قولهم بان قاتل المورث لا يرث إلى قول رسول الله ﷺ انه **"ليس لقاتل ميراث"** [3].

وكذا القاعدة الفقهية التي تقضي انه:**"من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"**.

ومفاد ذلك أن من استعجل الشيء الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول قبل أوانه أي قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع بل عدل عنه، وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان، عوقب بحرمانه لأنه تجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور، فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله الذي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور، ومنه لو باشر المكلف قتل مورثه سواء كان قتله له عمدا، وهو أن يتعمد بلا حق قتله فان ذلك يمنع الإرث لما بيناه سابقا[4].

الفرع الثاني

موقف المالكية في القتل المانع من الإرث

ميزت المالكية بخصوص القتل المانع من الإرث بين القتل العمدي، والقتل غير العمدي فبالنسبة للأول (القتل العمد) ذهبت إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بان قاتل المورث عمدا لا يرث أما

[1]- إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذاهب الإمام المبجل احمد بن حنبل، ج.2، منشورات مؤسسة دار السلام، دمشق، 1378هـ، ص.52.
[2]- علي بن سليمان المر داوي، المرجع السابق، ج.7، ص.368.
[3]- علي بن عمر الدر اقطني، سنن الدار قطني، دار ابن حزم، لبنان، 2011، ص.930.
[4]-احمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، 1989، ص. 471-472.

الثاني فقد خالفت فيه رأي جمهور الفقهاء، فخرجت برأي مخالف تماما، فبعد أن استبعد جمهور الفقهاء توريث قاتل المورث خطأ حيث عندهم قاتل المورث عمدا أو خطأ لا ميراث له، أجزمت بان قاتل المورث خطأ يرث، ويكون له ذلك في ماله، أي تركته دون الدية .

ورد في كتاب الذخيرة أن موانع الإرث خمسة منها القتل العمد العدوان، فورد فيه انه إذا قتل الأبوان ابنهما على وجه الشبهة وسقط القصاص عنهما، فالدية عليهما، ولا يرثان منها ولا من المال[1].

جاء في كتاب الطالب الرباني:**"لا يرث قاتل العمد العدوان من مال ولا دية وكذا لا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال، ويحجب في موضع يرث، ولا يحجب في موضع لا يرث، مثال ذلك: أن يترك الميت أما واخوين احدهما قاتله، فان الأم ترث من المال السدس، وما بقي للأخوين معا، لان الأخوين يحجبانها من الثلث إلى السدس، وترث من الدية الثلث لان القاتل لا يرث من الدية فلا يحجبه"**[2](2).

يتبين من خلال ما سبق من عرض لأقوال فقهاء المالكية أن قاتل المورث عمدا لا يرث، وقاتله خطأ يرث من المال دون الدية كما سبق واشرنا في التقديم.

بعد عرضنا لأراء الفقهاء واستقراء المادتين:

1/135 من ق.أ.ج. والتي تنص:**"يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:**

1) قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا"، يتبين أن المشرع الجزائري قد ميز في نوع القتل الذي يمنع من الميراث بين القتل الخطأ والقتل العمدي، وهذا الأخير حتى يمنع من الميراث وجب أن يكون عمدا أو عدوانا، متأثرا في هذه العبارات والكلمات بالمذهب المالكي، حيث جاء كما سبقت الإشارة في كتاب الطالب الرباني:**"لا يرث قاتل العمد العدوان من مال ولا دية وكذا لا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال، ويحجب في موضع يرث، ولا يحجب في موضع لا يرث، مثال ذلك: أن يترك الميت أما واخوين احدهما قاتله"**.

[1]- أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.17.
[2]- علي الصمدي العدوي المالكي، علي بن خلفي المنوفي المالكي المصري، المرجع السابق، ج4، ص.208.

والمادة **137** القانون نفسه التي تنص:**"يرث القاتل خطأ من المال دون الدية"**، أين تبين لنا بان المشرع أثناء صياغته لهذه المادة قد اخذ بمذهب الإمام مالك دون باقي المذاهب الفقهية الأخرى التي استبعدت توريث قاتل المورث خطأ، فكانت المالكية الوحيدة التي اعترفت له بالميراث، وذلك من المال دون الدية، والى هذا القول ذهب المشرع الجزائري.

حسن للمشرع ما فعل لما اخذ بالمذهب المالكي في مسالة القتل المانع من الإرث، أين لم يمنع قاتل المورث خطأ من الإرث، فليس من العدل حرمانه من الميراث، لانعدام القصد الجنائي لديه.

المبحث الثاني

مدى مراعاة المذهب المالكي في عقود التبرعات

تتعدد عقود التبرعات من وصية، هبة، وقف والتي نظمها المشرع الجزائري في كتاب التبرعات في المواد **184** إلى **220** من قانون الأسرة، أين تأثر في صياغة بعض موادها بالفقه المالكي، من بينها مسالة الرجوع في الهبة، ومسالة استحقاق قاتل الموصي للوصية.

وتأكيدا لما سبقت الإشارة إليه من أن المشرع الجزائري قد تأثر في المسائل السالفة الذكر بالفقه المالكي دون باقي الفقهاء الآخرين من حنفية، شافعية، حنابلة، ما يستدعي منا في كل حالة بيان موقف المشرع الجزائري وموقف الفقهاء والمقارنة بينهما، وكل هذه النقاط يتم دراستها في الأتي:

المطلب الأول

الرجوع في الهبة وأثر الفقه المالكي فيها

تعتبر مسالة الرجوع في الهبة من المسائل المختلفة فيها بين الفقهاء وبين رأي الجمهور الذي لا يجيز الرجوع فيها إلا في بعض الحالات، وبين رأي الحنفية الذي يجيز ذلك إلا في بعض الحالات والمشرع الجزائري قد تأثر برأي الجمهور الذي مفاده عدم جواز الرجوع في الهبة إلا في بعض الحالات، غير انه بسرد الحالات التي يجوز الرجوع فيها، نجد أن المشرع قد راعى

المرجعية الفقهية المالكية هذا ما يستدعي منا التطرق بنوع من التفصيل لموقف المشرع الجزائري في الرجوع في الهبة (فرع أول) وموقف الفقه في الرجوع في الهبة (فرع ثاني).

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري في الرجوع في الهبة

خص المشرع الجزائري موضوع الرجوع في الهبة في مادتين، وهما المادة **211** و **212** من قانون الأسرة، حيث تنص هذه الأخيرة على انه:**"الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها"**، ما يعني أن الهبة إذا كانت بقصد منفعة عامة كبناء مسجد، أو مستشفى، أو مدرسة أو غيرها مما يعتبر منفعة عامة لا يجوز الرجوع فيها.

أما المادة **211** تنص:**"للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:**

(1)إذا كانت الهبة من اجل زواج الموهوب له،

(2)إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،

(3)إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب له ببيع، أو تبرع منه أو ادخل عليه ما غير طبيعته".

يفهم من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري في الأصل لا يجيز الرجوع في الهبة، ما يفيد بأنه قد تأثر في هذا الطرح بما عليه جمهور الفقهاء من شافعية، مالكية وحنابلة على أساس أنهم لا يجيزون الرجوع في الهبة، بخلاف الحنفية الذين أجازوا الرجوع فيها كمبدأ، واستثناء عدم جواز الرجوع فيها [1].

والاستثناء عند المشرع الجزائري وفقا للمادة السابقة الذكر هو جواز الرجوع في الهبة في حالة واحدة، وهي حق الأبوين في الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه.

يظهر انه وان كرس المشرع الجزائري للوالدين حق الرجوع في هبة ولدهما، إلا انه لم يتركه

[1]- انظر الصفحات 40.39 من هذه المذكرة.

على إطلاقه وإنما قيده بشروط وهي:

- أن لا تكون الهبة من اجل زواج الموهوب له، فان كانت بهدف زواج الموهوب له يسقط حق الوالدين في الرجوع عنها.

- ألا تكون الهبة بهدف ضمان قرض أودين، فإذا كانت بهدف ذلك فلا مجال للكلام عن الرجوع في الهبة.

- ألا يكون الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب له ببيع، أو تبرع، أو ضاع منه أو ادخل عليه ما غير طبيعته [1].

يتبين أن المشرع الجزائري قد تأثر بما عليه جمهور أهل الفقه بان الحالة الوحيدة التي يجوز الرجوع فيها في الهبة هي هبة الوالد لولده، غير انه بتقييد ذلك ببعض الشروط تبين انه تأثر بخصوص الشرط الأول وهو أن لا تكون الهبة بهدف زواج الموهوب له، والشرط الثاني وهو أن لا تكون الهبة بهدف ضمان قرض أو دين بالفقه المالكي، أما الشرط الثالث والذي مفاده أن لا يكون الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع، أو ضاع منه أو ادخل عليه ما غير طبيعته قد تأثر بالفقه الحنبلي والمالكي، وهو ما يتبين حين عرض آراء الفقهاء.

نشير فقط إلى أن المادة ذكرت الأبوين إلا أن القضاء الجزائري لم يستقر على هذا المبدأ فوسع نطاقه إلى الأجداد.

فقالت في هذا الصدد الأستاذة **شيخ نسيمة** أن القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد حول مسالة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم، معتبرا في بعض أحكامه الجد والجدة في حكم الأبوين، ومن ثم يجوز لهما الرجوع في هبتهما لأحفادهما مؤسسين قضاءهم على نص المادة **211** من قانون الأسرة، وانتهج في البعض الآخر من أحكامه منحى مخالفا بان اعتبر الرجوع

[1]- أنظر المادة 211 من الأمر رقم 05- 02، المرجع السابق.

في الهبة مقرر للأبوين دون سواهما(1[1]).

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: الرجوع في الهبة يشمل الابن، وابن الابن التابع لأبيه ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة **211** من قانون الأسرة(2[2]).

وجاء في قرار آخر لها: المقصود حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بكلمة الأبوين الواردة في المادة **211** من قانون الأسرة، الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجدة، وانه لا يحق للجدة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها(3[3]).

الفرع الثاني

موقف الفقه في الرجوع في الهبة

تعتبر المالكية المذهب الوحيد الذي تعرض لموضوع الهبة المقدمة بغرض الزواج أو ضمان دين كمانع من موانع الرجوع للأبوين، وتوضيحا لذلك يتم عرض آراء الفقهاء في الآتي:

أولا: الحنفية

ورد في كتاب التسهيل الضروري:"**إذا وهب لأجنبي هبة فله الرجوع إلا إذا عوض عنها أو زاد الموهوب له في الموهوب زيادة متصلة، أو مات احد المتعاقدين، أو خرج مال الهبة من ملك الموهوب له، والرجوع فيها وان كان جائزا بهذه الشروط إلا انه مكروه اشد الكراهة كراهة تحريم**".

وورد فيه أيضا إذا وهب لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها، وكذلك ما وهبه أحد الزوجين للآخر"[4].

---

[1]- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.94.95.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 252350 صادر بتاريخ 21- 02- 2001، المجلة القضائية،ع.1، 2002، ص.308.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 554347 صادر بتاريخ 15- 07- 2010، المجلة القضائية،ع.2، 2010، ص.255.

[4]- محمد عاشق الهي البرني، المرجع السابق، ج.1، ص.306.

يتبين انه يجوز عند الحنفية الرجوع في الهبة في الأصل مع كراهية ذلك، واستثناءا لا يجوز ذلك إلا إذا كانت بعوض، أو طرا عليها زيادة متصلة بها، أو مات احد المتعاقدين، أو خرجت من ملك الموهوب له، أو كانت لذي رحم محرم، أو كانت بين الزوجين[1].

فالهبة أنواع هبة لأجنبي وهبة لذي محرم، وهبة لذي رحم ليس بمحرم، أو محرم ليس بذي رحم وفي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم، لأنه بالرجوع قبل التسليم يمتنع عن إتمام العقد وبعد التسليم ليس له حق الرجوع في ذي الرحم المحرم، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا مانع اخذ العوض، أو زيادة الموهوب في يديه زيادة متصلة، والزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع في الأصل، أو خروج الموهوب عن ملك الموهوب له، أو موت الواهب أو الموهوب له، أو هلاك الموهوب، أو تغيره من جنس إلى جنس الموهوب حكما بصيرورته شيئا أخر[2].

ويستند الحنفية في رأيه هذا إلى حديث رسول الله ﷺ انه قال:**"لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده، ومثل الرجلين يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل، حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قيئه"**[3].

إلا أن المانعون طعنوا في هذا الحديث بأنه لم يثبت من وجه صحيح عن النبي ﷺ ، وردّ أبوحنيفة عنهم بان ما قالوا في وجه الطعن غير معقول، ومع ذلك فان الحديث مروي من طرق يقوي بعضها بعضا، ثم إن القول بعدم الصحة يستلزم تجهيل الصحابة وترك فتواهم من غير الضرورة.

والنص بالحرمة يحتمل للكراهة، وهو الأولى فالحديث محمول على الكراهة لا الحرمة، ثم انه بالقول أن الحديث يدل على أن لا حرمة ولا كراهة في رجوع الوالد فيما وهب لولده، وأنكم تقولون انه لا يجوز الرجوع فيما وهب رجل لذي رحم محرم، فالجواب عنه أن استثناء الوالد في

[1]-احمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان،1997 ص.125.124.
[2]- محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان،2004، ص.246.247.
[3]- محمد علي الشوكاني، نيل الاوطار، ج.5، ص.246، نقلا عن: ظفر أحمد العثماني التاهوني، إعلاء السنن، ج.16، ط.3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1415هـ، ص.105.104.

الحديث ورد على مثال قوله:" **أنت ومالك لأبيك**" [1].

ثانيا: المالكية

جاء في كتاب الكافي:" **ليس لأحد أن يرجع في هبته إلا الأب وحده لولده، وقد قيل انه ليس لأحد أن يرجع ويعتصر شيئا وهبه إلا الوالدين جميعا خاصة فان لهما الرجوع فيما وهباه لولدهما ما لم يتدين أو يتزوج، فان تداين أو تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة وهذا إذا كان الأب حيا فان كان ميتا لم يكن للام الرجوع فيما وهبت لان الهبة لليتيم كصدقة وليس للأب أن يعتصر هبة وهبها لابنته ولا نحلة نحلها إياها إذا نكحت فطلقت زوجها قبل البناء**"[2].

جاء في المدونة:" **قلت: فان وهب لهم الأب وهم صغار وبلغوا رجالا ولم يحدثوا دينا ولم ينكحوا فأراد أن يعتصر هبته أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: قال مالك في الرجل يهب لولده الكبار هبة، ثم يريد أن يعتصرها: إن ذلك له ما لم يستحدثوا دينا أو ينكحوا، فكذلك إذا وهب لهم وهم صغارا ثم بلغوا، فله أن يعتصر هبته ما لم يحدثوا دينا أو ينكحوا أو تتغير عن حالها**"،" **قال: قال لي مالك: إذا وهبت الأم لولدها أو نحلتهم ولهم أب، فان الأم تعتصر ذلك كما يعتصره الأب ما لم يستحدثوا دينا أو ينكحوا**"[3].

يتبين من خلال ما تقدم أن المالكية ذهبت إلى انه لا يجوز الرجوع في الهبة وهو الأصل، إلا في حالة واحدة تتمثل في جواز رجوع الوالدين في الهبة المقدمة للأولاد، وحتى تتحقق وجب أن لا تكون الهبة قد قدمت بغرض الزواج، لأنها إن كانت بهدف ذلك فلا يجوز له الرجوع فيها، ويستو الأمر إذا كان احدث الولد دينا أو استهلكت، فإذا كانت بهدف ضمان دين أو قرض فلا مجال للقول بجواز الرجوع فيها.

من خلال هذا يتبين أن الأصل حسب الفقه المالكي عدم جواز الرجوع في الهبة المقدمة للولد بهدف الزواج، واستثناءا جواز ذلك للوالدين سواء الأب أو الأم إذا لم يتحقق سبب الهبة ألا وهو

[1]- ظفر احمد العثماني التاهوني، إعلاء السنن، ج.16، ط.3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1415هـ، ص.105. 107.

[2]- يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.531.

[3]- انس بن مالك، المرج السابق، ج.4، ص.410.409.

زواج الموهوب له، مع إضافة المالكية أسباب أخرى للرجوع في هبة الولد المقدمة بهدف الزواج، وهي حالة ما منح الأب ابنه نحلة أي هدية بغرض الزواج وكانت للأب جارية فوطأها الولد هنا لا يحق للأب اعتصار الهبة أي الرجوع فيها.

ثالثا: الشافعية

ذهب الشافعية إلى انه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا إذا كانت للأولاد أو أولاد الأولاد مهما نزلوا بمعنى إن كانت لغير الولد وغير ولد الولد فانه لا يجوز الرجوع فيها إذا تم القبض.

حيث جاء في كتاب المجموع انه:" **فان وهب لغير الولد وولد الولد شيئا واقبضه لم يملك الرجوع فيه، وان وهب للولد أو ولد الولد وان سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولان الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد**"([1]1).

ويجوز للأبوين الرجوع في هبة الأبناء سواء تم قبضها أم لا، وهو ما جاء في كتاب البيان **"وإذا وهب احد الأبوين لولده شيئا...جاز له الرجوع فيه سواء أقبضه إياه، أو لم يقبضه"**[2].

رابعا: الحنابلة

جاء في كتاب كلمات السداد:" **ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته اللازمة إلا الأب، وله أن يأخذ ويتملك من مال ولده مالا يضر ولا يحتاجه"**[3].

وورد في كتاب دليل الطالب:" **لكل واهب أن يرجع في هبته قبل اقباضها مع الكراهة، ولا يصح الرجوع إلا بالقول وبعد إقباضها يحرم ولا يصح ما لم يكن أبا فله أن يرجع"**[4].

وجاء في كتاب المغني أنه للرجوع في هبة الولد شروط أربعة وهي:

- أن تكون الهبة باقية في ملك الابن.

[1]- محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج.16، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س.ن، ص.353.
[2]- يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار المنهاج، د.ب.ن، د.س.ن، ص.142.
[3]- فيصل بن عبد العزيز، كلمات السداد على متن الزاد، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 2007، ص.218.
[4]- مرعي بن يوسف بن احمد الكرمي، دليل الطالب لنيل المطالب، دار طيبة، الرياض، 2004، ص.195.

- أن تكون الهبة باقية في تصرف الولد.

- أن لا يتعلق بالهبة رغبة لغير الولد.

- أن لا تزيد زيادة متصلة ([1]1).

يتبين من هذا التقديم أن الرأي عند الحنابلة هو عدم جواز الرجوع في الهبة اللازمة التي تم قبضها، وجواز الرجوع في الهبة قبل القبض أي الهبة غير اللازمة،إلا هبة الأب، فيجوز لهذا الأخير أن يرجع فيها بشروط، وهي أن تكون باقية في ملك الابن، باقية في حوزة الولد، أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد، وان لا تزيد زيادة متصلة.

وهنا يتضح أن المشرع الجزائري راعى الفقه المالكي الذي قضى انه لا يجوز للأبوين الرجوع فيها إلا لبعض الأسباب، إذا كان الغرض منها الزواج، أو كانت بهدف ضمان قرض أو دين، إذ أن المذهب المالكي الوحيد بين المذاهب الذي تطرق إلى هذين المانعين، فجاءت صياغة المادة **211** على الشكل الأتي: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من اجل زواج الموهوب له
2- إذا كانت الهبة لضمان قرض 3- أو قضاء دين

والرأي الذي نرجحه هو رأي جمهور الفقهاء القاضي بعدم جواز الرجوع في الهبة، وهو يمثل أكثرية ما ذهب إليه أهل الفقه والقانون كالأستاذ اسطنبولي محي الدين.

المطلب الثاني

مدى مراعاة المذهب المالكي في استحقاق قاتل الموصي للوصية

تناول المشرع الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع، في عدة مسائل كتعريفها وشروطها المتعلقة منها بالوصي والموصى له، أو باستحقاق الوصية، وبعد دراستها

[1]- عبد الله بن قدامة، المغني، ج.8، ط.3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص..267.264.

ومقارنتها بما جاء في المذاهب الفقهية، لاحظنا مراعاة المشرع للمذهب المالكي في مسالة مدى استحقاق قاتل الموصي للوصية، وسنتعرض في مطلبين اثنين موقف المشرع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي (فرع أول)، وموقف الفقه في الوصية لقاتل الموصي (فرع ثاني).

الفرع الأول

موقف المشرع في الوصية لقاتل الموصي

نتعرض في هذا الفرع لموقف المشرع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي عمدا (أولا) وموقف المشرع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي خطأ (ثانيا).

أولا: المشرع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي عمدا.

من شروط الوصية أن يكون الموصي سليم الأهلية، بالغا سن 19 على الأقل وقت إبرام عقد الوصية (المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري)، وان تكون الوصية في حدود الثلث (المادة 186 من القانون سالف الذكر)،غير انه يحول عارض من العوارض التي تؤثر في صحتها كقتل الموصي من طرف الموصى له.

والقتل يكون إما عمدا أو خطـأ، حيث تطرق المشرع لقاتل الموصي عمدا في **المادة 188**، من ق.ا.ج. بقوله أنه**: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"**.

والسؤال المطروح أن المشرع أورد المادة بصفة عامة، فلم يبين لنا حكم الوصية للشريك في جريمة قتل الموصي، أو شاهد الزور الذي أدت شهادته للحكم بإعدام الموصي، وحالة إذا ما كان الموصي له عالما بقتل الموصي، أو تدبيره إلا انه لم يعلم السلطات المعنية.

ورأينا المتواضع أن الشريك في قتل الموصي، أو شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه، أو العالم بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك، يكون له حكم الفاعل الأصلي، أي تطبق عليه المادة **188** السابقة الذكر[1].

[1]- انظر المادة 188 من الأمر رقم05-02، المرجع السابق.

وهذا قياسا لما تبناه المشرع الجزائري بخصوص حرمان قاتل المورث عمدا سواء كان فاعلا أصليا، أو شريكا، أو شاهد زور أدت شهادته إلى إعدام المورث، وهو ما جاء في نص المادة **135** من ق.أ. التي تنص :**" يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :**

1) قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا،

2) شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه،

3) العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية".

ثانيا: موقف المشرع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي خطأ

المشرع الجزائري لم يتطرق من خلال قانون الأسرة الجزائري إلى حكم الوصية لقاتل الموصي خطأ، فالمادة **188** من القانون السابق الذكر الوحيدة التي عالج فيها المشرع الجزائري مسألة الوصية لقاتل الموصي، واكتفت بذكر فقط القتل العمد حيث نصت على أنه:**" لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"**.

غير انه إذا ما أخذنا بالمفهوم المخالف للمادة يتبين أن نية المشرع اتجهت إلى الحكم باستحقاق قاتل الموصي خطأ للوصية، لأنه لو اتجهت نيته إلى حرمانه فلا يخلو ذلك من أمرين:

إما ذكر ذلك بصورة صريحة فيكون نص المادة كالأتي:**" لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا أو خطأ"**.

أو بصورة شاملة دون تفريق بين العمد أو الخطأ فيكون نص المادة:**" لا يستحق الوصية من قتل الموصي"**.

كما نستطيع الحكم بان المشرع الجزائري اتجهت نيته إلى استحقاق قاتل الموصي خطأ للوصية من خلال القياس لما نص عليه بخصوص توريث قاتل المورث خطأ، حيث جاءت المادة **137** من ق.أ. على انه:**" يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض"**.

ومنه فان قاتل الموصي خطأ يستحق الوصية، فيتم الحكم بصحتها، كما أنها تكون في حدود

الثلث وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة وان أجازها بعضهم وردها بعضهم نفذت في حق الذي أجاز وبطلت في حق الذي لم يجز[1].

ذهب المشرع الجزائري أيضا إلى أن الوصية تكون في حدود الثلث، وهو ما تبناه في المادة **185** من ق.أ. التي تنص:**" تكون الوصية في حدود التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"**

وذهب أهل القانون إلى القول باستحقاق قاتل الموصي خطأ للوصية، حيث قال في ذلك **حمدي باشا عمر** : قتل الموصى له الموصي خطأ أو دفاعا شرعيا عن نفسه، أو ماله أو عرضه ففعل القتل هنا لا يبطل الوصية، لان العبرة من الحرمان من الإيصاء هو بالقتل العمد وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي [2].

الفرع الثاني

موقف الفقه في استحقاق قاتل الموصي للوصية

تباينت الآراء الفقهية بخصوص صحة الوصية لقاتل الموصي على هذا النحو:

أولا: الحنفية

يرى الحنفية أن الوصية لقاتل الموصي باطلة إلا إذا أجازها الورثة، ويستوي عندهم أكان القتل عمدا أو خطأ، حيث جاء في كتاب بدائع الصنائع**:" لا تجوز الوصية لعبد القاتل سواء كان القتل عمدا أو خطأ لان القتل الخطأ قتل، على أساس أن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل، لكن في مقابل ذلك لو أوصى للقاتل ثم أجاز الورثة الوصية بعد موت الموصي فقد ذكر في الأصل انه يجوز ولم يذكر خلافا لذلك**[3].

وجاء فيه أيضا:**" الوصية للقاتل ليست باطلة بل هي صحيحة ألا ترى أنها تقف على إجازة**

[1]- مسعودان فتيحة، الخبرة الطبية في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2017 – 2018 ، ص.268.

[2]- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.65.

[3]-علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.1، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص.340.339.

الورثة".وجاء في كتاب مجمع البحرين وملتقى النيرين في الفقه الحنفي:" **ولا نجيزها للقاتل إلا بالإجازة ويقصد بالإجازة إجازة الورثة، لان المنع كان لتعلق حقهم بالتركة فإذا أجازوا فقد زال سبب المنع"**[1].

ثانيا: المالكية

فرق المالكية بين قتل الموصي عمدا أو خطأ، فالقتل العمدي يبطل الوصية، في حين تصح في القتل الخطأ، والسند في ذلك ما جاء في كتب الفقه المالكي منها:

- المدونة الكبرى حيث جاء فيها:" **قلت: أرأيت لو أوصى لرجل بوصية فقتل الموصي له الموصى عمدا، أتبطل وصيته أم لا؟ قال: أراها تبطل ولاشيء له من الوصية، قلت: أرأيت إن قتلني خطأ، فأوصيت له بعد ما ضربني بثلثي مالي أو أوصيت له بثلثي مالي أو أوصيت له بديني أو بعض مالي، والثلث يحمل ذلك؟ قال: قال مالك: ذلك جائز. قلت له: أليس قد قتل لا وصية لقاتل. قال: إنما ذلك إذا كانت الوصية أولا فقتله بعد الوصية عمدا فلا وصية، لأنه يتهم أن يكون طلب تعجيل ذلك. قال: وان كان قتله خطأ، فحملت الوصية ثلث المال غير الدية فذلك جائز له، ولا تدخل وصيته في الدية. ألا ترى أن الوارث إذا قتله خطأ ورث من المال ولم يرث من الدية فذلك هذا"**[2].

- كتاب المعونة:" **إذا قتل الموصى له الموصي عمدا بطلت الوصية ولا تبطل بقتل الخطأ كالميراث ولا يكون له شيئا من الدية "**[3].

ثالثا: الشافعية

تعدد اجتهاد الشافعية بخصوص حكم الوصية لقاتل الموصي إلى ثلاثة آراء وهي:

- **الرأي الأول:** ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، حيث يرى أن الوصية لقاتل الموصي باطلة

[1]- مظفر الدين احمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النّيرين في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص.826.
[2]- انس بن مالك، المرجع السابق، ج.4، ص.395.
[3]- عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.518.517.

ويستوي أن يكون القتل عمدا أو خطأ، وهذا قياسا على الإرث، فانه لما عصي بالتّوصّل إلى السّبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمره، والوصية أيضا ثمرة الموت.

- الرأي الثاني: ذهب إلى أن الوصية صحيحة سواء أكان القتل عمدا أو خطا، لان السبب هو التمليك دون الموت، وهو اختيار من جهة، فأشبه المستولدة إذا قتلت سيدها، ومستحق الدّين إذا قتل من عليه الدّين.

-الرأي الثالث: يتراوح هذا المذهب بين المنع والجواز أو بين البطلان والصحة، إذ يفرّق بين ما إذا تمت الوصية بعد الجرح فالقول أن الوصية باطلة، أما إذا حدث الجرح قبل الوصية فالقول صحتها، والثّالث انّه إذا أوصى أولا ثم قتل انقطعت الوصية لأنه استعجال وان جرح ثم أوصى له جائز كما لو أوصى لعبد وارث.

وما قيل كله هو خلاصة لما ورد في كتاب الوسيط في المذهب الشافعي حيث جاء فيه : **" أما القاتل: ففي الوصية له ثلاثة أقوال: احدهما: المنع قياسا على الإرث، فانه لما عصي بالتوصل إلى السبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمره، والوصية أيضا ثمرة الموت. والثاني الصحة، لان السبب هو التمليك دون الموت، وهو اختيار من جهة، فأشبه المستولدة إذا قتلت سيدها، ومستحق الدين إذا قتل من عليه الدين، والثالث انه إذا أوصى أولا ثم قتل انقطعت الوصية لأنه استعجال، وان جرح ثم أوصى له جائز".**

ورد فيه أيضا: فان قلنا الوصية للقاتل باطلة فهل تنفذ بإجازة الورثة ؟ فيه خلاف كما في إجازة الوصية في الورثة ولو أوصى لعبد قاتل كما كان لو أوصى لعبد وارث[1].

[1]- محمد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، ج.4، دار السلام، القاهرة، 1997، ص.408-409.

رابعا: الحنابلة إنقسم الحنابلة إلى فريقين:

الفريق الأول يرى أن الوصية لقاتل باطلة، سواء كان القتل عمدا أو خطأ[1].

في حين يرى الفريق الثاني، بأنه إذا وقعت الوصية بعد الجرح أو قبله، فتكون صحيحة إذا وقعت بعد جرح الموصى له الموصي، وتعتبر باطلة إذا كانت قبل جرح الموصى له الموصي[2].

بعد عرضنا لأراء الفقهاء بخصوص مسالة الوصية للقاتل واستقراء نص المادة **188** من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: **" لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"**، يتبين لنا أن المشرع قد اخذ بالفقه المالكي أين اعتبر القتل المانع من استحقاق الوصية هو القتل العمد دون الخطأ الذي يستحق فيه القاتل الوصية.

تبين بعد استعراض عناصر هذا الفصل أن المشرع الجزائري راعى الفقه المالكي في أحكام الميراث في مسالة واحدة، وهي القتل المانع من الإرث أين اتفق الفقهاء والمشرع على أن القتل عموما يعتبر مانعا من موانع الميراث، والفرق يظهر بخصوص نوع القتل أين لم يفرق جمهور أهل الفقه من حنفية، حنابلة وشافعية بين القتل العمدي والقتل الخطأ، فعندهم قاتل المورث عمدا أو خطأ لا يرث بخلاف المالكية أين قضوا بعدم توريث قاتل المورث عمدا دون قاتله خطأ الذي يرث من مال المورث دون الدية، وعلى هذا النهج سار المشرع وذلك بموجب المادتين **135** و **137** من قانون الأسرة الجزائري.

1- عبد الله بن قدامه المقدسي، المقنع في فقه الإمام احمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السوادي جدة، 2000، ص.252.
2-شمس الدين ابن قدامة المقدسي، علاء الدين المرداوي، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج.17، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1990، ص.300.

كما راعى المشرع الجزائري الفقه المالكي في عقود التبرعات في مسالتين وهي:

المسألة الأولى: تتمثل في اعتناق المشرع موقف الفقه المالكي بخصوص عدم جواز الرجوع في الهبة المقدمة من الوالدين للأولاد إذا كانت بغرض الزواج، أو بغرض قضاء دين أو تسديد قرض وذلك في المادة **1/211و2** من قانون الأسرة الجزائري.

والمسألة الثانية: هي قضاء المشرع باستحقاق قاتل الموصي خطأ الوصية دون قاتله عمدا، وهو ما كرسه في المادة **188** من قانون الأسرة الجزائري، متأثرا في ذلك بمذهب المالكية.

خاتمة

خاتمـــة

يعتبر الاجتهاد مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية لا يقل أهمية عن مصادر التشريع الإسلامي الأخرى كالقرآن والسنة النبوية والإجماع وغيرها، وهو عده أهل التشريع كمصدر من مصادر قانون الأسرة الجزائري وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المشروع التمهيدي لهذا القانون، حيث صرح باستنباط الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية السنية الأربعة، وهو ما كرسته المادة **222** من القانون سالف الذكر، وهنا نجد أن المشرع تأثر بالفقه الإسلامي بما فيه المذهب المالكي في صياغة نصوصه.

ونشير إلى أننا توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات خلال هذه المذكرة نوردها في الآتي:

أولا: النتائج

1-الرجوع إلى الفقه في صياغة مواد قانون الأسرة الجزائري، بما فيه الفقه المالكي ضرورة يستدعيها تكريس أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأحوال الشخصية باعتبارها قانون يلامس الهوية الوطنية.

2- هناك فكرة سائدة بين أهل القانون وفقهاءه بأن المذهب المالكي هو المصدر الوحيد لقانون الأسرة الجزائري، وهي فكرة مجانبة للصواب، حيث أن المادة 222 واضحة في الإحالة للشريعة الإسلامية بكل مذاهبها **" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".**

3- تبني المشرع في بعض المواضيع للمذهب المالكي من شأنه تكريس المرجعية الفقهية المالكية وحماية المجتمع من بعض الثقافات الدخيلة.

4- يظهر المذهب المالكي في مواضيع متعددة في قانون الأسرة الجزائري، كمسألة إسترجاع الهدايا المادة **(4/5 و5)**،مسألة الولاية في زواج القاصر م **11فقرة 2**، مسألة الرضاع الذي يحرم من النكاح المادة **(29)**، وكذا في مسألة الاختلاف في مسالة قبض الصداق المادة **(17)**،مسألة التطليق لعدم الإنفاق م**1/53**، التطليق للغيبة **(5/53)**، القتل المانع من الميراث المادة **(68)**، الرجوع في الهبة المادة **(211)**، قاتل الموصي عمدا لا يستحق الوصية المادة

.(188)

. الفقه ومنه الفقه المالكي احد مصادر التشريع الغنية، حيث نجد داخل المذهب الواحد روايات وأراء متعددة ومختلفة، ما يثبت مرونة الفقه ومواكبته لمستجدات العصر ونوازله ومشكلاته.

ثانيا: المقترحات

1- ضرورة مراعاة المرجعية الفقهية المالكية السائدة في البلد وهذا لتسهيل مهمة القضاة

2- نقترح مزيدا من التعمق لاستقراء بقية الأحكام والمسائل القانونية المتعلقة بقانون الأسرة التي استمدها المشرع الجزائري من المذهب المالكي، وذلك بتوسيع البحث في القانون وعلاقته بالفقه المالكي.

3-ندعو إلى عدم التجاوز في الأحكام القطعية، لكون مواضيع قانون الأسرة الجزائري مرتبطة ارتباطا وثيقا بمبادئ الشريعة الإسلامية.

4- إشراك الباحثين المتخصصين في مجال الأحوال الشخصية بما فيهم أئمة المساجد و الأساتذة الجامعيين لأنهم على دراية بفقه الواقع وأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي

5 - نقترح تكوين القضاة تكوينا قانونيا فقهيا يعمل على سد الثغرات في إصدار أحكامهم للتوافق مع الحقيقة المرجوة منهم في إعلاء كلمة العدالة.

قائمة المراجع

أولا : القران الكريم

ثانيا : الكتب

1. إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذاهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج.2، منشورات مؤسسة دار السلام، دمشق، 1378هـ.

2. ابن حجر الهيثمي، احمد بن قاسم العبادي، عبد الحميد الشرواني، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج.8، د.ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938.

3. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.

4. أحمد بن أحمد الرملي، فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، دار المنهاج، لبنان، 2009.

5. أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.

6. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، 1989.

7. أحمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

8. أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، مقارنة بالقانون الوضعي، ج.1، ط.6، دار الشروق، القاهرة، 1988.

9. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.

10. إسماعيل حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الكتب العلمية، لبنان ، 1999.

11. الدردير أحمد، الشرح الصغير، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، د.ط،

مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، د.س.ن.

12. الدردير أحمد، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار احياء الكتب العربية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

13. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1975.

14. الوجيز في الفقه الإسلامي، ج.3، ط.2، دار الفكر، دمشق، 2006.

15. الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.

16. أنس بن مالك، المدونة الكبرى، ج.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

17. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

18. بوفرورة كمال، شريقي نسرين، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

19. حجازي العدوي المالكي، محمد الأمير المالكي، كتاب ضوء الشموع، ج.2، دار يوسف بن تاشفين، موريتانيا، 2005.

20. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2004.

21. سطحي سعاد، نصر سليمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005.

22. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الاصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

23. شمس الدين ابن قدامة المقدسي، علاء الدين المرداوي، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج.17، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1990.

24. شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج.30، د.ط، دار المعرفة، لبنان، 1989.

25. شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2012.

26. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

27. ظفر أحمد العثماني التاهوني، إعلاء السنن، ج.16، ط.3، إدارة القران والعلوم الإسلامية، باكستان، 1415هـ.

28. عبد العزيز موسى، أركان جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

29. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج.6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

30. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

31. عبد الله بن أحمد، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، د.ط، المكتبة العصرية، بيروت، 2003.

32. عبد الله بن أحمد بن محمود، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج.4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

33. عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

34. المغني، ج.8، ط.3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.

35. المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، وكتبة السوادي، جدة، 2000.

36. عبد الوهاب بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الكتب العلمية،

لبنان، 1998.

37. عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج.2، المطبعة التونسية، تونس، 1939.

38. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

39. علي بن خلفي المنوفي، علي الصمدي العدوي المالكي، ج.4، كفاية الطالب الرباني ابن زيد القيرواني حاشية العدوي، مكتبة الخانجي، د.ب.ن، 1987.

40. علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف من مذهب الإمام المبجل احمد بن حنبل، ج.8، مطبعة السنة المحمدية، د.ب.ن، 1956.

41. علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

42. علي خفيف فرق الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

43. فيصل بن عبد العزيز، كلمات السداد على متن الزاد، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2007.

44. محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن رشد، دمشق، 2000.

45. محمد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، دار السلام ، القاهرة، 1997.

46. محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج.2، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

47. محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج.5، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، 2005.

48. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط.14، دار أصداء

المجتمع للنشر والتوزيع، لبنان، 2012.

49. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.6، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001.

50. محمد بن محمد سالم المجلس الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج.7، دار الرضوان، موريتانيا، 2010.

51. محمد حسين الذهبي، الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة، ط.3، مكتبة وهبة، القاهرة، 1991.

52. محمد سكحال الحجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج.2، دار القلم، دمشق، 2010.

53. محمد عاشق الهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، مكتبة الشيخ بهادر آباد كراتشي، المملكة العربية السعودية، 1416هـ.

54. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، د.ط، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن.

55. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

56. محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج.16، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

57. محمود أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

58. محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.

59. مرعي بن يوسف بن أحمد الكرمي، دليل الطالب لنيل المطالب، دار طيبة، الرياض، 2004.

60. مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النّيرين في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.

61. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الموسوعة الفقهية، ج.29، دار الصفوة، الكويت، 1993.

62. يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار المنهاج، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

63. يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 200

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

2. إقروفة زبيدة، قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتنديد، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 1999.

3. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

4. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014،2015.

5. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004.

6. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة،2003.

7. مسعودان فتيحة، الخبرة الطبية في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، 2017 – 2018.

رابعا: المقالات والمداخلات

1. اسطنبولي محي الدين، " أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي"، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 2، ع.6، جامعة الجلفة، الجزائر.

2. إلغات ربيحة، " الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا "، مجلة حوليات الجزائر، مجلد 27، ع.2، جامعة الجزائر 1.

3. باوني محمد، " الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا "، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 19، ع.1، 1995.

4. براف دليلة، " عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد3، ع.1، جامعة البليدة 2.

5. خثير مسعود، " المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع "، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.

6. خلف فاروق، " أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع.2، جامعة الوادي، الجزائر، 2016.

7. سدي عمر، " الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق "، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد8، ع.2، منشورات المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، 2019.

8. شوقور فاضل، " قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل "، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع.6، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2017.

9. علاء الدين حسين رحال، " حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه"، بحث مقدم في ندوة اثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ.

10 عبد القادر داودي "المسايل التي خالف فيها القانون الجزائري المذهب المالكي "مجلة الحضارة الإسلامية العدد 1، المجلد،19جامعة وهران ،الجزائر

11. غرابي أحمد، " المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع

المذهب المالكي منها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع.23، المجلد 1، جامعة الجلفة، الجزائر.

12. فلاك مراد، " المساهمة التبعية في القانون الجنائي الوطني والدولي" ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، المجلد 3، ع.2، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

13. محروق كريمة، " مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا "، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، المجلد 13، ع.2، قسنطينة، 1995.

14. نصر سلمان، " أحكام الصّداق في الشريعة الإسلامية "، مجلة العيار، المجلد 5، ع.9، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2018.

خامسا: النصوص القانونية

1. أمر رقم 66 – 156مؤرخ في 18 صفر 1356هـ الموافق 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر. ع49، مؤرخ في 21 صفر 1356هـ الموافق 11 يونيو 1966م.

2. قانون رقم 82 – 04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1356هـ الموافق 8 يونيو 1966م، والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع7 ، مؤرخ في 22 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 16 فبراير 1982م.

3. قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.24 مؤرخ 12 رمضان 1404هـ الموافق 12 يونيو 1984م، معدل ومتمم بالأمر رقم05 – 02 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير2005م، ج.ر.ع.15، مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير2005م.

4. قانون رقم 06 – 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق 20 ديسمبر 2006م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1356هـ الموافق 8 يونيو 1966

والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة عام 1427هـ الموافق 24 ديسمبر 2006م.

5. قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ع.31 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م.

سادسا: القرارات والأحكام القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 54198، صادر بتاريخ 05 – 06 – 1989، المجلة القضائية، ع.4، 1990.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58812، صادر بتاريخ 05- 02 – 1990، المجلة القضائية، عدد 4، 1992.

3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 73515، صادر بتاريخ 18 – 06 – 1991، المجلة القضائية، ع.4، 1992.

4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58220، صادر بتاريخ 05 – 02 – 1990، المجلة القضائية، ع.3، 1993.

5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 252350، صادر بتاريخ 21 – 02 – 2001، المجلة القضائية، ع.1، 2002.

6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 364850، صادر بتاريخ 17 – 05 – 2006، المجلة القضائية، ع.2، 2007.

7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 554347، صادر بتاريخ 15 – 07 – 2010، المجلة القضائية، ع.2، 2010.

الفهرس

العناوين **الصفحات**

مقدمة.....11
الفصل الأول: مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية أحكام الزواج وإنحلاله 12
المبحث الأول : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية أحكام الزواج.....13
المطلب الأول : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الخطبة 13
الفرع الأول :تعريف الخطبة 14
الفرع الثاني :مدى إعمال الرجعية الفقهية المالكية في حكم زواج المخطوبة 16
الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري في هدايا الخطبة حال العدول 16
الفرع الرابع موقف الفقه في الهدايا حال العدول.....18
المطلب الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في إنعقاد الزواج 20
الفرع الأول مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أركان الزواج 20
الفرع الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الصداق.....22
الفرع الرابع مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الولي 27
الفرع الرابع مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الرضاع 33
المبحث الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في إنحلال الزواج.....36
المطلب الأول مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في صور التطليق.....36
الفرع الأول التطليق لعدم الإنفاق 36
الفرع الثاني التطليق للغيبة 37
الفرع الثالث التطليق لكل ضرر معتبر شرعا 38
المطلب الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في الحضانة 40
الفرع الأول : في عودة الحضانة 41

الفرع الثاني :السكوت عن الحضانة 44

الفصل الثاني مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الميراث وعقود التبرعات 51

المبحث الثاني : مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الميراث 51

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري في القتل المانع من الميراث 51

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري في القتل العمدي 51

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري في القتل الخطأ 51

المطلب الثاني موقف الفقه في القتل المانع من الإرث 57

الفرع الأول موقف جمهور الفقهاء من القتل المانع من الإرث 57

الفرع الثاني موقف المالكية في القتل المانع من الإرث.....59

المبحث الثاني مدى مراعاة المذهب المالكي في عقود التبرعات 61

المطلب الأول الرجوع في الهبة وأثر الفقه المالكي فيها 61

الفرع الأول موقف المشرع الجزائري في الرجوع في الهبة 61

الفرع الثاني : موقف الفقه في الرجوع في الهبة 64

المطلب الثاني مدى مراعاة المذهب المالكي في إستحقاق قاتل الموصي للوصية 68

الفرع الأول موقف المشرع في الوصية لقاتل الموصي 69

الفرع الثاني موقف الفقه في إستحقاق قاتل الموصي للوصية 71

الخاتمة 76

المراجع 78

الفهرس 87

الملخص

ملخص

تعرضنا في موضوع بحثنا مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في قانون الأسرة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الزواج وانحلاله بمبحثين الأول مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الزواج تناولنا فيه مدى مراعاة المشرع الجزائري للفقه المالكي في الخطبة في المطلب الأول تعريف الخطبة و زواج المخطوبة ومصير هدايا الخطبة في حال العدول وفي المطلب الثاني تعرضنا فيه لمدى مراعاة الفقه المالكي في إنعقاد الزواج من خلال بعض أركان الزواج في المذهب المالكي كالوليّ والصداق وموقف المشرع الجزائري في الرضاع المحرم للزواج وفي المبحث الثاني ارتكزت دراستنا على مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في انحلال الزواج من خلال المطلب الأول تطرقنا فيه لبعض صور التطليق كالتطليق لعدم الإنفاق والتطليق للغيبة والتطليق لكل ضرر معتبر شرعا وفي المطلب الثاني تعرضنا فيه لمدى مراعاة المشرع الجزائري للفقه المالكي في مسألة الحضانة من خلال عودة الحضانة والسكوت عن طلبها وبحثا عن بصمة الفقه المالكي في قانون الأسرة تناولنا الفصل الثاني بعنوان مدى مراعاة المرجعية الفقهية المالكية في أحكام الميراث وعقود التبرعات تطرقنا في المبحث الأول لأحكام الميراث من خلال موقف المشرع الجزائري من القتل المانع للميراث في المطلب الأول ولموقف الفقه في المطلب الثاني وفي المبحث الثاني سلطنا الضوء على مدى تأثر المشرع الجزائري بالفقه المالكي في عقود التبرعات في المطلب الأول في الرجوع في الهبة وفي المطلب الثاني في استحقاق قاتل الموصي للوصية

وفي الخاتمة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات .

الكلمات الدالة :قانون الأسرة ،المرجعية الفقهية المالكية ، الفقه المالكي ، فقه مالك ، المذاهب الفقهية .

Dans le cadre de notre recherche, nous avons traité de la mesure dans laquelle l'autorité jurisprudentielle Maliki est observée en droit de la famille en deux chapitres:

Le premier chapitre est consacré à la mesure du respect de l'autorité jurisprudentielle maliki dans les dispositions du mariage et sa dissolution en deux études Le premier est celui de la mesure dans laquelle l'autorité jurisprudentielle maliki est observée dans les dispositions relatives au mariage. Nous avons expliqué l'emplact du jurisprudence maliki en renonciation aux fiançailles "EL KHITABA" dans la première exigence ou l'étude basse le sujet de restitution de cadeaux dans le cas de renonciation aux fiançailles, Sur la mesure dans laquelle la jurisprudence Maliki prend en compte la conclusion du mariage à travers certains des piliers du mariage à l'école Maliki, tels que le tuteur et la dot, et la position du législateur algérien concernant l'allaitement interdit au mariage. Par manque de dépenses et divorce pour absence et divorce pour tout préjudice légalement considéré, et dans la seconde exigence nous avons discuté de la mesure dans laquelle le législateur algérien prend en compte la jurisprudence Maliki en matière de garde à travers le retour de la garde et le silence sur sa demande et à la recherche de l'empreinte de la jurisprudence Maliki dans le droit de la famille. Et les contrats de donation nous avons traité dans la première partie des dispositions d'héritage l'avis du législateur algérien de l'assesinat empêchant l'héritage dans la première exigence. La position de la jurisprudence dans la deuxième exigence et dans le deuxième sujet nous éclairons dans quelle mesure le législateur algérien a été affecté par la jurisprudence maliki dans les contrats de donation dans la première exigence de retour dans le don et dans la deuxième exigence pour que l'assassin du testateur mérite la volonté.

En conclusion, nous sommes parvenus à un ensemble de conclusions et de recommandations.

Mots clés: droit de la famille, référence jurisprudentielle Maliki, jurisprudence Maliki, jurisprudence Malik, écoles jurisprudentielles.