مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - عدد خاص (العدد التسلسلي 22) أفريل 2020 - (ص ص: 571 – 590)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الاجتهاد القضائي المتعلق بالتشريع الأسري في الجزائر

Rule of consideration of the dispute and its impact on judicial jurisprudence Concerning the legislation of prisoners in Algeria

ط. د سلامي فواز [1]

باحث دكتوراه- معهد العلوم الإسلامية
مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي (الجزائر)
sellami-faouez@univ-eloued.dz

د. موفق نبيل

أستاذ محاضر "أ" - معهد العلوم الإسلامية
مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي (الجزائر)
mouffok-nabil@univ-eloued.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
23 ديسمبر 2019	02 مارس 2020	05 أفريل 2020

الملخص:

مراعاة الخلاف أصل اجتهادي معمول به في المذهب المالكي بالخصوص، وله أثره في فروع المذاهب الفقهية الأخرى عموما، يتمحور مفهومه حول الأخذ باجتهاد المذهب المخالف، وهو ما انتهجه المشرع في قانون الأسرة الجزائري حيث لم يلتزم بمذهب فقهي معين بل استفاد من كل المذاهب المعتبرة، ولكون الاجتهاد القضائي هو المجال التطبيقي العملي لنصوص التشريع الأسري نجد أن قضاة المحكمة العليا قد انتهجوا نفس المنهج الذي تبناه المشرع. وهذه الدراسة تهدف لبيان أثر قاعدة مراعاة الخلاف في اجتهادات المحكمة العليا. وقد ركز البحث على بعض القرارات الصادرة عنها بعد إيراد آراء المذاهب الفقهية في كل مسألة فقهية تتعلق بها، وذلك على سبيل التدليل والتمثيل حتى تتضح أهمية إعمال القواعد الشرعية في الدراسات القانونية.

الكلمات المفتاحية: الخلاف الفقهي- الاجتهاد- الترجيح - القضاء- المحكمة العليا- الأسرة

Abstract :

Taking into account the difference is a jurisprudential principle applicable in the Maliki school in particular, and it has an impact on other branches of doctrines in general, its concept revolves around the introduction of the jurisprudence of the contrary doctrine, which was adopted by the legislator in the Algerian family law, where he did not adhere to a specific jurisprudence, but benefited from all the doctrines considered, and to the fact that Judicial jurisprudence is the practical, applied field of texts of family legislation. We find that the Supreme Court judges have taken the same approach that the legislator has adopted. This study aims to show the effect of the rule of observing the difference in the jurisprudence of the Supreme Court. The research focused on some of the decisions issued by it after mentioning the views of doctrines in every jurisprudential issue related to them, as a way of demonstration and representation until the importance of implementing the legal rules in legal studies becomes clear.

key words: *Juristic disagreement- ijtihad -Weighting- the judiciary - the Supreme Court - the family*

[1] المؤلف المرسل: ط. د سلامي فواز ـــــــــ *Email: sellami-faouez@univ-eloued.dz*

مقدمة:

لا يختلف اثنان في كون قانون الأسرة الجزائري لا يتبنى المشرع فيه مذهبا فقهيا معينا، وعلاوة على ذلك يحيل في المادة 222 منه على الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها ومدارسها الفقهية حتى إذا اصطدم القاضي فيه بفراغ تشريعي أسعفته هذه المادة البالغة الأهمية، كما أنها تدل دلالة واضحة على اعتراف المشرع بالتعددية المذهبية في الاجتهاد التشريعي الأسري. ومن هذه الناحية نقول إن الاجتهاد القضائي في مجال الأسرة لا يقل أهمية عن التشريع نفسه؛ لأنه يضفي على النص القانوني طابعه العملي بتطبيقه على الوقائع العينية الخاصة. وهو بدوره لم يتقيد القضاة فيه بالأحادية المذهبية بل ظَلُّوا منفتحين في اجتهاداتهم على كل المذاهب الفقهية، ومنسجمين مع منطوق النصوص وإرادة المشرع.

ويستمد موضوع الدراسة أهميته من خلال محاولة الوصول إلى تجسيد مقاربة علمية بين المباحث الأصولية الفقهية، والدراسات القانونية؛ على اعتبار أن قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد الأصولية المهمة في المذهب المالكي، التي لها دور وظيفي في تضييق هُوّةِ الخلاف الفقهي، والاستفادة من اجتهادات المذاهب الفقهية في أحكام الأسرة الذي أقرته المادة 222 من ق أ ج، لا سيما المتعلق بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في مجال الأسرة.

كما تنطلق الإشكالية الرئيسية من التساؤل عن مدى وجود تأثير لقاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في شؤون الأسرة باعتبار أن هذه القاعدة تتضمن منهجا علميا ضابطا للخلاف الفقهي الذي تتسم به جل أحكام الشريعة الاسلامية التي تعد المرجع الأساسي للتشريع الأسري نصا وتطبيقا.

واعتمدت الدراسة في بحث هذا الموضوع على المنهج الوصفي في عرض المذاهب الفقهية، وعلى المنهج التحليلي الاستنباطي في مناقشة واستنتاج أثر هذه القاعدة في قرارات المحكمة العليا باعتبارها مُوَحِّدَةً للاجتهاد القضائي في الجزائر.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين حيث تناولنا في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للمصطلحات الواردة في عنوان البحث، كما عالجنا في المبحث الثاني بعض النماذج التطبيقية من بابي الزواج والطلاق التي تبين الأثر البارز لقاعدة مراعاة الخلاف في قرارات المحكمة العليا.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمصطلحات البحث

يتضمن عنوان هذه الدراسة مصطلحين يشكلان الإطار النظري لها، هما مصطلح مراعاة الخلاف، ومصطلح الاجتهاد القضائي، حيث يتوجب علينا تحليل مضمونهما في هذا المبحث؛ لأن

ما تتميز به هذه المصطلحات كونها مركبة، ولا يتم فهمها إلا بعد بيان أجزائها، كذلك يتعين صياغة التعريف الذي ينسجم مع إشكالية بحثنا، وقد خصصنا المطلب الأول للحديث عن ماهية قاعدة مراعاة الخلاف وحجيتها، ثم تحدثنا في المطلب الثاني عن بيان مفهوم الاجتهاد القضائي ومجالاته، مع تحري الدقة في إيراد التعاريف والأدلة؛ بما يتناسب مع عنوان الموضوع الذي يمازج بين الدراسة الشرعية والقانونية.

المطلب الأول: ماهية قاعدة مراعاة الخلاف وحجيتها

تعتبر مراعاة الخلاف من القواعد التي تأسست عليها المنظومة الاجتهادية لبعض المذاهب الفقهية؛ وخصوصا المذهب المالكي الذي له الفضل في تأصيل وتفصيل ماهيتها، كما ذكر الفقهاء والأصوليون مجموعة من الأدلة التي توضح جواز الاحتجاج بهذه القاعدة، وسيتناول هذا المطلب بيان الماهية والحجية؛ حيث قسمناه إلى فرعين تطرقنا في الفرع الأول لمفهوم قاعدة مراعاة الخلاف، وخصصنا الفرع الثاني لحجية العمل بهذه القاعدة.

الفرع الأول: مفهوم قاعدة مراعاة الخلاف.

مصطلح مراعاة الخلاف مركب إضافي يتكون من جزأين- مراعاة وخلاف- لكل منهما مفهومه الخاص، ثم أصبح لقبا وعَلَمًا على أصل اجتهادي معروف في الفقه المالكي، كما أن لهذا المصطلح علاقة تشابه في مفهومه ببعض المصطلحات الفقهية والأصولية، وسنقوم ببيان كل ذلك في الفقرات التالية.

أولا – تعريف مراعاة الخلاف:

بما أن معرفة اللفظ مركب يتوقب على معرفة جزأيه، فتعريف هذا المصطلح سيكون باعتباره مصطلحا مفردا، ثم باعتباره مصطلحا مركبا، وبيان ذلك على النحو التالي:

1- باعتباره مصطلحا مفردا:

أ- تعريف المراعاة لغة واصطلاحا:

- لغة:

جاء تعريفها في المعاجم اللغوية بأنها: "المراقبة والملاحظة والاعتبار"،[1] وهي كذلك "النظر في عواقب الشيء" [2]

- اصطلاحا:

المراعاة عند الفقهاء هي: "ملاحظة الوضع في الاعتبار"؛[3] ويبدو أن استعمال هذا المصطلح هنا لا يبتعد كثيرا عن المعنى اللغوي؛ لأن الفقهاء والأصوليين يقصدون به "اعتبار مذهب المخالف، ومراقبة وملاحظة أثره وعواقبه".

ب- تعريف الخلاف لغة واصطلاحا.

- لغة:

عرفه اللغويون بقولهم: "الخاء واللام والفاء أصول ثلاثة: أحدها أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني خلاف قدام، والثالث التَغَيُّر"،[4] ومصطلح الخلاف هنا يتصل بالمعنى الأول.

- اصطلاحا:

جاء تعريفه عند الأصوليين بأنه: "علم يُعْرَفُ به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبهة، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية."[5]

2- باعتباره مصطلحا مركبا:

مصطلح مراعاة الخلاف بهذا الاعتبار هو: "ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه أوبعض ما يقتضيه."[6] وهو تعريف بالمعنى الخاص عند المالكية، وجاء تعريفه بالمعنى العام على أنه "مطلق اعتبار الخلاف وإعطاء دليل المخالف بعض أثره."[7]

ثانيا - علاقة مراعاة الخلاف بالمصطلحات المشابهة له:

توجد علاقة قوية بين هذه القاعدة، وبين بعض المصطلحات المشابهة لها؛ حيث سنقوم باستجلاء أوجه الشبه بينها في النقطتين الآتيتين.

1- علاقة مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف:

تبدو العلاقة واضحة من خلال كلام فقهاء الشافعية والحنابلة الذين يطلقون مراعاة الخلاف الذي ينفرد به فقهاء المالكية على مسائل تندرج تحت قاعدة الخروج من الخلاف.[8]

2- علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان:

الاستحسان هو "العمل بأقوى الدليلين"،[9] فأصل مراعاة الخلاف من الاستحسان؛ قال الإمام ابن رشد: " من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف، وهو استحسان." [10]

الفرع الثاني: حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف

اختلف الفقهاء والأصوليون في حجية هذه القاعدة بين مؤيد ومعارض حيث اعتبرها فريق منهم أصلا من الأصول الاجتهادية التي بنوا عليها آراءهم، بينما أنكرها فريق آخر، ولم يعملوا بها، ولكل من الفريقين حججه ووأسانيده الشرعية من المنقول والمعقول، وهو ما سنبينه فيما يأتي.

أولا - إيراد مذاهب العلماء في حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف:

المذهب الأول: يميل أصحابه إلى الاحتجاج بأصل مراعاة الخلاف، وهو مذهب جمهور فقهاء المالكية، والحنفية، وبعض الشافعية، والحنابلة. [11]

المذهب الثاني: يرى مؤيدوه عدم الاحتجاج بهذا الأصل، وهو قول القاضي عياض، واللخمي،[12] وابن عبد البر،[13] والمزني من الشافعية.[14]

ثانيا – إيراد أدلة العلماء في حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف:

1- أدلة المذهب الأول:

أ- حديث عائشة رضي الله عنها في قصة اختصام سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام؛ فَقَال رَسُول اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ»، ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»، ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ:«احْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ.[15] وجه الاستدلال بالحديث أن النبيﷺ أمر سودة بالاحتجاب منه احتياطا؛ لكونه في ظاهر الشرع أخاها؛ حيث أُلْحِقَ بأبيها.[16] وهو عمدة المالكية في الاستدلال بأصل مراعاة الخلاف[17]

ب- إعمال الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لهذا الأصل في فتاواهم وأقضيتهم، فدل هذا على جواز الاستدلال به،[18] ولهم شواهد عن عمر رضي الله عنه كانت بحضور الصحابة كما لم يثبت عنهم ما يدل على وجود من ينكر ذلك بينهم.[19]

2- أدلة المذهب الثاني:

أ- إن القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي؛ قال القاضي عياض:"القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس."[20]

ب- إن القول بمراعاة الخلاف يؤدي إلى الجمع بين المتنافيين.[21]

3- الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، يبدو أن القول بحجية قاعدة مراعاة الخلاف أولى بالترجيح من القول بعدمه، وذلك لقوة أدلته، وهو ما رجحه من المالكية ابن عبد السلام، وابن عرفة، والقباب[22]، ورجحه من المعاصرين الأستاذ أحمد شقرون.[23]

وملخص القول حول ما تقدمنا ببيانه أنه يمكننا أن نعطي لقاعدة مراعاة الخلاف التعريف الآتي:"هي مطلق اعتبار الخلاف، وترجيح المجتهد دليل المخالف بإعطاء الدليل ما يقتضيه أوبعض ما يقتضيه، موازنة بين الأدلة استحسانا"، وسبب اختيار هذا التعريف هو الجمع بين المعنى الخاص والمعنى العام لهذه القاعدة كما سبق أن ذكرنا، كذلك إبراز أن مراعاة الخلاف جزء لا يتجزأ من دليل الاسحسان؛ حيث إن المراعاة قد تقتضيها المصلحة والضرورة اللتين هما من أنواع الاستحسان، وهي جائزة تبعا لجواز العمل بالاستحسان؛ لأنها ترجع إليه وتتفرع عليه.

المطلب الثاني: مفهوم الاجتهاد القضائي ومجالاته

لما كان موضوع الدراسة يجمع بين مراعاة الخلاف كقاعدة من قواعد الفقه النظرية، وبين قرارات المحكمة العليا باعتبارها تطبيقا عمليا للاجتهاد القضائي في الجزائر، كان من لزاما علينا تخصيص هذا المطلب لبيان مفهوم الاجتهاد القضائي وتوضيح مجالات تطبيقه، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ حيث يدرس الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، ويتناول الثاني مجالاته.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

مصطلح الاجتهاد القضائي مركب إضافي كذلك لا بد من تعريف جزأيه؛ بإعطاء التعريف المناسب مع تحري الممازجة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني؛ لأن هذا المصطح له بعده القانوني الذي لا يمكن إغفاله، وبيان ذلك كما يلي:

أولا - تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا:

1- لغة:

جاء في تاج العروس ما نصه: "الجهد بالفتح الطاقة والوسع ويضم، والجهد بالفتح فقط المشقة."[24]

2- اصطلاحا:

عرفه عبد الكريم زيدان بقوله: "هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط."[25]

ثانيا - تعريف القضاء لغة واصطلاحا:

1- لغة:

قال ابن فارس: "القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته." [26]

2- اصطلاحا:

عرفه محمد الزحيلي بقوله: "هو سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية."[27]

ثالثا - تعريف الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

1- في الفقه الإسلامي:

عرفه قطب الريسوني بقوله: "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية، وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة."[28]

2- في القانون الوضعي:

عرفه فقهاء القانون بأنه: "عبارة عن مجموع القرارات القضائية المطبقة في ميدان معين، والتي تُمَكِّنَنَا من استنباط المبادئ، والحلول المطبقة في ميدان ما." [29]

من خلال التعريف الفقهي والقانوني للاجتهاد القضائي نلاحظ أن هذا الأخير يحتوي على عنصرين أساسيين يتمثلان في طبيعة سلطة القاضي ومصدر هذه السلطة؛ حيث إن طبيعة سلطة القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هي الفصل في المنازعات بين المتخاصمين التي يتم رفعها إليه وعرضها أمامه، وذلك طبقا للنصوص الشرعية والقانونية، أما فيما يخص مصدر هذه السلطة؛ ففي الفقه الإسلامي مصدرها الشريعة الإسلامية، وفي القانون الوضعي مصدرها النصوص القانونية، والتي من ضمنها القرارات التي تصدرها الجهات القضائية بمختلف درجاتها حال فصلها في النزاع.

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي

تتعدد مجالات الاجتهاد القضائي في ظل كفاية النصوص القانونية للتطبيق على الوقائع المعروضة أمام القاضي؛ فالنصوص محصورة والوقائع غير محصورة فعندئذ يكون القاضي بصدد الاجتهاد في نطاق النص، وكذلك يجتهد عند انعدامه، وهو ما سنتناوله بالبيان في الفقرات الآتية:

أولا - الاجتهاد القضائي في نطاق النص القانوني:

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني وإطلاق سلطته فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها، أوخارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين: [30]

1- عند غموض النص، أوإبهامه.

2- عند النقص في النص أوسكوته عن بعض المسائل. [31]

ثانيا - الاجتهاد القضائي عند انعدام النص القانوني:

إذا لم يجد القاضي في نصوص القانون قاعدة يقضي بموجبها لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، واللجوء إلى المصادر الاحتياطية الأخرى، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية، ومن أهم هذه المصادر وأبرزها العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة،[32] وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في مادته الأولى الفقرة الثانية على ذلك: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة." [33]

المبحث الثاني: النماذج التطبيقية
لإعمال قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي الأسري

يعالج هذا المبحث التطبيقات العملية للاجتهاد القضائي في بعض مسائل الزواج والطلاق الذي تجسده المحكمة العليا من خلال قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية، والتي راعت فيها خلاف الفقهاء في القضايا المعروضة أمامها، وهو منهج تطبيقي لقضاة المحكمة العليا يدخل في صميم إعمال قاعدة مراعاة الخلاف عند الفقهاء والأصوليين إذا أردنا التأصيل الشرعي لقراراتهم في مجال التشريع الأسري؛ وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول مسألتين من مسائل الزواج، وندرس في المطلب الثاني مسألتين من مسائل الطلاق.

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي على بعض مسائل الزواج

يتناول هذا المطلب بعض المسائل المتعلقة بأحكام الزواج، وتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف عليها من خلال قرارات المحكمة العليا المجسدة للاجتهاد القضائي، وقد انتقينا من المسائل على كثرتها ما يبرز بجلاء تطبيق هذه القاعدة على مسألتي الزواج بدون ولي كفرع أول، واستحقاق كامل الصداق بالخلوة الصحيحة كفرع ثان.

الفرع الأول: مسألة الزواج بدون ولي

ندرس في هذا الفرع تعريف الولاية لغة واصطلاحا؛ ثم نبين وجه الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على مسألة الولاية في الزواج، وذلك على النحو المذكور في الفقرات التالية:

أولا - تعريف الولاية:

1- لغة:

قال ابن منظور: "الوَلاية والوِلاية هي: النصرة والمحبة والتبعية، فيسمى متولي العقد وَلِيٌّ."[34]

2- اصطلاحا:

الولاية اصطلاحا: "هي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا، وهي تشمل التزويج، والتربية، والتعليم، وغيرها من الحقوق الشخصية." [35]

ثانيا - الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على مسألة الولاية في الزواج:

1- حكم المسألة:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إلى مذهبين رئيسيين؛

أ- المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء[36] من المالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية عنهم، وأبي يوسف في رواية إلى اشتراط الولي في عقد الزواج.

ب- المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم اشتراطه، وهي الرواية الثانية للإمام أبي يوسف، والمرجحة عندهم[37]، واشترطوا الكفاءة في الزوج، والمثلية في الصداق.

2- أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي المتعلق بمسألة الولاية في الزواج:

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/6/29 ما نصه:" حيث إن القرار المنتقد ركز في تسبيبه على انعدام الولي في الزواج، وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج." [38] نستنتج من خلال منطوق القرار أن قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم قد صححوا العقد بعد الدخول بسبب انعدام الولي ترجيحا لمذهب الأحناف الذين يرون جواز انعقاد الزواج بدون ولي الزوجة، فصحح المالكية هذا الزواج ورتبوا عليه آثاره، ولكن بشرط وجود الدخول بالزوجة، وهذا إعمال لمقتضى قاعدة مراعاة الخلاف كما سبق بيان تعريفها بالمعنى الخاص

الفرع الثاني: مسألة استحقاق كامل الصداق بالخلوة الصحيحة

نتحدث في هذا الفرع عن تعريف الصداق لغة واصطلاحا، وكذلك نبين المقصود بالخلوة الصحيحة؛ ثم نتطرق إلى وجه الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على هذه مسألة، وذلك في الفقرات التالية:

أولا - تعريف الصداق والخلوة الصحيحة:

1- تعريف الصداق:

أ- لغة:

الصَّدَاقُ هو: "مهر المرأة "،[39] وهو" مادة مشتقة من الصِدْقِ."[40]

ب- اصطلاحا:

- في الفقه الشرعي: عرفه بدران أبو العينين بدران بقوله: "اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أوبالدخول بها دخولا حقيقيا."[41]

- في الفقه القانوني: جاء تعريفه بأنه:"حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها، أو بسبب وطئه لها."[42]

ج- قانونا:

عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من ق أ ج بقوله:" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود، أوغيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء." [43]

2- تعريف الخلوة الصحيحة:

المقصود بها "أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما، ولم يوجد مانع يمنع من الدخول الحقيقي؛ فلا تصح الخلوة في المسجد، وغيره".[44]

ثانيا - الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على مسألة استحقاق كامل الصداق بالخلوة الصحيحة:

1- حكم المسألة:

اختلف فقهاء الشريعة في هذه المسألة على مذهبين رئيسيين:

أ- المذهب الأول: تستحق المرأة جميع الصداق، ويتأكد كله بالخلوة الصحيحة، وهو قول فقهاء الحنفية، والحنابلة. [45]

ب- المذهب الثاني: ذهب فقهاء المالكية والشافعية[46] إلى أن المرأة لا تستحق جميع الصداق بالخلوة الصحيحة.

2- أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي المتعلق بمسألة استحقاق كامل الصداق بالخلوة الصحيحة:

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/05/09: "من المقرر فقها، وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول، واختلاء الزوج بها."[47] كذلك نص القرار الصادر بتاريخ 2002/05/08 على أن:" الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا"[48].

من خلال اجتهاد قضاة المحكمة العليا في هذين القرارين، وتأكيدهم على استحقاق الزوجة للصداق كاملا بخلوة الرجل بها يكونون قد رجحوا المذهب الحنفي، والحنبلي على المذهب المالكي، وهو تطبيق لقاعدة مرعاة الخلاف بالمعنى العام كما أسلفنا، كما أنه عمل بأحكام المادة 16 من ق أ ج في اعتبار الخلوة دخولا. [49]

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي على بعض مسائل الطلاق

يتناول هذا المطلب كذلك بعض مسائل الطلاق المتمثلة في الطلاق الثلاث، والمتعة في الطلاق وتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على قرارات المحكمة العليا المتعلقة بهذه المسائل حيث خصصنا الفرع الأول لدراسة مسألة الطلاق الثلاث، وتطرقنا في الفرع الثاني لمسألة المتعة في الطلاق.

الفرع الأول: مسألة الطلاق بلفظ الثلاث

ندرس في هذا الفرع مسألة الطلاق بلفظ الثلاث، والتي تعتبر من المسائل الخطيرة التي استرعت اهتمام الباحثين في الشريعة والقانون، وقد كان لفقهاء الشريعة القدامى اجتهادات

متعددة في احتساب عدد هذا الطلاق، مما كان له تأثير في صياغة القانون المناسب والمتوافق مع مستجدات العصر، وانعكس كذلك على اجتهادات القضاة، وبيان ذلك كالآتي.

أولا: تعريف الطلاق، واقترانه بالعدد:

1- تعريف الطلاق:

أ- لغة:

الطلاق في اللغة هو: "الفراق والترك والإرسال والتخلية." [50]

ب- اصطلاحا:

عرفه عبد الرحمان الصابوني بقوله: "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أوالمآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه." [51]

2- اقتران الطلاق بالعدد:

إذا طلق الزوج زوجته تطليقة، أوتطليقتين منفصلتين، لا يثور أي إشكال؛ لأن المراجعة ممكنة في العدة، أوبعدها بعقد ومهر جديدين، لكن يتعقد الموقف إذا طلقها ثلاث مرات دفعة واحدة، وهو ما يسمى بالطلاق المقترن بعدد، أو الطلاق بلفظ الثلاث.[52]

ثانيا - الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على مسألة الطلاق بلفظ الثلاث:

1- حكم المسألة:

وقع بين الفقهاء خلاف في هذه المسألة على أقوال نوردها على النحو الآتي:

أ- المذهب الأول: ذهب الجمهور[53] من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج ثلاث مرات في مجلس واحد يقع ثلاثا، وتحرم به الزوجة على زوجها حتى تنكح زوجا غيره، ولا يجوز له أن يتزوجها إلا بعقد ومهر جديدين.

ب- المذهب الثاني: ذهب ابن تيمية[54] إلى أن هذا الطلاق يقع طلقة واحدة رجعية، وهو ما تبعه فيه تلميذه ابن القيم، [55] واستدل له بما لا يدع مجالا للشك في أنه الجدير بالترجيح خاصة في عصرنا الحاضر الذي انتشرت فيه ظاهرة الطلاق الثلاث بشكل رهيب، كما رجح هذا الرأي وعضده بالأدلة النقلية والعقلية الإمام الشوكاني. [56]

2- أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي المتعلق بمسألة الطلاق بلفظ الثلاث:

استقر العمل في القضاء الجزائري على اعتبار الطلاق المتعدد، والمتتابع، في المجلس طلاقا واحدا عملا بمذهب ابن تيمية، وابن القيم، وهو اختيار معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية[57]، وقد جاء ذلك في قرار المحكمة العليا المؤرخ في17 ديسمبر 1984 (غير منشور) [58]، وهو إعمال لقاعدة مراعاة الخلاف بالمعنى العام كما ذكرنا سابقا.

الفرع الثاني: مسألة المتعة في الطلاق

المتعة في الطلاق من المسائل التي اختلف فيها فقهاء الشريعة، وانعكس ذلك على صعيد التشريع الأسري نصا وتطبيقا، ونتحدث في هذا الفرع عن هذه المسألة؛ حيث نتطرق إلى وجه الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف عليها، وذلك في الفقرات التالية:

أولا - تعريف المتعة:

1- لغة:

"الميم والتاء والعين أصل يدل على المنفعة"،[59] وهذا التعريف وثيق الصلة بالتعريف الاصطلاحي كما سيأتي.

2- اصطلاحا:

عرفها أحمد فتحي بهنسي بقوله: "يقصد بالمتعة شرعا ما يعطى للزوجة لتتمتع به تعويضا لها عن الفرقة بينها وزوجها من ثياب تلبسها المرأة عادة عند خروجها أومال يقوم مقامها." [60]

ثانيا - الاجتهاد القضائي في تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف على مسألة المتعة في الطلاق:

1- حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في المسألة على مذهبين هما:

أ- المذهب الأول: ذهب الجمهور من الحنفية[61]، والشافعية، والحنابلة إلى القول بوجوب متعة الطلاق إجمالا مع التفصيل في حالاتها.

ب- المذهب الثاني: ذهب المالكية[62] في القول المشهور عندهم إلى القول بأن متعة الطلاق مستحبة لكل مطلقة.

2- أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي المتعلق بمسألة المتعة في الطلاق:

جاء في القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 1986/12/29 المتعلق بهذا الموضوع على أنه: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها، وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية" [63].

نلاحظ أن الاجتهاد القضائي أخذ بمذهب الجمهور في إيجاب المتعة،[64] وهو ملمح نستنتج من خلاله إعمال قضاة المحكمة العليا لقاعدة مراعاة الخلاف بمعناها العام؛ حيث خالف جمهور الفقهاء المذهب المالكي في حكم المتعة.

خاتمة:

إن دراسة موضوع مراعاة الخلاف، وإسقاطه على الاجتهاد القضائي له أهمية بالغة في إثراء عملية التأصيل الشرعي لقرارات المحكمة العليا خصوصا، والعمل القضائي عموما في مجال

التشريع الأسري الجزائري المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية؛ حيث انتهينا في هذا البحث إلى جملة من النتائج، مع طرح بعض التوصيات.

أولا-النتائج:

1- لمصطلح مراعاة الخلاف معنيان خاص وعام؛ فالخاص هو ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة وإعطاؤه ما يقتضيه أوبعض ما يقتضيه، والعام هو مطلق اعتبار الخلاف وإعطاء دليل المخالف بعض أثره.

2- قاعدة مراعاة الخلاف هي في حقيقتها نوع من أنواع الاستحسان، ولها علاقة وثيقة بقاعدة الخروج من الخلاف المجمع على الاحتجاج بها.

3- قاعدة مراعاة الخلاف جائزة عند فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة، ودل على ذلك نصوص السنة المطهرة وعمل الخلفاء الراشدين، والصحابة رضي الله عنهم.

4- تبين من خلال عرض بعض قرارات المحكمة العليا في مسائل الزواج والطلاق أن لهذه القاعدة أثر كبير في الاجتهاد القضائي.

5- استقر العمل القضائي أن عدم توفر الولي في عقد الزواج لا يبطله، بل يتم تصحيحه بعد الدخول، وهو مراعاة لخلاف المذهب الحنفي الذي يصحح العقد.

6- اتفق الاجتهاد القضائي على أن الخلوة الحقيقية تعتبر دخولا حقيقيا تستحق بها الزوجة كامل صداقها، وهذا إعمال ضمني لقاعدة مراعاة الخلاف.

7- من المبادئ المقررة قضاء أن الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر طلقة واحدة ولا تحرم المرأة بل يجوز إرجاعها ترجيحا لرأي ابن تيمية وهو مراعاة للخلاف.

8- استقر الاجتهاد القضائي على أن متعة المطلقة واجبة لها إذا طلقها زوجها بدون وجه حق، وهو ترجيح لرأي الجمهور على رأي المالكية.

ثانيا-التوصيات:

1- الاهتمام بالقواعد الأصولية والفقهية، وتوظيفها في الاجتهاد القضائي.

2- أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد القضائي الأسري ظاهر في الدراسة بجلاء، وإثراءً للبحوث المقارنة بين الشريعة والقانون في موضوعه نوصي بتعميق بحثه في الأطروحات الأكاديمية.

3- ضرورة التصريح بالمذهب الفقهي الذي يتم ترجيحه في كل القرارات التي تصدرها المحكمة العليا المتعلقة بشؤون الأسرة، ليسهل التعليق عليها.

4- الاستفادة من قرارات المحكمة العليا في كل تعديل لقانون الأسرة؛ لأنه يلامس الواقع، ويعتبر المؤشر الحقيقي لصلاحية قوانين الأحوال الشخصية.

5- ضرورة تعديل مواد الطلاق في ضوء قرارات المحكمة العليا نظرا لما يشهده المجتمع من ارتفاع معدلات الطلاق.

6- تقعيد قرارات المحكمة العليا المتعلقة بشؤون الأسرة، وصياغتها في شكل مبادئ قانونية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

1 - القوانين:

1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، 1975م.

2- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984م.

2- القرارات القضائية:

1- قرار رقم 49283 بتاريخ 1988/05/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع2، 1992.

2- قرار رقم 43860 بتاريخ 1986/12/29، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع2، 1993.

3- قرار رقم 289545 بتاريخ 2002/05/08، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2004.

3- الكتب:

1- ابن العربي محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424ه /2003م.

2- ابن القيم محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1415ه/1994م.

3- ابن الهمام محمد عبد الواحد، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، د ر ط، د س ط.

4- ابن بدران عبد القادر بن أحمد، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401ه.

5- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المملكة العربية السعودية، د ر ط، 1416ه/1995م.

6- ابن رشد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408ه/1988م.

7- ابن شاس عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ر ط، 1423ه/2003م.

8- ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1414ه/1994م.

9- ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، د ر ط، 1388ه/ 1968م.

10- ابن يونس محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1434 ه /2013 م.

11- البابرتي محمد بن محمد، العناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، د ر ط، د س ط.

10- البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير الناصر، ط1، 1422ه، دار طوق النجاة، د م ط.

11- البغدادي علي بن نصر، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1425ه/2004م.

12- بن عاشور محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، د ر ط، 1984م.

13- الحموي أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405ه/1985م.

14- الرحيباني مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1415ه/1994م.

15- الرملي محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404ه/1984م.

16- الزبيدي مرتضى، تاج العروس في جواهر القاموس، دار الهداية، د م ط، د ر ط، د س ط.

17- الزركشي محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، د م ط، ط1، 1414ه/1994م.

18- الشاطبي إبراهيم بن موسى، الاعتصام، تحقيق: هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1429 ه/2008م.

19- الشوشاوي علي بن الحسين، كشف النقاب عن تنقيح الشهاب، تحقيق: أحمد السراح وآخرون، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1425ه/2004م.

20- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413ه/1993م.

21- الشيرازي إبراهيم بن علي، المهذب في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ر ط، د س ط.

22- عليش محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، د م ط، د ر ط، د ت ط.

23- القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.

24- الولاتي محمد يحي بن عمر، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، المطبعة التونسية، تونس، د ر ط، 1336ه.

25- الونشريسي أحمد بن يحي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، د ر ط، 1400ه/ 1980م.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، د ر ط، 1967.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، 2008م.

3- بهنسي أحمد، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1988م.

4- بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007.

5- الحجوي محمد بن الحسن، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416ه/1995م.

6- الريسوني قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007م.

7- الزحيلي محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط2، 2002م.

8- زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994م.

9- السرطاوي محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، 1431ه/2010م.
10- شقرون محمد أحمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423ه/2002م.
11- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1987م.
12- صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ر ط، سنة2006.
13- عبد العظيم: شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، منشور جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط4، 1993م.
14- ولد الشيخ محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423ه/2002م.

ب- الرسائل الجامعية:

1- بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص: الفقه وأصوله قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009م.
2- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، 2015م.
3- مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه، تخصص: فقه وأصوله، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2014م/2015م.

ج- المقالات في المجلات:

1- بوري يحي، الاجتهاد القضائي الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر، بسكرة، المجلد 01، ع 01، 2004م.
2- طروب مراد، انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال تطبيقه لأصل مراعاة الخلاف، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، المجلد 23، ع 47، 1440ه/2019م.
3- المصلح خالد بن عبد الله، مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا، مجلة البحوث الإسلامية، ع 118، 1440ه، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية.

الهوامش:

(1) ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414ه، 327/14.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، تركيا، ط1، 1989م، 356/1.

(3) محمد رواس قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط1، 1408ه/1988م، 420/1.

(4) ابن فارس أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للنشر والتوزيع، د ر ط، 1399ه/1979م، 216/2.

(5) ابن بدران عبد القادر بن أحمد، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1401، ص 450.

[6] شقرون محمد أحمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط 1423،1ه/2002م، ص 73.

[7] ولد الشيخ محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1423،1ه/2002م، ص 101.

[8] ينظر: الزركشي محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، د م ط، ط1، 1414ه/1994م، 310/8؛ الرحيباني مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1415ه /1994م، 447/6.

[9] ابن العربي محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424ه/2003م، 278/2.

[10] ابن رشد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408ه/1988م، 419/3.

[11] الحموي أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405ه/ 1985م، 44/2؛ الشوشاوي علي بن الحسين، كشف النقاب عن تنقيح الشهاب، تحقيق: أحمد السراح وآخرون، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1425ه/2004م، 195/6؛ الزركشي محمد بن عبد الله، المرجع السابق، 310/8؛ الرحيباني مصطفى، المرجع السابق، 447/6.

[12] الونشريسي أحمد بن يحي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، د ر ط، 1400ه/1980م،160/1.

[13] ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1414ه/1994م، 922/2.

[14] المرجع نفسه.

[15] رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المُشَبَّهَاتِ، رقم: 2053، 54/3.

[16] المصلح خالد بن عبد الله، "مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا"، مجلة البحوث الإسلامية، ع118، 1440ه، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، ص 42.

[17] الولاتي محمد يحي بن عمر، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، د ر ط، المطبعة التونسية، تونس، 1336ه، ص 31-32.

[18] الشاطبي إبراهيم بن موسى، الاعتصام، تحقيق: هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1429ه/2008م، 59/3.

[19] ابن يونس محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1434ه/2013م، 90/9.

[20] الونشريسي أحمد بن يحي، إيضاح المسالك، المرجع السابق.

[21] طروب مراد، "انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال تطبيقه لأصل مراعاة الخلاف"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، المجلد 23، ع47، 1440ه/2019م، ص 10.

[22] عليش محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، د م ط، د ر ط، د ت ط، 82/1.

(23) شقرون أحمد، المرجع السابق، ص 174.

(24) الزبيدي مرتضى، تاج العروس في جواهر القاموس، دار الهداية، د م ط، د ر ط، د س ط، 534/7.

(25) زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994م، ص 441.

(26) ابن فارس أحمد بن زكريا، المرجع السابق، 99/5.

(27) الزحيلي محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط2، 2002م، ص 61.

(28) الريسوني قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007م، ص 11.

(29) بوري يحي، "الاجتهاد القضائي الجزائي"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيذر، بسكرة، المجلد 01، ع 01، 2004م، ص 28.

(30) بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م، ص 181.

(31) بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009م، ص 233- 234.

(32) المرجع نفسه.

(33) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، 1975م، ص 990.

(34) ابن منظورمحمد بن مكرم، المرجع السابق، 407/15.

(35) عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، منشور جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط4، 1993م، ص 120.

(36) البغدادي علي بن نصر، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1425ه/ 2004م، 112/1؛ الشيرازي إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ر ط، د س ط، 426/2؛ ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، د ر ط، 1388ه/ 1968م، 7/7.

(37) البابرتي محمد بن محمد، العناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، د ر ط، د ت ط، 256/3.

(38) قرار رقم 4831 بتاريخ 1999/06/29 نقلا عن: صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ر ط، 2006م، ص 40.

(39) ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، 197/10.

(40) ابن عاشور محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، د ر ط، 1984م، 30/4.

(41) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، در ط، 1967م، 181/1.

(42) السرطاوي محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، ط3، 1431ه/ 2004م، ص 97.

(43) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، 1984م، ص 911.

(44) السرطاوي محمود، المرجع السابق، ص 115.

(45) البابرتي محمد بن محمد، المرجع السابق، 322/3؛ ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المرجع السابق، 248/7-249.

(46) ابن شاس عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ر ط، 1423ه/2003م، 471/2؛ الشيرازي إبراهيم بن علي، المرجع السابق، 466/2.

(47) قرار رقم 49283 بتاريخ 1988/05/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 2، 1992، ص 44.

(48) قرار رقم 289545 بتاريخ 2002/05/08، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2004، ص 373.

(49) مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة دكتوراه، تخصص: فقه وأصوله، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2014م/2015م، ص 141-142.

(50) ابن منظورمحمد بن مكرم، المرجع السابق، 226/10.

(51) الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1987م، ص 74.

(52) سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، 2015م، ص 235.

(53) ابن الهمام محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، د رط، د س ط، 25/3؛ البغدادي علي بن نصر، المرجع السابق، 124/1؛ الرملي محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404ه/1984م؛ 455/6؛ ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المرجع السابق، 370/7.

(54) ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المملكة العربية السعودية، د ر ط، 1416ه/1995م، 08/33.

(55) ابن القيم محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1415ه/1994م، 238/5.

(56) الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413ه/1993م، 277/1.

(57) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، 2008م، ص 178.

(58) سعادي لعلى، المرجع السابق، ص 237.

(59) الرازي أحمد بن فارس، المرجع السابق، 293/5.

(60) بهنسي أحمد، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1988م، ص 25.

(61) البابرتي محمد بن محمد، المرجع السابق، 326/3؛ الشيرازي إبراهيم بن علي، المرجع السابق، 475/2؛ ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المرجع السابق، 239/7- 240.

(62) القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، 448/4.

(63) قرار رقم 43860 بتاريخ 1986/12/29، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع 2، 1993، ص 44.

(64) مطروح عدلان، المرجع السابق، ص 275.