

المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية
" قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيّنة "

**The Maalikit references and the efforts of the Algerian
supreme court. Decisions of the personal Status chamber as a
sample**

د. عمر بوعلالة*

جامعة أدرار-الجزائر، bouallala@univ-adrar.dz

تاريخ القبول: 2019/01/12

تاريخ الإستلام: 2018/09/26

الملخص:

كما هو معلوم أحال المشرع الجزائري (في المادة 222 من قانون الأسرة) القاضي عند انعدام النص التشريعي إلى "أحكام الشريعة الإسلامية" دون تحديد مذهب معين، خلافا لأغلب التشريعات العربية التي قيّدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد. ويصعب - في ظل هذا الإطلاق - إصدار حكم بخصوص تعامل القضاء الجزائري مع هذا المصدر الاحتياطي "أحكام الشريعة الإسلامية"، واستمداد حكم المسألة المعروضة عليه منه. غير أن من يُرجع البصر في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) المتضمنة اجتهاداتها المستندة إلى المادة المذكورة (222 من قانون الأسرة)، يتبين أن الاتجاه السائد عندها هو تبني الفقه المالكي مرجعا لقراراتها، لا سيما ما استقر فيه المذهب عند المتأخرين (المشهور)؛ فلم تخرج عن المذهب المالكي السائد إلا نادرا. وهذا ملمح مهم يُبرِّز الدعوات إلى تأطير المرجعية الفقهية بمدرسيتها المالكية والإباضية قانونا؛ بل ودسترتها تحصينا للمجتمع من الأفكار النحلّية التي بدأت تغزو الوطن في المدة الأخيرة على غرار "المدخلية" و"التشيع" و"الأحمدية" و"الداعشية"... وغيرها من المذاهب الدخيلة التي تمس الأمن الفقهي العقدي، وحتى الاجتماعي والتوافق بين مكونات المجتمع الجزائري.

الكلمات المفتاحية: المالكية؛ اجتهادات؛ المحكمة العليا الجزائرية؛ قرارات؛ غرفة الأحوال الشخصية.

Abstract:

As is well known, the Algerian legislator (in article 222 of the Family Code) refers to the judge in the absence of a legislative provision to "the provisions of Islamic law" without specifying a particular doctrine, unlike most Arab legislation that restricted the judge to the jurisprudent doctrine prevailing in the country.

In light of this release, it is difficult to make a judgment on the Algerian judiciary's handling of this "precautionary source" with the source of Islamic law, and to draw the judgment of the matter before it. However, those who turn their backs on the decisions of the Supreme Court (Chamber of Personal Status), which contain their jurisprudence based on the said article (222 of the Family Code), shows that the prevailing trend is to adopt the Maliki jurisprudence as a reference to its decisions, Famous); never graduated from the Maliki doctrine prevailing only rarely.

This is an important feature that justifies the calls for framing the jurisprudential reference in its Maalikis and Ibadi schools by law; rather, it protects the society from the ideas that began to invade the homeland in the last period, such as "Shiism", "Ahmadiyya" and "Da`ishis". And the social and compatibility between the components of Algerian society.

Keywords: Maalikis; jurisprudence; Algerian Supreme Court; Court decisions; Chamber of Personal Status

مقدمة:

لقد صدر قانون الأسرة بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/05/2005. وما تميز به أنه أُعد في إطار المرجعية الإسلامية، وهو الأمر الطبيعي الموافق لنص الدستور في مادته الثانية. هذه المرجعية حضرت في قانون الأسرة بكل مذاهبها الفقهية التي استقرت مدارس ناضجة للتفقه والإفتاء، وأثبتت قدرتها - بمناهجها الأصيلة - على مواكبة المستجدات عبر العصور.

وهذه المرجعية حاضرة أيضاً في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا فيما لم يُنص عليه في هذا القانون عملاً بنص الإحالة الوارد المادة 222 منه؛ وإن كان مدلولها - تطبيقياً وعملياً - مقيداً بالمذهب المالكي، بدليل احتكام المحكمة العليا إلى المشهور من أقوال المذهب تصريحاً أو موافقة، وعزوها إلى المراجع المعتمدة فيه؛ التي من أهمها: المدونة الكبرى رسالة بن أبي زيد القيرواني ومختصر خليل وشروحه وتحفة ابن عاصم... وهذا أمر مفهوم ومنطقي؛ لأن أهل المغرب العربي عامة والقطر الجزائري خاصة يتبعون مذهب الإمام مالك، و"الأغلبية الساحقة من شعبنا يقلدون مذهب الإمام مالك"¹.

ونحاول في هذا العرض الإجابة على سؤالي البحث: ما المقصود بالمرجعية الفقهية في سياق هذا البحث؟ (فقرة أولى)، وفيم تتمثل معالم وأدلة هذه المرجعية في اجتهادات المحكمة العليا؟ (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تعريف المرجعية الفقهية:

المرجعية الفقهية مفردتان رُكبتا تركيباً وصفيًا، وصارتا بمنزلة اسم واحد هو لقب يدل على معنى معين، وتحديد هذا المعنى يقتضي فك الكلمتين، وإبراز معنى كل منهما (أولاً)، ثم النظر إلى معنى الكلمتين بعد تركيبهما تركيباً وصفيًا وصيرورتهما بذلك لقباً لمفهوم معين.

¹ أحمد حماني، الفتاوى - استشارات شرعية ومباحث فقهية - ط: 2؛ الجزائر: منشورات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 1993، 11/1. وانظر أيضاً: أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي (طبعة خاصة؛ الجزائر: دار البصائر، 2007).

أولاً: تعريف المرجعية الفقهية باعتبارها مركباً وصفيًا:

أي تعريف عبارة المرجعية الفقهية بتفكيك مفردتيها: (المرجعية) - موصوف-، و(الفقهية) -وهي صفة؛ لأن معرفة معنى هذا المركب الوصفي متوقف على معرفة معنى كل مفردة على حده.

1- (المرجعية):

لفظ المرجعية لغة: أصله (رجع). و"الرجوع: العود إلى ما كان منه البدء، أو تقدير البدء مكانا كان أو فعلا أو قولاً، ... فالرجوع العود والرجع الإعادة"¹. ولهذا يقال للكتاب مرجع؛ لأنه يُرجع إليه في معرفة مسائل العلم والأحكام.

ولم يرد لفظ "مرجعية" في القرآن ولا في السنة ولا في كتب التراث الإسلامي، وإنما ورد في القرآن لفظ "مرجع" في ستة عشر موضعاً؛ منها قوله تعالى: ﴿إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ﴾ [المائدة، 48]. أي: رجوعكم ومنه أيضاً: ﴿إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ﴾ [العلق، 8]، أي الرجوع والمرجع².

يُنهم مما تقدم أن لفظ "مرجعية" يفيد العود إلى أصل ثابت، أو "عودة الشيء إلى الشيء، أو العودة إلى حال أو مكان، وهذا هو الأكثر استعمالاً"³. أما المرجعية اصطلاحاً، فالواضح أن العلماء المتقدمين لم يستعملوا هذا المصطلح، وإنما شاع بكثرة في كتب المعاصرين، ويعتبر الشيعة الإمامية أكثر استعمالاً له، وهم يقصدون به الأئمة المجتهدين المعصومين، الجامعين للشرائط الشرعية المنصوص عليها في رسائلهم العلمية".

¹ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عيتاني، ط: 1، بيروت: دار المعرفة، 1418هـ/ 1998م، ص. 189.

² ابن منظور، لسان العرب، مادة رج ع، 8/ 114، لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/ 1968م

³ سعيد بن ناصر الغامدي، المرجعية معناها وأهميتها وأقسامها، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 50، رجب 1431هـ، ص. 374.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيّنة"

ولم أجد - في ما تيسر لي الاطلاع عليه - تعريفا واضحا محمدا لمصطلح "المرجعية"، ما عدا ما ذكره فضيلة أستاذي الدكتور كمال العربي، الذي عرفها لي بأنها: «كل الأسس المعتمدة في فهم الدين وتطبيقه في مجتمع ما»، وهو تعريف جيد غير أنه تناول مرجعية الفكرة دون مرجعية الأفراد، ومرجعية الفكرة إنما ينطق بها ويجسدها الرجال، وقد بدا لي أن أعرف المرجعية بأنها: «الأصول الشرعية المختارة في فهم الدين وتطبيقه والهيئات العلمية المخبرة بأحكامها»¹.

يُستنتج مما سلف أن المعاصرين من الباحثين وأهل العلم يطلقون مصطلح "المرجعية" ويقصدون به معنيين؛ أحدهما: **مرجعية الفكرة**: المتمثلة في الاختيارات الفقهية أو العقائدية أو السلوكية. والثاني: **مرجعية الأفراد**: المتمثلة في الفقهاء والعلماء الذين يُرجع إليهم في معرفة وفهم أحكام الشرع وفق المذهب المختار.

2- (الفقهية):

الفقهية: نسبة إلى الفقه. والفقه لغة: أصل مادته "فَقَّه" بكسر القاف وضمّها، وأشهر معانيه العلم بالشيء والفهم له والفتنة، قال ابن فارس: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به"².

¹ محاضرة بعنوان: المرجعية الدينية في الجزائر، مفهومها وتأسيسها وجذورها ودواعي اختيارها وواقعها وحقيقة مناوئتها ودورها في الحفاظ على الوحدة والتماسك. مدونة العيد بن زطة للبحوث والمحاضرات العلمية والخطب المنبرية والدروس والفتاوى الشرعية، متوفرة على الرابط: laidbenzetta.blogspot.com/2017/09/blog-post_11.html تاريخ الزيارة: 2018/08/28.

² ابن فارس، أحمد بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1399 هـ / 1979م، مج4/442).

وفي لسان العرب: "فقهت الحديث أفقهه، وأفقهتك الشيء إذا بينته لك"¹. وكل علم بالشيء فهو فقه، ثم اختص بذلك علم الشريعة، فقيل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه²، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾ [هود، 91]، وأيضاً: ﴿فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء، 78].

ويعرف الفقه اصطلاحاً بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"³.

ثانياً: التعريف اللقبى للمرجعية الفقهية:

على هدي ما تم تحليله في الفقرة أعلاه، يمكن أن نركب تعريفاً للمرجعية الفقهية فنقول: المقصود بالمرجعية في سياق هذا البحث: الاختيار المذهبي الذي تمارس في إطاره المحكمة العليا وظيفتها الاجتهادية، أو إن شئنا: الإطار الذي يتم فيه تنظيم الممارسة الفقهية حينما تستمد المحكمة العليا حكم المسألة المنظورة أمامها من الاجتهادات الفقهية المذهبية.

الفقرة الثانية: الأدلة على توظيف المحكمة العليا المذهب المالكي في اجتهاداتها:

تلمس مظاهر وأدلة توظيف المحكمة العليا المذهب المالكي في اجتهاداتها والتزامها بأحكامه، يكون من خلال تحليل مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحاً (أولاً)، ومسائل أخر وافقته فيها (ثانياً)، وما أنشأتها من اجتهادات وفق قواعده (ثالثاً) - وهي مسائل لا يجمعها نسق، سوى أن أحكام أغلبها تقع ضمن كتاب الزواج وانحلاله من قانون الأسرة، باعتبار تطبيقاته الكثيرة والمتنوعة -، وفق المحددين التاليين:

- تحرير المسألة المرسلة في قانون الأسرة (أي التي لم ينصّ عليها) وتصويرها بدقة وإيجاز؛
- بيان وتحليل موقف الاجتهاد القضائي منها.

¹ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مج 522/13.

² ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، مج 442/4.

³ الزركشي، بدر الدين محمد بن بحدار، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: محمد محمد تامر، لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ/2000م، 22/1.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة"

أولاً : مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحاً:

والنماذج الدالة على ذلك كثيرة منها:

المسألة الأولى: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج:

نصت المادة 9 مكرر من ق.أ. ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية

الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، ...)).

فباستثناء شرط التعدد - المستفاد من لفظ "شاهدان" الوارد في نص المادة - لم

يتعرض المشرع الجزائري لباقي الشروط المستوجبة في شهود عقد الزواج؛ ما يتحتم معه الرجوع

إلى مدونات الفقه الإسلامي، عملاً بنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق.أ.ج.

ولاستكمال القصور والنقص الوارد في هذا النص القانوني، قررت المحكمة العليا أن

الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة رجلين عدلين، وصرحت بذلك في العديد من قراراتها؛

التي من بينها القرار الذي جاء فيه: ((متى كان من المقرر شرعاً أن الزواج الصحيح لا يقوم

إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن أبي زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي

وصداق وشاهدي عدل...))¹.

المسألة الثانية: مصير الصداق في حالة وفاة الزوج قبل الدخول:

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية المحال عليها بموجب (222 من ق.أ.ج) تملك

الزوجة الصداق جميعه بعقد النكاح الصحيح ملكاً غير مستقر، ويستقر لها نصفه بكل فرقة

من زوج قبل الدخول، ويستقر كاملاً بأحد أمور ثلاثة²:

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم (34438)، المجلة

القضائية، 1990، ع1، ص64.

² ينظر: ابن رشد، المقدمات والمهدات، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب، ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي،

1408هـ، 1/537؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبي، لا: ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية،

عيسى البابي الحلبي، (د.ت)، 2/300؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية،

1406هـ، 2/291.

- الوطاء في الفرع؛

- موت الزوج؛

- الحلوة الصحيحة؛

غير أن المحكمة العليا اختارت رأي المالكية في المسألة وصرحت بذلك في العديد من القرارات؛ منها القرار الذي جاء فيه: ((من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول... يقول خليل: وسقط المزيد فقط بالموت وفي شطر هدية بعد العقد قبل البناء أو لا شيء له إن لم تفت إلا أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها، ومثل هذا في ابن عاصم: ووجب جميعه بالدخول أو الموت))¹.

المسألة الثالثة: الأجل في التطليق لعدم الإنفاق:

أتاح المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 253² من قانون الأسرة للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم الإنفاق، غير أنه لم يحدد المدة الزمنية لاستعمال هذا الحق بعد الحكم لها بوجود النفقة.

وهذا خلل لا يتأتى معه الفهم السليم لهذا النص؛ وبالتالي تطبيقه بشكل سليم، دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، امتثالا لنص الإحالة (م/ 222 من ق.أ.ج). وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا نجد أنها تعاملت مع هذا الخلل التشريعي باعتماد رأي المالكية في المسألة كما كرسته العديد من القرارات؛ من بينها القرار الذي جاء فيه:

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/03/09، ملف رقم (45301)، المحلة القضائية، 1992، ع3، ص66.

² ونصها: ((يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون)).

وهذا الحكم - كما يبدو - يصدق على صورة من صور المسألة، وهي ثبوت إعسار الزوج الحاضر بالنفقة؛ لأن الموسر الممتنع عن الإنفاق والغائب لهما أحكام فقهية خاصة.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيئة"

((متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله:

الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق
بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته¹

ومن تم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية))².

المسألة الرابعة: حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج:

أقرّ المشرع الجزائري في المادة 78³ من ق.أ.ج بأن من مشتملات النفقة الزوجية الحق في السكن، وهذا تطبيقا لنص المادة 74⁴ من نفس القانون التي توجب النفقة للزوجة. غير أن هذا النص لم يبيّن ما إذا كان للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل؟ أم يمكن للزوج إرغامها على السكن مع أهله؟ وهذا نقص لا يستقيم معه الفهم السليم للنص؛ ومن ثم تطبيقه تطبيقا صحيحا، إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها صاحبة الولاية في كل ما لم يُنص عليه في ق.أ.ج.

وقد حسم اجتهاد المحكمة العليا هذه القضية بتكريس حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج. وهذا ما نجده عي العديد من قراراتها؛ منها القرار الذي نصه: ((من المقرر شرعا أن للزوجة الحقّ في السكن المستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل: "ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه". أن القضاة لما قضوا بأن للزوجة ومتى تبين - في قضية الحال - الحق

¹ انظر: التسولي، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، البهجة في شرح النخفة (ط:1؛ صيدا: المكتبة العصرية، 1425هـ/2005م) ج1 ص 709.

² القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا)، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 19/11/1984، ملف رقم(34791)، المجلة القضائية، 1989، ع3، ص76.

³ ونصها: ((تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بما أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78،79،8 من هذا القانون)).

⁴ ونصها: ((تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)).

في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن المستقل، فإنهم خالفوا القانون؛ لأن للزوجة الحق شرعا في السكن المستقل عن أهل الزوج، ولهذا يتعين نقض القرار المطعون فيه ¹.

المسألة الخامسة: الاحتياط في إثبات النسب:

يظهر الأخذ بمبدأ "الاحتياط في إثبات النسب" جليا في المسار الاجتهادي للمحكمة العليا من خلال طرق إثباته؛ التي من بينها "الإقرار"، حيث قررت ثبوت النسب بالإقرار متى توفرت شروطه دون حاجة للتحقق من مدى صدقه، " ذلك أن الإقرار في حال ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعوله" ²؛ بل حتى ولو كان (أي الإقرار) في مرض الموت وفقا للمادة 44³ من ق.أ.ج .

وفي هذا الصدد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على: ((أن النسب يثبت بالإقرار، لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..". كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد...)) ⁴، كما أن ((من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار وأن إثبات النسب يقع فيه اتساع ما أمكن لأنه من حقوق الله...)) ⁵، و((بأن النسب يثبت بالإقرار متى كان هذا الإقرار صحيحا)) ⁶... وغيرها من القرارات.

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 19/05/1998، ملف رقم (189339)، اجتهاد قضائي، غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص216.

² القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 15/12/1998، ملف رقم (202430)، المجلة القضائية، ع. 1، 1999، ص. 123.

³ التي تنص: ((يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة)).

⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 08/05/2002، ملف رقم (289545)، مجلة المحكمة العليا، ع. 2، 2004، ص.373.

⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، ملف رقم (202430)، الذكور أعلاه.

⁶ القرار الصادر عن المجلي الأعلى (المحكمة العليا)، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 19/12/1988، ملف رقم (51414)، المجلة القضائية، ع. 3، 1991، ص. 52.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيّنة"

كانت تلك تطبيقات تُساق - كأمثلة يُقاس عليها غيرها- تدل بوضوح على أن المحكمة العليا تستقي حكم النزاع المرفوع إليها من التراث الفقهي المالكي مباشرة وتصرح بذلك، وتحيل إلى المصدر أو المرجع الذي اعتمدت عليه. وقد تبين بأن مختصر خليل بن إسحاق المالكي كان مرجع قضاة المحكمة العليا في أفضيتهم، وكذا رسالة بن أبي زيد القيرواني، وتحفة الحكّام لابن عاصم.

ثانيا: مسائل وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي:

المسألة الأولى : اختلاف الزوجين في قبض الصداق:

وصورة المسألة: إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في الصداق؛ فادعى الزوج أو ورثته قبض الزوجة له، وأنكرته، وليس لأحدهم بيّنة؟

وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد بأنها قضت: ((من المقرر شرعاً وقانوناً أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع يمينها، وإن كان بعد البناء فالقول للزوج وورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية))¹.

وهكذا يفيد القرار أنه إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق الحال قبل البناء فالقول قول الزوجة بيمينها، أما بعده فالقول قول الزوج بيمينه كذلك.

وهذا الاجتهاد موافق لرأي المالكية، قال ابن رشد: "أما مالك فعنده أنه إذا اختلف الزوجان في القبض قبل الدخول فالقول قول الزوجة، وإذا اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج"²، وقال خليل: "وفي قبض ما حلّ؛ فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما"³.

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/06/05، ملف رقم: (54198)، المجلة القضائية، 1990، ع4، ص 80.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط:6؛ بيروت: دار المعرفة، 1402هـ/1982م، 2/ 31.

³ خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل تحقيق: أحمد حامد لا؛ ط: القاهرة: دار الحديث، 1426هـ/2005م، ص110.

وقال بعض المالكية: إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً، وهو قول الجمهور الذي يأخذ بقول الزوجة مع يمينها، فتصدق في إنكارها إذا حلفت¹.

المسألة الثانية: الاختلاف بين الزوجين في عيوب الفرج:

إذا اختلف الزوجان في عيب من عيوب الفرج؛ فادعاه الزوج على زوجته وأنكرته، فهل يستجاب له في طلب الكشف عليها (الخبرة الطبية)؟ وكذلك في وجود البكارة المشروطة قبل العقد؛ تدعيها الزوجة وينكرها الزوج؟

وقد تصدت المحكمة العليا لهذه المسألة فحكمت بأنه: ((من المقرر شرعاً أنه لا يجوز كشف فرج المرأة لأي رجل ولو كان طبيياً ولا يجوز حتى للنساء إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها باعتبارها مؤتمنة على فرجها، ومن المقرر أيضاً أن المرأة الحرة لا تُكشَف وكل ما تقوله عن فرجها مصدقة فيه شرعاً... ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للشريعة الإسلامية))².

وتوجه المحكمة العليا هذا موافق لقول المتأخرين من المالكية. قال خليل: "وَصُدِّقَ فِي الاعتراض: كالمراة في دائها أو وجوده حال العقد، أو بكارهًا وحلفت هي، أو أبوها إن كانت سفيهة، ولا يَنْظُرُهَا النساء"³.

المسألة الثالثة: تقدير نفقة الزوجة:

كما هو معلوم الزوج ملزم بنفقة زوجته وهي في عصمته، أو معه في خصومة أمام القضاء، ما لم تكن ناشزاً، إلى غاية صدور الحكم بالطلاق، يُراعى في تقديرها حال الزوجين من يسر وعسر، وحال الزوجة المنفق عليها مع الأخذ بالاعتبار مستوى الأسعار في محل الزوجية.

¹ ينظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مرجع سابق، 31/2.

² القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/10/02، ملف رقم (55116)، المجلة القضائية، 1991، ع1، ص33.

³ مختصر العلامة خليل، مرجع سابق، ص110.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيئة"

وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في العديد من القرارات؛ من بينها القرار الذي جاء فيه: ((تقدير نفقة الزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا وعسرا، ثم حال مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان))¹. وهذا الاجتهاد مستوحى من قول خليل في مختصره "قَوْتُ وإدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر"².

المسألة الرابعة: ضابط الانتقال (السفر) بالمحزون الذي يسقط الحق في الحضانة:

عالج المشرع الجزائري في نص المادة 69³ من ق.أ.ج مسألة الانتقال بالمحزون والسفر به من بلد الحضانة- وهو بلد الأبوين الذي يقيمان فيه عادة- إلى بلد آخر للإقامة الدائمة والاستقرار، ما يحول بين الوالد الآخر وبين رؤيته لابنه فترة ما؛ لصعوبة الزيارة أو بعد المسافة... وقرر أن السفر بالمحزون يمكن أن يسقط الحق في الحضانة، من غير تفصيل لضابط السفر الذي يكون مانعا من إسناد الحضانة.

وبهذا الشأن حدّدت المحكمة العليا المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة على المحزون (الولي)، وقررت بأن بُعد المسافة أكثر من ستة بُرْد⁴ مانع من إسناد الحضانة؛ حيث أن ((من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحزونين لا يكون أكثر من ستة برود... ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحزونين تزيد عن ألف كيلومتر، فإنّ قضاة المجلس

¹القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/02/09، ملف رقم (446630)، المجلة القضائية، 1990، ع3، ص55.

²مختصر العلامة خليل، مرجع سابق، ص136.

³ونصها: ((إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجح الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مراعاة لمصلحة المحزون)).

⁴(120) كلم تقريبا.

بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

فأنت ترى بأن اجتهاد المحكمة العليا ما هو إلا حكاية لرأى المالكية الذين يقررون بأن من شروط استحقاق الحضانة: "عدم سفر الولي عن المحضون سفر نقلة، ستة بُرْد فأكثر"².

كانت هذه نماذج وعميّات لم يكن القصد من إيرادها حصر المناسبات التي وافقت فيها اجتهادات المحكمة المشهور من أقوال وفتاوى المذهب المالكي، ولا استقصاء المسائل التي اعتمدت فيها على أحكام الفقه المالكي، وإنما الاقتصار على القدر الذي تتوضح به الفكرة وتبيّن؛ لأن حصر واستقصاء هذه المسائل أمر يطول، لا تسمح به مساحة هذا البحث.

ثالثاً: مسائل استنبطت المحكمة العليا حكمها وفق قواعد المذهب المالكي:

من المعلوم أن فقهاء المالكية- وغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى قعدوا قواعد تُعنى بنظم الأحكام الفقهية الجزئية المتعلقة بالفروع في الأبواب المختلفة، يمكن الاستناد إليها في توليد المزيد من الأحكام في النوازل والمستجدات. لذلك وجدنا المحكمة العليا تعوّل على هذه القواعد لاستنباط الحكم واجب التطبيق في النزاع المرفوع إليها في العديد من المناسبات منها:

¹القرار الصادر عن المجلس الأعلى (المحكمة العليا)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/09/22 ملف(43594)،
نشرة القضاة، 1988، ع. 44، ص. 175.

²الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط: 5؛ بيروت، مؤسسة المعارف، 1428هـ/2007م، 4 / 295.

المسألة الأولى: إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين:

نظمت المادة 73 من قانون الأسرة قسمة متاع البيت بين الزوجين المتخاصمين والمتفارقين بقولها: ((إذا وقع نزاع بين زوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات يقتسمانها مع اليمين)).

وحكم هذا النص ينطبق على المتاع الموجود ماديا والذي تم العثور عليه في بيت الزوجية أو عند أحد الزوجين، لكن ما الحكم في حالة غياب المتاع المطالب به وإنكار وجوده؟

تصدت المحكمة العليا لهذه القضية فأكدت على أنه ((من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على المدعي واليمين على من أنكر". ومتى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض الدعوى في الحال، دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني))¹.

وهكذا أقرت المحكمة العليا بأن النزاع المتعلق بالمتاع المستولى عليه من أحد الزوجين، المطالب به من الزوج الآخر أمر يقع إثباته بجميع وسائل الإثبات، مؤسّسةً حكمها على القاعدة العامة في الإثبات "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"².

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم (216836)، اجتهاد قضائي، غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص245.

² أصل هذه القاعدة الحديث المتفق عليه؛ الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه. وقد غدا الحديث من أمهات القواعد الفقهية الإثباتية، قال الإمام النووي: "هذا حديث قاعدة كبيرة في قواعد أحكام الشرع". النووي، يحي بن شرف أبو زكريا، شرح صحيح مسلم، لا.ط؛ لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1972، 301/4.

المسألة الثانية: ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت:

أغفل المشرع الجزائري النص في قانون الأسرة على حكم طلاق المريض مرض الموت ومَن في حكمه - كالمحكوم عليه بالإعدام مثلاً -، وعلى إرث طليقته؛ هل تستحق الإرث أم لا تترث؟ ما يجعل المسألة مندرجة في دائرة المسائل المرسلّة، يتعين استمداد حكمها من أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بنص الإحالة (م/222 ق.أ).

ويتبيّن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، أن المحكمة العليا قضت بوقوع الطلاق في مرض الموت، واستحقاق المطلقة الإرث ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها -لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث-، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود¹.

فأنت ترى بأن المحكمة العليا أسست حكمها على قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" التي أوردها المقرري في قواعده²، وعبر عنها في مناسبة أخرى بقوله: "من الأصول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"، ووردت عند ابن القيم بلفظ: "المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعاً وقدرأ"³.

المسألة الثالثة: الميراث مع اختلاف الدين:

نصت المادة 128 من قانون الأسرة على شروط استحقاق الإرث، والتي منها: عدم وجود مانع من الإرث المذكورة في المادتين (135،138) من نفس القانون، والتي لم يرد فيها ذكرٌ لاختلاف الدين كمانع من الميراث كما هو مقرر فقهاً؛ بل إن الإجماع منعقد على أن الكافر لا يرث المسلم، وإنما وقع الخلاف في ميراث المسلم من الكافر⁴.

¹ انظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم(179696)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص. 98.

² تحت رقم(638)، المقرري، محمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ط:1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404، 1/ 212.

³ شمس الدين محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبدالله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، لا:ط؛ بيروت: دار الجيل، 1973، 2/ 180.

⁴ ينظر: ابن رشد، مرجع سابق، 2/ 523.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيئة"

وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا بأن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث، استناداً إلى القاعدة الفقهية "لا توارث بين المسلم والكافر"، مثل ما ورد في العديد من القرارات؛ منها: القرار الذي جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في ق.أ. ومن الثابت شرعاً أن "لا يرث الكافر المسلم والمسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً". ولما تبين - من قضية الحال - أن الطاعن لم يعتنق الإسلام، ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثل ما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن))¹.

وقد أورد هذه القاعدة ابن حارث الحشني بلفظ: "لا توارث بين المسلم والكافر البتة، ولا بين الحر والعبد ولا بين رجلين اختلفت مللتهما وإن جمعهما جميعاً مفارقة الإسلام"²، وصاغه الإمام المقرئ بعبارة "كل ملتين فلا توارث بينهما"³.
وحكم القاعدة: ألا توارث بين المسلم والكافر، المسلم هنا وارث والكافر مؤرث، ولا بين الكافر والمسلم، الكافر وارث والمسلم مؤرث، لقيام المانع وهو اختلاف الدين.

¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/07/25، ملف رقم (123051)، المجلة القضائية، 1996، ع.1، ص.113؛ والقرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/06/20، ملف رقم (244899)، المجلة القضائية، 2003، ع.1، ص.345.

² انظر: عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول الفتيا لأبي حارث الحشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1422هـ/2001م، ص.233.

³ المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد الكليات الفقهية، تح: محمد أبو الأحناف، ط:1؛ لا.م، الدار العربية للكتاب، 1997، الكلية، 508 ص.199.

خاتمة:

في نهاية هذا العرض يمكن أن نخلص إلى الاستنتاجات التالية:

- 1- يمثل المذهب المالكي - وهو من أوسع المذاهب السنّية انتشارا في العالم، وأكثرها قدرة على حسن عرض التطبيق العملي للإسلام على مدار التاريخ، وفي مختلف البيئات الاجتماعية- مرجعية فقهية عند غالبية شعب الجزائر، وهذا سبب كافٍ - في اعتقادنا- لالتزام المحكمة العليا في ممارستها الاجتهادية بأقواله وآرائه واجتهاداته الفقهية.
- 2- المتفحص للقرارات الصادرة عن الغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المستقرئ لها في فترات زمنية متفاوتة، لن يعدم شواهد تدل على أن توظيف التراث الفقهي المالكي في ساحة الخصومة القضائية الأسرية واسع جدا، وأن تعويل القضاة وتوسلهم بهذا التراث في تأسيس وبناء الأحكام والقرارات القضائية أضحى آليا وتلقائيا.
- 3- أثبت البحث احتكام المحكمة العليا إلى المشهور من أقوال المذهب في المنازعات المرفوعة إليها تصرّحا أو موافقة، وعزوها إلى المراجع المعتمدة فيه؛ التي من أهمها: المدونة الكبرى رسالة بن أبي زيد القيرواني ومختصر خليل وشروحه وتحفة ابن عاصم.
- 4- وبناء عليه يصح القول بأن المرجع الرئيسي لمأ الفراغ التشريعي في قانون الأسرة، وكذا إزالة اللبس والغموض والإبهام عند تفسير نصوصه، هو الأحكام الفقهية الواردة في مشهور مذهب الإمام مالك.
- 5- إن وحدة المرجعية الفقهية تعمل على ضبط الاجتهاد القضائي، وتضمن توحيد التطبيقات القضائية من خلال إتقان منهج اجتهادي واضح المعالم بيّن الخطوات، وهو ما يبعث الاطمئنان لدى المتقاضين، ويعزز الثقة في مرفق القضاء.
- 6- يدعو البحث إلى تأسيس المرجعية الفقهية المالكية إفتاءً وقضاءً قانونا؛ ولم لا دسترها، لا سيّما في هذا العصر الذي تتعرّض فيه إلى محاولات انتقاص وهجران من بعض الجهلة الذين لا يشعرون بانتماء مذهبي أصيل، أو من بعض أهل الأهواء ممن يخلطون بين الانفتاح العلمي والاجتهاد المذهبي.

"قرارات غرفة الأحوال الشخصية عيئة"

المصادر والمراجع:

- 01- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت، دار الجيل، 1973.
 - 02- ابن رشد، المقدمات والمهدات، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب، ط1؛ بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ.
 - 03- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط.6؛ بيروت، دار المعرفة، 1402هـ/1982م.
 - 04- ابن فارس، أحمد بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر، 1399 هـ / 1979م.
 - 05- ابن منظور، لسان العرب، مادة (رج ع)، بيروت، دار صادر، 1388هـ / 1968م.
 - 06- أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، طبعة خاصة؛ الجزائر، دار البصائر، 2007.
 - 07- أحمد حماني، الفتاوي- استشارات شرعية ومباحث فقهية-، ط.2؛ الجزائر، منشورات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 1993.
 - 08- التسولي، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة. ط.1؛ صيدا، المكتبة العصرية، 1425هـ / 2005م.
 - 09- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته. ط.5؛ بيروت، مؤسسة المعارف، 1428هـ/2007م.
 - 10- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل تحقيق: أحمد حماد، القاهرة، دار الحديث، 1426هـ/2005م.
 - 11- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عيتاني، ط.1، بيروت: دار المعرفة، 1418هـ / 1998م.
 - 12- الزركشي، بدر الدين محمد بن بھادر، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: محمد محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1421هـ/2000م .
 - 13- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط.2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ.
 - 14- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البايي الحلبي، د.ت.
 - 15- المقرئ محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ط، 1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404.
 - 16- المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد أبو عبد الله، الكليات الفقهية، تح: محمد أبو الأحناف. ط.1، (د.م.)، الدار العربية للكتاب، 1997.
 - 17- النووي، يحيى بن شرف أبو زكريا، شرح صحيح مسلم، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1972.
- محاضرة بعنوان: المرجعية الدينية في الجزائر، مفهومها وتأصيلها وجذورها ودواعي اختيارها وواقعها وحقيقتها مناوئتها ودورها في الحفاظ على الوحدة والتماسك. مدونة العيد بن زطة للبحوث والمحاضرات العلمية والخطب المنبرية والدروس والفتاوى الشرعية، متوفرة على الرابط:

- 18- سعيد بن ناصر الغامدي، المرجعية معناها وأهميتها وأقسامها، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ع. 50، رجب 1431هـ.
- 19- عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول الفتيا لأبي حارث الخشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1422هـ/ 2001م.
- 20- المحكمة العليا (الجزائر)، المجلة القضائية، من ع. 3 لسنة 1989 إلح. 1 لسنة 2003.
- 21- المحكمة العليا (الجزائر)، مجلة المحكمة العليا، ع. 2، لسنة 2004
- 22- المحكمة العليا (الجزائر)، نشرة القضاة، ع. 44 لسنة 1988.
- 23- المحكمة العليا (الجزائر)، اجتهاد قضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.