

التفريق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري

د/ عبد الكريم حامدي

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية

جامعة باتنة

المخلص:

Abstract:

The present study represents an analysis of the most important legislations and regulations based on accordance "Talfik", providing a detailed explanation of the root causes behind the swapping of "Imam Malek" methodology for other schools views

لما كان مذهب البلد الرسمي هو فقه الإمام مالك، فإنّ المشرّع اعتمد هذا المذهب كمرجع في التقنين والتشريع، غير أنّ المنتبّع للكثير من النصوص يدرك أنّ المشرّع لم يلتزم بمذهب الإمام مالك -رحمه الله- في جميع الموادّ والأحكام، بل أخذ ببعض المذاهب الفقهية الأخرى، أي أنّه أخذ بالتفريق عند الحاجة والضرورة، من هنا تأتي هذه الدراسة لتحليل أهمّ الموادّ القانونية التي لفق فيها المشرّع، وبيان الدوافع من وراء الخروج عن المذهب المالكي إلى غيره من المذاهب.

أولاً: تعريف التلفيق

التلفيق في اللغة: وردت كلمة التلفيق في اللغة مراداً بها عدّة معاني، منها:
الضم: أي ضم شيء إلى شيء آخر، يقال: لفتت الثوب وألفقه لفتاً، وهو أن تضم شقة إلى أخرى فتخيطهما^[1].

الملاءمة: يقال: تلاقق القوم، أي تلاعت أمورهم^[2].

الزخرفة: يقال: أحاديث ملفّقة، أي أكاذيب مزخرفة^[3].

والمعنى اللغوي الأول هو الأكثر استعمالاً واشتقاقاً لهذه المادة، وهو ضم الأشياء والأمور والملاءمة بينها لتكون شيئاً واحداً، أو لتسير على وتيرة واحدة، ومنه كان استعمال الفقهاء والمحدثين لكلمة التلفيق^[4].

التلفيق في الاصطلاح: عرفه العلماء بقولهم: ((هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد))^[5]. أي الجمع بين تقليد إمامين أو أكثر في فعل له أركان أو جزئيات لها ارتباط ببعضها، لكلّ منها حكم خاص، كان موضع اجتهادهم وتباين آرائهم، فيقلّد أحدهم في حكم وآخر في حكم آخر، فيتم الفعل من حيث التقليد ملفّقا من مذهبين أو أكثر^[6].

أمثلة عن التلفيق: إذا توضأ مريد الصلاة وقلّد في وضوئه الإمام الشافعي الذي لا يرى فريضة الدلك فلم يدلك، وبعد أن أتم وضوءه لمس من تشتهى بدون قصد الشهوة، فيكون قد قلّد مالكا في عدم النقض بهذا اللمس، فلو صلّى بذلك الوضوء يكون قد صلّى بوضوء ملفّق بين مذهبين مختلفين؛ لأنّ الإمام مالك - رحمه الله - لا يرى صحّة الوضوء بدون دلك، والإمام الشافعي - رحمه الله - وإن صحّ الوضوء عنده بدون دلك، إلا أنه يرى نقض الوضوء بلمس المرأة الأجنبية^[7].

وكذا إذا توضأ على مذهب الشافعي فمسح شعرة من رأسه وبعد الوضوء لمس امرأة أجنبية مقلدا الإمام أبي حنيفة، فإنّ وضوءه على هذه الكيفية مركّب، لم يقلّد فيها كلا الإمامين، فأبو حنيفة لا يرى صحّة الوضوء؛ لأنّ الوضوء لا يصح عنده إلا بمسح ربع الرأس، والشافعي وإن صحّ عنده الوضوء بمسح شعرة، إلا أنه يرى انتقاضه بلمس الأجنبية، ومالك لا يقرّه لعدم مسح جميع الرأس^[8].

ثانياً: مجال التفريق.

لما كان مجال التفريق هو الأخذ بأكثر من رأي من آراء الفقهاء المختلفة، فإنّ مجاله هو المسائل الاجتهادية الظنيّة فقط التي تتنوع فيها الأحكام، أما العقائد والأخلاق، وما أجمع عليه المسلمون من القطعيّات والمعلوم من الدين بالضرورة، فإنّه لا يصحّ التفريق فيه؛ لأنه يؤدّي إلى إباحة ما حرّمه الشارع، ومن هنا منع العلماء التفريق في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: التفريق المؤدّي إلى إباحة المحرّمات، وهو باطل بالاتفاق، كالتفريق الذي يؤدّي إلى إباحة النبيذ وشربه.

الحالة الثانية: التفريق الذي يؤدّي إلى تتبع الرّخص عمدا بدون ضرورة ولا عذر، بل لمجرد التشهي، وهذا ممنوع سداً لذرائع الفساد والانحلال من التكاليف الشرعية.

الحالة الثالثة: التفريق الذي يستلزم نقض حكم الحاكم؛ لأنّ حكمه يرفعه الخلاف درءاً للفوضى، وليس لأحد نقضه.

الحالة الرابعة: التفريق الذي يستلزم الرّجوع عما عمل به تقليداً، أو عن أمر مجمع عليه لا زم لأمر قلده. ومن أمثلته: لو قال لامرأته: أنت طالق البتّة، وهو يراها ثلاثاً، فأمضى رأيه فيما بينه وبينها، وعزم على أنها حرّمت عليه، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقة رجعية، أمضى رأيه الذي كان عزم عليه ولا يردّها إلا أن تكون زوجته برأى حدث من بعد. ولو قلّد رجل الإمام أبا حنيفة في النكاح بلا ولي، فيستلزم العقد صحة لإيقاع الطلاق؛ لأنه أمر لازم لصحة النكاح إجماعاً، فلو طلقها ثلاثاً ثم أراد تقليد الإمام الشافعي في عدم وقوع الطلاق؛ لكون النكاح بلا ولي، فليس له ذلك رجوعاً عن التقليد في أمر لازم إجماعاً.

ومنع التفريق المستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً، أو في أمر لا زم إجماعاً ضروري في نحو ما كان من هذا القبيل إذ يحتاط في مسائل الفروج أكثر مما يحتاط في غيرها؛ لأنّ قضايا الفروج والأنساب لا يسوغ أن تكون ألعوبة بين الناس، وكذلك لا

يسوغ التلفيق في كل ما يكون وسيلة للعبث بالدين أو ذريعة لمضرة البشر، أو الفساد في الأرض.

وأما ما كان من قبيل العبادات والتكاليف التي لم يجعل الله بها حرجا على عباده، فلا يكون التلفيق فيه ممنوعا، ما لم يفض ذلك إلى الانحلال من ربة التكاليف، أو إلى الذهاب بالحكمة الشرعية باقتراف الحيل التي تغاير الشريعة أو تضع مقاصدها^[9]. وللشيخ العلامة محمد بن سعيد الباني تفصيل طيب في موضوع التلفيق حدّد فيه مجالاته، حيث ذكر أنّ الفروع تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

الأول: ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلافه باختلاف أحوال المكلفين، وهذا مجاله العبادات المحضة؛ لأن مناطها امتثال أمر الله تعالى، والخضوع له مع عدم الحرج فينبغي عدم الغلو فيها؛ لأن التنطع يؤدي إلى الهلاك خصوصا إذا كان أربابه ضعفاء العزيمة. أما العبادات المالية ونحوها، فإنها مما ينبغي التشديد فيعها احتياطا خشية ضياع حقوق الفقراء، واعتياد النفس على الشح والادّخار والحرص على المال، فينبغي على المزكي ألا يأخذ بالقول الضعيف، أو يلقق من كل مذهب مما هو أقرب لإضاعة حق الفقير، كما ينبغي على المفتي أن يفتي بالأحوط والأنسب لمصلحة الفقير، ولا يعين بالتلفيق المستفتي الحرص على إضاعة حق الفقير ضنا بما له.

الثاني: ما بني على الورع والاحتياط، وهو مجال المحظورات، فهي مبنية على الاحتياط، والأخذ بالورع مهما أمكن؛ لأن الله تعالى حكيم لا ينهي عن شيء إلا لمضرتّه، فلا يجوز التسامح بها أو التلفيق، إلا عند الضرورات الشرعية التي بينها الشرع؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات، ولقد جاء في الحديث: [إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه]^[10]، فالرسول ع قيّد الأمر بالاستطاعة وأطلق النهي، وذلك لأنّ دفع مضرة المنهي عنه أعظم خطرا من جلب منفعة المأمور به.

فالمحظورات على اختلاف أنواعها سواء كانت من حقوق الله تعالى أو من حقوق عباده يجب التورّع منها، لكن التورّع من حقوق العباد أكثر من التورّع من حقوق الله تعالى؛ لأن الأولى مبنية على المشاححة والثانية مبنية على المسامحة. وكون المحظورات

لا يسوغ التفريق فيها؛ لأنها مبنية على الورع والاحتياط، ثابتة بالنصوص الدالة على الحيطة والحذر واتقاء المتشابهات؛ لحديث الرسول ع: [دع ما يريبك إلى ما لا يريبك]^[11] وأما المحظورات المتعلقة بحقوق العباد، فلا يجوز التفريق فيها؛ لأنها قائمة على أساس صيانة الحق، ومنع الإيذاء والعدوان، فلا يجوز فيها التفريق؛ لأنه يلحق الضرر بالعباد.

الثالث: ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم، وهو مجال المعاملات والحدود والمناكحات:

فالمناكحات وما يتعلق بها مبناهما السعادة الزوجية وما تناسل منها، بتوفر الحياة الطيبة والعيشة الراضية الهنية، قال تعالى: {فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}^[12]، فكل ما يؤدي هذا الغرض والمقصد ينبغي الرجوع إليه، والإفتاء به، ولو أدى في بعض الوقائع إلى التفريق. لكن لما كانت القاعدة الشرعية: أنّ الأصل في الأبضاع التحريم صيانة للفروج والأنساب، لا يسوغ أن يتخذ التفريق ذريعة لتلاعب الناس بقضية النكاح والطلاق، بل لا بد من وزن هذه المسائل بميزان الشرع بأدقّ وزن وأحكمه.

وأما المعاملات، وإنزال العقوبات، وإراقة الدماء ونحوها من التكاليف التي ناطتها الشريعة برعاية المصالح البشرية، فيأخذ من كلّ مذهب ما هو أقرب إلى مصلحة العباد وسعادتهم، ولو لزم من ذلك التفريق؛ لما فيه من السعي وراء تأييد المصلحة التي يقصدها الشارع، فكلّ ما يضمن صيانة الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فهو مصلحة، وكلّ ما يضيعها فهو مفسدة، ودفعه مصلحة^[13].

ثالثاً: ضوابط التفريق.

من خلال ما تقدّم، وضع العلماء مجموعة من الضوابط لضبط التفريق الجائز من الممنوع، يمكن إجمالها فيما يلي:

الأول: لا يجوز التفريق في المسائل القطعية، كالعقائد والخلاق، وما علم من الدين بالضرورة.

الثاني: لا يجوز التفريق المؤدّي إلى إباحة المحرمات والمحظورات.

الثالث: لا يجوز التلفيق المؤدّي إلى تتبع الرّخص من غير ضرورة ولا عذر، بل بغرض التشهّي، وذلك سداً لذرائع الانحلال من ربة التكليف الشرعي.

الرابع: لا يجوز التلفيق المؤدّي إلى نقض حكم الحاكم إذا كان رافعا للخلاف.

الخامس: لا يجوز التلفيق الذي يستلزم الرجوع تماما عما عمل به تقليداً، أو عن أمر مجمع عليه لا زم لأمر قلده.

ويمكن القول أنّ ضابط جواز التلفيق من عدمه ينحصر في أنّ كل كما أفضى إلى تفويض دعائم الشريعة وهدمها والقضاء على سياستها وحكمها باطل، وأن كل ما يؤدي إلى حفظ الشريعة وصونها مما تتطلبه سياستها لإسعاد الناس في دينهم ودنياهم، فهو جائز ومطلوب شرعا^[14].

رابعاً: الغاية من التلفيق.

إنّ القول بجواز التلفيق مع التقيد بالضوابط السابقة، يقضي على التعصّب المذهب المذموم الذي ساد قرونا طوية من الزمن أنحاء العالم الإسلامي، حين كان إتباع المذهب واجبا والخروج عنه محظورا، وبعد مجيء عصر النهضة، ظهرت قضايا ومسائل جديدة لم تكن عند السابقين، مما اضطر بالعلماء إلى البحث عن حلول لها في المذاهب الأخرى، وبذلك بدأ الخروج من المذهبية الضيقة والانفتاح حول المذاهب الأخرى، وقلّ التقليد والتعصّب، وعرف الناس أنّ إتباع مذهب واحد غير ملزم؛ لأنه يؤدي إلى الضيق والعسر والمشقة، فكان التلفيق بين المذاهب وسيلة للتيسر ورفع الحرج عن الناس، بالجمع بين آراء متعدّدة بين المذاهب والتوفيق بينها بما يخدم مصلحة الدّين وحاجات الناس^[15]، شريطة أن يكون ذلك من أهله الجامعين بين العلم والورع والتقوى حتى لا يكون التلفيق وسيلة للتخلّل من قيود التكليف. وهكذا ظهرت الموسوعات الفقهية والفتاوى والقوانين في مختلف البلدان الإسلامية آخذة بمبدأ التلفيق على قدر الحاجة ووفق ما يحقق المصلحة.

خامساً: نماذج من التلفيق في قانون الأسرة الجزائري.

لقد تبين أن التلفيق جائز في مجال المعاملات وما يتعلق بها؛ لأنّ مبناها على تحقيق السعادة الزوجية والعائلية عموماً وحفظ النسل بتوفير الحياة الطيبة والعيشة

الراضية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾^[16]، ومن هنا فإن كل ما يوفر استقرار الحياة الزوجية مقصود شرعا ومطلوب قانونا؛ ولما كان قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه قانون فقه، لا يخرج عن قوانين الأحكام الفقهية من جواز التفريق بين المذاهب بالضوابط والشروط السابقة الذكر.

وإن الناظر في مواد قانون الأسرة يرى أن المشرع لم يلتزم بمذهب الإمام مالك - رحمه الله - المعمول به في البلد في جميع الأحكام، بل خرج عنه في بعضها واختار آراء خارج المذهب، دون أن يوضح أسباب ذلك ودوافعه. وسأستعرض بعض النصوص القانونية التي أخذ فيها المشرع بمبدأ التفريق مبيّنا المصلحة في ذلك على قدر الوسع والحاجة.

أ) العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من ردّ الهدايا والتعويض عن الضرر.

نصت المادة الخامسة على جواز العدول وأثاره، وذكرت في موضوع الهدايا ما نصّه: [لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعلها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته]^[17].

فالمشرع هنا لم يأخذ برأي المالكية الذين يرون تغريم العادل عن الخطبة ويطلبون بإرجاع الهدايا ولو استهلك، فقيمتها إن كانت قيمة أو مثلها إن كانت مثلية، ما لم يكن هناك عرف أو شرط، وذلك حتى لا يجمع المعدول عنه - سواء كان خاطبا أو مخطوبة - بين ألمين: ألم العدول عنه، وألم ضياع أمواله. فالمشرع هنا سلك مسلك الحنفية في عدم ردّه ما استهلك باعتبار أنّ ما يتبادل الخاطبان من قبيل الهبات، والهبة لا يجوز ردّها إذا ما استهلكت، ومن هنا فلو أهدى الخاطب حلّيا وطعاما وقماشاً ثم تم العدول، فإنّ له المطالبة بالحلي ولا حقّ له في الطعام إذا ما أكل ولا اللباس إذا ما استعمل^[18].

(ب) الألفاظ التي ينعقد بها النكاح.

نصّت المادة العاشرة على ما ينعقد به الزواج من الألفاظ: [يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا]^[19].

ولا يصحّ النكاح عند الشافعي، وأحمد إلا بلفظ التزويج، والإنكاح^[20]. وقال أبو حنيفة: ينعقد بكلّ لفظ يقتضي التمليك على التأبيد في حال الحياة، حتى روي عنه في لفظ الإجارة روايتان^[21]. وقال مالك: ينعقد بذلك مع ذكر المهر.

أما القانون فقد خالف ما ذهب إليه المالكية من أن النكاح ينعقد بلفظ التزويج والتمليك وما يجري مجراهما كالبيع مطلقا، والهبة بشرط ذكر الصداق أثناء العقد، كما أنه لم يقيد النكاح بألفاظ مخصوصة كما ذهب إليه الشافعية والحنابلة الذين لا يجيزون النكاح إلا بلفظ التزويج والإنكاح، فلا ينعقد بغيرهما من الألفاظ، كالهبة والتمليك، أما الحنفية فذهبوا إلى جواز انعقاد النكاح بكلّ لفظ يفيد معنى النكاح، وبهذا أخذ القانون^[22].

(ج) المراد بالإيجاب والقبول.

نصّت المادة العاشرة على أن الإيجاب يكون من أحد الطرفين والقبول يكون من الطرف المقابل، فلم يقصر الإيجاب على ولي المرأة كما هو رأي المالكية والجمهور، إذ يرون أنّ الإيجاب هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل؛ لأنّ القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يصادف محلا له؛ لعدم معناه، أما القبول فهو اللفظ الصادر من الزوج الدال على الرضا بالزواج.

فالقانون أخذ برأي الحنفية الذين يرون أنّ الإيجاب هو ما صدر أوّلا من أحد العاقدين، سواء كان الزوج أو الزوجة، والقبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر، فعبارة القانون تفيد أنّ القبول قد يكون من الزوج أو من غيره كالزوجة أو وليها؛ لأنه لم يحدّد مرتبة الصّدور^[23].

(د) أثر الشرط الباطل المنافي لعقد الزواج.

أقر القانون في المادة التاسعة عشرة حق الزوجين في الاشتراط بقوله: [للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كلّ الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون]^[24]، أي

لا تتناقض ومقاصد الزواج وأهدافه. وجاء في المادة الخامسة والثلاثين ما نصّه: [إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً]^[25].

لقد اختلفت أنظار الفقهاء في أثر الشرط الباطل على العقد، فذهب المالكية إلى أنّ العقد باطل قبل الدخول وصحيح بعده، وذهب الحنفية إلى أنه لا أثر للشرط الباطل على صحة العقد، فهو لا غ، لا يؤثر في بطلانه قبل الدخول وبعده، وبهذا الرأي أخذ القانون.^[26]

هـ) ولاية المرأة.

نصّت المادة الحادية عشرة على ولاية الزواج بالقول: [تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره]^[27]. فالقانون أسند الولاية مباشرة للمرأة دون قيد أو شرط، وحضور الولي يدل دلالة واضحة على رضاه بالعقد التي تباشره ابنته، مما يدلّ على أنه أذن لها في هذا الزواج وإلا لما حضر معها في مجلس العقد، وهنا نجد أنّ القانون خالف مذهب مالك والجمهور^[28] الذين لا يجيزون للمرأة أن تعقد زواجها سواء حضر وليها أو غاب، ولم يأخذ برأي الحنفية الذين يجيزون للمرأة عقد زواجها بنفسها من غير شرط حضور الولي، لكن بشرط أن يكون الزوج كفواً لها وبمهر مثلها.

ومن هنا فإنّ القانون أخذ برأي أبي ثور الشافعي ومحمد بن الحسن الحنفي وابن شبرمة الذين يرون صحّة الزواج بصيغة المرأة وعبارتها لكن لا يكون صحيحاً إلا إذا استأذنت وليها، وهو ما دلّ عليه القانون عندما اشترط حضور الولي للدلالة على إذنه ورضاه^[29].

و) الإشهاد على النكاح.

جاء في المادة التاسعة ما يدلّ على أنّ الإشهاد من شروط صحّة الزواج: [يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج]^[30].

لا يصحُّ النِّكاحُ إلا بشَهادة عند الجمهور^[31]، وقال مالك: يصحُّ من غير شهادة، إلاّ أنه اعتبر الإشاعة وترك التّراضي بالكتمان، حتّى لو عقد في السرّ واشترط الكتمان فسخ النِّكاح^[32].

فالمالكية يرون أنّ الشهادة ليست ركناً ولا شرط صحّة، بل هي مستحبة أثناء العقد، ومن ثمّ لو انعقد العقد بدون إشهاد كان صحيحاً، غير أنه لا يتم الدخول إلا بها، أو إعلان الزواج وإشهاره، أي أن الشهادة عندهم شرط للنفوذ لا للصحة، وبذلك يكون المشرع قد خالف المذهب المالكي، وأخذ بمذهب الجمهور القائلين بأنها شرط صحّة.

ز) النفقة الزوجية.

نصّ القانون في المادة الثمانين على أنّ النفقة الزوجية واجبة على الزوج لزوجته، بقوله: [تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى]^[33].

النفقة الزوجية واجبة على الزوج مادام ذا مال ولم تكن الزوجة ناشراً، وقد لا ينفق الزوج على زوجته مدة قد تطول وقد تقصر لسبب أو لآخر، ثم بعد ذلك تأتي الزوجة تطلب ما على الزوج من نفقة. وقد ذهب الجمهور إلى أنّ ذمة الزوج تبقى مشغولة بالنفقة ولا تسقط ولو طالّت المدة إلا بأدائه، وهي دين كسائر الديون، لكن هذا القول فتح الباب على مصراعيه أمام الزوجات للسكوت مدة طويلة من غير مطالبة بالنفقة، ثم يلجأن إلى القضاء لإرهاق الأزواج بما في ذمتهم دفعة واحدة، وهذا ما يؤدي إلى إعنات الأزواج والتضييق عليهم، الأمر الذي جعل المشرع يعمد إلى وضع نص يعطي للزوجة الحق في المطالبة في مدّة لا تزيد على السنّة. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية ورواية عن أحمد الذين يقولون بسقوط النفقة إذا مضت عليها مدة ولم تطالب بها كما لم تكن مفروضة بسلطة القاضي أو صالحت الزوجة على ذلك.

والحكمة من تحديد مدّة سنة تتجلى فيما يلي:

أنه يجعل الزوجة في حالة اطمئنان وعدم خشية من فوات حقها في النفقة مدّة سنة، وفي هذا دفع إلى عدم الإسراع أو اللجوء إلى المحاكم لعلّه سيحصل صلحا وتراضي

حولها. كما أنّ تحديد مدة حمل الزوجة على المطالبة بحقّها أولاً بأول، وفي هذا تخفيف على الزوج وعدم إرهاقه؛ لأن إطلاق حق المطالبة من غير قيد قد يخرجه ويعسره، وفي هذا إضرار به^[34].

ح) مقدار بدل الخلع.

نص القانون في المادة الرابعة والخمسين على جواز الخلع بما يتراضى به الزوجين، وإلا حكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل، فقال: [إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم]^[35].

أما الفقهاء فإنهم اختلفوا في مقدار بدل الخلع: هل يجوز ببديل أكثر من المهر المسمّى؟

قال مالك⁽³⁶⁾ والشافعي: لا يكره ذلك^[37]، وقال أبو حنيفة: إن كان النشوز من قبلها كره أخذ أكثر من المسمّى، وإن كان من قبله كره أخذ شيء مطلقاً، وصحّ مع الكراهية^[38]، وقال أحمد: يكره الخلع على أكثر من المسمّى مطلقاً^[39].

فالفقهاء اختلفوا في عوض الخلع، فمنهم من منعه بأكثر من الصداق المعطى لها من الزوج، وهم الحنفية والحنابلة، ومنهم من جوزه بأكثر من الصداق مع الكراهية وهم المالكية والشافعية.

أما القانون فالظاهر أنه ذهب مذهب المالكية والشافعية عند اتفاق الزوجين، فيجوز أن يكون بدل الخلع قليلاً أو كثيراً أقلّ من المهر أو أكثر منه، أما عند الاختلاف فإنه لا يجوز أن يتجاوز مهر المثل، وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة^[40].

ط) الطلاق للغياب.

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة طلب الطلاق من القاضي، غياب الزوج، حيث جاء النص على ذلك في المادة الثالثة والخمسين في الفقرة الخامسة: [الغيبية بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة]^[41].

ونص هذه المادة يتفق في شطره الأول مع رأي المالكية في المدة التي يمكن للمرأة أن ترفعه دعوى الطلاق، وهي سنة فأكثر، لكن القانون خالف المالكية في كون

الغياب المبرر للطلاق هو ما كان بدون عذر ولا نفقة، حيث يرون إباحة الطلاق مطلقا لا فرق بين أن يكون لعذر أو لغير عذر، أما القانون فأخذ برأي الحنابلة الذين يمنعون الطلاق إن كانت الغيبة لعذر، كطلب العلم، والتجارة، والجندية، والعمل خارج البلاد^[42].

ي) متعة الطلاق.

نص المشرع على التعويض عن الضرر بسبب الطلاق التعسفي في المادة الثانية والخمسين بقوله: [إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها]^[43].

إن هذا التعويض هو المسمى في الفقه الإسلامي بالمتعة، والذي ورد النص عليه في قوله تعالى: {ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقتا على المحسنين}^[44].

ومذهب الجمهور أنها تجب لكل مطلقة^[45].

وقال الشافعي: إنها واجبة لكل مطلقة قبل وطء إن لم يجب لها شرط مهر، وكذا الموطوءة بكل فرقة ليست بسببها^[46].

وذهب المالكية إلى أنها مستحبة غير واجبة^[47].

فالجمهور يرون أن المتعة واجبة ديانة وقضاء، فهي حق يجبر الزوج على أدائه مقابل الضرر اللاحق بالزوجة الناشئ عن الطلاق، وما ذهب إليه قانون الأسرة يتفق تماما مع رأي الجمهور من كون المتعة أو التعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق واجب.

الخاتمة:

في نهاية هذه الدراسة يمكن القول إن المشرع الجزائري لم يلتزم بمذهب واحد في مجال تقنين قانون الأسرة، بل أخذ بالتلفيق بين عدة مذاهب، فاصدا بذلك المصلحة من تشريع الأحكام التي تهدف إلى بناء أسرة قوية ومتماسكة، ولم يكن التلفيق مبنيا على تتبعه الرخص أو الحيل أو الأيسر من الآراء، بل كان الدافع إليه مراعاة حاجات الزوجين وما يحقق الأصلح لهما وللمجتمع.

الهوامش:

- 1- ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، (330/10)، الزبيدي: تاج العروس، سلسلة التراث العربي، الكويت، ط/1، 1391هـ - 1971م، (62/7)
- 2- ابن منظور: المصدر نفسه (331/10)، الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط/1424هـ - 2003م، ص: 330
- 3- الرازي: مختار الصحاح، دار صادر، بيروت، لبنان، ط/1429هـ - 2008م، ص: 368، الزبيدي: المصدر السابق (62/7)
- 4 - محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتفريق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص: 261
- 5- الحفناوي: المرجع نفسه، ص: 262، فيصل تليلاني: أحكام التقليد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، مخطوط، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، سنة: 1413هـ - 1992م، ص: 61
- 6- الحفناوي: المرجع نفسه، ص: 626، وهبة الزحيلي، الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، مؤسسة الإسراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط/3/1411هـ - 1991م، ص: 32
- 7- الحفناوي: المرجع السابق، ص: 626
- 8 - الزحيلي: المرجع السابق، ص: 32
- 9- انظر: الحفناوي: مرجع سابق، ص: 273، وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط/15، 2007م، (428/2)
- 10 - أخرجه مسلم في كتاب الحج (562/1)
- 11- أخرجه
- 12- سورة البقرة: آية 229
- 13- الحفناوي: مرجع سابق، ص: 275، 274، الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ص: 43
- 14- انظر: الزحيلي: الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب الفقهية، ص: 47، الشاطبي: الموافقات (4/4)، قطب الريسوني: التيسير الفقهي، دار ابن حزم، ط/1/2007م، ص: 151
- 15- انظر: فيصل تليلاني، مرجع سابق، ص: 76، 77
- 16 - سورة الروم، آية 21
- 17 - قانون الأسرة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، ص: 4
- 18- محمد محدة: الخطبة والزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط/2/1994م، ص: 63
- 19- قانون الأسرة، ص: 7
- 20- أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال: حلية الأولياء في معرفة مذاهب العلماء، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط/1/1988م، (368/6)
- 21- محمود بن أحمد بن موسى العيني: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1420هـ - 2000م، (11/5)
- 22 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (38/7)
- 23 - وهبة الزحيلي: المصدر نفسه (38/7)، محمد محدة: مرجع سابق، ص: 143
- 24- قانون الأسرة، ص: 9
- 25 - قانون الأسرة، ص: 12
- 26- انظر: محمد محدة: مرجع سابق، ص: 153
- 27 - قانون الأسرة، ص: 7
- 28 - انظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المكتبة التوفيقية، مصر، (35/2)
- 29 - انظر: محمد محدة: مرجع سابق، ص: 207
- 30- قانون الأسرة، ص: 7

- 31 - الشاشي: مصدر سابق(365/6)، العيني: مصدر سابق(12/5)
- 32- ابن رشد: مصدر سابق(47/2)
- 33 - قانون الأسرة، ص:23
- 34 - انظر: محمد محدة: مرجع سابق، ص:371
- 35 - قانون الأسرة، ص:18
- 36- انظر: ابن رشد: مصدر سابق، (129/2)
- 37- الشاشي: مصدر سابق(543/6)
- 38 - العيني: مصدر سابق(510/5)
- 39- الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة: الإفصاح عن معاني الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1417/1هـ - 1996م، (118/2)
- 40- انظر: ابن هبيرة: مصدر سابق(118/2)، والعيني: مصدر سابق(510/5)
- 41 - قانون الأسرة، ص:18
- 42- انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته،(533/7)
- 43- قانون الأسرة، ص:17
- 44- سورة البقرة، آية:236
- 45 - انظر: العيني: مصدر سابق(154/5)
- 46 - انظر: الشاشي: مصدر سابق(511/6)
- 47- انظر: ابن رشد: مصدر سابق(174/2)