

المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي  
دراسة نماذج

THE ISSUES IN WHICH THE ALGERIAN FAMILY LAW DISAGREE WITH  
EL-MALIKI DOCTRINE - SAMPLES STUDY

Boualem SI NACEUR الطالب: بوعلام سي ناصر

Univ. Ahmed B. Bella, ORAN1 جامعة أحمد بن بلة - وهران 1

[taher\\_boukhris@yahoo.fr](mailto:taher_boukhris@yahoo.fr)

ES-Saadi KAHLOULE الأستاذ الدكتور: عبد القادر داودي

Univ. Ahmed B. Bella, ORAN1 جامعة أحمد بن بلة - وهران 1

[daouadikader@gmail.com](mailto:daouadikader@gmail.com)

**Received:**

**Accepted:** استلم:

قبل للنشر:

ملخص:

إن قوة المجتمعات وتماسكها بقوة الأسر وتماسكها لذا كانت الأسرة هي النواة الأولى لبناء صرح المجتمعات وتقدمها، كما أن هذه الأسر بدأت تخضع للتقنين في مختلف الدول الإسلامية، والجزائر واحدة من هذه الدول حيث أن الأسرة الجزائرية خضعت للقانون المؤرخ في 09 جوان 1984 لكن وبعد تباين الآراء حوله جاء الأمر 02\_05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والذي نص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لهذا القانون و هذا من خلال المادة 222 لكن وباعتبار المذهب المالكي هو السائد في بلدنا هل وفق المشرع الأسري الجزائري في التعديل الأخير و هذا في موافقته للمذهب المالكي؟ أم خالفه في بعض المسائل دون الأخرى؟ و إذا كان الأمر كذلك فأذكر نماذج من المسائل التي خالف فيها المشرع الأسري الجزائري المذهب المالكي؟

وحتى نفي بالمقصود تطرقت للتعريف بالمذهب المالكي و تحقيق القول في معنى مخالفة قانون الأسرة الجزائري له و الذي يراد به مخالفته للقول الراجح في المذهب، و عند دراسة النماذج اقتصرنا على بعض المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والتي قد يكون لها الأثر البليغ في فض النزاعات ، لكن وبعد هذا العرض التحليلي تبين بان المشرع الأسري الجزائري لم يوفق في التعديل الأخير وذلك بالموازنة بين المصلحة ومتطلبات العصر من جهة والنص من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: المذهب؛ المالكي؛ التقنين؛ التفريق؛ الأسرة؛ المسائل.

#### Abstract:

*It is crystal clear that the strength of societies is based on the strength and consolidation of the family. This is why the family is the main nucleus in the construction and development of societies; these families are subjected to enactment in many different Islamic countries. Algeria is one of these countries in which the Algerian family was submitted to the act of 09 June 1984, but after disagreement on this law another decree was enacted, the 05-02 decree which is dated in 27 February 2005, this decree stated that the Islamic religion is the main source of this law and this is through the article 222. But by taking into consideration that the dominant doctrine in our country is the el-maliki doctrine did the Algerian familial lawgiver do well in the last amendment in other words did the last amendment coincided with el-maliki doctrine or did he disagree with it in some cases and agree in others and it it was so, mention examples in which the Algerian familial lawgiver disagrees with el-maliki doctrine?*

*In order to achieve my aim I have tackled the definition of el-maliki doctrine and accomplish the saying concerning the meaning of the disagreement of the Algerian family law with it; which means its contradiction to the preponderant say in the doctrine. During the study of the samples I have only chosen some cases in which the Algerian family law disagrees with el-maliki doctrine, which might have a significant Impact in resolving controversies. But after this analytical demonstration it became clear that the Algerian familial legislator did not pan out in the last amendment and this is through balancing between the interest and modern requirements from one side and the text from the other side.*

**Key words :** *Doctrine; El-maliki; enactment; Separation; Family; Issues.*

## تمهيد:

تعتبر الأسرة النواة الأولى لبناء مجتمع متماسك و صالح، لأنه يقوى بتماسكها وقوتها ويتلاشى ويتفكك بضعفها ؛ ولهذا المنزلة العالية التي تبوأها الأسرة أولتها الشريعة الإسلامية المصونة عن الخطأ والأهواء اهتماما كبيرا تلك الشريعة التي جعلت الارتباط بالأسرة عبادة وخدمة أفرادها قربة، والإحسان إلى ضعافها سبب المثوبة؛ والحرص على مصلحتها سبيلا إلى استحقاق الجزاء الأوفى من الله، فرعتها بتشريع مفصل في تفرعاته، وقطعي في ثبوته؛ بخلاف ما اقتصر عليه الأنظمة المادية المعاصرة فقط على أبعاد الأسرة الاقتصادية والاجتماعية

هذا و لما اضطرت مختلف الدول الإسلامية إلى تقنين<sup>(1)</sup> دساتيرها وقوانينها امتد ذلك إلى قانون الأسرة؛ لكن هذا لمن يكن محل اتفاق بل كان محل اختلاف في وجهات النظر بين من ادعى إلى المحافظة والتمسك بالمرجعية الدينية و رفض أي تغيير أو تعديل، ، ومن ثم راح يدعو إلى إلغاء بعض الأحكام وتعديل بعضها كتعدد الزوجات، والمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، متأثرا في كل ذلك بالقوانين الأجنبية، علما بأن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 09 جوان 1984 لم يلق الإجماع على قبوله وتباينت حوله الآراء والمواقف إلى أن جاء الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وهذا بعد اخذ ورد ونقاش طويل بسبب اختلاف الرؤى من مؤيد ومعارض لمشروع التعديل، بل ومنهم من نادي بإلغاء قانون الأسرة و إلحاقه بالقانون المدني، وبين الذين بقوا متحفظين من مشروع التعديل لكن بإبقائه في حدود نطاق الشريعة الإسلامية، وجاءت هذه الرؤى جد متباينة، وذلك بإدخال مفاهيم جديدة لم تكن في القانون السابق و هذا ربما مسايرة لمستجدات العصر ومتطلباته نظرا للتغيرات الحاصلة في المجتمع، مع العلم أن أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية هي أحكام تمثل جزءا من المنظومة العامة للتشريع الإسلامي وقد سار المشرع الأسري الجزائري على نفس النهج الذي سارت عليه معظم قوانين الأسرة للدول العربية، وهذا يجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لهذا القانون وقد نص على هذا في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 والمعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 والتي جاء في نصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام

(1) المراد بالتقنين جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، و بتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها، والمجموعة تظهر في شكل مواد وتشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المتصلة بفرع من فروع القانون. أنظر : إمام محمد علي، المحاضرات في نظرية القانون، 1953، دار النهضة، القاهرة، ص: 234

الشريعة الإسلامية " و بالرغم من أن هذه المادة قد أحالت على أحكام الشريعة الإسلامية أي إلى كل المدارس الفقهية الاجتهادية؛ إلا أن المذهب المالكي كان له الحظ الأوفر في قانون الأسرة الجزائري؛ وهذا لا يعتبر أمرا غريبا باعتباره المذهب السائد في البلد؛ فهو بذلك مكسب ثمين في اتجاه تقنين الفقه الإسلامي غير أن المشرع الأسري الجزائري باين نظرائه العرب في اختياره للمصدر الاحتياطي و الذي يرمي إلى إسعاف القاضي بما تمس الحاجة إليه من قواعد قانونية وتقريبها إليه لحسم الخصومات المرفوعة إليه إذا تقاصرت عنه النصوص التشريعية وفي ظل هذا كله تطرح الإشكاليات التالية:

هل على القول بان المذهب المالكي كان له الحظ الأوفر في قانون الأسرة الجزائري لم يمنع المشرع الأسري الجزائري من مخالفته والخروج عنه في بعض المسائل دون البعض؟  
هل من نماذج من المسائل التي خالف فيها المشرع الأسري الجزائري المذهب المالكي؟  
كل هذه التساؤلات أدت إلى البحث في هذا الموضوع فجاء موسوما ب " المسائل التي خالف فيها قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي - دراسة نماذج -"

و حتى يتحقق المقصود من هذه الدراسة قسمت البحث إلى مبحثين بحيث كان المبحث الأول متضمنا للدراسة النظرية والمبحث الثاني متضمنا للدراسة التطبيقية وسوف يظهر هذا جليا في المخطط الآتي:

المبحث الأول: التعريف ببعض مصطلحات البحث

المطلب الأول: تعريف المذهب لغة

المطلب الثاني: تعريف المذهب اصطلاحا

المطلب الثالث: المقصود بمخالفة قانون الأسرة الجزائري للمذهب المالكي

المبحث الثاني: الدراسة التطبيقية (دراسة نماذج)

المطلب الأول: حكم الهدايا المسلمة للمخطوبة بعد العدول عن الخطبة

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج

المطلب الثالث: الولاية في النكاح

المطلب الرابع: مدى سلطة الحكّمين في التفريق

الخاتمة

## المبحث الأول: التعريف ببعض مصطلحات البحث

## المطلب الأول: تعريف المذهب لغة

المذهب لغة: على وزن مفعول من الذهاب يقول ابن فارس إن الذال و الباء احدهما: يدل على حسن و هو معظم الباب، و الثاني يدل على ذهاب الشيء و مضيه<sup>(1)</sup> فمن الأول قولهم اذهب الشيء بمعنى طلاه بالذهب و من الثاني قولهم: ذهب فلان مذهبا حسنا أي سلك طريقا أو منهجا حسنا، إلا أن الأصل الثاني هو الذي يعيننا هنا لأنه استعمل في حقيقته كما استعمل في مجازة كما يقول الزمخشري فمن استعماله في حقيقته قولهم "ذهب فلان من داره إلى المسجد ذهابا ومذهبا ومن استعماله في مجازة قولهم: ذهب فلان مذهبا حسنا ، وفلان يذهب إلى قول أبي حنيفة أي يأخذه"<sup>(2)</sup>

## المطلب الثاني: تعريف المذهب اصطلاحا

يقول الحطاب "انه صار عند الفقهاء حقيقة عرفية فيما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية ويطلق عند المتأخرين من أئمة المذاهب على ما به الفتوى من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم<sup>(3)</sup> ويلاحظ من تعريف المذهب في عرف الفقهاء انه يختص بالأمر الاجتهادية لان المجتهد إنما له التصرف في الأحكام الظنية فقط دون الأحكام القطعية ، ويكون تصرفه في الأحكام الظنية من وجهين:<sup>(4)</sup>

أولاً: استنباط ما لم يطلع عليه صريحا في الكتاب والسنة بوجه من وجوه الاستنباط الأصولي من قياس وغيره.  
ثانياً: تفسير النصوص المحتملة و الموازنة بينها، إن تعارضت بالجمع أو بالترجيح بإحدى المرجحات المعروفة عند الأصوليين و الخلافيين و أهل الجدل.

## المطلب الثالث: المقصود بمخالفة قانون الأسرة الجزائري للمذهب المالكي

قد يسأل سائل و يقول ما المراد بمخالفة قانون الأسرة الجزائري للمذهب المالكي؟

(1) معجم مقاييس اللغة، (362/02)

(2) أساس البلاغة (321/01)

(3) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (34/01)

(4) مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده ص: 54

فالجواب هو: المراد بمخالفة قانون الأسرة الجزائري للمذهب المالكي هو مخالفته للقول الراجح في المذهب و الذي يراد به عند المالكية ما قوي دليله من الأقوال وقيل ما كثر قائله لكن الأول هو المعتمد عند المالكية، وليس المراد به هنا القول المشهور لان المشهور هو الذي كثر قائله و يترجح هذا المعنى لعدة اعتبارات:<sup>(1)</sup>

لمناسبته للمعنى اللغوي إذ إن كثرة القائلين بالقول تكسبه الشهرة وان مذهب العلماء تقاسم الراجح على المشهور فلو كان المشهور و الراجح مترادفين لما قيل بتقديم احدهما على الآخر إذ كيف يقدم الشيء على نفسه إن العلماء أيضا يقولون إن القول قد يكون مشهورا لكثرة قائله و راجحا لقوة دليله فلو كان مترادفين لما أمكن النظر إلى القول من تكلم الجهتين، ويمثلون لذلك بتحريم الاستماع إلى آلات اللهو المحرمة فانه محرم على المشهور لكثرة من قال بتحريمه وحرام على الراجح أيضا لقوة دليله<sup>(2)</sup>

#### المبحث الثاني: الدراسة التطبيقية (دراسة نماذج)

#### المطلب الأول الأول: حكم الهدايا المسلمة للمخطوبة بعد العدول عن الخطبة

جرت العادة أن يهدي الزوج أثناء الخطبة وبعدها إلى الزوجة و أهلها بعض الأشياء من الحلبي و اللباس و الأكل في المواسم والأعياد و في غيرها وأثناء حفل الزفاف وقبله و الأمر نفسه ينطبق على الزوجة بحيث أنها تهدي إلى زوجها و أهل بيته بعض الأشياء من الحرير أو الثياب وكسوة الزوج وغير ذلك ، لكن قد يحصل خلاف بين الطرفين أو بين أهل الزوجين مما يؤدي إلى عدول احد الطرفين عن الخطبة فما حكم هذه الهدايا المسلمة للمخطوبة ؟ للإجابة عن هذا السؤال نبين آراء الفقهاء في هذه المسألة و موقف قانون الأسرة الجزائري منها ونقارن بين الجانب الفقهي والجانب القانوني لنبرز ونظهر مدى مخالفة قانون الأسرة الجزائري للمذهب المالكي في هذه المسألة وعلى نفس المنهج نسير في دراسة باقي النماذج من هذا البحث

**الجانب الفقهي:** اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

(1) المذهب المالكي، مدارسه ومؤلفاته، خصائصه وسماته، ص: 508 وما بعدها

(2) من أدلته القوية ما أخرجه البخاري في صحيحه "ليكون من أمي أقوام يستحلون الحر والحرير والمعازف....." البخاري، كتاب الاشرية، في باب ما جاء فيمن يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه، حديث رقم(5590) ، (106/07)

القول الأول: الحنفية<sup>(1)</sup>

ما قدم للمرأة على سبيل الهدية أو قدمته هي له ثم عدل احد الطرفين أو كلاهما، فان لهذه الهدايا حكم بقية الهبات، فيجوز الرجوع فيها إلا لمانع من موانع الرجوع كالاتهلاك أو الفساد

القول الثاني: المالكية<sup>(2)</sup>

خالف المالكية في إعطاء هدايا الزواج حكم الهبات العامة التي لا يجوز الرجوع فيها أو يجوز وفصلوا في ذلك على النحو الآتي:

**أولاً:** إن كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بخلاف ذلك فإنه يعمل به

**ثانياً:** إن كان العدول من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع عليها بما أهداه لها لأنه في نظير شيء لم يتم وهذا التفصيل هو عدل بلا ريب فلا يجمع على المهدي إليه بين الم العدول وألم الاستيراد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة ، ولا يجمع على المهدي الم العدول و الغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر فاسترداد الهدية هنا مستثنى من النهي العام عن الرجوع في الهبة الوارد في الحديث: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم "العائد في هبته كالعائد في قيئه"<sup>(3)</sup> وهو الذي جرت الفتوى عليه وربما استدلت المالكية بحديث ابن عباس رضي الله عنهما "أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أترددين عليه حديثه قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

(1) البناية في شرح الهداية (239/09)

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (220/02)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير أحمد الصاوي (223/02)،

الأحوال الشخصية، ص: (39، 40)

(3) أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب لا يجل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، حديث رقم(2621)، (164/03)

أقبل الحديقة وطلقها تطليقه"<sup>(1)</sup> والظاهر من الحديث هو انه إذا كان ينص على إعادة المهر بعد الدخول بها إذا طلب الطلاق من طرفها، فهو من باب أولى أن ترد ما قدم لها من هدايا إذا كان العدول في الخطبة من طرفها<sup>(2)</sup>

القول الثالث: الشافعية و الحنابلة<sup>(3)</sup>

يجوز استرجاع الخاطب ما أهدى، لأنها في معنى هبة الثواب (بعوض) فان أعطها هدايا ثم تزوجت غيره كان له استرداد ما أعطى لأنه أعطها مقابل قبولها فأشبهت المعاوضة ، ويتعذر المعوض يلزم رد العوض

الترجيح: <sup>(4)</sup>

لعل ما يفنى به في مذهب المالكية هو الراجح لما في ذلك من العدالة ولما فيه من إنصاف الطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة ولما فيه من زجر لمن كان متسببا في العدول ويلاحظ أن ما قدمه الخاطب للمخطوبة لا يعد هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة، فالهدايا قدمت للمخطوبة باعتبار أن الخطبة تمهيد للزواج، فان لم يحصل الزواج لم يتحقق الغرض الذي قدمت من أجله الهدايا.

#### الجانب القانوني:

تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة بعد تعديلها بموجب الأمر 02-05 على انه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" <sup>(5)</sup>

من خلال هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري اخذ بتفصيل المالكية في مسألة العدول وهذا في بداية النص القانوني إلا انه عدل إلى رأي الأحناف في آخر الفقرة حينما جعل الاستهلاك مانع من موانع الرجوع في الهبة، وهذا تلفيق من المشرع الجزائري في حكم الهدايا بعد العدول عن الخطبة، وهذا المانع قد اعترض عليه البعض بحيث قالوا

- (1) أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم(5273)، (46/07)
- (2) المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، (109/04).
- (3) المهذب في فقه الإمام الشافعي، (336/02)، منار السبيل في شرح الدليل، (27/02).
- (4) الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص: 307.
- (5) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، ص: 19



بوجوب النظر في طبيعة الهدية هل هي قابلة للاستهلاك أم لا؟ لأنه لو ادعت المخطوبة هلاك الهدية أو استهلاكها ببيعها واستهلاك ثمنها لم يصح للخاطب المطالبة بها أو بقيمتها، وهو نفس ما يجري في حال كون العدول من الخاطب فيما يتعلق بمدايا المخطوبة وهذا المعنى المتبادر غير صحيح لأنه لا يمكن ادعاء استهلاك ما هو غير موضوع أساسا للاستهلاك كالحلي ولهذا كان على المشرع الجزائري أن يعبر عن ذلك بقوله "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد لها ما أهدته له أو قيمته إلا ما استهلك وكان قابلا للاستهلاك"<sup>(1)</sup>

هذا وقد سبق القول بان تفصيل المالكية هو اعدل الأقوال ويبنى هذا الاتجاه حكمه على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup> وهذا التلقيق من شأنه أن يعنت القاضي ويربكه لان الأصل في المصدر الاحتياطي إسعاف القاضي بما تمس الحاجة إليه من قواعد قانونية (احتياطية) وتقريبها إليه لحسم الخصومات المرفوعة إليه إذا تقاصرت عليه النصوص التشريعية وليس إعناته "القاضي" بالبحث عنها في مدونات المذاهب المتنوعة والمختلفة<sup>(3)</sup> ولهذا السبب نرى ضرورة تعديل النص و الأخذ برأي المالكية على اطلاقه لأنه رأي وجيه ويسد باب التحايل من كلا الجانبين الخاطب أو المخطوبة وبالتالي يصبح كل طرف على علم مسبق بأنه يقع عليه رد الهدايا في جميع الأحوال في حالة العدول<sup>(4)</sup>

#### المطلب الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج:

تعتبر مسألة الاشتراط في عقد النكاح من أهم المسائل التي تناولها الفقهاء قديما وحديثا ، ومع ازدياد الحياة الاجتماعية أكثر تعقيدا مع حاجة الناس في هذا العصر إلى المشاركات في العقود وذلك بسبب اتساع مجال الحرية الفردية ورغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقا لظروفه الخاصة ، وتأتي أهمية هذه الشروط في عقد الزواج حيث انه كثيرا ما تتقدمه محادثات بين الزوجين أو من يمثلهما من الأهل وقد تتضمن عهودا ووعدا لولاها ما أقدم احدهما على

(1) الوجيز في قانون الأسرة، ص: 13

(2) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ص: 30.

(3) الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص: 09

(4) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ص: (43، 44)

الزواج ثم لا توفى العهود ولا تنجز الوعود و ينشا الشقاق و تسوء العشرة، والمقصود بالشروط المقترنة بعقد النكاح في هذا البحث هي الشروط المختلف فيها وهي ما عدا الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير الصحيحة باتفاق الفقهاء كذلك ، وهي التي يشترطها احد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة ولا منافية لمقتضى عقد الزواج ، ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها ، ويكون فيها منفعة للمشتراط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو لا ينقلها من بلدها ، أو نحو ذلك من الشروط ومنه جاءت الإشكاليات التالية:

ماهي ضوابط الاشتراط في عقد النكاح ؟ وما اثر ذلك في حالة عدم الوفاء بها على هذا العقد ؟

**الجانب الفقهي:** اختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط فهل هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها أم غير صحيحة ولا يلزم الوفاء بها، وهذا على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup>

إن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح ، و بطلانها لا تأثير له في صحة العقد ، وعليه لا يلزم الوفاء بها لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به فيكون شرطاً لاغياً، ولا تأثير له في صحة العقد واستدلوا بما يلي:

ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط<sup>(3)</sup> لما أبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشروط ما ليس في كتاب الله كان من اشترط شروطاً خلاف كتاب الله أولى أن تبطل<sup>(4)</sup> فكان هذه الشروط لم يقم دليل شرعي على صحتها ، ويعتبر الحنفية والشافعية، أضيقت المذاهب في اعتبار

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

(2) الحاوي الكبير، (506/09)

(3) البخاري، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، حديث رقم (2561)،

(152/03)، مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم (1504)، (1141/02)

(4) شرح صحيح البخاري (271/07)

الشروط في العقود، حيث ذهبوا إلى القول بان الأصل في الاشتراط هو الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته سواء كان بنص أو إجماع و إذا لم يثبت جوازه أبطلوه

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"<sup>(1)</sup> لقد أحل الله عز وجل للرجل أن ينكح أربعا وما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه ألا ينكح ولا يتسرى حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه وإبطال ماله عليها<sup>(2)</sup>

الأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمت إياه نص أو إجماع<sup>(3)</sup>

**القول الثاني: المالكية<sup>(4)</sup>** إن هذه الشروط مكروهة لما فيه من التضييق والتحجير على الزوج ، والوفاء بما مستحب غير لازم ، ما لم تقتزن بما يستلزم الوفاء بها كاليمين بالطلاق و العتاق والتملك ونحو ذلك و حكم العقد الواقع على هذه الشروط انه لا يفسخ قبل العقد و لا بعده

قال ابن حبيب: و قد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفى لها بما شرط و أن ذلك غير لازم للزوج<sup>(5)</sup> كما أن هذه الشروط قد تكون أسبابا للخصومات بين الزوجين وعدم استقرار الحياة الزوجية، لكن لا يفسد العقد بسببها<sup>(6)</sup>

(1) أخرجه البخاري معلقا في كتاب الإجارة، باب أجر السمسة، (92/03)، و الحديث حسنه بمجموع طرقه الإمام الشوكاني وقال : " لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فاقول أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا أنظر : نيل الاوطار (287/05).

(2) الأم (188/06).

(3) الإحكام في أصول الأحكام (13/05، 14).

(4) مواهب الجليل (85/05)، الفقه المالكي وأدلته، (238/03)

(5) المنتقى شرح موطأ مالك، (87/05).

(6) الذخيرة، (405/04).

عن عقبه بن عامر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"<sup>(1)</sup>

أحق هنا بمعنى أولى لا بمعنى الإلزام<sup>(2)</sup> وحملوا الحث على الوفاء بالشروط في هذا الحديث على الندب وذلك جمعا بين هذا الحديث وحديث عائشة رضي الله عنها " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"، هذا وقد قوى الإمام ابن حجر حمل هذا الحديث على الندب بحديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة<sup>(3)</sup> وعليه فالمالكية اعملوا طريقة الجمع بين النصوص التي تعتبر الطريقة الأولى في الترجيح بين النصوص حال التعارض، وقالوا باستحباب الوفاء بمثل هذه الشروط، وان كرهوا اشتراطها ابتداء .

**القول الثالث:** إن هذه الشروط صحيحة لازمة، وليس للزوج التخلص منها فان خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت ولا يسقط حقها في الفسخ بمضي مدة معينة، وقد روي هذا عن: عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح و عمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس الأوزاعي وإسحاق ابن راهويه وهذا مذهب الحنابلة<sup>(4)</sup> وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية<sup>(5)</sup> و استدلل أصحاب هذا القول بما يلي:

قال تعالى " يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود " (المائدة/01)

قد جاء في بعض معاني العقود أي العقود التي يعقدها المرء على نفسه، و الإيفاء بالعهد يقتضي إتمامه على ما عقد عليه من شروطه الجائزة ، وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد و على المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا أن يظهر فيها ما يخالف كتاب الله فيسقط<sup>(6)</sup>

- (1) البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم(5151)، (20/07)، مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم(1418)، (1035/02)
- (2) شرح صحيح مسلم لعياض، (526/04)
- (3) فتح الباري، (273/09)
- (4) المغني (448/07)
- (5) مجموع الفتاوى (164/32)، زاد المعاد (106/05)
- (6) جامع البيان عن تأويل أي القران، (453/09)، (454)

عن عقبه بن عامر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" (1)  
وجه الاستدلال:

دل هذا الحديث على أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لان أمره أحوط و بابه أضيقت فدل عامة على استحقاق الشروط بالوفاء، وان أليق الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح (2)  
قوله عليه الصلاة والسلام " المسلمون على شروطهم" (3)  
وجه الاستدلال:

"المسلمون على شروطهم" أي ثابتون عليها واقفون عندها و في تعديته ب "على" و وصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علو مرتبتهم وأنهم لا يخلون بشروطهم، وفيه دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث (4)

الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله و الالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر (5)

الترجيح: بعد عرض مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج تبين أن الفقهاء الذين قالوا بجرية الاشتراط، يقتضي حرية العقود أنواعا وشروطا، و وجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه و هذا مبنى الاجتهاد الحنبلي هو أقوى المذاهب كأصل عام طالما قبلها الطرف الآخر إلا انه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار و دوام الزوجية على أساس المودة والعشرة بالمعروف، حتى لا تضطرب الحياة الزوجية إما الاضطراب ، ولعل الرأي الحسن في ذلك ما ذهب إليه الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله

(1) سبق تخريجه.

(2) فتح الباري ، (272/09)

(3) سبق تخريجه.

(4) سبل السلام ، (76، 75/03)

(5) إعلام الموقعين عن رب العالمين (378/05 وما بعدها).

بقوله: " أما الشروط التي لا تمس طبيعة العقد ولكن فيها مصلحة للمشتراط، فالذي تدل عليه القواعد هو ضرورة الالتزام بهذه الشروط، ديانة، إذ المشروط في أصله وإن لم يكن من الواجب القيام به ولكن الالتزام به والاتفاق عليه صيَّره واجبا بدلالة عموم ما جاء من النصوص على وجوب الوفاء بالمواثيق والعهود، ولكن هذا لا يستلزم ثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، إذ ليس كل تقصير في الواجبات الزوجية وآدابها يكون سببا لثبوت حق الفسخ فيه، كما هو معروف، كما أنه ليس كل تقصير في الوفاء بالشروط المتفق عليها يكون سببا لحق الفسخ في مختلف العقود الأخرى"<sup>(1)</sup>

الجانب القانوني: إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز وهذا استنادا إلى القاعدة القانونية القائلة بأن "العقد شريعة المتعاقدين" فالعقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينطبق على المتعاقدين من حيث ما تنشأ لهما من حقوق و ما تنشأ عليهما من التزامات ولنا هنا أن نتساءل عن الحدود التي منحها المشرع الجزائري لأطراف العلاقة الزوجية في باب الاشتراط و إلى أي المذاهب الإسلامية يقترب موقفه ؟ لقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 19 المعدلة على أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"<sup>(2)</sup>

من خلال نص هذه المادة نرى بان المشرع الجزائري أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا مقيدا هذه الحرية بقيد عدم منافاة هذه الشروط لأحكام هذا القانون، وبهذا التوسع في مسألة الاشتراط يكون أقرب إلى مذهب الحنابلة، ومخالف لمذهب المالكية الذين قالوا بكراهية الاشتراط كما خالف المالكية أيضا في أثر هذا الاشتراط و وجوب الوفاء بهذه الشروط ، كما أعطى حق الفسخ للزوجة عند عدم وفاء الزوج بالشروط المتفق عليها<sup>(3)</sup>، ولقد تعرض المشرع الجزائري لأثر هذه الشروط في المادتين 32 و 35 حيث نص في المادة 32 "يبطل

(1) محاضرات في الفقه المقارن، ص: 98

(2) عدلت بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون"

(3) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص: 154

الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وفي المادة 35 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" باستقراء هذه النصوص نجد أنها متناقضة مع بعضها البعض وبالتالي نجد أنفسنا في حالة اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه بوضع يؤدي بنا إلى تناقض الاجتهاد القضائي لتناقض نصوص القانون نفسه أمام وجود المادتين 32 المعدلة والمادة 35 وهذا قد يريك القاضي في تطبيقه أو يفتح له المجال الواسع للسلطة التقديرية في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر مسائلها من النظام العام .

كما اعتبر المشرع الأسري الجزائري الإخلال بالشرط من طرف الزوج سبب قانوني لمطالبة الزوجة بالتطيق عن طريق القاضي، والفقرة التاسعة من المادة 53 والتي تعتبر إحدى بنود التعديل الجديد تعتبر كأثر خاص للمادة 19 وقد رجح بعض الشراح أساس طلب التطيق للزوجة في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها هو الالتزام العقدي أي المسؤولية العقدية، وهذا قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسرة الذي أدرج ضمن الأسباب الموجبة للتطيق عدم الوفاء بالشروط المشترطة في عقد الزواج وبالتالي يصبح الأساس المبرر لطلب التطيق هو نص المادة 53 فقرة 9 و الذي يعتبر مؤيد للمصدر وهو المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup> وهو بذلك خالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القدامى والمحدثين من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء بمثل هذه الشروط لما ينجم عن ذلك من مفاصد وأضرار من جهة ومن جهة أخرى لم يوضح المشرع الجزائري المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه للطلاق طلبا تعسفيا، ومن ثم يلزم بالتعويض أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا وعليه يسقط حقها في التعويض<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث: الولاية في النكاح

#### الجانب الفقهي:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في عقد النكاح وهذا إلى عدة أقوال:

(1) تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (139، 140)

(2) أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ص: 371

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول باشتراط الولي في عقد النكاح ومن قال بهذا القول المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> و الحنابلة<sup>(3)</sup> واستدلوا بما يلي:

القرآن:

قال تعالى " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " ( البقرة /221)

وجه الاستدلال:

الخطاب موجه للأولياء ولو لم يكن لهم في العقد حق لما خاطبهم بذلك، وهذا يدل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها<sup>(4)</sup>

قال تعالى "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" (البقرة /232)

وجه الاستدلال:

قال ابن العربي: هذه الآية دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح ، وإنما حق الولي خلافا لأبي حنيفة ولولا ذلك لما نكح الله عن منعها<sup>(5)</sup>

السنة:

عن أبي موسى الأشعري عن أبيه رضي الله عنهما قال: قال: رسول الله عليه وسلم " لا نكاح إلا

بولي"<sup>(6)</sup>

(1) المعونة على مذهب عالم المدينة، (480/01)

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (3/184)

(3) ابن قدامة، المغني ، المرجع السابق (345/09)

(4) إكمال المعلم بفوائد مسلم، (566/04)

(5) أحكام القرآن، (272/01)

(6) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم(2085)، إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ط01،

1418 هـ 1997م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، (361/02)، الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث

رقم(1101)، (398/03)



وجه الاستدلال:

لا يقال يحمل هذا الحديث على نفي الكمال، لان مقتضاه نفي حقيقة النكاح، إلا انه لما لم يمكن ذلك حمل على نفي الصحة<sup>(1)</sup>، لاسيما وقد عضده حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل"<sup>(2)</sup>

القول الثاني: ذهب الحنفية والزهري والشعبي<sup>(3)</sup> إلى القول بنفاذ نكاح الحرة المكلفة بلا ولي ولان القاعدة عندهم "كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه" لكن اشترط أصحاب هذا القول لنفاذ عقد النكاح الذي تتولاه المرأة بنفسها بان يكون الزوج كفؤاً وألا يقل المهر عن مهر المثل فان كان الزوج غير كفؤ كان للولي حق الاعتراض على العقد واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

القرآن:

قال تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغهن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن " (البقرة /232)  
وجه الاستدلال:<sup>(4)</sup>

دلت الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها:  
احدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي  
الثاني: تحية عن العضل إذا تراضا الزوجان

(1) شرح منتهى الإرادات (129/05)

(2) أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم(2083)، (361/02)، الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم(1102)، (398/03)، ابن ماجه، باب لا نكاح الا بولي، حديث رقم(1879) (77/03)

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (192/03)، البناء في شرح الهداية، (577/04)

(4) أحكام القران، (100/02)

الثالث: لما كان الولي منهيًا عن العضل إذا زوجت هي نفسها من كفو فلا حق له في ذلك كما لو نهي عن الربا والعقود الفاسدة لم يكن له حق فيما قد نهي عنه فلم يكن له فسخه

قال تعالى " فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " (البقرة/ 230) وجه الاستدلال: <sup>(1)</sup> استدلووا بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: إضافة عقد النكاح إليها في قوله تعالى: " حتى تنكح زوج غيره" الوجه الثاني: قوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يتراجعا" فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها." <sup>(2)</sup>

وجه الاستدلال: يطلق اسم الأيم هنا على ظاهره في اللغة والمقصود به كل امرأة لا زوج لها كانت صغيرة أو كبيرة أو بكرًا أو ثيبًا إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز وبهذا فالولي ليس من أركان صحة النكاح بل من تمامه وجماله <sup>(3)</sup>

القول الثالث:

قول أبو ثور: إن زوجت نفسها بإذن الولي صح النكاح، وإن تزوجت بغير إذنه لا يصح <sup>(4)</sup>

القول الرابع: يتخرج عن رواية ابن القاسم عن مالك قول آخر مفاده أن اشتراط الولاية سنة وليس فرضًا وذلك انه روي عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وانه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من

(1) أحكام القرآن، الحصص (101/02)

(2) مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم (2121)، (1037/02)

(3) إكمال المعلم بفوائد مسلم (565/04)

(4) شرح السنة، (42/09)، لكن الإمام ابن حزم نقل قولاً آخر لأبي ثور يقول فيه: لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها و لا أن تزوج امرأة ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز، المؤمنون إخوة بعضهم أولياء بعض، أنظر: المحلى، (593/09)

الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكأنه من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك<sup>(1)</sup>

### الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء تبين أن قول الجمهور هو الراجح لقوة أدلتهم لكن دون تعسف للولي في استعمال هذا الحق الذي خوله له الشارع

الولاية على المرأة في النكاح هي مظهر تكريم لها وتشريف، حيث نصب لها الشارع ممثلاً يدافع عنها ويحامي عن حقوقها، في عقد لو هي تولته لنفسها بنفسها لغلبها الحياء و أسقطت كثيرا من حقوقها مع العلم أن الولي اقدر على اختيار صاحب الخلق والدين لابنته والذي قد يسعد المرأة ويصون حقوقها لأنه أكثر تجربة منها وتبصرا بحقائق الأمور، ثم إن مبدأ الولاية في عقد النكاح يقوم على أساس التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد الخطير فهو عقد لا تعود آثاره على الزوج والزوجة فحسب، بل يصيب الأهل والأولياء كذلك شيء من آثاره تكريما واعتزازا أو عارا وحطة<sup>(2)</sup> هذا وقد ذكر الإمام القرافي رحمه الله في الفرق الرابع والخمسون والمائة بين "قاعدة الحجر على النسوان في الأبضاع، وبين قاعدة الحجر عليهن في الأموال"<sup>(3)</sup> وخلص إلى ترجيح الولاية في النكاح بخلاف الأموال وهذا لان الأبضاع اشد خطرا و أعظم قدرا

**الجانب القانوني:** مسألة ولاية الرجل على المرأة في الزواج مما أثار الكثير من الجدل والنقاش خاصة في عصرنا هذا الذي صار فيه بعض الناس يستنكرون أن تخضع المرأة لولاية أبيها أو أخيها أو من هو ولي لها في الزواج خاصة المرأة المتعلمة والمتقفة ، والحق أن ولاية الرجل ثابتة على المرأة في الشرع ليس لأنها لم تكن متعلمة ولا مثقفة وإنما لأنها امرأة وكفى، بغض النظر عن مستواها التعليمي أو منصبها الاجتماعي ، والمتتبع لمنهج قانون الأسرة الجزائري في التعامل مع عنصر الولي يتبين له ما يلي:

(1)بداية المجتهد ونهاية المقتصد (31/02)

(2) مدونة الفقه المالكي و أدلته، (557/02)

(3) الفروق ، وبخاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط، (236/03)

## 1- من حيث طبيعة عنصر الولي:

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر<sup>(1)</sup> من الأمر 05-02 الولي شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا من الأركان لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا كما نص عليه في المادة 09<sup>(2)</sup> وهو بذلك يكون قد خالف رأى جمهور الفقهاء الذي يعتبرون الولي ركنا من أركان عقد الزواج، كما خالف رأى الأحناف الذين لم يعتبرونه لا ركنا ولا شرطا<sup>(3)</sup> فالولي هو في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج فهل يعني بذلك أن غياب أو تغييب الولي عن مجلس إبرام عقد زواج ابنته سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أو فساد العقد؟ أو أن هذا الولي غير معتبر قانونا وانه إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار؟ ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته؟<sup>(4)</sup>

2- من حيث مباشرة العقد:<sup>(5)</sup>

ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصر، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الأسرة في الفقرة الأولى بقولها م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"<sup>(6)</sup> أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه المادة 11 في الفقرة الثانية م2/11 " يتولى زواج القصر أولياهم و هم الأب، فاحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " فالمشرع الجزائري قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها ، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر

- (1) أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حيث جاء في نصها ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج
- (2) عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"
- (3) الوجيز في قانون الأسرة، ص: 32
- (4) قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ص: 41
- (5) الوجيز في قانون الأسرة ، ص: 32
- (6) عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وحررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في يونيو 1984 كما يلي: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"

تختاره ، وهو ما يفتح الباب أمام التأويل ، لان "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير و بالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر يكون من الغير وهذا يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن<sup>(1)</sup> ورأي المشرع هذا ينسجم و فلسفته المنتهجة في مسألة الولاية في النكاح والتي تقوم على اعتبارها أمرا شكليا غير ذي بال، ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد<sup>(2)</sup> ويا حبذا لو أن المشرع الجزائري منح الولي حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد الزواج مع غير كفاء أو فاسق أو فاجر، مع العلم أن أمر الزواج لا يهيم المرأة وحدها بقدر ما يهيم أسرتهما وأقاربها أيضا ، وان ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر<sup>(3)</sup>

3- من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم<sup>(4)</sup> يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصر فبالنسبة للراشدة ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء ، وهو ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 11 السالفة الذكر، ومن ثم فلها أن تختار من تشاء ليكون وليا عليها في عقد نكاحها، فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة ولم يراع الترتيب بين القرابة ولا بين القرابة والأجانب، و عندئذ لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط وأعطاهما نفس الدور والدرجة فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد، وحتى القاضي لم يعد له دور في عقد المرأة الراشدة كما كان في القانون السابق الذي كان ينص على أن "القاضي ولي من لا ولي له" مع هذا التوسع غير مبرر مع الأولياء

4- من حيث علاقة الولي بركن الرضا: <sup>(5)</sup> ليس لولي المرأة الراشدة دخل في مسألة الرضا، لان الزواج عقد رضائي المادتان (4، 9) ولأنها تباشر العقد بنفسها (المادة 1/11) أما بالنسبة للقاصر فان الولي لا يملك إجبارها على الزواج ، حيث تشترط المادة 13 موافقتها لإبرام الولي عقد زواجها حيث تنص على انه " لا يجوز

(1) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ص: 66

(2) قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، ص: 43

(3) الوجيز في قانون الأسرة، ص: 33، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص: 112

(4) الوجيز في قانون الأسرة، ص: 33

(5) الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص: 389

للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "وبما أن القانون قد اشترط ترخيصا قضائيا لزواج القصر (المادة 07) فلا دخل للولي كذلك في مسألة الرضا متى حصلت على الترخيص

### 5- من حيث أثر تخلف عنصر الولي في عقد الزواج<sup>(1)</sup>:

مما يستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية في التزويج يتضح أن المشرع الجزائري قد اعتبر رضا المرأة واختيارها في عقد زواجها، فمن زوجها وليها فلا يكون زواجها صحيحا إلا إذا كانت بالغة راشدة ، و تعتبر ولايته ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي وخلافا لما هو عليه المذهب المالكي .

هذا وعلى اعتبار المشرع الجزائري قد اعتمد المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا مباشرة عقد زواجها بنفسها، فانه يعترض عليه من أوجه:

**الوجه الأول:** بالرغم من تعدد الروايات في المذهب الحنفي<sup>(2)</sup> في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها بنفسها، إلا أن المشرع الجزائري لم يتقيد بواحدة منها جملة وتفصيلا بل عمد إلى التلفيق بين اضعف الروايات عند الحنفية مع عدم مراعاة ترتيب الأولياء من جهة القرابة ، فسوى بين القريب والبعيد والأجنبي وهذا مخالف لما عليه المالكية و الجمهور

**الوجه الثاني:** بالرغم من قول الحنفية بجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة بعقد زواجها، فقد أعطوا مع ذلك للولي حق الاعتراض والفسخ ورفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر الممثل وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع الجزائري.

ومنه يتضح بان المشرع الجزائري لم يعتمد رأى الحنفية بمختلف رواياتهم، ولا اخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي ولا حتى الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج

(1) أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص: 123

(2) ذكر ابن الهمام في عدم اشتراط الولي في المرأة البكر البالغة العاقلة سبع روايات للحنفية: أنظر شرح فتح القدير (246/03)

حتى في مسألة منع الإجماع ترك المشرع مذهب المالكية واختار مذهب الحنفية أما فيما يخص مسألة العضل أي عضل الولي فلم يكن المشرع الجزائري بحاجة إلى الكلام عليها ، بل بات الولي الشرعي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في الولاية<sup>(1)</sup>

فالولاية في النكاح هي ولاية توجيه وتسيير وصيانة، وليست ولاية استبداد وإجماع واستغلال فأحكام الولاية من الأحكام الثابتة التي لا تقبل التغيير والتبديل لان طبيعة المرأة ثابتة لا تتغير وحاجتها الفطرية إلى الزواج قد تدفعها إلى التسرع في إبرام عقد الزواج مع من يتقدم إليها، ولذلك فان الوسيلة الوحيدة لحمايتها من الوقوع في أخطاء فادحة تعود على حياتها بأوخم العواقب هي إثبات الولاية عليها

#### المطلب الرابع: مدى سلطة الحكّمين في التفريق

لما كان الغرض من الحياة الزوجية إقامة أسرة مستقرة عن التشريع الإسلامي، لضمان المودة والسكينة في بيت الزوجية قد يحدث العكس ويشتد الخلاف بين الزوجين ويتمكن دون معرفة من المسيء منهما ، وقد تعذر الإصلاح بينهما في محيط الأسرة بعيدا عن التدخلات الخارجية ، فيلجأ إلى التحكيم بغرض فض المنازعات و الخلافات القائمة بين الزوجين دون اللجوء إلى القضاء نظرا لطبيعة الإجراءات المتبعة أمامه ، والتي يجد فيها الناس كثيرا من المشقة والتعب ويتحقق من خلال نظام التحكيم مصلحتين:

مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه

مصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم الخاصة بإجراءات التقاضي وتعقيداتها

لكن وبعد بعث الحكّمين للإصلاح بين الزوجين لم يجد هذا نفعاً ولم يوفقا الحكمان في مهمتهما للإصلاح

بين الزوجين، فهل لهما أي الحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين ؟ أم تنتهي مهمتهما عند إخفاقهما دون أي نتيجة

اختلف الفقهاء في حق الحكّمين في التفريق بين الزوجين دون توكيل من الزوجين على قولين:

(1) الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي ص: 389 وما بعدها، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص: 123

## القول الأول:

أن الحكمين حاکمان يملكان الجمع أو التفريق بين الزوجين بغير رضاهما، لأنهما يستمدان سلطتهما من سلطة القاضي فلهما الحرية في اتخاذ ما يريانه مناسباً إما الإصلاح أو التفريق و هذا مذهب المالكية<sup>(1)</sup> و الشافعي في أحد القولين عنه<sup>(2)</sup>

و أحمد في إحدى الروايتين<sup>(3)</sup> وهذا مروى عن: علي وابن عباس رضي الله عنهما وقول سعيد بن المسيب و سعيد بن جبیر و الأوزاعي والشعبي<sup>(4)</sup> و اختاره ابن تيمية<sup>(5)</sup> وابن قيم الجوزية<sup>(6)</sup> وأساس هذا القول هو اعتبار الحكمين حاکمين والحاكم لا يحتاج في حكمه استحصال الإذن والموافقة من المحكوم له أو من المحكوم عليه ، فكذا الحال بالنسبة للحكمين<sup>(7)</sup> و استدلو بما يلي:

## القرآن:

قال تعالى " وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً " (النساء/35)

وجه الاستدلال: استدلال أصحاب هذا القول بهذه الآية من أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن الخطاب في قوله تعالى "وان خفتن" توجه إلى الحاكم أو من يقوم مقامه ، فافتضى أن يكون إنفاذ الحكمين من جهة الحكم لا من جهة الزوجين ، فوكلاهما بالجمع أو التفريق<sup>(8)</sup>

(1) المعونة على مذهب عالم المدينة، (593/01)

(2) الحاوي الكبير، (602/09)

(3) المغني (264/10)

(4) الطبري، (223/06) ، المغني (264/10)

(5) مجموع الفتاوى (25/32 وما بعدها)

(6) زاد المعاد (184/05)

(7) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية (427/08)

(8) الطبري، (716/06)، قال الإمام ابن كثير رحمه الله : "فان تفاقم أمرهما وطالت خصومتها، بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة، وثقة من قوم الرجل، ليجتمعا وينظرا في أمرهما ، ويفعلا ما فيه المصلحة مما يريانه من التفريق أو التوفيق" أنظر : تفسير القران العظيم، (737/01)



**الوجه الثاني:** قوله تعالى "حكما من أهله وحكما من أهلها" الحكمان يعتبران حاكمين، و هذه هي صفتها فليس هما بوكيلين عن الزوجين، وما دام كذلك فلهما سلطة الجمع بين الزوجين كما لهما سلطة التفريق بينهما دون حاجة إلى توكيل من الزوجين.<sup>(1)</sup>

**الوجه الثالث:** لو كان وكيلين عن الزوجين لما سماهما حاكمين ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه ، وهذا ظاهر الآية ، فهما قاضيان لا وكيلان وللولكيل اسم في الشريعة ومعنى وللحكم اسم في الشريعة ومعنى ، فإذا بين الله سبحانه وتعالى كل واحد منهما فلا ينبغي أن يركب معنى أحدهما على الآخر<sup>(2)</sup>

**الوجه الرابع:** قوله تعالى "إن يريدوا" يرجع أيضا إلى الحكمين فدل على أن لهما إرادة خارجة عن إرادة الزوجين، فلو كان وكيلين لكانت إرادتهما هي إرادة الزوجين<sup>(3)</sup>

**الإجماع:** ممن قال بهذا القول من الصحابة عثمان بن عفان، وعلي وابن عباس ومعاوية، حيث جعلوا الحكم إلى الحكمين، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف و إنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم<sup>(4)</sup> ، قال الإمام ابن كثير رحمه الله: "و قد أجمع العلماء على أن الحكمين لهما الجمع والتفرقة"<sup>(5)</sup>

**المعقول:**

إن القول بأنهما حكمان و لهما حق التفريق إذا لم يمكن الإصلاح يتفق مع روح القرآن الكريم و نصوصه، ومع الأحاديث المأثورة و القواعد الكلية، فقد قال الله تعالى "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان" (البقرة/229) و قد فات الإمساك بالمعروف لتعذر الإصلاح فتعين التسريح بإحسان، و رفع الضرر بالفرقة وإزالة الضرر الواقع على أحدهما، ولا يمكن رفع الظلم إلا بهذا، والضرر يزال وبالزمامه إيفاء الحق وترك الإضرار<sup>(6)</sup>

(1) المغني (264/10)، المعونة ، (593/01)

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، (539/01)، ابن كثير، المرجع السابق ، (737/01)

(3) زاد المعاد (184/05) وما بعدها

(4) المرجع السابق، (185/05)

(5) ابن كثير ، المرجع السابق ، (737/01)

(6) أسباب انحلال العقود غير المالية ، (355/01)

## القول الثاني:

إن الحكمين وكيان ، ليس لهما حق التفريق إلا إذا وكلهما الزوجان بذلك ولأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنها ، فمهمتهما الإصلاح فحسب ، وهذا مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والظاهرية<sup>(2)</sup> وهو قول للشافعية<sup>(3)</sup> و الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(4)</sup> وهو قول الحسن البصري وعطاء وقتادة<sup>(5)</sup> وأساس هذا القول هو اعتبار الحكمين وكيلين عن الزوجين، هذا عن الزوج والآخر عن الزوجة ، وتصرف الوكيل بقدر ما يأذن له به الموكل وبناء على ذلك إذا تعذر الإصلاح على الحكمين ولم يوفقا إليه ، فعليهما أن يردا الأمر إلى الحاكم و يخبرانه بما علماه من حال الزوجين ليتصرف هو في ضوء ذلك بحسب اجتهاده<sup>(6)</sup> و استدلل أصحاب هذا القول بما يلي:

## القران:

قال تعالى "إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما"

## وجه الاستدلال:

لم يقل المولى تبارك وتعالى في هذه الآية إن يريدوا فرقة وإنما يوجه الحكمان ليعظما الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه، و أما قول من قال يفرقان و يخلعان من غير توكيل من الزوجين فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة<sup>(7)</sup> قال تعالى " و ءاتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"(النساء/4).

(1) الجصاص، المرجع السابق ، (151/03 وما بعدها)

(2) المحلى ، (106/10)

(3) الشافعي، الأم ، (299/06)

(4) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (380/08)

(5) الطبري، المرجع السابق ، (719/06)

(6) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، (427/08)

(7) الجصاص، المرجع السابق ، (154/03 وما بعدها)

## وجه الاستدلال: (1)

إن الله لم يبيح للزوج أن يأخذ من مال الزوجة إلا عن طيب نفس منها فكيف يجوز للحكمين أن يخلعا بغير رضاه، و يخرجها المال عن ملكها دون رضاها فمن قال إن للحكمين الحق في المخالعة دون رضا الزوجين خالف قول الله تعالى "يا أيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" (النساء/29) فمنع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه

ليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا ، ولا أن ذلك للحاكم و قد قال الله تعالى "ولا تكسب كل نفس إلا عليها"(الأنعام/164) فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد ولا أن يفرق بين رجل وامرأته<sup>(2)</sup>، كما أن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما<sup>(3)</sup>، والطلاق لا يملكه إلا الزوج، ومن فوض الزوج إليه ذلك ، كغير حال الشقاق فلا يجوز إلا بإذنه<sup>(4)</sup> ولعل سبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى خلافهم في كون الحكمين وكيلين عن الزوجين أو أنهما حكمان، فمن قال هما وكيلان فليس لهما حق التفريق لأنه ليس للوكيل تجاوز ما وكل به ، و من قال هما حكمان أرسلهما القاضي لحل النزاع، و الحكم يفعل ما يرى به المصلحة في حل النزاع إصلاحا أو تفريقا، قال لهما حق التفريق لأنه لا يجوز ترك زوجين نشب بينهما الشقاق وتعذر عليهما الإصلاح، دون علاج، ولا علاج بعد هذه المحاولات إلا التفريق بينهما<sup>(5)</sup>

## الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء تبين بان القول الراجح والله أعلم هو القول الأول و الذي يقضي بان الحكمين حاكمان لهما الحق في التفريق إن رأيا المصلحة في ذلك دون توكيل من الزوجين كما لهما حق الجمع لقوة ما استدلوا

(1) المرجع السابق، (154/03)

(2) ابن حزم ، المحلى ، (107/10)

(3) ابن قدامة، المرجع السابق ، (264/10)

(4) المذهب في فقه الإمام الشافعي، (488/02)

(5) احمد اليوسف ، المرجع السابق ، (345/01)

به، ولأنه من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي رفع الضرر (الضرر يزال) و إزالة الظلم ، ولا يتحقق هذا إلا بإعطاء الحكّمين الصلاحيّة في الجمع و التفريق بدون الرجوع للزوجين، و قد رجح هذا القول كثير من الفقهاء و منهم الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله في زاد المعاد<sup>(1)</sup>

### الجانب القانوني:

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما

يعين القاضي الحكّمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"

حيث نصت هذه المادة على وجوب تعيين الحكّمين للإصلاح بين الزوجين عند اتساع هوة الخصاص و الشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصومة<sup>(2)</sup> في حين نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز تعيين حكّمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين وجاء نصها كما يلي "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"<sup>(3)</sup>، كما يتضح من خلال نص المادة 449 من نفس القانون ، أنه يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكّمين تلقائيا إذا ثبت له فشلها في الإصلاح حيث جاء نصها كما يلي: "يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكّمين تلقائيا إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة" و ما يمكن إبداءه من ملاحظات حول موقف المشرع الجزائري من مسألة نذب الحكّمين للإصلاح بين الزوجين ما يلي:

أولاً: إن المهمة الأساسية للحكّمين هي التوفيق بين الزوجين، كما يقومان بتقديم تقريرا مفصلا عن مهمتهما التوفيقية أو الإصلاحية للقاضي الذي عينهما في أجل لا يتعدى شهرين و هذا الاتجاه القانوني يوافق القول غير المشهور في المذهب المالكي و الذي يعتبر الحكم بمثابة الشاهد عند الحاكم، والشاهد في القضاء لا يزيد دوره على

(1) المرجع السابق، (357/01)، ابن قيم، زاد المعاد، المرجع السابق، (184/05)

(2) داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص: 221

(3) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/2/25، الجريدة الرسمية، العدد: 21، المؤرخ في 2008/4/23

أداء شهادته و الإدلاء بها في مجلس الحكم وهو بذلك يخالف القول الراجح في المذهب و الذي أعطى للحكمين الحق في التفريق بين الزوجين حال تعذر الإصلاح بينهما.<sup>(1)</sup>

ثانيا: خص المشرع ندب الحكمين بحالة واحدة تعد سببا من أسباب التفريق القضائي بين الزوجين و تتمثل هذه الحالة في تفاقم الخصام بين الزوجين واستمرار الشقاق دون أن يثبت الضرر في ذلك، ومنه يشترط لتعيين الحكمين في دعوى التلطيق للشقاق، علما بان تقدير شدة الخصام هنا أمر يتعلق بموضوع الدعوى و لذلك يخضع لقاضي الموضوع.<sup>(2)</sup>

ثالثا: عند القيام بالمقارنة بين نص المادة 56 من قانون الأسرة ونص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد تباينا في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاءت في المادة 56 من قانون الأسرة عبارة "وجب تعيين حكمين" وهذا يعني أن القاضي عندما يلاحظ تواصل الخصام يجب عليه اللجوء إلى التحكيم، أما ما جاء في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أشار إلى عبارة مغايرة تماما وهي "جاز للقاضي أن يعين حكمين" وهذا يعني عدم الوجوب، لان الوجوب ينفي السلطة التقديرية للقاضي ، أما الجواز فيثبتها و يجعل اللجوء إلى التحكيم خاضع لتقدير القاضي<sup>(3)</sup>

#### دور الوسيط القضائي عند المشرع الجزائري:<sup>(4)</sup>

تعتبر الوساطة أسلوبا من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج أروقة القضاء، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر، و رغبة من المشرع الجزائري في مسايرة التوجه العالمي الحديث، عمل على إدماج الوساطة ضمن أحكام القانون الجديد و هذا ضمن المواد (994-1005) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(5)</sup>، وفق إجراءات بسيطة يكون فيها للوسيط النزيه دورا محايدا لتقريب وجهات نظر الخصوم، لكن هذا

(1) داودي عبد القادر ، المرجع السابق ، ص: 221

(2) محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص: 662

(3) ايت شاوش دليلا، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص: 253

(4) شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ص: 523 وما بعدها

(5) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008

لا يعني غل يد القاضي عن النزاع أو أن ولايته بالنسبة للقضية قد انتهت ، بل يستمر القاضي في متابعة مجرياتها وله في ذلك سلطة واسعة لاتخاذ جميع التدابير التي يكون من شأنها المساهمة في حل النزاع، وفي خلاصة الكلام عن نظام التحكيم الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في حالة حدوث الشقاق بين الزوجين لا يجوز إهماله، لأنه نظام مهم ومفيد لحل مشاكل كثيرة قد تقع بين الزوجين وما تسببه هذه المشاكل من شقاق بينهما قد تؤدي إلى الطلاق و لكن الظاهر أن هذا النظام لم يعط الاهتمام الكافي لا من القضاة ولا من أهل الزوجين، فالإنسان ليس بحاجة دائما إلى قاض يصدر الأحكام و يسלט العقوبات، وإنما بحاجة إلى أخذ ورد وترغيب ، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعلاقة الزوجية فكثيرا ما تدوب كل الخلافات في جلسة للحكمين ، وبهذا نظمن استقرارا لأسرنا و هدوء لبيوتنا.

#### الخاتمة:

من خلال هذا العرض التحليلي المقارن لأهم المسائل الأسرية التي خالف فيها المشرع الجزائري المذهب المالكي، يمكن استنتاج بعض النتائج نوردتها فيما يلي:

- ما هذه المسائل إلا نماذج من هذا القانون فهي ليست على سبيل الحصر ، فالمشرع الجزائري لم يوفق في التعديل الذي جاء به الأمر 05\_02 وذلك أنه لم يوفق بين المصلحة و متطلبات العصر من جهة والنص من جهة أخرى، مما جعله إلى الأخذ بالمرجوح من الآراء الفقهية في بعض الأحيان فيقع بذلك في التلغيق الممنوع، أو الأخذ بالرأي الشاذ أو الضعيف في المذاهب الفقهية

- حتى وان وافق المذهب المالكي في بعض المسائل لكن هذا لم يخلوا من الانتقاد بحيث انه تبني القول غير المشهور في المذهب سعيا منه لإرضاء المطالبين بإبقاء هذا القانون في حدود نطاق الشريعة الإسلامية بناء على قواعد المذهب المالكي السائد في البلد و مرد هذا يكمن فيما يواجهه قانون الأسرة حاليا من التصادم الواقع بين الفكر الحديث و الفكر التقليدي

- سبب الخوض في هذا الموضوع هو أنه أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تيسر لي الاطلاع عليها قيدت القاضي بالمذهب الفقهي الذي ينجح إليه عند انعدام النص التشريعي عند بيان أي حكم لمسألة ما وهذا كالمشرع الإماراتي حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة الثانية " وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي تم مذهب أبي حنيفة"

- مرجع القضاء في الجزائر في قضايا شؤون الأسرة تميز بالتطور قبل صدور قانون الأسرة، فمن اعتماده على المذهب المالكي إضافة إلى المذهب الإباضي في المناطق التي تتمذهب به، إلى إقرار المذهب الحنفي في بعض مسأله

- قانون الأسرة الجزائري هو تقنين لقواعد مستمد من الفقه الإسلامي، غير لا يمنع من ذكر بعض التوصيات:

- استغلال اجتهادات المحكمة العليا في ضان توحيد الاجتهاد القضائي

- تقنين المسائل الخلافية لحسم الخلاف

- أحكام الأسرة تعتبر من النظام الشرعي العام و من ثم لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو منصوص عليه شرعا

- ضرورة الالتزام بالمذهب المالكي السائد في البلد و هذا لتسهيل مهمة القضاة و ضمان مبدأ السير الحسن لإجراءات الدعاوى المطروحة على قسم الأحوال الشخصية في المحاكم و المجالس القضائية

- إشراك الباحثين المتخصصين في مجال الأحوال الشخصية بما فيهم أئمة المساجد و الأساتذة الجامعيين لأنهم على دراية بفقه الواقع و أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و ذلك دفعا لأي مفسدة، لان نجاح أي تعديل مستقبلي لقانون الأسرة مرهون بإشراك هؤلاء المتأهلين من ذوي الكفاءة والاختصاص حتى نصل إلى حلول توفيقية لمشاكل الأسرة و التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وفي الأخير فان هذه التوصيات التي ارتأيتها تبقى محل تقدير و نظر حسب تعدد وجهات النظر و اختلاف الأفهام.

## قائمة المصادر والمراجع:

- 1- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430هـ 2009م
- 2- أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، داودي عبد القادر، الطبعة الثانية ، 2010م، دار البصائر الجزائر
- 3- أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، 1434هـ 2013م، دار الوعي الجزائر
- 4- أحكام القران، ابن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، 2003م 1424هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 5- أحكام القران، الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، 1412هـ 1992م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- 6- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، قدم له: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت
- 7- الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة
- 8- أساس البلاغة للزمخشري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، الطبعة الأولى ، 1419هـ 1998م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 9- أسباب انحلال العقود غير المالية ، أحمد اليوسف ، الطبعة الأولى، 1430هـ 2009م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان
- 10- الإشكالات الواردة على تطبيق المادة222من قانون الأسرة الجزائري، إسماعيل الشيخ، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانبا، 1434هـ 2013م
- 11- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، قرأه و قدم له وعلق عليه و خرج أحاديثه وأثاره، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التحرير: أبو عمر أحمد، الطبعة الأولى، رجب 1423هـ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية
- 12- إكمال المعلم بفوائد مسلم، القاضي عياض، تحقيق: يحي إسماعيل، الطبعة الأولى، 1419هـ 1998م، دار الوفاء، المنصورة



- 13- -المنتقى شرح موطأ مالك، الباجي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، 1420هـ 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 14- الأم، الشافعي، تحقيق وتخرّيج: رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، 1422هـ 2001م، دار الوفاء، المنصورة
- 15- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرادوي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، الطبعة 1418هـ 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 16- إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، ايت شاموش دليلة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014
- 17- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ضبطه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، الطبعة الأولى، 1418هـ 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 18- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، 1420هـ 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 19- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، أحمد الصاوي، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، الطبعة الأولى، 1415هـ 1995م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان
- 20- البناية في شرح الهداية، العيني، الطبعة الثانية، 1411هـ 1990م، دار الفكر، بيروت، لبنان
- 21- تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بن زيطة عبد الهادي، الطبعة الأولى، 1428هـ 2007م، دار الخلدونية، الجزائر
- 22- تفسير الطبري، حققه: محمود محمد شاكر، راجعه وخرج أحاديثه: أحمد محمد شاكر، الطبعة الثالثة، مكتبة ابن تيمية، القاهرة
- 23- تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، الطبعة الأولى، 1423هـ 2002م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان
- 24- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية
- 25- الحاوي الكبير، الماوردي، تحقيق، علي محمد معوض، عادل عبد الموجود، قدم له وقرظه: محمد بكر إسماعيل، عبد الفتاح أبو سنة، الطبعة الأولى، 1414هـ 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 26- الذخيرة، القرافي، تحقيق: محمد بوخيزة، الطبعة الأولى، 1994م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان

- 27- زاد المعاد لابن قيم، تحقيق: عماد زكي البارودي، خيرى سعيد، المكتبة الوقفية، مصر، القاهرة
- 28- سبل السلام ، الصنعاني، تعليق وتخرّيج: ابي عبد الرحمان عادل بن سعد، 1428هـ 2007م، الكتاب العالمي، للنشر، بيروت، لبنان
- 29- سنن ابن ماجة، ، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، الطبعة الأولى، 1430هـ 2009م، دار الرسالة العالمية، دمشق
- 30- سنن أبو داود، ، إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، الطبعة الأولى، 1418هـ 1997م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان
- 31- سنن الترمذي، ، تحقيق وتخرّيج: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثانية ، 1388هـ 1968م
- 32- شرح السنة، البغوي، تحقيق: شعيب الارنؤوط، الطبعة الثانية ، 1403هـ 1983م، المكتب الإسلامي، بيروت
- 33- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الدر دير، خرج أحاديثه: مصطفى كمال وضيف، دار المعارف، القاهرة
- 34- شرح صحيح البخاري لابن بطلال، ضبط نصه وعلق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض
- 35- شرح صحيح مسلم، القاضي عياض، تحقيق: يحيى إسماعيل، الطبعة الأولى، 1419هـ 1998م، دار الوفاء، المنصورة
- 36- شرح فتح القدير لابن الهمام، علق عليه وخرج أحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، 2003م 1424هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 37- شرح قانون الإجراءات المدنية والادارية، بربارة عبد الرحمان، الطبعة الاولى، 2009 ، منشورات بغدادادي، الجزائر
- 38- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، بن شويخ الرشيد، الطبعة الأولى، 1429هـ 2008م، دار الخلدونية، الجزائر
- 39- شرح منتهى الإرادات، البهوتي، تحقيق: عبد الله بن محسن التركي، الطبعة الأولى ، 1421هـ 2000م، مؤسسة الرسالة، ناشرون
- 40- صحيح البخاري، ، تشرف بخدمته والعناية به، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة
- 41- صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان

- 42- الفتح الباري، ابن حجر، طبعة منقحة اعتنى بها: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الثالثة، 1420 هـ 2010م، دار الفيحاء، دمشق
- 43- الفروق ، القرافي، وبجاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط، تحقيق: عمر حسن القيام، الطبعة الثانية ، 1432 هـ 2011م، دار الرسالة العالمية، دمشق
- 44- الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، الطبعة الثالثة، 1426 هـ 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان
- 45- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، عبد العزيز سعد، الطبعة الثانية ، 2009م، دار هومه، الجزائر
- 46- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 47- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يتضمن قانون الأسرة
- 48- المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، التواني بن التواني، الطبعة الثانية، 1431 هـ 2010م، دا الوعي، الروبية، الجزائر
- 49- المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان
- 50- مجموع الفتاوى لابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمان قاسم وساعده ابنه محمد، 1425 هـ 2004م، إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، مجمع ملك فهد لطباعة المصحف الشريف
- 51- محاضرات في الفقه المقارن، محمد سعيد رمضان البوطي، الطبعة الثانية، 1422 هـ 2001م، مداف الفكر، دمشق، سوريا
- 52- المحاضرات في نظرية القانون، إمام محمد علي، 1953، دار النهضة، القاهرة
- 53- المحلى، ابن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، 1426 هـ 2005م، مكتبة دار التراث، القاهرة
- 54- مدونة الفقه المالكي و أدلته، الصادق عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى ، 1423 ، 2002، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان
- 55- المذهب المالكي، مدارسه ومؤلفاته، خصائصه وسماته، محمد المختار الماحي، الطبعة الأولى، 1422 هـ 2002م، مركز زايد للتراث والتاريخ، الإمارات العربية المتحدة

- 56- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، محمد الأمين بن الشيخ، الطبعة الأولى، 1423 هـ 2002م، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي
- 57- معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، تحقيق و ضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر
- 58- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى ، 1418 هـ 1998م، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان
- 59- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشر بيني، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، قدم له وقرضه: محمد بكر إسماعيل، الطبعة الأولى، 2006م 1427 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 60- المغني لابن قدامة، 1403 هـ 1983م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان
- 61- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، عبد الكريم زيدان ، الطبعة الأولى، 1413 هـ 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان
- 62- منار السبيل في شرح الدليل، بن ضويان، تحقيق: أزهر الشاويش، الطبعة الخامسة ، 1402 هـ
- 63- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ضبطه وصححه: زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ، 1416 هـ 1995م ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- 64- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الخطاب، ضبطه: زكريا عميرات، الطبعة الأولى، 1416 هـ 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
- النصوص القانونية:**
- 65- نيل الأوطار الشوكاني، الطبعة الأولى ، 1430 هـ 2009م، شركة ابن باديس للكتاب، بولوغين، الجزائر
- 66- الوجيز في قانون الأسرة، كاملي مراد، مذكرة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2009
- 67- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، فاروق عبد الله كريم، 2004م، جامعة السليمانية.

