جامعة عبد الرحمن ميرة/ بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالبتين:
مسعودان حكيمة
حمادي خديجة

تحت إشراف:
أ/ إقروفه زبيدة

لجنة المناقشة

- الأستاذة أيت شاوش دليلة.....رئيسة
- الأستاذة أ/ إقروفه زبيدة.....مشرفة ومقررة
- الأستاذة بن مدخن ليلى .....ممتحنا

السنة الجامعية

2019 - 2018

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَسْئَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ ﴾

الأنبياء/ 7

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والدي الكريمين أطال الله في عمرهما

الإخوة، الأخوات، والأصهار

جميع الأساتذة الأفاضل

حكيمة

الإهداء

أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع إلى:

والدي الكريمين يحفظهما الله ويطيل في عمرهما

إخواني الأعزاء

جميع الأصدقاء

خديجة

شكر وعرفان

الشكر لله أولا على توفيقه وعونه في إنجاز هذا العمل

الشكر إلى من ساندتنا في إنجاز هذا العمل الدكتورة إقروفه زبيدة

والشكر موصول أيضا لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه

ونتقدم بتحية خاصة لكل الأساتذة نخص بالذكر أختي الدكتورة مسعودان فتيحة، الدكتور شيتر عبد الوهاب والدكتور لفقيري عبد الله.

قائمة بأهم المختصرات

ص	صفحة
ع	عدد
ج	الجزء
/	فقرة
الخ	إلى آخره
ح.ر	حديث رقم
د.ط	دون طبعة
ج.ر.ع	جريدة رسمية عدد
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.د.ن	دون دار النشر
د.س.ن	دون سنة النشر
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري

مقدمة

أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة للأسرة واعتبرتها من أهم المواضيع، فالمتتبع لنصوصها يجد أنّ هذا الموضوع قد ظفر بعدد كبير من النّصوص كقوله تعالى:﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ**﴾[1]، وقوله:﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**﴾[2]، وقوله أيضًا:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾[3].

تبعًا لذلك جاء قانون الأسرة الجزائري[4] موافقا لما جاء في الشّريعة الإسلامية حيث استند المشرع الجزائري في صياغته لأحكام هذا القانون إلى مصادر التّشريع الإسلامي من كتاب، سنّة، إجماع قياس، واجتهاد بما فيه المذاهب الفقهية المتعدّدة، ثمّ إن وجد هناك إغفال أو غموض في بعض النّصوص القانونية يحلينا إلى الفقه الإسلامي عمومًا دون تحديد مذهب معيّن كما هو الشّأن في المادة **222** من قانون الأسرة الجزائري الّتي تنصّ:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

وهو ما صرّح به أيضًا في مشروع قانون الأسرة التمهيدي باستنباط الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية السّنّية الأربعة، وموضوع بحثنا ينصبّ حول تأثّر المشرع الجزائري في صياغة نصوص قانون الأسرة بالفقه المالكي، ومثل هذا الأمر لا يمكن أن يتبيّن إلاّ من خلال تتبّع

---

[1]– سورة النساء، الآية 11.

[2]– سورة النساء، الآية4.

[3]– سورة البقرة، الآية 229.

[4]– قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.24 مؤرخ في 12 رمضان 1404هـ الموافق 12 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م، ج.ر.ع.15، مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 م.

وتأصيل وتحليل الأحكام الّتي أدرجها المشرع ضمن قانون الأسرة، والّتي من خلالها تتبيّن لنا بصمة الفقه المالكي عليها.

ونظرًا لصعوبة موضوع الدّراسة وتشعّبه وتعدّد الرّوايات في المذهب الواحد، بالإضافة إلى صعوبة استيعاب المصطلحات المستعملة لديهم، ما يستدعي بحث طويل ومعمق في ثنايا الكتب الفقهية ومقارنتها بمواد قانون الأسرة، كان من الأسباب الّتي جعلتنا ننتقي ما تيسّر لنا من النّماذج الّتي تأثّر فيها المشرع الجزائري أثناء صياغة نصوصه بالفقه المالكي.

تكمن أهمية دراسة الموضوع في بيان مدى ضرورة التّمسك بقواعد الشّريعة الإسلامية في سنّ قوانين الدّول الإسلامية، خصوصا ما تعلّق فيها بالأحوال الشخصية، ابتداءً من الكتاب، السنّة الاجماع، القياس، ونهاية بالفقه، فالتّصريح في مشاريع القوانين باستيفاء الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية السّنّية الأربعة، من شأنها المحافظة على المرجعية الفقهية الإسلامية عمومًا والمالكية خصوصًا باعتبارها المعتمدة في الشّمال الإفريقي ومنها الجزائر، كما تتجلّى أهميّته في صلاحية الفقه للتقنين ومواكبة العصر.

أمّا الأسباب الذّاتية، والموضوعية لاختيار هذا الموضوع هي:

- ✓ الرّغبة الشّخصية، فالموضوع يدخل في إطار القانون الخاص، وقانون الأسرة من فروعه وجلّ أحكامه مستمدّة من الشّريعة الإسلامية، ونجد رغبة البحث في هذا التخصص منذ مسارنا الدّراسي نظرًا لطبيعة مواضيعه ومصدرها.
- ✓ قانون الأسرة وإن جاء في ثوب مقنّن إلاّ أنّه ليس مجهودا فكريا بحتًا من المشرع، وإنّما استعان في صياغته بأحكام الشّريعة الإسلامية سواءً في التّبويب والتّقسيم، أو المحتوى فأحببنا أن نقف على ذلك خاصة ما استمد منه من الفقه المالكي.
- ✓ قلة الدّراسات الوافية للموضوع تفصيلًا وتعمقًا.

وتهدف الدّراسة إلى:

- ✓ إثراء المكتبة الجزائرية بمذكرة جامعية من أجل استفادة الباحثين منها، ممّا يعطيهم فرصة للإضافة واستكمال النّقائص، خاصة وأنّ القانون سريع الحركة والتأثّر بالمتغيِّرات.

- ✓ إبراز دور الفقه بما فيه الفقه المالكي في مساعدة القاضي على استيعاب وقائع النّزاع وتحقيق العدالة وبناء الأحكام القضائية عليها سواء حين صياغة قانون الأسرة، أو حين غياب نص قانوني ينظّم مسألة معينة.
- ✓ تثبيت وتدعيم المرجعية الفقهية المالكية.

بالنّسبة للدّراسات السّابقة، فإنّ موضوع أثر الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري لم يُبحث بحثًا كافيًا دقيقًا متخصّصًا يجمع شتات مسائله، وإن كانت بعض الدّراسات قد أشارت إليه جزئيًا فنّجد في هذا المقام:

مقالين للدكتورة إقروفه زبيدة تحت عنوان:

" أثر فقه مالك في المنظومة القانونية في الجزائر".

" أثر الفقه المالكي على قوانين الأحوال الشخصية العربية".

ومقال للدكتور جمال عياشي تحت عنوان: مكانة الفقه المالكي من الزواج في نصوص قانون الأسرة الجزائري".

مقال للدكتور غرابي أحمد بعنوان: المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة وموقع المذهب المالكي منها.

وتنبني دراستنا على الإشكالية الآتية:

ما مدى تأثّر المشرع الجزائري بالمرجعية الفقهية المالكية في صياغة نصوص قانون الأسرة؟.

سلكنا في معالجة موضوع بحثنا منهجين:

الأوّل المنهج التحليلي، وذلك بالبحث في ثنايا قانون الأسرة واستخلاص ما تيسّر من الصّور الّتي استقاها المشرع الجزائري من المذهب المالكي، والبحث فيما إذا كانت العودة إلى الفقه المالكي من غيره من الفقهاء أمراً وجوبيًا لا يمكن الاستغناء عنه، أم أنّه أمراً جوازيًا يخضع للسّلطة التّقديرية للقاضي.

الثّاني المنهج المقارن، أين استلزمت الدّراسة إجراء مقارنة بين ما هو وارد ضمن قانون الأسرة والمذاهب الفقهية الأربعة المتمثّلة في المذهب الحنفي، المالكي، الشافعي والحنبلي، ومنه

استخلاص المواطن الّتي تأثّر فيها المشرع الجزائري في صياغة مواده بالفقه المالكي دون باقي المذاهب الفقهية.

وسبيلًا للإجابة على الإشكالية المطروحة اتّبعنا الخطّة الآتية:

الفصل الأول: أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج وانحلاله

الفصل الثاني: أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث وعقود التبرّعات

أخيرا حوصلنا جملة من النتائج والمقترحات ضمنّاها في الخاتمة.

الفصل الأول

أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج وانحلاله

نظّم المشرّع الجزائري أحكام الزّواج وانحلاله في المواد **4** إلى **73** من قانون الأسرة، والّتي استمدّ أغلب أحكامها من الشّريعة الإسلامية من القرآن، السنّة، المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها والّتي أحالتنا إليها المادة **222** من قانون الأسرة، والّتي تنص:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، وهذه المادة خير دليل على أنّ المشرّع اعتمد في صياغة مواده على أحكام الشّريعة الإسلامية بمختلف فروعها وإن كان يخرج عنها أحيانا.

وما يهمّنا في هذا الفصل هو أثر المذاهب الفقهية في صياغة النّصوص المتعلقة بالزّواج وانحلاله بالضّبط بصمة الفقه المالكي فيهما، مع العلم أنّ المشرّع الجزائري صرّح في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة على استقاء الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية السّنّية الأربعة وغيرها.

والمتفحّص للنّصوص القانونية الّتي تحكم الزّواج وانحلاله، يجد أنّ المشرّع الجزائري اعتمد في عدد من مسائله على الفقه المالكي، وهو ما يتمّ دراسته في هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج.

المبحث الثاني: أثر الفقه المالكي في انحلال الزّواج وآثاره.

المبحث الأول

أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج

شرع الله عزّ وجلّ الزواج وجعله عقدًا مؤبدًا تسود فيه المودّة والرّحمة بين الزّوجين، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة الرّابعة من قانون الأسرة الّتي تنص:" **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"، إذ يعتبر كلٌّ منهما لباسًا، فراشًا سترًا، وسكن للآخر، حيث قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ** ﴾[1].

أثناء دراستنا لنصوص قانون الأسرة الجزائري في شقّها المتعلّق بأحكام الزّواج، تبيّن أنّ المشرّع تأثّر في صياغة بعض مسائله بالفقه المالكي، ويتجلّى ذلك في ما يخص مقدّمة الزّواج وبالذّات موضوع العدول عن الخطبة (مطلب أول)، ومسائل متعدّدة في إنشاء الرّابطة الزّوجية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أثر الفقه المالكي في العدول عن الخطبة

يكتسي الزّواج أهمّية بالغة في المجتمع عامة والأسرة خاصة، لهذا جرت العادة والعرف أن يسبق هذا الأخير فترة خطوبة، وهي غير ملزمة حيث يجوز العدول عنها، غير أنّه يحدث وأن يتبادل الخاطبين الهدايا فيما بينهم ما يطرح تساؤل حول مصير تلك الهدايا، والّتي تطرّق إليها المشرّع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة متأثّرًا في صياغتها بالمذهب المالكي، هذا ما نعرضه في هذا المطلب.

الفرع الأول

تعريف الخطبة

نتعرّض قبل البحث في بصمة الفقه المالكي في موضوع الخطبة إلى تعريفها كالآتي:

[1]– سورة البقرة، الآية187.

أولا: تعريف الخطبة لغة

للخطبة في اللّغة عدّة معاني نتطرّق فقط للمعنى الّذي له علاقة بالموضوع، فالخطبة من فعل خطب، وخِطْبٌ: فمن أراد إنكاح قال: نِكْحٌ، ويقال فلان يخطب عمل كذا: يطلبه[1]، والخطبة بالكسر يعني طلب المرأة للزواج[2].

ثانيا: تعريف الخطبة اصطلاحا

نُعرّف الخطبة فقهًا ثمّ قانونًا في الآتي:

1- **التّعريف الفقهي:** عرّف فقهاء الإسلام الخطبة بعدّة تعاريف متقاربة نذكر منها:

- " الخطبة إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك من الخاطب أو أهله"[3].

- "الخطبة طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[4].

وللخطبة عند فقهاء القانون تعاريف متقاربة نذكر منها:

-" التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها[5].

- "طلب الرجل التزويج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[6].

والخطبة نوعين: صريحة كأن يقول الخاطب أريد الزّواج من فلانة، وإمّا ضمنًا كأن يقول لها الرّجل إنّك جديرة بالزواج [7].

---

[1]- محمود أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.255.

[2]- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.87.

[3]- الزحيلي وهبة، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج.3، ط.2، دار الفكر، دمشق، 2006، ص.ص.17، 18.

[4]- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص.26.

[5]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.44.

[6]- بوفرورة كمال، شريقي نسرين، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص.12.

[7]- باوني محمد، « الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا »، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، مجلد 19، ع.1، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 1995، ص.61.

وتكمن الحكمة من الخطبة في إقامة الزّواج على أمتن الأسس، وأقوى المبادئ لتتحقّق الغاية منه وهي الدّوام، البقاء، سعادة الأسرة، الاستقرار، الوقاية من النّزاعات والخلافات، اطمئنان كل طرف إلى الآخر، ونشوء الأولاد في جوّ من الحب، الألفة، الودّ والسّكينة [1].

1- تعريف الخطبة قانونا

عرّف المشرّع الجزائري الخطبة في المادة **1/5** من قانون الأسرة على أنّها وعد بالزّواج حيث تنصّ المادة السّالفة الذّكر:" **الخطبة وعد بالزواج**"، كما أنّ المشرّع أجاز العدول عن الخطبة وذلك من خلال المادة **2/5** من القانون نفسه، والّتي تنصّ: " **يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**".

فالخطبة ليست عقد وإنّما مقدّمة من مقدّمات الزّواج، الغرض منها هو تَعرّف كل من الخاطبين على الآخر، إذ أنّها السّبيل إلى دراسة أخلاق، طبائع وميول الطرفين...الخ، ولكن بالقدر المسموح به شرعا، فإذا وجد التّلاقي والتّجاوب واطّمأن الطّرفان إلى أنّه يمكن التّعايش بينهما بسلام وأمان، وهي غايات يحرص عليها الجميع أمكن الإقدام على الزّواج[2].

يظهر من خلال المادة السّالفة الذّكر بفقرتيها الأولى والثّانية أنّ الخطبة مجرّد إجراء أوّلي لا يرقى إلى مستوى العقد، ومن ثمّ فالرّجوع عنها ورفض إتمامها حقّ ثابت شرعًا وقانونًا لكلّ طرف سواء الخاطب أو المخطوبة دون أن يتوقّف ذلك على رضا الآخر أو إذنه، وإن كان اعتبارها وعدًا يجعل التّراجع عنها في الأصل مذمومًا على أساس أنّ الوعد يجب الوفاء به مراعاة للنّصوص الّتي تحثّ على الوفاء بالوعود كقوله تعالى:﴿ **وَأَوفُوا بِالعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً** ﴾[3].

الفرع الثاني

أثر الفقه المالكي في هدايا الخطبة حالة العدول

عالج المشرّع الجزائري مسألة مصير الهدايا المتبادلة بين الخاطبين في حالة العدول عن الخطبة، متأثّرًا بذلك بأحد المواقف الفقهية، هذا ما نعرضه في هذا الفرع ابتداءً بعرض موقف المشرّع الجزائري(أولا)، وسرد موقف الفقهاء الأربعة(ثانيا).

---

[1]- الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1975، ص. 9.

[2]- المرجع نفسه، ص.10.

[3]- سورة الإسراء، الآية 34.

أولا: موقف المشرّع الجزائري في هدايا الخطبة حالة العدول

العدول هو ترك الخطبة والتّنازل عنها[1]، وهذا قد يقع من الخاطب، وقد يقع من المخطوبة وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة **5/2** من ق.أ الّتي تنصّ:"...**يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**".

وعليه فإذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة فُسخت.

يتخلّل فترة الخطوبة تسليم هدايا من كلا الطّرفين، والعدول عنها قد يؤدّي إلى تنازع حول ملكية تلك الهدايا ومدى استمرار تملّكها من قبل المهداة له، وقد فصلت في ذلك المادة **5/4** و 5 من ق.أ.ج. الّتي تنصّ:" **لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.**

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

يفهم من خلال نصّ هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري في حالة العدول قد نظر إلى الجهة العادلة ورتّب آثار عن ذلك، حيث أنّ الطّرف العادل سواء كان الخاطب أو المخطوبة لا يستردّ شيئا، وفي مقابل ذلك يستردّ الطّرف الآخر ما لم يستهلك ممّا أهداه أو قيمته.

وكرّست المحكمة العليا هذا الحكم في العديد من قراراتها[2].

مع العلم أنّ المادة **5** عدّلت بالأمر رقم 05 – 02 حيث كانت تنصّ:" **لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه،**

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد مالم يستهلك".

يفهم من خلال نصّ هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري قد بيّن مصير الهدايا المقدّمة من طرف الخاطب للمخطوبة بأنّها تردّ الهدايا غير المستهلكة إن كان العدول منها، في حين سكت عن مصير الهدايا المقدّمة من طرفها وكان العدول منه، حيث اكتفى بالقول أنّ الهدايا المقدمة منه

---

[1]– سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ص.38.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 92714، صادر بتاريخ 13– 07 – 1993، المجلة القضائية ع.1، 1995، ص.128.

لا تردّ، فتحتمل بذلك عدّة تأويلات سواء من طرف شُرّاح القانون أو من طرف القاضي الّذي تكون له سلطة تقديرية في ذلك.

ولذلك تفطّن المشرّع الجزائري إلى هذه المسألة، حيث تطرّق إلى ذكر مصير الهدايا المقدّمة من طرف المخطوبة للخاطب وكان العدول منه، وبذلك أصبحت المادة **5/4** و5 تنصّ:" **لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.**

وإذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

غير أنّ عبارة " **ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته**"، تحتمل تأويلين:

أوّلهُ أنّ المشرّع قيّد مجال الرّجوع في الهدايا غير المستهلكة، فإمّا أن يرجعها الطّرف العادل عينا أو قيمة، وهو المفهوم الدّقيق لتلك العبارات، فحرف " **أو**" يفيد الخيار بين ردّ الهدايا المتبقية عينًا أو نقدًا.

وثانيها أنّ الطّرف العادل يرجع القائمة بعينها، أمّا المستهلكة فيرجع قيمتها.

إضافة إلى أنّ المشرّع جزم في حرمان الطّرف العادل عن الخطوبة من استرداد ما وهبه للطّرف الآخر، دون أن ينظر في سبب الفسخ إن كان بدافع اضطراري أم بشروط يمليها أحد الطّرفين على الآخر[1].

ثانيا: موقف الفقه في الهدايا حالة العدول

تعرّض الفقهاء من حنفية، مالكية، شافعية وحنبلية لدراسة مسألة مصير الهدايا المتبادلة بين الخاطبين في حالة العدول، وسوف نقوم بعرض آراء الفقهاء الأربعة بنوع من التّفصيل في الآتي:

1- الحنفية

ذهب الحنفية إلى أنّ الخاطب له الحق في استرداد الهدايا ما دامت باقية، أمّا إن هلكت أو استهلكت، أو حصل فيها مانع من موانع الرّجوع في الهبة، فليس للخاطب حقّ الرّجوع، لأنّ الهدية

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

هبة والهبة تستردّ إلاّ حال وجود مانع من موانع الرّجوع فيها، وهذا الحكم يستوي فيه كون فسخ الخطبة من جهتهما معا أو من أحدهما[1].

2-المالكية

ميّزت المالكية بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا، وإذا عدلت المخطوبة فللخاطب استرداد الهدايا، سواء كانت قائمة أو هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها[2]، فجاء في كتاب الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية:" **إذا أهدى – أي الخاطب- أو أنفق، ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء، ولو كان الرجوع من جهتها والأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط**"[3].

3-الشافعية

يرى الشافعية أنّ الهدايا تستردّ أيّا كان المهدي، سواء الخاطب أو المخطوبة، فإن كانت قائمة رُدّت بذاتها، وإن لم يكن ردّها بذاتها ممكنا أو هلكت أو استهلكت فقيمتها[4].

4-الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية، فالهدايا عندهم تردّ مطلقا سواء كانت قائمة أو هالكة، وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأنّها من هبات الثّواب الّتي يجوز للواهب الرّجوع فيها، فالباعث على تقديمها هو إتمام الزّواج، فإن لم يتحققّ هذا الباعث يجوز الرّجوع فيها[5].

---

[1]- محمد حسين الذهبي، الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة، ط.3، مكتبة وهبة، القاهرة 1991، ص.49.

[2]- الشرح الصغير، ج.2، ص.456، نقلا عن: الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج.7، ص.26.

[3]- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.6، مؤسسة الرسالة، بيروت 1993، ص.75.

[4]- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص.40.

[5]- أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج.32، ص.10، نقلا عن: سطحي سعاد، نصر سليمان، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005، ص.67.

يتبيّن ممّا سبق عرضه أنّ المشرّع الجزائري قد استوحى الفقرتين الرّابعة والخامسة من المادة الخامسة السّابقة الذّكر من الفقه المالكي، وقد رجّح أهل القانون هذا الموقف المُتّخذ من المشرّع الجزائري[1]، وهو الرّاجح عندنا، حيث حسُن للمشرّع الجزائري ما فعل لمّا أخذ برأي الإمام مالك بحكم الهدايا في حالة فسخ الخطبة، وذلك على أساس أنّه إذا عدل الخاطب عن خطوبته، فليس من الطبيعي مضاعفة آلام المخطوبة ولعلّ في ترك الهدايا بعض التخفيف من آلامها.

المطلب الثاني

أثر الفقه المالكي في انشاء الرّابطة الزّوجية

يرتكز الزّواج على شروط وأركان نظّمها المشرّع الجزائري في المادتين **9** و **9** مكرر من قانون الأسرة، وبتفحّص المادتين وإسقاطهما على المذاهب الفقهية، تبيّن أنّ المشرّع الجزائري تأثّر في صياغة هذه المواد في بعض شروطها بالمذهب المالكي، مثل مسألة الاختلاف في قبض الصّداق(فرع أول)، الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج (فرع ثان).

الفرع الأول

الاختلاف في قبض الصّداق وأثر الفقه المالكي فيه

تناول كل من القانون والفقه مسألة اختلاف الزّوجين في قبض الصّداق، أين كان للفقه المالكي أثر على موقف المشرّع الجزائري، نتطرّق له بنوع من التّفصيل كالآتي:

أولا: موقف المشرّع الجزائري في الاختلاف في قبض الصّداق

يقصد بالاختلاف في قبض الصّداق وجود نزاع بين الزّوج أو ورثته وبين الزّوجة أو ورثتها فيدّعي كل واحد من الطّرفين دفع المهر، فيما ينكر الطّرف الآخر ذلك[2].

---

[1]– خلف فاروق، « أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي »، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع.2، جامعة الوادي، الجزائر، ص.90.

[2]– سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.88، أنظر أيضا:

– نصر سلمان، « أحكام الصّداق في الشريعة الإسلامية »، مجلة العيار، المجلد5، ع.9، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص.64.

– سدي عمر، « الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق »، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد8، ع.2، منشورات المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، ص.64.

والأصل في هذه المسألة أنّ البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر، فإذا انعدمت البيّنة لا بدّ من العودة إلى نصّ المادة **17** من قانون الأسرة الّتي حسمت مسألة الاختلاف في قبض الصّداق، حيث تنصّ:" **في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين**".

نُميّز في هذه المسألة بين حالتين:

الأولى حالة وجود بيّنة لدى أحد الأطراف، فالحكم يكون لصالح من له بيّنة سواء الزّوج أو ورثته، أو الزّوجة أو ورثتها، وهذا ما يُستنتج من المفهوم المخالف لنصّ المادة السّابقة الذّكر.

والثّانية حالة عدم وجود بيّنة وثبت هناك اختلاف حول قبض المهر بين الزّوجين أو ورثتهما والّذي يتحقّق في حالة وفاة أحد الزّوجين أو كلاهما، فالقول قول الزّوجة أو ورثتها مع اليمين قبل الدّخول، والقول قول الزّوج أو ورثته مع اليمين بعد الدّخول.

وذهبت المحكمة العليا إلى تكريس هذا النص القانوني في عدة قرارات لها، حيث جاء في أحدها: في حالة النّزاع على الصّداق بين الزّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة، وكان قبل الدّخول، فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون[1].

وجاء في قرار آخر لها: من المقرر شرعا وقانونا في حالة النّزاع على الصّداق بين الزّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدّخول فالقول للزّوجة أو ورثتها مع يمينها، وإذا كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقواعد الشّرعية والقانونية[2].

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 73515، صادر بتاريخ 18 – 06 – 1991، المجلة القضائية ع.4، 1992، ص.69.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 54198، صادر بتاريخ 05 – 06 – 1989، المجلة القضائية ع.4، 1990، ص.80.

ثانيا: موقف الفقه في مسألة الاختلاف في قبض الصّداق

للفقهاء كلام عن مسألة اختلاف الزوجين في قبض الصداق، نعرض قول الفقهاء الأربعة على النّحو الآتي:

1-الحنفية

يرى الحنفية أنّه إذا كان الخلاف بينهما قبل الدخول، كان القول للزّوجة بيمينها، وعلى الزّوج أن يثبت ما يدّعيه بالبيّنة، وإذا كان الخلاف بينهما بعد الدّخول فإن لم يكن هناك عُرف بتقديم شيء فالقول قول الزّوجة بيمينها[1].

2-المالكية

ذهب المالكية بشأن مسألة الاختلاف في قبض الصّداق إلى أنّ القول قول الزّوجة أو ورثتها مع يمينهم قبل الدّخول، والقول قول الزّوج أو ورثته بعد الدّخول.

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

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

---

[1]- محمد أمين افندي الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج.2، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن، ص.126.

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

[3]- الدردير أحمد، الشرح الصغير، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، د.ط، مؤسسة المنشورات الاسلامية الجزائر، د.س.ن، ص.140.

3-الشافعية

يرى الشافعية في مسألة الاختلاف في قبض الصّداق أنّه يُؤخذ بيمين الزّوجة سواء الاختلاف طرأ قبل الدّخول أو بعده، حيث جاء في كتاب الأم:" **ولو اختلف في دفعه فقال: قد دفعته إليك صداقا وقالت ما دفعت إليّ شيئا،... فالقول قول المرأة مع يمينها سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل**"[1].

وجاء في كتاب الإشراف:" **واختلفوا في الرجل والمرأة يختلفان في قبض الصداق، وقد أنكرت المرأة القبض، فقالت طائفة: القول قول المرأة مع يمينها**"، وهذا قول الشعبي، وسعيد بن جبير، وبه قال ابن شبرمة، ابن أبي ليلى، شريح، الشافعي، أحمد، اسحاق، أبو ثور وحكي ذلك عن النعمان[2].

4-الحنابلة

الرّأي عند الحنابلة أنّه يُؤخذ بقول الزّوجة في حالة الاختلاف في قبض الصّداق، حيث جاء في كتاب الانصاف:" **وإن اختلفا في قبض المهر فالقول قولها**"[3]، وورد في كتاب الكافي:" **وإن اختلفا في قبض الصداق، أو ابرائه منه، فالقول قولها، لأن الأصل معها**"[4].

يتبيّن بعد عرض المواقف الفقهية من مسألة الاختلاف في قبض الصّداق ومقارنتها بموقف المشرّع الجزائري، تأثُّر هذا الأخير بما عليه الفقه المالكي، والّذي مفاده أنّ الحكم في مسألة الاختلاف في قبض الصّداق يكون بالتّمييز بين حالتين، حالة ما وقع النّزاع بعد الدّخول بالزّوجة أين يكون القول للزّوج أو ورثته، وحالة ما إذا كان النّزاع قبل الدّخول أين يكون القول للزّوجة أو ورثتها.

---

[1]- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج.6، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001، ص.185.

[2]- محمد بن ابراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج.5، مكتبة مكة الثقافية، الامارات العربية المتحدة 2005، ص.51.

[3]- علي بن سليمان المرداوى، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف من مذهب الامام المبجل أحمد بن حنبل، ج.8 مطبعة السنة المحمدية، د.ب.ن، 1956، ص.293.

[4]- عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.76.

الفرع الثاني

الرّضاع وأثر الفقه المالكي فيه

تطرّق المشرّع الجزائري لمسألة الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج متأثّرًا بذلك بموقف الفقه المالكي، ويتبيّن ذلك بعد عرض موقف المشرّع الجزائري في الرّضاع المحرم للزّواج(أولا)، وموقف الفقهاء في الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج (ثانيا).

أولا: موقف المشرّع الجزائري في الرّضاع المحرم للزّواج

اعتبر المشرّع الجزائري الرّضاع مانع من موانع الزّواج، فيحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب، وهو ما نصّ عليه بموجب المادة **27** من ق.أ.ج الّتي تنصّ:" **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**"، واعتبر المشرّع الجزائري الطفل الرّضيع وحده دون باقي إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، وهو ما نصّ عليه في المادة **28** من ق.أ. الّتي تنصّ:" **يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه**".

غير أنّه لا يتحقّق ذلك إلاّ إذا توفّرت شروطه، وهي أن يحصل الرّضاع قبل الفطام أو في الحولين، بغضّ النّظر عن مقدار الحليب قلّ أو كثر، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري بموجب المادة **29** من ق.أ.ج الّتي تنصّ:" **لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا**".

وذهبت المحكمة العليا في عدّة قرارات لها لبناء هذا الحكم حيث جاء في قرار لها: من المقرّر شرعا أنّ مدة الرّضاع الكاملة هي عامين فقط، ولمّا كان من الثّابت في قضية الحال أنّ البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدّعوى، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعنة الرّامية إلى ممارسة الأب لحق الزّيارة في بيتها وبحضورها بحجّة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون[1].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 71727، صادر في 23- 04 – 1991، المجلة القضائية ع.2، 1993، ص.47، أنظر أيضا: – المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 232324، صادر في 18 – 01 – 2000، المجلة القضائية، ع.1، 2001، ص.ص.262، 263.

ثانيا: موقف الفقه في الرّضاع المحرم للزّواج

تطرّق كل من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة لمسألة الرّضاع المحرم للزّواج نعرضها في الآتي:

1-الحنفية

ورد في كتاب التسهيل الضروري لمسائل القدوري:" **كم شهرا التي لا يجوز الارضاع بعدها؟ مدة الرضاع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثلاثون شهرا، وعندهما رحمهما الله سنتان، أي حكم يتعلق بالرضاع؟ إذا حصل الرضاع على اختلاف القولين قليلا كان أو كثيرا يتعلق به حرمة النكاح بين الرضيعين وبين الرضيع والمرضعة وأصول المرضعة وفروعها... إذا ارضعت امرأة صبيا أو صبية بعد مدة الارضاع ماذا حكمه؟ الارضاع بعد مدة الرضاع لا يجوز وإن مضت مدته لا يتعلق به التحريم**"[1].

الحنفية إذن على أنّ الرّضاع المحرم للزّواج ما كان في الثّلاثين شهرًا أو السنتين، قليله أو كثيره.

2-المالكية

الفقه المالكي على أنّ الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج، هو ما كان في الحولين دون النّظر إلى عدد الرّضعات، وبغضّ النّظر عن مقداره، فقليل اللّبن يحرم من الزّواج من غير حدّ، حيث جاء في كتاب المعونة:" **إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد... فأطلق وهذا يحصل للقليل كما يحصل للكثير**"[2].

وورد في المدونة:" **قال سحنون بن سعيد قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أتحرم المصة والمصتان في قول مالك؟ قال: نعم...قال ابن شهاب: انتهى أمر المسلمين إلى ذلك. ابن وهب عن مالك بن انس عن ثور بن زيد الدؤولي عن ابن عباس أنه سئل كم يحرم من الرضاع**

[1]- محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، مكتبة الشيخ بهادر آباد كراتشي، المملكة العربية السعودية، 1416 هـ، ص.ص.25، 26.

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

فقال: إذا كان في الحولين فمصة واحدة تحرم، وما كان بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم. مالك عن إبراهيم بن عقبة عن ابن المسيب أنه قال: ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهي تحرم، وما كان بعد الحولين فإنما هو طعام يأكله"[1].

3-الشافعية

المذهب عند الشافعية في الرّضاع الّذي يحرم منه الزّواج، هو ما كان في الحولين، وعدده خمس رضعات متفرّقات، حيث ورد في كتاب الأم:" **فأخبر الله عز وجل أن كمال الرضاع حولين**".

كما ورد في موضع آخر بشأن عدد الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج ما يلي:" **ولا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات متفرقات، وذلك أن يرضع المولود ثم يقطع الرضاع ثم يرضع. ثم يقطع الرضاع، فإذا رضع في مرة منهن ما يعلم أنّه قد وصل إلى جوفه ما قل منه وكثر فهي رضعة، وإذا قطع الرضاع ثم عاد لمثلها أو أكثر فهي رضعة"[2].**

4- الحنابلة

جاء في كتاب العمدة: " **ولا يحرم الرضاع إلى بشروط ثلاث ...أن يكون في الحولين لقول رسول الله صل الله عليه وسلم" لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام وأن يرتضع خمس رضعات لقول عائشة كان فيما أنزل في القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله صل الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن"[3].**

يظهر ممّا سبق أنّ الرّضاع الّذي يحرم من الزّواج عند الحنابلة هو ما كان في الحولين بعدد خمس رضعات.

يظهر ممّا سبق وبعد عرض الآراء الفقهية أنّه عملا بأحكام المذهب المالكي بخصوص الرّضاع المحرم للنّكاح نصّ المشرّع الجزائري في المادة **29** من ق.أ. على أنّه:" **لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا**".

---

[1]- أنس بن مالك، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج 2، ص.ص. 295، 296.

[2]- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 6، ص.76.

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

المبحث الثاني

أثر الفقه المالكي في انحلال الرّابطة الزّوجية وآثاره

نظّم المشرّع الجزائري أحكام الطّلاق وآثاره من المواد**47** إلى**80** من قانون الأسرة، وممّا لا شك فيه أنّه قد استند في صياغة مواده ببعض المصادر كالقرآن، السنّة، والمذاهب الفقهية...الخ على أساس أنّ الأصل في الأحوال الشّخصية أنّها مستمدّة من أحكام الشّريعة الإسلامية، وبهذا قد تأثّر المشرّع الجزائري في صياغة المواد المتعلقة بانحلال الرّابطة الزّوجية وآثاره بالفقه المالكي ويظهر ذلك في مسألة التّطليق للغيبة(مطلب أول)، وكذا موضوع الحضانة (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أثر الفقه المالكي في التّطليق للغيبة

بتفحّص المادة **53**[1] من قانون الأسرة الجزائري الّتي منحت للزّوجة حق طلب التّطليق في عدّة صور، وبمقارنتها بما عليه في الفقه الإسلامي تبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر في صياغة هذه المادة بفقهاء المذاهب الأربعة بما فيهم الفقه المالكي، وذلك في مسألة التّطليق للغيبة، ندرس موقف المشرع الجزائري في التّطليق للغيبة(فرع أول)، وموقف الفقه في التّطليق للغيبة(فرع ثاني).

الفرع الأول

موقف المشرّع الجزائري في التّطليق للغيبة

جعل المشرّع الجزائري غياب الزّوج سببًا من أسباب التّطليق، وهو ما نصّ عليه في المادة **53/5** من ق.أ. الّتي تنصّ:" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية...5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**".

يتبيّن أنّه حتى يتمّ الاستجابة لطلب الزّوجة في التّفريق للغيبة، وجب توفّر مجموعة من الشروط وهي:

[1]- أنظر المادة **53** من الأمر رقم 05 – 02، المرجع السابق.

1- **أن تكون غيبة الزّوج دون مبرّر:** بمعنى إذا كان غياب الزّوج لمبرّر فلا مجال للكلام عن حقّ الزّوجة في طلب التّطليق للغيبة، حيث وجب أن يكون غياب الزّوج دون مبرّر، وبه يكون المشرّع الجزائري قد تأثّر بالفقه الحنبلي الّذي يُميّز بين ما إذا كانت الغيبة بعذر فمنه لا مجال للحكم بالتفريق للغيبة، وبين ما إذا كان الغياب دون عذر أين الرّاجح عندهم التفريق[1].

2- **غياب النّفقة:** بمعنى إذا غاب الزّوج عن زوجته وكان قد ترك لها نفقة، أو كان يبعث لها النّفقة، فلا يحقّ للزّوجة أن تطلب التّفريق للغيبة، ما يُبيّن أنّ المشرّع الجزائري يرى أنّ علّة التّفريق للغيبة هو عدم الإنفاق لا عدم الوطء، بعكس المجيزين للتّفريق للغيبة أين استندوا في ذلك في الغالب على عدم الوطء الّذي يعتبر حقّ من حقوق الزّوجة لا حقّ من حقوق الزّوج وحده[2].

3- **أن تطول الغيبة لمدة سنة فأكثر:** بمعنى إذا طلبت الزّوجة التّطليق للغيبة قبل مرور سنة من غياب الزّوج وإن كان لا ينفق عليها وكان الغياب دون عذر شرعي، لا يُحكم لها بالتّطليق لعدم تحقّق شرط المدّة اللاّزمة وهي مرور سنة، ويتبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر بهذا الخصوص بالمذهب المالكي حيث حدّدها المالكية في الرّاجح عندهم بسنة[3].

وغياب شرط واحد يؤدّي حتمًا إلى رفض دعوى الزّوجة من طرف القاضي لعدم التّأسيس[4].

الفرع الثاني

موقف الفقه في التّطليق للغيبة

نتعرّض في هذا الفرع لسرد موقف الفقهاء حول مسألة التّطليق للغيبة في الآتي:

أولا: الحنفية

ذهب الحنفية إلى أنّه إذا غاب الزّوج عن زوجته مدّة مهما طالت وترك لها ما تنفق منه على نفسها لم يكن لها حقّ طلب التّفريق لذلك[5].

---

[1]- سيأتي تفصيل ذلك عند عرض موقف الحنابلة في التطليق للغيبة.

[2]- أنظر الصفحة 23 من هذه المذكرة.

[3]- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.120.

[4]- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2014، 2015، ص.281.

[5]- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الموسوعة الفقهية، ج.29، دار الصفوة، الكويت، 1993، ص.62.

ثانيا: المالكية

ذهب المالكية إلى القول بالحكم للزّوجة بالفرقة، إذا ما غاب عنها زوجها لمدّة أدناها سنة وهو المعتمد الرّاجح عندهم؛ لأنّ في الأمر اختلاف بين أنصار مذهب المالكية، فهناك من يطيل المدّة إلى ثلاثة سنوات ولو ترك لها ما تحتاج إليه من نفقة مدّة غيبته[1].

حيث جاء في حاشية الدسوقي: الغائب لا بدّ من طول غيبته سنة فأكثر، فمنه لا طلاق إلاّ إذا طالت مدّة الغيبة، وذلك كالسّنة فأكثر، وهو ما أخذ به أبو الحسن وهو المعتمد، في حين قال الغرياني وابن عرفة السّنتان والثّلاثة فأكثر[2].

فعِلّة التّفرقة هو استدامة الوطء، فهذا الأخير حقّ للزّوجة مطلقا، وعلى ذلك فإنّ الرّجل إذا غاب عن زوجته مدّة كان لها طلب التّفريق منه سواء كان سفره لعذر أم لغير عذر؛ لأنّ حقّها في الوطء واجب عندهم[3].

ثالثا: الشافعية

جاء في كتاب حواشي تحفة المنهاج:" **ولا فسخ بغيبة من جهل حاله يسارا أو اعسارا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرا فلا فسخ مالم تشهد بإعساره الآن وإن علم استنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكا كما يأتي(ولو حضر وغاب ماله) ولم ينفق عليها بنحو استدانة (فإن كان) ماله (بمسافة القصر) فأكثر من محله(فلها الفسخ)**"[4].

---

[1]– علي خفيف، فرق الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص.271، أنظر أيضا:

– آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014، ص.141.

[2]– محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.س.ن ص.431.

[3]– وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، المرجع السابق، ص.63.

[4]– ابن حجر الهيثمي، أحمد بن قاسم العبادي، عبد الحميد الشرواني، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج.8، د.ط المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938، ص.337.

يتبيّن أنّ الفقه الشافعي على أنّه لا فسخ بالغيبة، والسّبب هو جهل عسر الغائب من يسره وتعتبر حالة وجود بيّنة على إعساره من الحالات الّتي لا يحكم فيها للزوجة بالغيبة، مع بعض الاستثناءات الّتي يحكم فيها للزّوجة بالفسخ، ومثالها قيام الدّليل على كون الزّوج موسرًا.

رابعا: الحنابلة

الحنابلة على أنّه يحقّ للزّوجة طلب التّفريق لغيبة الزّوج مع التّمييز فيما إذا كان الغياب بعذر أو دون عذر، فعندهم إذا كان الغياب لعذر كأن غاب لحجّ، أو طلب كسب فلا تفريق بينهما وإن طالت مدة الغياب أكثر من ستّة أشهر إلاّ إذا لم ينفق عليها، ففي هذه الحالة يحكم لها بالتّفريق.

حيث سُئل أحمد عن رجل تغيّب عن امرأته أكثر من ستّة أشهر؟ قال: إذا كان في حجّ، أو غزو، أو مكسب يكسب على عياله أرجو أن لا يكون فيه بأس إن كان قد تركها في كفاية من النّفقة لها، أمّا إن غاب دون عذر؛ كأن كان سُنّة لأكثر من ستّة أشهر، فقيل يفرّق بينهما، فالغياب أكثر من ستّة أشهر لا يجوز إلاّ لسفر واجب، فقال أحمد: " **وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك. إن لم يكن عذر، فإن أبى شيئا من ذلك، ولم يكن له فطلبت الفرقة فرق بينهما ولو قبل الدخول**".

فظاهر كلامه أنّها لو طلبت قدومه من السّفر بعد ستّة أشهر وأبى القدوم أنّ لها الفسخ سواء قلنا الوطء واجب عليه أم لا دون النّظر للنّفقة سواء أنفق أم لا، فعِلّة التّفرقة هي وجوب المبيت والوطء وعن أحمد أنّه لا يفرّق على أساس أنّ الظاهر أنّه لا يفرّق بينهما للغيبة، وهو قول أكثر الفقهاء على أساس استبعاد استوجاب الوطء[1].

يظهر ممّا سبق أنّ أهل الفقه على مذهبين؛ مذهب لا يجيز التّفريق لغيبة الزّوج وهو مذهب الحنفية والشافعية، ومذهب أجاز التّفريق للغياب وهو قول المالكية والحنابلة، مع الاختلاف في المدّة الّتي يمكن من خلالها الحكم للزّوجة بالتّفريق للغياب بين من قال ستّة أشهر وهو رأي

[1]– علي بن سليمان المرداوى، المرجع السابق، ج 8، ص.ص.354 ، 357، أنظر أيضا:

– أشرف يحيى رشيد العمري نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص.79.

الحنابلة، وبين من قال سنة وهو الرّاجح لدى المالكية، وبهذا تأثّر المشرّع الجزائري بأن جعل المدّة الّتي يمكن للقاضي أن يحكم فيها للزّوجة بالتّطليق هي سنة.

ونميل إلى الرّأي القائل بحقّ الزّوجة في طلب التّفريق للغيبة، وإلى هذا ذهب بعض الباحثون أين صرّح أحدهم بأنّه يميل إلى ترجيح القول المجيز للزّوجة طلب التّفريق لغياب زوجها[1].

المطلب الثاني

أثر الفقه المالكي في الحضانة

تعتبر مسألة الحضانة من المسائل البالغة الأهمية، وهو ما دفع أهل الفقه والقانون بالاهتمام بها لتعلّقها بمصلحة الأولاد وقطعا للنّزاع الّذي ينشب بخصوصها، حيث تعرّض المشرّع الجزائري لتنظيم الحضانة في قانون الأسرة، أين تجلّى أثر الفقه المالكي فيها في مسألتين: عودة الحضانة (فرع أول)، سكوت صاحب الحقّ عن طلبها(فرع ثاني).

الفرع الأول

أثر الفقه المالكي في عودة الحضانة

سقوط الحضانة لا يعني عدم إمكانية استرجاعها، وللفقه والمشرّع الجزائري قول فيها، أين تأثّر هذا الأخير بالفقه المالكي، وهذا ما نعرضه كالآتي:

أولا: موقف المشرع الجزائري في عودة الحضانة

نظّم المشرّع الجزائري الأحكام المتعلّقة بالحضانة من المواد **62** إلى **72** من قانون الأسرة والحضانة وفقا لهذا القانون هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسّهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقا[2]، والحضانة لا تُسند إلاّ لأصحابها عدّتهم المادة **64** من القانون السّابق الذّكر، وهم الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك[3].

---

[1]– عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004، ص.105.

[2]– أنظر المادة **62/1** من الأمر رقم 05 – 02، المرجع السابق.

[3]– أنظر المادة **64**، المرجع نفسه.

إسناد الحضانة إلى أحد أصحابها لا يعني بقاء الحضانة في حوزته دائما، وإنّما قد تسقط إذا ما توفّر سبب من أسبابه، وهي الكفر، عدم الاعتدال، أن يكون الحاضن غير آهلا لذلك، كأن لا يكون عاقلا، بالغا وقادرا.

وهو ما يُفهم من الإحالة الّتي تضمّنتها المادة **67** من ق.أ.ج. الّتي تنصّ:" **تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه**"، وبالعودة إلى نصّ المادة **62** نجدها تنصّ:" **الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.**

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

كما تسقط بعدم طلبها بمرور مدّة تزيد عن سنة دون عذر، وهو ما نصّت عليه المادة **68** من القانون نفسه الّتي تنصّ:" **إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**"، إضافة إلى سقوطها بزواج الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتّنازل عنها مالم يضرّ ذلك بمصلحة المحضون[1].

ولكن سقوط الحضانة لا يعني عدم إمكانية عودتها، إذا كان سبب سقوطها غير اختياري وهو ما نصّت عليه المادة **71** من ق.أ.ج:" **يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**".

يُؤخذ على المشرّع الجزائري أنّه لم يبيّن ما هو سبب السّقوط الاختياري ولا سبب السّقوط غير الاختياري، فاكتفى بسرد مجموعة من أسبابه الّتي أشرنا إليها آنفا دون أيّة إشارة إلى كونها اختيارية أم لا.

ولكن بالعودة إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنّها ذكرت بعض الأسباب الّتي تعتبر اختيارية منها زواج الحاضنة بأجنبي، وتنازل صاحب الحقّ عن الحضانة.

حيث جاء في قرار لها: من المقرّر قانونا أنّه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون، ولمّا كان الثابت

[1]– أنظر المادة **66** من الأمر رقم 05 – 02، المرجع السابق.

في قضية الحال أنّ الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإنّ المجلس لمّا قضى بإسناد الحضانة إليها، بالرّغم من أنّ زواجها بالأجنبي يعدّ تصرفا رضائيا واختياريا، يكون قد خالف القانون[1].

وجاء في قرار آخر لها: من المقرر فقها وقانونا أنّ المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفة للقواعد الفقهية والقانونية[2].

نشير أنّ المشرّع الجزائري قد وضع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، وأكثر من ذلك أعطى للقاضي صلاحية إعمال سلطته التّقديرية في تحديد هذه المصلحة في العديد من المسائل المتعلقة بالحضانة، لا سيما مسألة ترتيب من لهم الحق فيها، ومسألة انتهاء مدّتها، والتّنازل عنها وسقوطها[3].

ثانيا: موقف الفقه في عودة الحضانة

تعرّض كل من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة لمسألة عودة الحضانة نذكرها كالآتي:

1-الحنفية

ذهبت الحنفية للقول بعودة الحضانة إذا ما زال سبب سقوطها؛ أي تعود الحضانة لزوال المانع، فالمعنى من عبارة سقط حقّها أي منع مانع منه لأنّه من باب زوال المانع لا من عود الساقط، كالنّاشزة لا نفقة لها ثمّ تعود بالعود إلى منزل الزّوج[4].

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58812، صادر بتاريخ 05 – 02 – 1990، المجلة القضائية ع.4، 1992، ص.58.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 102886 صادر بتاريخ 19 – 04 – 1994، مجلة نشرة القضاة، ع.51، ص.92، أنظر في هذا الشأن أيضا:

– إلغات ربيحة، « الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا»، مجلة حوليات الجزائر، مجلد 27، ع.2، جامعة الجزائر 1، ص.58.

[3]- شوقور فاضل، « قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل »، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع.6 جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2017، ص.338.

[4]- عبد الله بن أحمد بن محمود، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج.4، دار الكتب العلمية، لبنان 1997، ص.285.

2- المالكية

ذهبت المالكية إلى ما ذهب إليه الجمهور من حيث المبدأ، وهو إعطاء الحق لمن سقطت عنه الحضانة أن يسترجعها، مخالفا لهم من حيث السّبب الّذي يسمح للحاضن استرجاع الحضانة من دونه، فإذا كان جمهور أهل الفقه من حنفية، شافعية، حنابلة أجازوه في مطلق الأسباب، فإنّ المالكية حصرته في السّبب الإجباري أو الاضطراري، كالمرض، السّفر بغير رضاها، حجّ فرض وعدم لبن.

حيث جاء في كتاب لوامع الدرر:" **الحاضنة إذا أسقطت حقها من الحضانة بعد وجوبها لغير عذر ثم أرادت أن تعود لها فإنها لا تعود لها بعد الاسقاط، إلا لمرض فالمرض مستثنى من الاسقاط وهو استثناء منقطع، لأن هذا سقوط والمستثنى منه اسقاط، يعني أن الحضانة إذا سقط حق الحاضن منها لمرض لا تقدر معه على القيام بأمور المحضون أو عدم لبن، أو حج فرض أو سفر زوج بها غير طائعة، فإن الحضانة تعود لها بعد زوال ما ذكر، إلا أن تتركه بعد زوال جميع ما مر سنة ونحوها في الكثرة مختارة فلا تأخذ الولد ممن هو بيده، ولو تركته بعد أن زال العذر حتى طال الأمر السنة وقلنا ليس لها أن تأخذه"**[1].

3- الشافعية

يرى الشافعية أنّ الحضانة تعود بزوال سبب سقوطها، فإذا كان زواج الحاضنة، وكفر من أسندت إليه الحضانة، وانعدام أهليته أو نقصها من أسباب عدم إسنادها أو سقوطها، فإنّ طلاق الحاضنة، أو العودة إلى الإسلام بعد الكفر، أو الإفاقة بعد الجنون والعته وغيره، فتعود بذلك الحضانة.

حيث ورد في كتاب فتح الرحمن: " **ووالد الطفل أولى بحضانته من أمه إن نكحت لغير حاضن له وإن لم يدخل بها الزوج، لخبر: " أنت أحق به ما لم تنكحي"، ولأنها مشغولة عنه**

[1]- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج.7 ، دار الرضوان، موريتانيا 2010، ص.ص.779، 781، أنظر أيضا:

- حجازي العدوي المالكي، محمد الأمير المالكي، كتاب ضوء الشموع وهو شرح المجموع في الفقه المالكي، ج.2، دار يوسف بن تاشفين، موريتانيا، 2005، ص.ص.552، 553.

بحق الزوج...فإن طلقت منكوحة...عاد حقها لزوال المانع، كما لو كملت ناقصة بأن عتقت أو أفاقت، أو تابت أو أسلمت"[1].

4-الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في حقّ الحاضن في استرجاع الحضانة بعد سقوطها منه إذا ما زال سبب السّقوط، حيث جاء في كتاب المغني:" **إذا اخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته...وكل قرابة تستحق بها القرابة، منع منها مانع كرق، أو كفر، أو فسق، أو جنون، أو صغر، إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق، وأسلم الكافر وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير، عاد حقهم من الحضانة، لأن سببها قائم وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة إذا طلقت"[2].**

نهاية من عرض موقف الفقه يتجلّى بأنّ هذا الأخير انقسم بشأن عودة الحق في الحضانة إلى مذهبين، مذهب يجيز عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها، وذلك بزوال سبب السّقوط أو المانع من الحضانة دون تمييز ما إذا كان سبب سقوط الحضانة إجباري أو اختياري، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، الشافعية والحنابلة، في حين ذهبت المالكية إلى أنّ عودة الحضانة بعد سقوطها يكون في السّبب الإجباري دون السّبب الاختياري، كالمرض، أو عدم لبن، أو حجّ فرض أو سفر زوج بها غير طائعة، وإلى هذا الرّأي ذهب المشرّع الجزائري، بأن نصّ في المادة **71** من ق.أ. على أنّه:" **يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري**".

أحسن المشرّع الجزائري باعتناق هذا الرّأي مع العلم أنّ هناك من رجّح قول الجمهور بخصوص العودة في الحضانة[3].

---

[1]- أحمد ابن أحمد الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان، دار المنهاج، لبنان، 2009، ص.895.

[2]- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.ص. 427، 428.

[3]- علاء الدين حسين رحال، « حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه »، بحث مقدم في ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436، ص.20.

الفرع الثاني

السّكوت عن طلب الحضانة وأثر الفقه المالكي فيه

أخذ المشرّع الجزائري بالسّكوت في طلب الحضانة كسبب من أسباب سقوطها مُتأثّرا بذلك بالفقه المالكي، وهذا ما يتبيّن لنا بعد عرض موقف المشرّع الجزائري في السّكوت عن طلب الحضانة(فرع أول)، والموقف الفقهي في السّكوت عن طلبها (فرع ثاني).

أولا: موقف المشرّع الجزائري في السّكوت عن طلب الحضانة

تطرّق المشرّع الجزائري لتعداد الأسباب الّتي تسقط بها الحضانة، فيتحقّق ذلك إمّا باختلال شرط من شروطها، والمتمثّلة في شرط تربية الولد على دين أبيه، حسن الخلق – وهو ما يدخل في باب الأمانة– وأن يكون الحاضن أهلا لممارسة الحضانة[1].

ويقصد بالأمانة أن يعرف من ظاهر حال الحاضن أنّه لا يسيء إلى المحضون في دينه وبدنه وماله، فلا حضانة للسّكير والمعروف بالزّنا، ويقصد بالأهلية في ممارسة الحضانة القدرة على القيام بما يحتاج إليه الولد، فإذا كان الحاضن ضعيفا في بدنه، أو كبير في السّن يعجزه الكبر عن إصلاح الولد، فلا حضانة له لعدم حصول فائدتها[2].

أو بأن يتحقق هناك سبب من أسباب سقوطها، والّتي ذكرها المشرّع الجزائري في مواد متفرّقة من المواد الخاصة بالحضانة نذكر منها:

– سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرّم، أو بالتّنازل عنها مالم يضرّ ذلك بمصلحة المحضون، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة **66** من قانون الأسرة.

– سقوطها بعدم طلبها بمرور مدّة تزيد عن سنة دون عذر، وهو ما نصّت عليه المادة **68** من ق.أ." **إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها**" وذلك بقوة القانون[3].

---

[1]– أنظر المادة **62**، من الأمر رقم 05–02، المرجع السابق

[2]– محمد سكحال الحجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج.2، دار القلم، دمشق، 2010، ص.148.

[3]– محروق كريمة، « مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا »، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد13، ع.2، قسنطينة، ص. 367.

يفهم من خلال المادة السّالفة الذّكر أنّ عدم مطالبة صاحب الحقّ في الحضانة يعتبر سبب من أسباب سقوطها، لكن لتطبيقها وجب توفّر مجموعة من الشّروط، وهي أن يسكت صاحب الحقّ في الحضانة عن مطالبتها لمدّة تزيد عن سنة دون عذر.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنّ المطالبة بالحضانة بعد مرور مدّة تزيد عن سنة يعتبر مخالفًا لأحكام المادة **68** من قانون الأسرة؛ حيث جاء في احدى قراراتها: الجدّة لأم لم تطالب بالحضانة إلاّ بعد أربع سنوات من وفاة الأبوين والمحضون موجود لدى خاله، فإنّها بذلك قد خالفت أحكام المادة **68** من قانون الأسرة[1].

وبمفهوم المخالفة يتبيّن أنّه إذا طالب صاحب الحقّ في الحضانة هذه الأخيرة في مدّة لا تصل إلى السّنة، أو بأن مرّت سنة من تاريخ وجوب طلبها إلاّ أنّه كان له عذر في عدم طلبها فحقّه لا يسقط في طلب الحضانة وإسنادها له.

وإلى هذا ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها: من المقرر قانونا أنّ الحضانة إذا لم يطلبها من له الحقّ فيها مدّة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقّه فيها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون، ولمّا كان الثّابت في قضية الحال أنّ السّنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسّكة بها، فإنّ قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حقّ الحضانة وإسنادها للجدّة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون[2].

ثانيا: موقف الفقه في السّكوت عن طلب الحضانة

في حدود ما اطّلعنا عليه من مراجع لم نعثر على موضوع سكوت صاحب الحقّ عن طلب الحضانة إلاّ عند المذهب المالكي، حيث اعتبرت المالكية سكوت صاحب الحقّ عن طلب الحضانة سبب من أسباب سقوطها.

---

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

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

فأسباب السّقوط عندهم إمّا فقد شرط كانعدام العقل، الأمانة، القدرة، عدم المرض المضرّ وكون الحاضن في مكان غير حرز، زواج المرأة وأن لا يكون عند الحاضن من يقوم بالمحضون.

أو طرأ سبب وهي التّصريح بالإسقاط بناء على أنّها حقّ للحاضن، بلوغ الذّكر، زواج الأنثى ودخول الزّوج، سفر الأب أو الوصي أو الولي سفر نقله، انتقال الأم إلى موضع بعيد عن الأب أو الولي بحيث لا يسمع للمحضون خبرا، سكنى الجدّة بمحضونها مع أمه المتزوّجة على القول المشهور، وفي الأخير تركه استقلالا عند أبيه أو غيره سنة، أي ترك ممارسة حق الحضانة لمدّة سنة فأكثر[1].

وجاء في كتاب لوامع الدرر: الحاضنة إذا أسقطت حقها من الحضانة بعد وجوبها لغير عذر ثمّ أرادت أن تعود لها فإنّها لا تعود لها بعد الاسقاط إلاّ لمرض، فالمرض مستثنى من الإسقاط وهو استثناء منقطع، لأنّ هذا سقوط والمستثنى منه اسقاط، يعني أنّ الحضانة إذا سقط حق الحاضن منها لمرض لا تقدر معه على القيام بأمور المحضون أو عدم لبن، أو حجّ فرض أو سفر زوج بها غير طائعة، فإنّ الحضانة تعود لها بعد زوال ما ذكر، إلاّ أن تتركه بعد زوال جميع ما مرّ سنة ونحوها في الكثرة مختارة فلا تأخذ الولد ممن هو بيده، ولو تركته بعد أن زال العذر حتى طال الأمر السَّنة وقلنا ليس لها أن تأخذه[2].

نشير أنّ سقوط الحق في الحضانة بسبب سكوت صاحب الحق فيها لن يتحقق إلاّ بتوفر مجموعة من الشروط وهي، أن يكون السّكوت عن طلب الحضانة بلا عذر، فإذا كان هناك عذر فلا مجال للقول بسقوط حقّ الحضانة[3]، وأن تمرّ سنة من تاريخ العلم بوجوبها دون أن يطلب بحقّه فيها، فإذا علم صاحب الحقّ بحقّه في الحضانة أو بانتقال الحضانة إليه وسكت عنها لمدّة سنة دون أن يطلبها سقط حقّه فيها، بعكس إذا علم بحقّه في الحضانة أو انتقالها إليه وطلبه قبل

---

[1]– عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج.2، المطبعة التونسية، تونس، 1339 ص.180.

[2]– محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، المرجع السابق، ج.7، ص. ص.779، 781، أنظر أيضا:

– حجازي العدوي المالكي، محمد الأمير المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.552، 553.

[3]– الدردير أحمد، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن، ص.530.

مرور سنة تثبت له وتسقط عن الحاضن السّابق[1]، وأن يعلم من له الحقّ في الحضانة بحقّه فيها ويسكت عن المطالبة بها[2].

يتّضح من خلال عرض الموقف الفقهي من مسألة سكوت صاحب الحقّ في طلب الحضانة، أنّ المشرّع الجزائري أخذ بمذهب الإمام مالك، حيث يعتبر هذا الأخير المذهب الوحيد الّذي أشار إلى مسألة سكوت صاحب الحقّ في الحضانة عن طلبها كسبب من أسباب سقوطها عنه إذا لم يطلبها بعد سنة ودون عذر.

[1]– حجازي العدوي المالكي، محمد الأمير المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.552، 553.

[2]– عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2003، ص.76.

توصّلنا في نهاية الفصل إلى:

تأثّر المشرّع الجزائري بالفقه المالكي في إنشاء الرّابطة الزّوجية في:

1- الرّجوع عن الهدايا في حالة العدول عن الخطبة مفاده أنّ الطّرف العادل لا يستردّ شيئًا ممّا أهداه، وفي المقابل يردّ للطّرف الآخر ما تلقّاه من الهدايا، وهو ما تبنّاه المشرّع الجزائري في المادة **5** من قانون الأسرة الجزائري متأثّرًا بذلك بالفقه المالكي.

2- الاختلاف في قبض الصّداق حيث المالكية على أنّه إذا وقع خلاف بين الزّوجين حول قبض الصّداق من عدمه، وليس لأحدهما بيّنة، فالقول للزّوجة أو ورثتها مع اليمين قبل البناء، أمّا إذا كان النّزاع بعد البناء، فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري في المادة **17** من قانون الأسرة.

3- الرّضاع وذلك في مسألتين وهما: مقدار الرّضاع المحرم للزّواج ومدّته؛ حيث أطلق المشرّع الجزائري في ثبوت الحرمة في مطلق الرّضاع كثر أم قلّ، والواقع في الحولين أو قبل الفطام، وذلك عملًا بالمذهب المالكي، وهو ما نصّ عليه المشرّع في المادة **29** من قانون الأسرة.

تأثّر المشرّع الجزائري في انحلال الزّواج وآثاره بالفقه المالكي في:

1- المدّة الزّمنية الّتي يجوز فيها الحكم بالتّطليق للغيبة والّذي قيّدها بمرور سنة، وهو ما ذهب إليه في المادة **53**/5 وهو المعتمد عند المالكية.

2- المالكية على أنّ سكوت صاحب الحق في الحضانة بعد مرور سنة يُسقط الحق فيها ويعود الحق في الحضانة بعد سقوطها بزوال سبب السّقوط غير الاختياري، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادتين **68** و **71** من قانون الأسرة.

الفصل الثاني

أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث وعقود التبرّعات

شرع الله عزّ وجلّ المواريث وبيّنها في الكتاب، كما تولّى تقدير الفرائض، وما ذلك إلاّ لعظمة شأنها، فأعطى لكل ذي حقّ حقّه، وجعل ذلك وصيّة وفريضة لقوله في كتابه العزيز: ﴿ **وَصِيَّةً مِّنَ اللهِ** ﴾[1]، وقوله أيضًا: ﴿ **فَرِيضَةً مِّنَ اللهِ**﴾[2].

غير أنّ هناك بعض المسائل الّتي سكت عنها الشّرع الحنيف ما جعل أهل الفقه يجتهدون في مثل هذه المسائل، والشّأن ذاته لأهل القانون أين تمّ الاجتهاد والتّأثّر ببعض المواقف الفقهية، والّذي يهمّ في هذه المسألة هو تأثّر المشرّع الجزائري بالفقه المالكي، وباستقراء موقف هذا الأخير ومواد قانون الأسرة الجزائري تمكنّا من الوصول إلى أنّ المشرّع قد تأثّر بخصوص توريث قاتل المُورّث خطأً بما عليه في الفقه المالكي، وهو ما يتمّ دراسته في المبحث الأول من هذا الفصل بنوع من التّفصيل.

أمّا المبحث الثّاني ندرس فيه مسألة أثر الفقه المالكي في عقود التبرّعات، حيث باستقراء المواقف الفقهية، ونصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلّقة بالتبرّعات؛ تبيّن لنا أنّ المشرّع قد تأثّر في صياغة نصوصه القانونية برأي الإمام مالك، وذلك في موضوعي: الرّجوع في الهبة(مطلب أول) الوصية لقاتل الموصي(مطلب ثاني).

[1]– سورة النساء، الآية 12.

[2]– سورة النساء، الآية 11.

المبحث الأول

أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث

قد يتحقّق سبب الإرث بين المتوفّى وأحد أقاربه ممّا يجعله مستحقًا للميراث، غير أنّه إذا ما قام مانع من موانعه، فإنّه يحول دون استحقاقه للإرث مهما كانت درجة القرابة، ومن بين هذه الموانع قتل المُورّث، حيث تطرّق المشرّع الجزائري لسرد موانع الميراث في المادتين **135** و **137** من قانون الأسرة أين فرّق بين القتل العمدي والقتل الخطأ، وهو ما نتعرّض إليه بنوع من التّفصيل في المطلب الأول.

كما نجد أنّ الفقهاء قد تعرّضوا لمسألة القتل المانع من الميراث مختلفين بشأنه؛ حيث الجمهور على أنّ قاتل المُورّث عمدًا أو خطأً لا يرث، بخلاف المالكية الّذين خرجوا برأي منفرد بأن فرّقوا بين القتل العمدي الّذي يحرم القاتل من الإرث، والقتل الخطأ الّذي لا يمنع من توريث القاتل ويمنع توريثه من الدّية فقط، وإلى هذا ذهب المشرّع الجزائري، وهو ما تتمّ دراسته في المطلب الثاني.

المطلب الأول

موقف المشرّع الجزائري في القتل المانع من الإرث

تطرّق المشرّع الجزائري لدراسة موانع الميراث من المواد **135** إلى **138** من قانون الأسرة الجزائري، أين جعل قتل المُورّث مانع من موانعه، غير أنّ المشرّع فرّق بين قاتل المُورّث عمدا وخطأ هذا ما نتطرّق له في هذا المطلب بتقسيمه إلى فرعين، نعرِض في الفرع الأول موقف المشرّع الجزائري في القتل العمدي، والفرع الثاني ندرس موقف المشرّع الجزائري في القتل الخطأ.

الفرع الأول

موقف المشرّع الجزائري في القتل العمدي

تعرّض المشرّع الجزائري لموضوع قتل المُورّث عمدًا بموجب نص المادة **135/1** الّتي تنصّ "**يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:**

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

من خلال المادة يتبيّن أنّ القتل يعتبر مانع من موانع الميراث، والمشرّع الجزائري لم يُعرّف القتل، غير أنّه بالعودة إلى قانون العقوبات، وفي نصّ المادة **254** نجد أنّه عرّفه على أنّه إزهاق روح إنسان عمدًا[1].

وبتحليل المادة **135** يتبيّن أنّ القتل المانع من الإرث هو القتل العمد أو العدوان، والمشرّع الجزائري بموجب نصّ هذه المادة لم يبيّن المقصود بالقتل العمد أو العدوان، حيث اكتفى فقط في المادة **254** من قانون العقوبات السّالفة الذّكر بتعريف القتل، وهو إزهاق روح إنسان عمدًا واكتفى بهذا الحدّ، فلم يبيّن المقصود بالعمد.

وبالعودة إلى المعاجم اللّغوية والّتي يمكن أن تساعد في تحديد مفهومًا للقتل العمد، جاء في معجم اللّغة العربية: القتل العمد ما يتعمّده القاتل، ويقال فعل كذا عمدًا أو فعل كذا عن عمد بمعنى قصد فعله بجدّ ويقين[2].

وجاء في كتاب تاج اللّغة وصحاح العربية: العمد لغة القصد ونقيض الخطأ[3].

يظهر من خلال التّعريف اللّغوي لكلمة عمد أنّ قتل العمد هو إزهاق روح شخص قصدًا بأن توجّهت نيّة الفاعل إلى تحقيق فعل القتل بجدّ ويقين.

ولقد عرّفه الاستاذ فتحي بهنسي على أنّه إزهاق روح إنسان عمدا وبغير حق بفعل إنسان آخر فيجب أن تكون نيّة الجاني موجّهة لا إلى الاعتداء فقط، فإذا لم تكون نيّة القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتّب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتل عمد ولو ترتّب على ذلك موت المجني عليه وعليه فأركان جريمة القتل العمد ثلاثة هي وجود إنسان على قيد الحياة أُزهقت روحه، وقوع فعل عمدي من الجاني من شأنه إحداث الموت، وأن يكون قصد الجاني إحداث هذه النتيجة[4].

أمّا كلمة العدوان فقد سبق وأن أشرنا إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يُعرّف المقصود بالعدوان وكلمة عدوان تعتبر من المصطلحات الفقهية، وبذلك يكون المشرّع قد تأثّر بالفقه المالكي في صياغة

---

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

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

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

[4]– أحمد فتخي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ج.1، ط.6، دار الشروق، القاهرة، 1988 ص.67.

المادة **135** بخصوص القتل المانع من الميراث، حيث جاء في كتاب كفاية الطالب:" **لا يرث قاتل العمد العدوان(من المال ولا دية و) كذا (لا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال)**"[1].

فقال أحد الباحثين أركان جريمة القتل العمد أن يكون الضّرب بقصد العدوان فلكي تكون الجريمة قتلًا عمدًا لا بُدّ أن يكون الجاني مرتكب جريمة القتل قد قصد الضّرب بسبب عداوة أو غضب(أي عدوانا)، وهو ما يُعبّر عنه بأنّه قتل بغير حقّ، لأنّ القتل بحقّ لا يكون عدوانًا، وإنّما يكون استيفاء لحقّ القاتل كما في القصاص، أو استيفاء لحقّ المجتمع والنّاس كما في قتل المرتدّ والزّاني المحصن.

فالقتل الّذي يكون عمدًا عدوانًا هو ما يكون فيه المقتول مظلوما والقاتل ظالمًا له، وإنّما يكون ظالمًا له باعتدائه عليه دون وجه حقّ، وذلك بسبب عداوة، أو غضب، أو شهوة، أو حب للدّماء أو استهتار بأرواح النّاس وحياتهم، وهذا كله يعتبر قتلًا عدوانًا.

القتل العمد هو الضّرب بقصد العدوان، فهذا ما يميّز القتل العمد من غيره، ولذلك كان لا بُدّ من توفّر هذا الرّكن حيث القتل لا بقصد العدوان، كأن كان قصاص، أو حدًّا فلا يعتبر قتلًا عمدًا عدوانًا[2]، فالعبرة بالقتل العمد العدوان هو توفّر القصد الإجرامي من مكلّف ومن غير عذر، وتكفي في هذا الصّدد نيّة الاعتداء بإزهاق الرّوح ظلمًا وعدوانًا[3].

سوّى المشرّع الجزائري بين الفاعل الأصلي والشّريك[4]، وقد تطرّق إلى تعريف الفاعل، وذلك بموجب المادة **41** من ق.ع. الّتي تنصّ:" **يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ**

---

[1]– علي الصمدي العدوي المالكي، علي بن خلفِي المنوفي، كفاية الطالب الرباني ابن أبي زيد القيرواني حاشية العدوي، ج.4 مكتبة الخانجي، د.ب.ن، 1987، ص.208.

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

[3]– غرابي أحمد، « المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها »، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد1، ع.23، جامعة الجلفة، الجزائر، ص.129.

[4]– أنظر في مفهوم الفاعل الأصلي والشريك: – ختير مسعود، « المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع »، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص.294.

– فلاك مراد، « المساهمة التبعية في القانون الجنائي الوطني والدولي »، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية، المجلد 3 ع.2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2018، ص.592.

الجريمة"، بعد أن عدّلها سنة 1982 بالقانون رقم 82 – 04[1]، والّتي تنصّ:" **يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي**".

وعرّف الشّريك بموجب المادة **42** من القانون نفسه على أنّه:" **يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها لكنه قام بالأفعال الآتية:**

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

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

بعد أن عدّلها سنة **1982** بالقانون السّابق الذكر، والّتي تنصّ على أنّه:" **يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك**".

كما أنّ المشرّع الجزائري اعتبر قتل الأصول ظرفًا مشدّدًا، وهو ما نصّ عليه في المادة **261** من قانون العقوبات، حيث عرّف الأصول في المادة **258** من القانون السّالف الذّكر على أنّه:" **قتل الأصول هو ازهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين**"، وتنص المادة **261** السابقة الذكر على أنّه:" **يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم**".

الفرع الثاني

موقف المشرّع الجزائري في القتل الخطأ

يعتبر القتل العمدي وفقا لقانون الأسرة الجزائري مانعًا من موانع الميراث، غير أنّ القتل قد يكون خطأً، فما موقف المشرّع الجزائري بالنّسبة لقاتل المُورّث خطأً؟، والإجابة على هذا التّساؤل

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

تطرّق إليها المشرّع بموجب المادة **137** من ق.أ. الّتي تنصّ:" **يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض**".

يتبيّن من خلال نصّ المادة أنّ قاتل المُورّث خطأً يرث، لأنّ الأصل أنّ القتل المانع من الإرث هو القتل العمد أو العدوان، وهو القتل الّذي توفّر فيه القصد الجنائي، حيث اتّجهت نيّة القاتل إلى زهق روح المُورّث.

وما قيل بشأن تعريف القتل العمد يقال بشأن تعريف القتل الخطأ، حيث لم يقدّم المشرّع الجزائري تعريفًا للقتل الخطأ سواء في قانون الأسرة أين اكتفى فقط بذكر عبارة " **يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض**"، أو في قانون العقوبات، حيث جاء عنوان القسم الثّالث من قانون العقوبات القتل الخطأ والجرح الخطأ وتلى ذلك المادة **288** المعدّلة بالقانون رقم 06 – 23 والّتي تنصّ:" **كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك بروعنته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار**"[1].

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

يتبيّن من خلال المادة أنّ المشرّع لم يُعرّف القتل الخطأ، فاكتفى بسرد الصّور الّتي تندرج ضمنه كالإهمال، وعدم مراعاة الأنظمة، ولكن بالعودة إلى ما قيل عن القتل العمدي يتبيّن أنّ القتل الخطأ هو القتل الّذي لم يكن بقصد ونيّة، ويقين، وجدّ، كمن أطلق عيارًا ناريًا من سلاح صيد فأصاب إنسان ومات، أو سقطت من يده حجارة أثناء عملية البناء فأصابت شخصًا وسبّبت في موته[2]، فمثل هذا القتل وفقا لقانون الأسرة الجزائري لا يعاقب عليه.

---

[1]– قانون رقم 06 – 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق 20 ديسمبر 2006م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة 1427هـ الموافق 24 ديسمبر 2006م.

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

وتعود أصول هذا التّحديد إلى الشّريعة الإسلامية، حيث أنّ العقوبة لا تكون إلاّ على فعل متعمّد، ولا تكون عن الخطأ لقول الله سبحانه وتعالى:﴿ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[1].

ولقوله صل الله عليه وسلم:" **إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ ونسيان وما استكرهوا عليه**"[2].

وتحليلا لألفاظ المادة **137** من قانون الأسرة الجزائري يتبيّن أنّ قاتل المُورّث يرث من أموال المُورّث؛ أي من التّركة ولا يرث من الدّية، والمشرّع لم يعرّف الدّية لكن الفقهاء عرّفوها بعدّة تعاريف وإن اختلفت ألفاظها إلاّ أنّ لها معنى واحد.

فقيل في تعريفها هي:

– " اسم للمال الواجب على الحرّ في النّفس أو فيما دونها".

– " مقدار معلوم من المال على عاتق القاتل في الخطأ وعليه في العمد سبب قتل آدمي حرّ معصوم ولو بالنّسبة لقاتله عوضًا عن دمه".

– " المال المؤدّى إلى المجني عليه أو أوليائه"[3].

ودليل مشروعية الدّية هو قوله تعالى: ﴿ **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا**﴾[4].

---

[1]– سورة الأحزاب، الآية 5.

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

[3]– براف دليلة، « عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي »، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد3، ع.1 جامعة البليدة2، ص.104.

[4]– سورة النساء، الآية 92.

وقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾[1].

وكذا في القانون، وهو ما جاء في المادة **124** من القانون المدني الّتي توجب على المخطئ تعويضًا، حيث تنصّ المادة السّالفة الذّكر: " **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"[(2)].

أمام هذه الاستدلالات المشرّع الجزائري صرّح على أنّ قاتل الخطأ يرث من مال المُورّث دون الدّية أو التّعويض، ومنه القتل الخطأ ليس بمانع من موانع الإرث، ويكون بذلك قد تأثّر بالمذهب المالكي الّذي يعتبر الوحيد الّذي قال بميراث قاتل الخطأ عن غيره من الفقهاء الآخرين من حنفية شافعية وحنابلة الّذين لم يفرّقوا بين القتل العمد وغير العمد، فعندهم القاتل لا يرث سواء أكان القتل عمدًا أو خطأً، وهو ما ستتمّ الإشارة إليه عند عرض موقف الفقهاء في القتل المانع من الميراث.

المطلب الثاني

موقف الفقه في القتل المانع من الإرث

يحدث وأن يقتل الوارث مُورّثه، فيطرح سؤال هل يرث قاتل المُورّث؟، لهذا السّبب تطرّق الفقهاء لبحث مسألة قتل المُورّث، وهذا الأخير إمّا أن يكون عمدًا أو خطأً، وهو ما جعل أهل الفقه ينقسمون إلى اتّجاهين:

اتّجاه سوّى بين قاتل العمد وقاتل الخطأ فلا ميراث له، وهو قول أغلب الفقهاء.

واتّجاه آخر أجزم بعدم توريث قاتل العمد العدوان مع توريث قاتل الخطأ، وهو قول مالك، هذا ما نتعرّض له بنوع من التّفصيل من خلال هذا المطلب كالآتي:

---

[1]– سورة البقرة، الآية 178.

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

الفرع الأول

موقف جمهور الفقهاء في القتل المانع من الإرث

اتّفق جمهور الفقهاء من حنفية، شافعية، حنابلة ما عدا المالكية على أنّ قاتل المُورّث لا يرث ونحن سنقوم بعرض هذه الآراء على النّحو الآتي:

أولا: الحنفية

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

وجاء في المبسوط: " **القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئا عندنا سواء قتله عمدا أو خطأ**"[2].

الحنفية على أنّ قاتل المُورّث لا يرث شيئا من مُورّثه، سواء كان القتل عمدًا أو خطأً.

ثانيا: الشافعية

جاء في كتاب الحاوي:" **كل قاتل يطلق عليه اسم القتل من صغير أو كبير عاقل أو مجنون عامد أو خاطئ محق أو مبطل فإنه لا يرث**"، وجاء فيه أيضًا:" **والقاتلون عمدا أو خطأ... كل هؤلاء لا يرثون**"[3]، وجاء في كتاب البناية شرح الهداية:"...**أنّا لو ورثنا القاتل، لم نأمن من مستعجل الإرث أن يقتل مورثه، فاقتضت المصلحة حرمانه**"، وفي موضع آخر جاء:" **اختلف في القتل المانع من الارث فعندنا معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل في القتل. ولو كان بحق كمقتص وإمام وقاصد وجلاد بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشرا أم متسببا بالاختيار أم بالإكراه**"[4].

---

[1]– الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص.503.

[2]– شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، د.ط، ج.30، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص.ص .46، 47.

[3]– علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994 ص.ص.84، 85.

[4]– عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج.6، دار الكتب العلمية بيروت، 1997، ص.516.

بعد هذا العرض الموجز نتوصّل إلى استخلاص رأي الشافعية بخصوص مسألة القتل كمانع من موانع الإرث، حيث يرون أنّ القتل يعتبر مانعًا من موانع الميراث، ويستوي عندهم أكان القتل عمدًا أم خطأً فكلاهما لا يرث.

ثالثا: الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، حيث الحنابلة على أنّ قاتل المُورّث عمدًا أو خطأً لا يرث، حيث ورد في كتاب منار السبيل:" **كل قتل يضمن بقتل أو دية أو كفارة يمنع الميراث لذلك وما لا يضمن كالقصاص، والقتل في الحد لا يمنع، لأنه فعل مباح، فلم يمنع الميراث**"[1].

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

ويستند الفقهاء في قولهم بأنّ قاتل المُورّث لا يرث إلى قول رسول الله صل الله عليه وسلم أنّه "**ليس لقاتل ميراث**"[3].

وكذا القاعدة الفقهية الّتي تقضي أنّه: " **من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه**".

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

---

[1]– إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذاهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج.2، منشورات مؤسسة دار السلام، دمشق، 1378هـ، ص.52.

[2]– علي بن سليمان المرداوى، المرجع السابق، ج.7، ص.368.

[3]– على بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، لبنان، 2011، ص.930.

[4]– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، 1989، ص.ص.471، 472.

الفرع الثاني

موقف المالكية في القتل المانع من الإرث

ميّزت المالكية بخصوص القتل المانع من الإرث بين القتل العمدي، والقتل غير العمدي فبالنّسبة للأول(القتل العمد) ذهبت إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنّ قاتل المُورّث عمدًا لا يرث أمّا الثّاني فقد خالفت فيه رأي جمهور الفقهاء، فخرجت برأي مخالف تماما، فبعد أن استبعد جمهور الفقهاء توريث قاتل المُورّث خطأً حيث عندهم قاتل المَورّث عمدًا أو خطأً لا ميراث له، أجزمت بأنّ قاتل المُورّث خطأً يرث، ويكون له ذلك في ماله؛ أي تركته دون الدّية.

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

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

يتبيّن من خلال ما سبق من عرض لأقوال فقهاء المالكية أنّ قاتل المُورّث عمدًا لا يرث، وقاتله خطأً يرث من المال دون الدّية كما سبق وأشرنا في التّقديم.

بعد عرضنا لآراء الفقهاء واستقراء المادتين:

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

1) قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا"، يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد ميّز في نوع القتل الّذي يمنع من الميراث بين القتل الخطأ والقتل العمدي، وهذا الأخير حتّى يمنع من الميراث وجب أن يكون عمدًا أو عدوانًا، متأثّرًا في هذه العبارات والكلمات بالمذهب المالكي، حيث جاء كما سبقت الاشارة في كتاب الطالب الرباني:" **لا يرث قاتل العمد العدوان من مال**

[1]– أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.17.

[2]– علي الصمدي العدوي المالكي، علي بن خلفِي المنوفي المالكي المصري، المرجع السابق، ج 4، ص.208.

ولا دية وكذا لا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال، ويحجب في موضع يرث، ولا يحجب في موضع لا يرث، مثال ذلك: أن يترك الميت أما وأخوين أحدهما قاتله".

والمادة **137** القانون نفسه الّتي تنصّ:" **يرث القاتل خطأ من المال دون الدية**"، أين تبيّن لنا بأنّ المشرع أثناء صياغتة لهذه المادة قد أخذ بمذهب الإمام مالك دون باقي المذاهب الفقهية الأخرى الّتي استبعدت توريث قاتل المُورّث خطأً، فكانت المالكية الوحيدة الّتي اعترفت له بالميراث، وذلك من المال دون الدّية، وإلى هذا القول ذهب المشرّع الجزائري.

حسن للمشرّع ما فعل لمّا أخذ بالمذهب المالكي في مسألة القتل المانع من الإرث، أين لم يمنع قاتل المُوّرث خطأً من الإرث، فليس من العدل حرمانه من الميراث، لانعدام القصد الجنائي لديه.

المبحث الثاني

أثر الفقه المالكي في عقود التبرّعات

تتعدد عقود التبرّعات من وصية، هبة، وقف والّتي نظّمها المشرع الجزائري في كتاب التبرّعات في المواد **184** إلى **220** من قانون الأسرة، أين تأثّر في صياغة بعض موادها بالفقه المالكي، من بينها مسألة الرجوع في الهبة، ومسألة استحقاق قاتل الموصي للوصية.

وتأكيدًا لما سبقت الاشارة إليه من أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر في المسائل السّالفة الذّكر بالفقه المالكي دون باقي الفقهاء الآخرين من حنفية، شافعية، حنابلة، ما يستدعي منا في كل حالة بيان موقف المشرّع الجزائري وموقف الفقهاء والمقارنة بينهما، وكل هذه النّقاط يتمّ دراستها في الآتي:

المطلب الأول

الرجوع في الهبة وأثر الفقه المالكي فيها

تعتبر مسألة الرّجوع في الهبة من المسائل المختلفة فيها بين الفقهاء، بين رأي الجمهور الّذي لا يجيز الرّجوع فيها إلاّ في بعض الحالات، وبين رأي الحنفية الّذي يجيز ذلك إلاّ في بعض الحالات والمشرّع الجزائري قد تأثّر برأي الجمهور الّذي مفاده عدم جواز الرّجوع في الهبة إلاّ في بعض الحالات، غير أنّه بسرد الحالات الّتي يجوز الرّجوع فيها، نجد أنّ المشرّع قد تأثّر بالفقه المالكي هذا ما يستدعي منّا التطرّق بنوع من التّفصيل لموقف المشرّع الجزائري في الرّجوع في الهبة(فرع أول) وموقف الفقه في الرّجوع في الهبة(فرع ثاني).

الفرع الأول

موقف المشرّع الجزائري في الرّجوع في الهبة

خصّ المشرّع الجزائري موضوع الرّجوع في الهبة في مادتين، وهما المادة **211** و **212** من قانون الأسرة، حيث تنصّ هذه الأخيرة على أنّه:" **الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها**"، ما يعني أنّ الهبة إذا كانت بقصد منفعة عامة كبناء مسجد، أو مستشفى، أو مدرسة أو غيرها ممّا يعتبر منفعة عامة لا يجوز الرّجوع فيها.

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

1) إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،

2) إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،

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

يفهم من خلال نصّ المادة أنّ المشرّع الجزائري في الأصل لا يجيز الرّجوع في الهبة، ما يفيد بأنّه قد تأثّر في هذا الطرح بما عليه جمهور الفقهاء من شافعية، مالكية وحنابلة على أساس أنّهم لا يجيزون الرّجوع في الهبة، بخلاف الحنفية الّذين أجازوا الرّجوع فيها كمبدأ، واستثناءً عدم جواز الرّجوع فيها [1].

والاستثناء عند المشرّع الجزائري وفقًا للمادة السّابقة الذّكر هو جواز الرّجوع في الهبة في حالة واحدة، وهي حق الأبوين في الرّجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه.

يظهر أنّه وإن كرّس المشرّع الجزائري للوالدين حق الرّجوع في هبة ولدهما، إلاّ أنّه لم يتركه على إطلاقه وإنّما قيّده بشروط وهي:

– أن لا تكون الهبة من أجل زواج الموهوب له، فإن كانت بهدف زواج الموهوب له يسقط حق الوالدين في الرّجوع عنها.

– ألاّ تكون الهبة بهدف ضمان قرض أو دين، فإذا كانت بهدف ذلك فلا مجال للكلام عن الرّجوع في الهبة.

– ألاّ يكون الموهوب له قد تصرّف في الشّيء الموهوب له ببيع، أو تبرّع، أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غَيّر طبيعته[2].

يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر بما عليه جمهور أهل الفقه بأنّ الحالة الوحيدة الّتي يجوز الرجوع فيها في الهبة هي هبة الوالد لولده، غير أنّه بتقييد ذلك ببعض الشروط تبيّن أنّه تأثّر بخصوص الشرط الأول وهو أن لا تكون الهبة بهدف زواج الموهوب له، والشرط الثاني وهو أن لا تكون الهبة بهدف ضمان قرض أو دين بالفقه المالكي، أمّا الشرط الثالث والّذي مفاده أن لا يكون

[1]– أنظر الصفحات 49 – 53 من هذه المذكرة.

[2]– أنظر المادة **211** من الأمر رقم 05 – 02، المرجع السابق.

الموهوب له قد تصرّف في الشّيء الموهوب ببيع، أو تبرّع، أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غيّر طبيعته قد تأثر بالفقه الحنبلي والمالكي، وهو ما يتبيّن حين عرض آراء الفقهاء.

نشير فقط إلى أنّ المادة ذكرت الأبوين إلاّ أنّ القضاء الجزائري لم يستقرّ على هذا المبدأ فوسّع نطاقه إلى الأجداد.

فقالت في هذا الصّدد الأستاذة شيخ نسيمة أنّ القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد حول مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم، مُعتبرًا في بعض أحكامه الجدّ والجدّة في حكم الأبوين، ومن ثمّ يجوز لهما الرّجوع في هبتهما لأحفادهما مؤسّسين قضاءهم على نصّ المادة **211** من قانون الأسرة، وانتهج في البعض الآخر من أحكامه منحى مخالفًا بأن اعتبر الرّجوع في الهبة مقرّر للأبوين دون سواهما[1].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: الرّجوع في الهبة يشمل الابن، وابن الابن التّابع لأبيه مالم يحصل أيّ مانع من بين الموانع المنّصوص عليها في المادة **211** من قانون الأسرة[2].

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

الفرع الثاني

موقف الفقه في الرّجوع في الهبة

تعتبر المالكية المذهب الوحيد الّذي تعرّض لموضوع الهبة المقدّمة بغرض الزّواج أو ضمان دين كمانع من موانع الرّجوع للأبوين، وتوضيحًا لذلك يتمّ عرض آراء الفقهاء في الآتي:

---

[1]– شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.ص.94 .95

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

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

أولا: الحنفية

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

وورد فيه أيضًا إذا وهب لذي رحم محرّم منه فلا رجوع فيها، وكذلك ما وهبه أحد الزّوجين للآخر "[1].

يتبيّن أنّه يجوز عند الحنفية الرّجوع في الهبة في الأصل مع كراهية ذلك، واستثناءً لا يجوز ذلك إلاّ إذا كانت بعوض، أو طرأ عليها زيادة متصلة بها، أو مات أحد المتعاقدين، أو خرجت من ملك الموهوب له، أو كانت لذي رحم محرم، أو كانت بين الزوجين[2].

فالهبة أنواع هبة لأجنبي وهبة لذي محرم، وهبة لذي رحم ليس بمحرم، أو محرم ليس بذي رحم وفي جميع ذلك للواهب حق الرّجوع قبل التّسليم، لأنّه بالرّجوع قبل التّسليم يمتنع عن إتمام العقد وبعد التّسليم ليس له حق الرّجوع في ذي الرّحم المحرم، وفيما سوى ذلك له حق الرّجوع إلاّ مانع أخذ العوض، أو زيادة الموهوب في يديه زيادة متصلة، والزّيادة المنفصلة لا تمنع الرّجوع في الأصل، أو خروج الموهوب عن ملك الموهوب له، أو موت الواهب أو الموهوب له، أو هلاك الموهوب، أو تغيّره من جنس إلى جنس الموهوب حكما بصيرورته شيئا آخر[3].

ويستند الحنفية في رأيه هذا إلى حديث الرّسول صل الله عليه وسلم أنّه قال: " **لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده، ومثل الرجلين يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل، حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قيئه**"[4].

---

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

[2]– أحمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان 1997، ص.ص.124، 125.

[3]– محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ص. ص.246، 247.

[4]– محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج.5، ص.246، نقلا عن: ظفر أحمد العثماني التاهوني، إعلاء السنن، ج.16 ط.3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1415هـ، ص.ص.104، 105.

إلاّ أنّ المانعون طعنوا في هذا الحديث بأنّه لم يثبت من وجه صحيح عن النّبي – صل الله عليه وسلم– وردّ أبو حنيفة عنهم بأنّ ما قالوا في وجه الطّعن غير معقول، ومع ذلك فإنّ الحديث مروى من طرق يقوى بعضها بعضًا، ثمّ إنّ القول بعدم الصحة يستلزم تجهيل الصحابة وترك فتواهم من غير الضرورة.

والنّص بالحرمة يحتمل للكراهة، وهو الأولى فالحديث محمول على الكراهة لا الحرمة، ثم إنّه بالقول أنّ الحديث يدل على أنّ لا حرمة ولا كراهة في رجوع الوالد فيما وهب لولده، وأنّكم تقولون إنّه لا يجوز الرّجوع فيما وهب رجل لذي رحم محرم، فالجواب عنه أنّ استثناء الوالد في الحديث ورد على مثال قوله:" أنت ومالك لأبيك"[1].

ثانيا: المالكية

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

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

---

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

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

[3]– أنس بن مالك، المرجع السابق، ج.4، ص.ص.409، 410.

يتبيّن من خلال ما تقدّم أنّ المالكية ذهبت إلى أنّه لا يجوز الرّجوع في الهبة وهو الأصل، إلاّ في حالة واحدة تتمثل في جواز رجوع الوالدين في الهبة المقدّمة للأولاد، وحتّى تتحقق وجب أن لا تكون الهبة قد قُدّمت بغرض الزّواج، لأنّها إن كانت بهدف ذلك فلا يجوز له الرجوع فيها، ويستوي الأمر إذا كان أحدث الولد دينا أو استهلكت، فإذا كانت بهدف ضمان دين أو قرض فلا مجال للقول بجواز الرّجوع فيها.

من خلال هذا يتبيّن أنّ الأصل حسب الفقه المالكي عدم جواز الرّجوع في الهبة المقدّمة للولد بهدف الزّواج، واستثناءً جواز ذلك للوالدين سواء الأب أو الأم إذا لم يتحقق سبب الهبة ألا وهو زواج الموهوب له، مع إضافة المالكية أسباب أخرى للرّجوع في هبة الولد المقدّمة بهدف الزّواج، وهي حالة ما منح الأب ابنه نحلة أي هدية بغرض الزواج وكانت للأب جارية فوطأها الولد هنا لا يحق للأب اعتصار الهبة أي الرّجوع فها.

ثالثا: الشافعية

ذهب الشافعية إلى أنّه لا يجوز الرّجوع في الهبة إلاّ إذا كانت للأولاد أو أولاد الأولاد مهما نزلوا بمعنى إن كانت لغير الولد وغير ولد الولد فإنّه لا يجوز الرّجوع فيها إذا تمّ القبض.

حيث جاء في كتاب المجموع أنّه:" **فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئا وأقبضه لم يملك الرجوع فيه، وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لا صلاح الولد**"[1].

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

رابعا: الحنابلة

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

---

[1]– محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج.16، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س.ن ص.353.

[2]– يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار المنهاج، د.ب.ن، د.س.ن ص.142.

[3]– فيصل بن عبد العزيز، كلمات السداد على متن الزاد، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية،2007، ص. 218.

وورد في كتاب دليل الطالب:" **لكل واهب أن يرجع في هبته قبل إقباضها مع الكراهة، ولا يصح الرجوع إلا بالقول وبعد إقباضها يحرم ولا يصح ما لم يكن أبا فله أن يرجع**"[1].

وجاء في كتاب المغني أنّه للرّجوع في هبة الولد شروط أربعة وهي:

- أن تكون الهبة باقية في ملك الابن.
- أن تكون الهبة باقية في تصرف الولد.
- أن لا يتعلق بالهبة رغبة لغير الولد.
- أن لا تزيد زيادة متصلة[2].

يتبيّن من هذا التّقديم أنّ الرّأي عند الحنابلة هو عدم جواز الرّجوع في الهبة اللاّزمة الّتي تمّ قبضها، وجواز الرّجوع في الهبة قبل القبض أي الهبة غير اللازمة، إلاّ هبة الأب، فيجوز لهذا الأخير أن يرجع فيها بشروط، وهي أن تكون باقية في ملك الابن، أن تكون باقية في حوزة الولد، أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد، أن لا تزيد زيادة متصلة.

يظهر أنّ المشرّع الجزائري بخصوص جواز الرّجوع في الهبة المقدّمة للأولاد قد ساير الفقه المالكي الّذي قضى أنّه يجوز للأبوين الرّجوع فيها إلاّ لبعض الأسباب، ومن بينها عدم جواز الرّجوع إذا كان الغرض منها الزّواج، أو كانت بهدف ضمان قرض أو دين، أين كان المذهب المالكي هو الوحيد من بين الفقهاء الآخرين الّذي تطرّق إلى هاذين المانعين، فجاءت صياغة المادة **211/1و2** على النّحو الآتي:" **للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:**

1) إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،

2) إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين".

والرأي الرّاجح لدينا هو قول الجمهور وهو عدم جواز الرّجوع في الهبة، وإلى هذا ذهب أكثر أهل الفقه والقانون على سبيل المثال الاستاذ اسطنبولي محي الدّين حيث قال: نجد أنّ القول الأول والّذي لا يجيز الرّجوع في الهبة هو الرّاجح[3].

---

[1]– مرعي بن يوسف بن أحمد الكرمي، دليل الطالب لنيل المطالب، دار طيبة، الرياض، 2004، ص.195.

[2]– عبد الله بن قدامة، المغني، ج.8، ط.3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص. ص.264 267.

[3]– اسطنبولي محي الدين، « أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي »، مجلة آفاق للعلوم، المجلد2، ع.6، جامعة الجلفة، الجزائر، ص.124.

المطلب الثاني

أثر الفقه المالكي في استحقاق قاتل الموصي للوصية

تطرّق المشرّع الجزائري إلى عدّة مسائل متعلقة بالوصية من تعريف، شروط الوصية سواء المتعلقة بالوصي، أو الموصى له، أو باستحقاق الوصية، وبعد استقراء هذه المسائل ومقارنتها بما عليه المذاهب الفقهيه، تبيّن أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر بالمذهب المالكي في مسألة مدى استحقاق قاتل الموصي للوصية، وبيانًا لهذا نستعرض موقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي(الفرع الأول)، وموقف الفقهاء في الوصية لقاتل الموصي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي

نتعرّض في هذا الفرع إلى موقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي عمدًا(أولا) وموقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي خطأً(ثانيا).

أولا: موقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي عمدا

قد تتحقّق شروط الوصية بأن يكون الموصي سليم العقل، بالغًا من العمر تسعة عشرة سنة على الأقل وقت إبرام عقد الوصية(المادة **186** من قانون الأسرة)، وأن تكون الوصية في حدود الثّلث(المادة **185** من القانون السّابق الذّكر)، غير أنّه قد يرتبط بها ظرف من الظّروف المؤثّرة في صحّتها مثلما عليه الحال في قضية قتل الموصي الموصى له.

والقتل إمّا أن يكون عمدًا أو خطأً، والمشرّع تطرّق إلى ذكر حكم الوصية لقاتل الموصي عمدًا، حيث نصّ في المادة **188** من ق.أ.ج. على أنّه:" **لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا**".

يفهم من خلال المادة أنّ قاتل الموصي عمدًا لا يستحق الوصية[1].

والسّؤال المطروح أنّ المشرّع الجزائري أورد المادة بصورة عامة، فلم يبيّن لنا حكم الوصية للشّريك في قتل الموصي أو شاهد الزّور الّذي أدّت شهادته للحكم بالإعدام، أو حالة ما إذا كان الموصى له عالم بقتل الموصي أو تدبيره إلاّ أنّه لم يخبر السّلطات المعنيّة.

[1]– أنظر بخصوص مفهوم القتل العمد الصفحات 37 – 38 من هذه المذكرة.

والرّأي عندنا أنّ الشّريك في قتل الموصي، أو شاهد الزّور الّذي أدّت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه، أو العالم بالقتل وتدبيره ولم يخبر السّلطات المعنيّة بذلك، يكون له حكم الفاعل الأصلي، أي تطبّق عليه المادة **188** السّابقة الذّكر[1].

وهذا قياسًا لما تبنّاه المشرّع الجزائري بخصوص حرمان قاتل المُورّث عمدًا سواء كان فاعلًا أصليًا، أو شريكًا، أو شاهد زور أدّت شهادته إلى إعدام المُورّث، وهو ما جاء في نصّ المادة **135** من ق.أ. الّتي تنصّ: "**يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:**

1) **قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا،**
2) **شاهد الزور الّذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه،**
3) **العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية**".

ثانيا: موقف المشرّع الجزائري في الوصية لقاتل الموصي خطأ

المشرّع الجزائري لم يتطرّق من خلال قانون الأسرة الجزائري إلى حكم الوصية لقاتل الموصي خطأ، فالمادة **188** من القانون السّابق الذّكر الوحيدة الّتي عالج فيها المشرّع الجزائري مسألة الوصية لقاتل الموصي، واكتفت بذكر فقط القتل العمد حيث نصّت على أنّه:" **لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا**".

غير أنّه إذا ما أخذنا بالمفهوم المخالف للمادة يتبيّن أنّ نيّة المشرّع اتّجهت إلى الحكم باستحقاق قاتل الموصي خطأً للوصية، لأنّه لو اتّجهت نيّته إلى حرمانه فلا يخلو ذلك من أمرين:

إمّا ذكر ذلك بصورة صريحة فيكون نصّ المادة كالآتي:" **لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا أو خطأ**".

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

كما نستطيع الحكم بأنّ المشرّع الجزائري اتّجهت نيّته إلى استحقاق قاتل الموصي خطأً للوصية من خلال القياس لما نصّ عليه بخصوص توريث قاتل المُورّث خطأً، حيث جاءت المادة **137** من ق.أ. على أنّه:" **يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض**".

[1]– أنظر المادة 188 من الأمر رقم 05 – 02، المرجع السابق.

ومنه فإنّ قاتل الموصي خطأ يستحقّ الوصية، فيتمّ الحكم بصحّتها، كما أنّها تكون في حدود الثّلث وما زاد عن الثّلث توقّف على إجازة الورثة وإن أجازها بعضهم وردها بعضهم نفذت في حقّ الّذي أجاز وبطلت في حق الّذي لم يجز[1].

ذهب المشرّع الجزائري أيضًا إلى أنّ الوصية تكون في حدود الثّلث، وهو ما تبنّاه في المادة **185** من ق.أ. الّتي تنصّ: " **تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة**".

وذهب أهل القانون إلى القول باستحقاق قاتل الموصي خطأً للوصية، حيث قال في ذلك حمدي باشا عمر: قتل الموصى له الموصي خطأً أو دفاعًا شرعيًّا عن نفسه، أو ماله أو عرضه ففعل القتل هنا لا يبطل الوصية؛ لأنّ العبرة من الحرمان من الإيصاء هو بالقتل العمد وبالنّتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الّذي يكون في حالة دفاع شرعي[2].

الفرع الثاني

موقف الفقه في استحقاق قاتل الموصي للوصية

تباينت الآراء الفقهية بخصوص صحّة الوصية لقاتل الموصي على هذا النّحو:

أولا: الحنفية

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

---

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

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

[3]– علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.1، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص.ص.339 .340

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

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

ثانيا: المالكية

فرّق المالكية بين قتل الموصي عمدًا أو خطأً، فالقتل العمدي يبطل الوصية، في حين تصحّ في القتل الخطأ.

والسّند في ذلك ما جاء في كتب الفقه المالكي منها:

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

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

ثالثا: الشافعية

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

---

[1]– مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النيّرين في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005 ص.826.

[2]– أنس بن مالك، المرجع السابق، ج.4، ص.395.

[3]– عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المرجع السابق، ج.2، ص.ص.517، 518.

– **الرأي الأول:** ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، حيث يرى أنّ الوصية لقاتل الموصي باطلة ويستوى أن يكون القتل عمدًا أو خطأً، وهذا قياسًا على الإرث، فإنّه لمّا عصي بالتّوصّل إلى السّبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمره، والوصية أيضًا ثمرة الموت.

2– **الرأي الثاني:** ذهب إلى أنّ الوصية صحيحة سواء أكان القتل عمدًا أو خطأً، لأنّ السّبب هو التّمليك دون الموت، وهو اختيار من جهة، فأشبه المستولدة إذا قتلت سيّدها، ومستحق الدّين إذا قتل من عليه الدّين.

3– **الرأي الثالث:** يتراوح هذا المذهب بين المنع والجواز أو بين البطلان والصّحة، إذ يفرّق بين ما إذا تمّت الوصية بعد الجرح فالقول أنّ الوصية باطلة، أمّا إذا حدث الجرح قبل الوصية فالقول صحّتها، والثّالث أنّه إذا أوصى أوّلا ثمّ قتل انقطعت الوصية لأنّه استعجال وإن جرح ثمّ أوصى له جائز كما لو أوصى لعبد وارث.

وما قيل كله هو خلاصة لما ورد في كتاب الوسيط في المذهب الشافعي حيث جاء فيه:

" **أما القاتل: ففي الوصية له ثلاثة أقوال: أحدهما: المنع قياسا على الإرث، فإنّه لما عصي بالتوصل إلى السبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمره، والوصية أيضا ثمرة الموت. والثاني الصحة، لأن السبب هو التمليك دون الموت، وهو اختيار من جهة، فأشبه المستولدة إذا قتلت سيدها، ومستحق الدين إذا قتل من عليه الدين، والثالث أنّه إذا أوصى أولا ثم قتل انقطعت الوصية لأنه استعجال، وان جرح ثم أوصى له جائز**".

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

رابعا: الحنابلة

اتّجه الحنابلة إلى اتّجاهين:

الأول يرى أنّ الوصية لقاتل الموصي باطلة، سواء كان القتل عمدًا أم خطأً[2].

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

[2]– عبد الله بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السّوادي جدة، 2000، ص.252.

في حين يميّز الثّاني بين ما إذا وقعت الوصية بعد الجرح أو قبله، فتكون صحيحة إذا وقعت بعد جرح الموصى له الموصي، وتعتبر باطلة إذا كانت قبل جرح الوصى له الموصي[1].

بعد عرضنا لآراء الفقهاء بخصوص مسألة الوصية للقاتل واستقراء نص المادة **188** من قانون الأسرة الجزائري، والّتي تنص على أنّه:" **لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا**"، يتبيّن لنا أنّ المشرّع قد أخذ بالفقه المالكي أين اعتبر القتل المانع من استحقاق الوصية هو القتل العمد دون الخطأ الّذي يستحق فيه القاتل الوصية.

[1]– شمس الدين ابن قدامة المقدسي، علاء الدين المرداوي، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ج.17، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1990، ص. 300.

تبيّن بعد استعراض عناصر هذا الفصل أنّ المشرّع الجزائري تأثّر بالفقه المالكي في أحكام الميراث في مسألة واحدة، وهي القتل المانع من الإرث أين اتّفق الفقهاء والمشرّع على أنّ القتل عمومًا يعتبر مانعًا من موانع الميراث، والفرق يظهر بخصوص نوع القتل أين لم يفرّق جمهور أهل الفقه من حنفية، حنابلة وشافعية بين القتل العمدي والقتل الخطأ، فعندهم قاتل المورّث عمدًا أو خطأً لا يرث بخلاف المالكية أين قضوا بعدم توريث قاتل المُورّث عمدًا دون قاتله خطأً الّذي يرث من مال المورّث دون الدّية، وعلى هذا النّهج سار المشرّع وذلك بموجب المادتين **135** و **137** من قانون الأسرة الجزائري.

كما تأثّر المشرّع الجزائري بالفقه المالكي في عقود التبرّعات في مسألتين وهي:

المسألة الأولى تتمثّل في اعتناق المشرّع موقف الفقه المالكي بخصوص عدم جواز الرّجوع في الهبة المقدّمة من الوالدين للأولاد إذا كانت بغرض الزّواج، أو بغرض قضاء دين أو تسديد قرض وذلك في المادة **211**/1، 2 من قانون الأسرة الجزائري.

والمسألة الثّانية هي قضاء المشرّع باستحقاق قاتل الموصي خطأ الوصية دون قاتله عمدًا، وهو ما كرّسه في المادة **188** من قانون الأسرة الجزائري، متأثرًا في ذلك بمذهب المالكية.

خاتمة

يعتبر الاجتهاد مصدر من مصادر الشّريعة الإسلامية الّذي لا يقلّ أهمية عن مصادر التّشريع الإسلامي الأخرى من قرآن، سنّة، إجماع وغيرها، وهو الدّافع بأهل التّشريع إلى إدراجه كمرجع من المراجع الّتي تستسقى منه نصوص قانون الأسرة سواء أثناء صياغته وهو ما تبنّاه المشرّع الجزائري في المشروع التّمهيدي لهذا القانون، أين صرّح باستنباط الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية السّنية الأربعة، والأمر كذلك في حال انعدام نصّ قانوني يحكم مسألة من المسائل المتعلّقة به، وهو ما كرّسه في المادة **222** من القانون السّابق الذّكر، ومنه نجد أنّ المشرّع قد تأثّر بالفقه الإسلامي عموما بما فيه الفقه المالكي في صياغة نصوص قانون الأسرة، وقد توصّلنا إلى مجموعة من النّتائج والمقترحات خلال هذه المذكرة نسردها في الآتي:

أولا: النّتائج

1- العودة إلى أحكام الفقه بما فيه الفقه المالكي يعتبر ضرورة تستدعيها متطلّبات تكريس أحكام الشريعة الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، سواء حين سنّ قانون الأسرة أو حين عدم تنظيمه لمسألة معيّنة، غير أنّه يجب أن ننبّه أنّ الفكرة السّائدة بين أهل القانون من أنّ المشرّع الجزائري يستمدّ أحكام قانون الأسرة من الفقه المالكي فكرة مجانبة للصّواب على أساس أنّ المادة **222** واضحة في الإحالة إلى الشّريعة الإسلامية ككل.

2- تبنّي المشرّع لبعض الآراء في الفقه المالكي من شأنه أن يكرّس المرجعية الفقهية المالكية في الجزائر.

3- تظهر بصمة الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري في عدّة مواضع نذكر منها مسألة استرجاع الهدايا المادة **(5/4 ,5)**، مسألة الرّضاع الّذي يحرم من النّكاح المادة **(29)** الاختلاف في مسألة قبض الصّداق المادة **(17)**، التّطليق للغيبة المادة **(53/5)**، عودة الحقّ في الحضانة المادة **(71)**، سكوت صاحب الحقّ في الحضانة في طلبها المادة **(68)**، القتل المانع من الميراث المادتين **(135، 137)**، الرّجوع في الهبة المادة **(211)**، قاتل الموصي عمدًا لا يستحقّ الوصيّة المادة **(188)**.

4- الفقه ومنه الفقه المالكي أحد مصادر التّشريع الإسلامي الثّرية الّتي كانت ومازالت صالحة للتّطبيق، كما أنّ تعددّ المذاهب الفقهية والرّوايات داخل المذهب الواحد يعتبر مجالا لانتقاء

الاجتهاد الأصوب الّذي يلائم معطيات الزّمان والمكان، فبذلك يثبت الفقه مرونته ومواكبته لمستجدّات العصر ومشكلاته ونوازله.

ثانيا: المقترحات

1- نقترح مزيد من التّعمّق لاستقراء بقيّة الأحكام والمسائل القانونية المتعلّقة بقانون الأسرة والّتي استمدّها المشرّع الجزائري من الفقه المالكي، بتوسيع مجال البحث في القانون وعلاقته بالفقه المالكي.

2- ندعو أهل القانون من أساتذة وقضاة وغيرهم الحرص على استقاء الآراء الفقهية الصّحيحة من مصادرها الأصلية، حتّى يتمّ تفادي الوقوع في الأخطاء، وهو ما لمسناه في المراجع القانونية الّتي تسند بعض الأحكام لمذاهب معيّنة، ويتبيّن بعد مراجعة المصادر الفقهية خلاف ذلك.

3- مسائل قانون الأسرة مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بمبادئ الشّريعة الإسلامية إحلالًا وحرمةً لذلك لا يمكن تجاوزها خاصة في المسائل القطعيّة.

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1. إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذاهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ج.2، منشورات مؤسسة دار السلام، دمشق، 1378هـ.
2. ابن حجر الهيثمي، أحمد بن قاسم العبادي، عبد الحميد الشرواني، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج.8، د.ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1938.
3. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.
4. أحمد ابن أحمد الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان، دار المنهاج، لبنان، 2009.
5. أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
6. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، 1989.
7. أحمد بن جعفر القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان 1997.
8. أحمد فتخي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، مقارنة بالقانون الوضعي، ج.1، ط.6، دار الشروق، القاهرة، 1988.
9. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
10. إسماعيل حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
11. الدردير أحمد، الشرح الصغير، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، د.ط، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، د.س.ن.
12. الدردير أحمد، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار احياء الكتب العربية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.
13. الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1975.
14. _____، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج.3، ط.2، دار الفكر، دمشق، 2006.
15. الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.
16. أنس بن مالك، المدونة الكبرى، ج.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

35. _____، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السّوادي، جدة 2000.

36. عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، دار الكتب العلمية لبنان، 1998.

37. عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج.2، المطبعة التونسية تونس 1339.

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

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

40. علي بن سليمان المرداوى، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف من مذهب الامام المبجل أحمد بن حنبل، ج.8، مطبعة السنة المحمدية، د.ب.ن، 1956.

41. علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج.8 دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

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

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

44. محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن رشد، دمشق، 2002.
45. محمد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، دار السلام، القاهرة، 1997.
46. محمد أمين افندي الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج.2، د.ط، د.ب.ن د.س.ن.
47. محمد بن ابراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج.5، مكتبة مكة الثقافية الامارات العربية المتحدة، 2005.
48. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط.14، دار أصداء المجتمع للنشر والتوزيع، لبنان، 2012.
49. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج.6، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة 2001.
50. محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج.7 دار الرضوان، موريتانيا، 2010.
51. محمد حسين الذهبي، الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والشيعة ط.3، مكتبة وهبة، القاهرة، 1991.
52. محمد سكحال الحجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، ج.2، دار القلم، دمشق 2010.
53. محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، مكتبة الشيخ بهادر آباد كراتشي، المملكة العربية السعودية، 1416 هـ.
54. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، د.ط، دار إحياء الكتب العربية القاهرة، د.س.ن.
55. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان 2003.
56. محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج.16، مكتبة الإرشاد المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
57. محمود أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.

58. محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج.6، دار الكتب العلمية لبنان، 2004.
59. مرعي بن يوسف بن أحمد الكرمي، دليل الطالب لنيل المطالب، دار طيبة، الرياض 2004.
60. مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب، مجمع البحرين وملتقى النيّرين في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
61. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الموسوعة الفقهية، ج.29، دار الصفوة، الكويت، 1993.
62. يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج.8، دار المنهاج، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.
63. يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
2. إقروفة زبيدة، قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتنديد، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 1999.
3. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
4. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، 2014، 2015.
5. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004.

6. عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2003.
7. مسعودان فتيحة، الخبرة الطبية في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، 2017 – 2018.

رابعا: المقالات والمداخلات

1. اسطنبولي محي الدين، « أحكام الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي »، مجلة آفاق للعلوم المجلد2، ع.6، جامعة الجلفة، الجزائر.
2. إلغات ربيحة، « الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا»، مجلة حوليات الجزائر، مجلد 27، ع.2، جامعة الجزائر 1.
3. باوني محمد،« الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا »، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 19، ع.1، 1995.
4. براف دليلة، « عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي »، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد3، ع.1، جامعة البليدة2.
5. ختير مسعود، « المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع »، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.
6. خلف فاروق، « أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي»، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع.2، جامعة الوادي، الجزائر، 2016.
7. سدي عمر، « الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق »، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد8، ع.2، منشورات المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر 2019.
8. شوقور فاضل، « قراءة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري في ضوء اتفاقية حقوق الطفل »، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع.6، جامعة عمار ثليجي، الأغواط 2017.

9. علاء الدين حسين رحال، « حق القريب الحاضن في المحضون ووسائل تنفيذه »، بحث مقدم في ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة 1436هـ.
10. غرابي أحمد، « المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها »، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع.23، المجلد 1، جامعة الجلفة، الجزائر.
11. فلاك مراد، « المساهمة التبعية في القانون الجنائي الوطني والدولي »، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية، المجلد 3، ع.2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2018.
12. محروق كريمة، « مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا »، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد13، ع.2 قسنطينة، 1995.
13. نصر سلمان، « أحكام الصّداق في الشريعة الإسلامية »، مجلة العيار، المجلد5، ع.9 جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2018.

خامسا: النصوص القانونية

1. أمر رقم 66 – 156 مؤرخ في 18 صفر 1356 هـ الموافق 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع49، مؤرخ في 21 صفر 1356 هـ الموافق 11 يونيو 1966م.
2. قانون رقم 82 – 04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402 هـ الموافق 13 فبراير 1982 م يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966 م، والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع7، مؤرخ في 22 ربيع الثاني 1402 هـ الموافق 16 فبراير 1982م.
3. قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع.24 مؤرخ 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو 1984 م، معدل ومتمم بالأمر رقم 05 – 02 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م ج.ر.ع.15، مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م.
4. قانون رقم 06 – 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 هـ الموافق 20 ديسمبر 2006 م يعدل ويتمم الأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو

1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة عام 1427 هـ الموافق 24 ديسمبر 2006م.

5. قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو2007م يعدل ويتمم الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ع.31 مؤرخ في 25 ربيع الثّاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 م.

سادسا: القرارات والأحكام القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 54198، صادر بتاريخ 05 – 06 – 1989، المجلة القضائية، ع.4، 1990.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58812، صادر بتاريخ 05 – 02 – 1990، المجلة القضائية، عدد4، 1992.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 73515، صادر بتاريخ 18 – 06 – 1991، المجلة القضائية، ع.4، 1992.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58220 صادر بتاريخ 05 – 02 – 1990، المجلة القضائية، ع.3، 1993.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 252350 صادر بتاريخ 21– 02 – 2001، المجلة القضائية، عدد1، 2002.
6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 364850 صادر بتاريخ17 – 05 – 2006، المجلة القضائية، ع.2، 2007.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 554347، صادر بتاريخ 15 – 07 – 2010، المجلة القضائية، ع.2، 2010.

الفهرس

العناوين **الصفحات**

مقدّمة.....1
الفصل الأول: أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج وانحلاله.....5
المبحث الأول: أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج.....7
المطلب الأول: أثر الفقه المالكي في العدول عن الخطبة.....7
الفرع الأول: تعريف الخطبة.....7
أولا: تعريف الخطبة لغة.....8
ثانيا: تعريف الخطبة قانونا.....8
الفرع الثاني: أثر الفقه المالكي في هدايا الخطبة حالة العدول.....9
أولا : موقف المشرّع الجزائري في هدايا الخطبة حالة العدول.....10
ثانيا: موقف الفقه في الهدايا حالة العدول.....11
المطلب الثاني: أثر الفقه المالكي في إنشاء الرّابطة الزّوجية.....13
الفرع الأول: الاختلاف في قبض الصّداق وأثر الفقه المالكي فيه.....13
أولا: موقف المشرّع الجزائري في الاختلاف في قبض الصّداق.....13
ثانيا: موقف الفقه من مسألة الاختلاف في قبض الصّداق.....15
الفرع الثاني: الرّضاع وأثر الفقه المالكي فيه.....17
أولا: موقف المشرّع الجزائري في الرّضاع المحرم للزّواج.....17
ثانيا: موقف الفقه في الرّضاع المحرم للزّواج.....18
المبحث الثاني: أثر الفقه المالكي في انحلال الرّابطة الزّوجية وآثاره.....20
المطلب الأول: أثر الفقه المالكي في التّطليق للغيبة.....20
الفرع الأول: موقف المشرّع الجزائري في التّطليق للغيبة.....20
الفرع الثاني: موقف الفقه في التّطليق للغيبة.....21
المطلب الثاني: أثر الفقه المالكي في الحضانة.....24
الفرع الأول: أثر الفقه المالكي في عودة الحضانة.....24

أولا: موقف المشرّع الجزائري في عودة الحضانة.....24
ثانيا: موقف الفقه في عودة الحضانة.....26
الفرع الثاني: السّكوت عن طلب الحضانة وأثر الفقه المالكي فيه.....29
أولا: موقف المشرّع الجزائري في السّكوت عن طلب الحضانة.....29
ثانيا: موقف الفقه في السّكوت عن طلب الحضانة.....30
الفصل الثاني: أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث وعقود التبرّعات.....35
المبحث الأول: أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث.....36
المطلب الأول: موقف المشرّع الجزائري في القتل المانع من الإرث.....36
الفرع الأول: موقف المشرّع الجزائري في القتل العمدي.....36
الفرع الثاني: موقف المشرّع الجزائري في القتل الخطأ.....39
المطلب الثاني: موقف الفقه في القتل المانع من الإرث.....42
الفرع الأول: موقف جمهور الفقهاء في القتل المانع من الإرث.....43
الفرع الثاني: موقف الفقه المالكي في القتل المانع من الإرث.....45
المبحث الثاني: أثر الفقه المالكي في عقود التبرّعات.....47
المطلب الأول: الرّجوع في الهبة وأثر الفقه المالكي فيها.....47
الفرع الأول: موقف المشرّع الجزائري في الرّجوع في الهبة.....47
الفرع الثاني: موقف الفقه في الرّجوع في الهبة.....49
المطلب الثاني: أثر الفقه المالكي في استحقاق قاتل الموصي للوصيّة.....54
الفرع الأول: موقف المشرّع الجزائري في الوصيّة لقاتل الموصي.....54
أولا: موقف المشرّع الجزائري في الوصيّة لقاتل الموصي عمدا.....54
ثانيا: موقف المشرّع الجزائري في الوصيّة لقاتل الموصي خطأ.....55
الفرع الثاني: موقف الفقه في استحقاق قاتل الموصي للوصيّة.....56
خاتمة.....62
قائمة المراجع.....65

الفهرس.....74

ملخص

ارتكزت الدّراسة في موضوع أثر الفقه المالكي على أحكام قانون الأسرة الجزائري على فصلين:

جاء الفصل الأول بعنوان أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج وانحلاله الّذي قُسّم إلى مبحثين، ضمنّا في المبحث الأول أثر الفقه المالكي في أحكام الزّواج، حيث استعرضنا فيه أثر الفقه المالكي حالة العدول عن الخطبة كمطلب أول، وارتكزت الدّراسة فيه حول مصير الهدايا حالة العدول، أمّا المطلب الثاني جاء لتبيان أثر الفقه المالكي في إنشاء الرّابطة الزّوجية بالتّحديد مسألتي الاختلاف في قبض الصّداق والرّضاع المحرّم للزّواج وأثر الفقه المالكي فيهما، أمّا المبحث الثّاني درسنا فيه أثر الفقه المالكي في انحلال الرّابطة الزّوجية وآثارها، تعرّضنا في المطلب الأول لأثر الفقه المالكي في التّطليق للغيبة، ودرسنا في المطلب الثّاني عودة الحضانة والسّكوت عن طلبها وأثر الفقه المالكي في ذلك.

وجاء الفصل الثّاني بعنوان أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث وعقود التبرّعات مشتملاً بدوره على مبحثين، تناولنا في المبحث الأول أثر الفقه المالكي في أحكام الميراث وشملنا الدّراسة فيه حول موضوع القتل المانع من الإرث وأثر الفقه المالكي فيه، في حين المبحث الثّاني خصّصناه لأثر الفقه المالكي في عقود التبرّعات، وانصبت الدّراسة فيه حول أثر الفقه المالكي في مسألتي الرّجوع في الهبة ومدى استحقاق قاتل الموصي للوصية.

خُتمت الدّراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات الّتي استقرءناها من مجموع عناصر البحث.

الكلمات الدالة: قانون الأسرة، الفقه، الفقه المالكي، المذاهب الفقهية، الاجتهاد الفقهي، المرجعية الفقهية المالكية.

L'étude était basée sur l'impact de la jurisprudence de Malik sur les dispositions du code de la famille algérien sur deux chapitres:

Le premier chapitre, intitulé l'impact de la jurisprudence Malik sur les dispositions du mariage et sa dissolution, qui est divisé en deux sections, nous avons étudié dans la première partie, la jurisprudence Malik en dispositions du mariage, où nous avons expliqué l'impact du jurisprudence Malik en renonciation aux fiançailles « El khitba » dans première exigence où l'étude basée sur le sujet de restitution de cadeaux dans le cas de renonciation aux fiançailles, dans la deuxième exigence nous avons étudié l'impact jurisprudence de Malik en création de mariage et spécifiquement dispute sur le dot et l'Allaitement maternel qui empêche le mariage. la deuxième partie, nous avons étudié l'impact de la jurisprudence de Malik dans la dissolution du mariage et ses effets, spécifiquement en divorce pour absence, retour de droit à la garde et le retard de l'ayant droit de garde à le réclamer plus d'une année.

Le deuxième chapitre, intitulé L'impact de la jurisprudence de Malik en disposition d'héritage et de contrats volontaires, nous avons étudié dans la première section la jurisprudence de Malik en dispositions d'héritage, spécifiquement le meurtre qui empêche l'héritage Alors que nous avons étudié dans la deuxième section l'impact de la jurisprudence de Malik, et spécifiquement en annulation du don et l'homicide de testateur.

Mots-clés: droit de la famille, jurisprudence, jurisprudence Malik, doctrines jurisprudentielles.

.