جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية – تخصص: شريعة وقانون

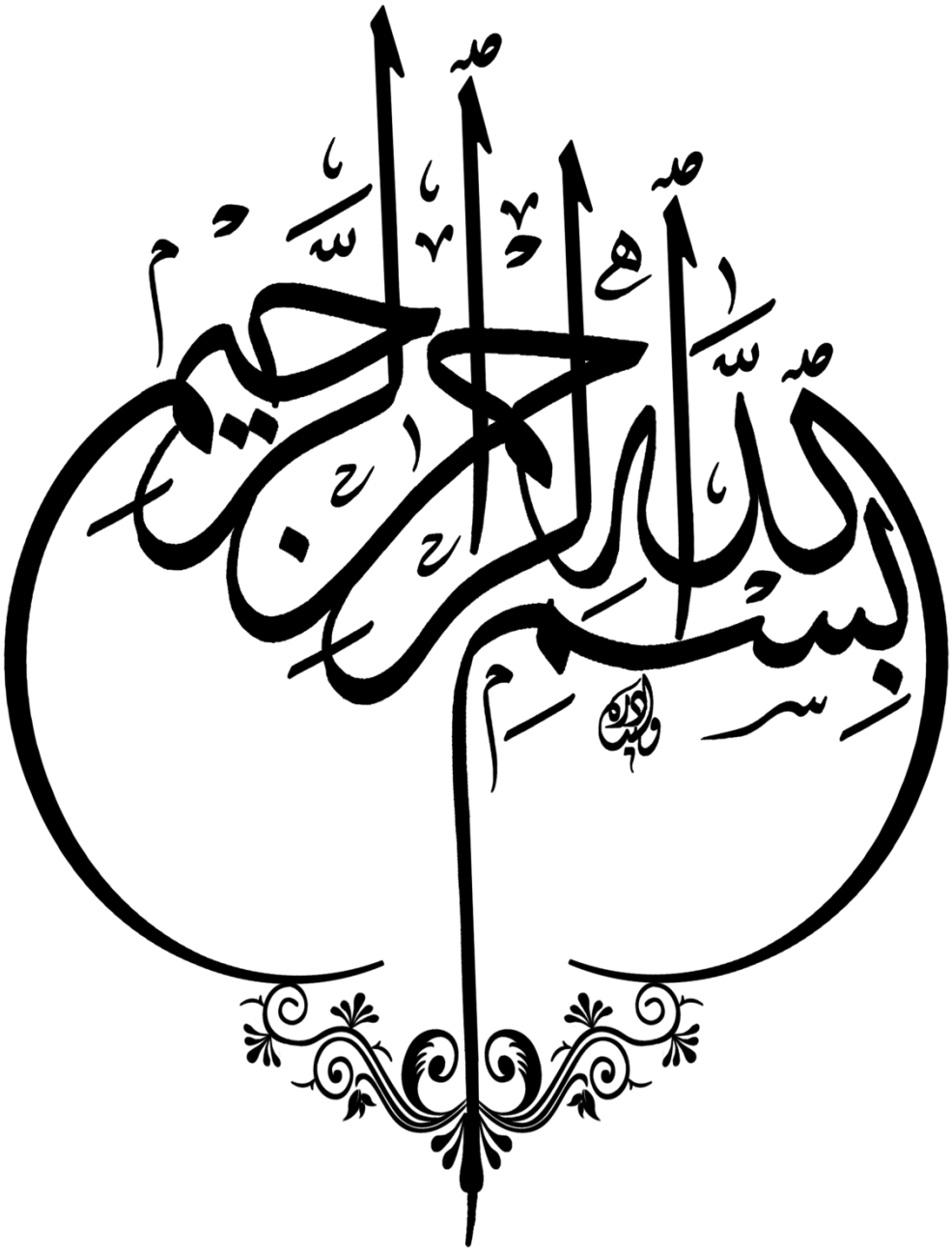
الطالب: فواز سلامي

المشرف: الدكتور: نبيل موفّق

لجنة المناقشة

الاسم والقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د: آمنة سلطاني	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمة لخضر– الوادي	رئيسا
د: نبيل موفّق	أستاذ مساعد ب	جامعة الشهيد حمة لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ: عبد الغني حوبة	أستاذ مساعد ب	جامعة الشهيد حمة لخضر– الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية :1439– 1440هـ / 2017– 2018م


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

- ✓ إلى كنز الرضا وينبوع الحنان، **أمي العزيزة** التي لازمتني بركات دعائها، كل مراحل الدراسة.
- ✓ إلى الذي توفاه الله تعالى وهو يكد في جلب لقمة الحلال لنا، ونحن صغارا **أبي العزيز** صاحب القلب الطيب، والإطلالة المشرقة – رحمة الله عليه .
- ✓ إلى شريكة الروح، وأم الأولاد، وسيدة البيت، **زوجتي الحبيبة** حفظها الله ورعاها، وأبقاها سندا وموئلاً.
- ✓ إلى فلذة كبدي، وقرة عيني، وسويداء قلبي، **بتول وعبد الرحمن**.
- ✓ إلى أشقائي وشقيقاتي في الرحم، إخوتي وأخواتي، أدام الله عزهم، وجعلهم ذخرا لنا .
- ✓ إلى إخواني في الله، وزملائي في المهنة.
- ✓ إلى الرجلين الصالحين، **الحاج الطاهر، الحاج فاتح**
- ✓ إلى طُلاب العلم، الذين يبتغون وجه الله، ويرومون المجد للأمة الإسلامية

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

انطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف:

«لا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ » (رواه أحمد في مسنده)

فأحمد الله تعالى وأشكره، على التوفيق والإعانة والإفصاح عن مراد البحث والإبانة،

كما أزجي شكري الجزيل، وثنائي الجميل لأخي وأستاذي الأديب الأريب **الدكتور نبيل موفق** الذي نلت الحضوة عنده بإشرافه على هذه المذكرة التي حلاها بتوجيهاته الثمينة، وتصويباته الدقيقة وملاحظاته التي أصابت سهامها صميم موضوع البحث

وأُثَنِي بتقديم أسمى عبارات الشكر والامتنان لأسرة معهد العلوم الإسلامية بجامعة الوادي، أساتذة وطلبة وعمالا

كما لا أنسى بتقديم الشكر لكل من كان له أثر في هذا البحث بإسداء النصيحة، وطرح كل فكرة تخدم موضوع البحث ليبلغ مداه في الإتمام والإلمام

وأخص في ذلك كل من:

الأستاذ الدكتور عبد الرؤوف دبابش، عميد كلية الحقوق، جامعة بسكرة

والدكتور محند عزوق، مدير الدراسات بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف

والأستاذ توفيق لوصيف، مدير الشؤون الدينية والأوقاف بولاية بسكرة

كما لا أنسى إخواني: **خالد بن عليا، وجموعي الهاني، ومسعود كربوع، وفوزي بحري، ويوسف الباهي**

وشيخي الفاضل الذي تعلمت عنه الكثير **داود قندوز**

ملخص

هذه الدراسة بعنوان: "**التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري**"، كان إشكالها الرئيس التي تسعى للإجابة عنه هو: هل التزم المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في تقنين، وتعديل أحكام قانون الأسرة الجزائري، أم خرج عن المذهب، والتجأ إلى مذاهب فقهية أخرى؟

أجابت الدراسة على ذلك من خلال مبحث تمهيدي، ومبحثين تاليين، خصصت المبحث التمهيدي لبيان حقيقة التلفيق، وحدوده، وضوابطه، أما المبحث الأول فتناولت فيه التلفيق بين المذاهب الفقهية في مسائل الزواج، وآثاره، أما المبحث الثاني فتعرضت فيه للتلفيق بين المذاهب الفقهية في مسائل انحلال الزواج، وآثاره.

وتوصلت الدراسة إلى استخلاص جملة من النتائج لعلّ أهمها أن التلفيق هو التخيُّر بين أحكام المذاهب ما يعمل به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أوبين عدة مسائل، كذلك أن التلفيق جائز بضوابطه، كما أن المشرع اتبع منهج التلفيق من خلال مواد قانون الأسرة الجزائري، وخرج عن المذهب المالكي إلى مذاهب أخرى، وكانت له دوافع، ومسوغات لذلك كما التزم المشرع بضوابط التلفيق إلا في المادة11 من ق أ ج.

وأوصت الدراسة بإدراج مقياس مقاصد التشريع الأسري يكون ضمن مفرداته مقاصد التلفيق في قانون الأسرة الجزائري كما أوصت بحذف عبارة " أوأي شخص يختاره" الواردة في المادة 11 من ق.أ.ج في التعديل القادم لأنه من التلفيق الممنوع.

الكلمات المفتاحية: التلفيق– المذاهب الفقهية– قانون الأسرة الجزائري.

Summery :

This study is entiled" **selection betweenislamic chariaa jurisprudence branches in the Algerien family law**", It'i main problematic to answer is : Did the Algerian legislator adhere to MAliki doctrine in condification and adaptation of the algerian family law or he extraneous from it to other juripmdence branches .

The study answered This Throught a preliminary section and two subsequent sections. The preliminary section was devoted to the reality of selection and its limits its controls. The first section dealt with the selection between jurisprudence doctrine in matters of marriage and its effects. The second section discuss the selection between the doctrines of juripmdence in concern with the dissolution of marriage and its pmpact.

The study reached a number of results, perhaps the most important is that selection is the selection between the doctrines adjudications what works whether it is between the particles of the same issue or between several issues. As well as the selection is permissible with contools, and the legislator followed the method of selection through the Algerien family law and came out about the MAliki doctrine to other doctrines and he had his motives and justifications, as the legisslator committed to the controls of selection only in the issue of the guardianship of women in Article N^{o} 11 of Algerian family law.

The study recommended the inclusion of a module of purposes of family legislation, which includes among its vocabulary the purposes of in the Algerian family law.It also recommended deleting the pherase " …or any person she choose " in article N^{o} 11 of Algerian family law in the next amendment because it is a forbidden selection.

Key words : selection- The doctrines of jurisprudence- Algerian family law.

قائمة الرموز والإشارات المستخدمة في البحث

الرمز	المعنى
ج	الجزء
ص	الصفحة
ط	الطبعة
هـ	هجري
م	ميلادي
د ر	دون ذكر رقم الطبعة
د م	دون ذكر مكان الطبع
د س	دون ذكر سنة الطبع
ع	العدد
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
م	المادة القانونية
ف	الفقرة من المادة القانونية
" "	رمز مستخدم للإقتباس الحرفي من الكلام العادي
(...)	للدلالة على كلام محذوف

مقدمة

الحمد لله الأول بلا ابتداء، والآخر بلا انتهاء نحمده حمدا يوافي نعمه، ويكافئ مزيده، والصلاة، والسلام على سيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه واقتبس سناه، أما بعد:

فلقد كان للشريعة الإسلامية الغراء عظيم الأثر في تقنين أحكام قانون الأسرة الجزائري بمختلف مراحله بدءً من وضع مدونة للأحوال الشخصية غداة الاستقلال تتكفل بتنظيم العلاقات الأسرية، وانتهاءً بإصدار أول قانون للأسرة سنة 1984م يستوعب كل الأحكام، والقضايا التي تتعلق بالمسائل الأسرية سواء كانت فيما بين الزوجين كالزواج، والطلاق، والنفقة، أو فيما بينهما، وبين الأولاد كالحضانة، والولاية، أو فيما بين الأقارب كالمواريث، والوصايا.

وامتاز هذا القانون علاوة على ذلك بمسايرة التطورات الحادثة ، والنوازل الطارئة على المجتمع الجزائري التي احتاجت من المشرع إلى استصحاب الملكة الفقهية التي تزاوج بين اختيار الأحكام الفقهية المناسبة، ومعالجة المشاكل الواقعية للعائلة الجزائرية التي تمتاز بالتمسك الصارم بالعادات، والتقاليد.

ولما كانت الشريعة الإسلامية في جانبها الفقهي العملي – التي هي مصدر استمداد للمشرع الجزائري– تتأسس على مذاهب اجتهادية، ومدارس استنباطية اتسمت بطابع الخلاف الذي أنتج تعدد الآراء الفقهية، وكثرة الاتجاهات المذهبية كان لزاما على المشرع أن يختار مذهبا يعتمد عليه كمصدر للتقنين، ولما كان المذهب السائد في البلاد في أغلب مناطقها هو المذهب المالكي التزم المشرع به كمصدر في التقنين، والتشريع من حيث المبدأ، غير أن المتتبع للكثير من النصوص في قانون الأسرة الجزائري، وخاصة في آخر تعديل له سنة 2005م يلحظ أن المشرع خرج عن مذهب إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس –رحمه الله تعالى– في كثير من الموادّ، والأحكام، وأخذ ببعض المذاهب الفقهية الأخرى سواء كانت التي كتب الله – تبارك وتعالى– لها البقاء، والدوام إلى عصرنا الحاضر، أوالمذاهب المندثرة التي اختفت بمرور الأزمنة، وهذا المنهج المتبع من طرف المشرع يسمى: "التلفيق"، وهو مصطلح مشهور، ومعروف في كتب الفقه ، وأصوله، ولا يزال منهجا متبعا خاصة في التقنينات العربية للأحوال الشخصية كالتقنين المصري، والسوري، والمغربي، والأردني وغيرها، ومنها قانون الأسرة الجزائري.

وطبعا المشرع الجزائري كانت له دوافع، ومسوغات للتلفيق بين المذاهب الفقهية، والاختيار من الآراء أنجعها، وأنفعها للأسرة الجزائرية، وهذه الدوافع، والمسوغات نابعة من مقتضيات المصلحة حينا، والضرورة، والحاجة أحايين أخرى، وغيرها كثير كما ستأتي معنا في ثنايا البحث.

فمن أجل ذلك كله تبلورت في ذهني صورة هذا الموضوع، فوقع اختياري على دراسته، ووسمته بـ:" **التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري.**"

أولا– أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية كبيرة أجملها في النقاط الآتية:

1- ارتباط هذا الموضوع بالمذهب المالكي السائد في أغلب مناطق بلادنا.

2- تعلق الموضوع كذلك بأهم قانون قريب من أفراد المجتمع، ومستمد من الفقه الإسلامي ألا وهو قانون الأسرة.

3- معرفة المذاهب الفقهية الأخرى التي اختارها المشرع الجزائري سواء الأربعة المشهورة، أوغيرها من المذاهب المغمورة.

4- إبراز المسوغات، والأسباب، والدوافع التي ألجأت المشرع الجزائري إلى التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة.

5- جمع المواد التي لفق فيها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في بحث مستقل، وموحد تيسيرا للرجوع إليها، والاستفادة منها.

ثانيا: إشكالية الموضوع:

قانون الأسرة الجزائري قانون فقهي بامتياز استمده المشرع من أحكام الفقه الإسلامي، ولما كان هذا القانون ناظما للعلاقات الأسرية في المجتمع، والمعروف على المجتمع الجزائري أنه متمسك بالمذهب المالكي كانت السمة البارزة على أحكام هذا القانون اعتماده على المذهب المالكي كمصدر تشريعي سواء إبان إقراره لأول مرة سنة 1984م، أوأثناء تعديله الأخير سنة 2005م، ومن هنا نستطيع طرح الإشكال الرئيس لهذا البحث على النحو الآتي:

هل التزم المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في تقنين وتعديل أحكام قانون الأسرة في جميع موادِّه، أم خرج عن المذهب ملتجئا إلى التلفيق بين المذاهب الفقهية؟

ويتفرع على هذا الإشكال الرئيس، والمحوري عدة تساؤلات فرعية أهمها:

1- ما هي المواد التي لفّق فيها المشرع في قانون الأسرة الجزائري؟

2- هل التزم المشرع بالضوابط المقررة للتلفيق عند الفقهاء، والأصوليين؟

3- هل اقتصر المشرع الجزائري في تلفيقه على دائرة المذاهب الأربعة أم وسَّع الدائرة لتشمل كل المذاهب الإسلامية الباقية، والمندثرة؟

4- ما هي الدوافع، والمسوغات التي ألجأت المشرع الجزائري إلى التلفيق؟

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية، وأخرى موضوعية استثارت رغبتي في اختيار هذا الموضوع:

أما بالنسبة للأسباب الذاتية فتعود إلى ما يأتي:

1- وجود ميل، وانشداد إلى هذا الموضوع عندما اقترحه عليَّ فضيلة المشرف.

2- إعجابي الشديد بدراسة قانون الأسرة الجزائري منذ كنت طالبا في مرحلة الليسانس لتعلقه الوثيق بتراثنا الفقهي الزاخر.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فتتمثل فيما يأتي:

1- إشكالية الموضوع مدعاة إلى البحث فيه، وتجلية غوامضه.

2- التعرف على المذاهب الفقهية التي أخذ بها المشرع في قانون الأسرة الجزائري.

3- استعراض الآراء الفقهية للمسائل التي لفق فيها المشرع، ومعرفة دوافع هذا التلفيق.

4- إثراء المكتبة الفقهية، والقانونية من خلال دراسة هذا الموضوع.

رابعا- أهداف البحث:

تتجلى أهداف البحث التي أصبو إلى الوصول إليها في:

1- إظهار المذهب الفقهي للمشرع في المسائل التي خالف فيها المذهب المالكي.

2- محاولة التعريف بالمواد القانونية التي لفق فيها المشرع في قانون الأسرة الجزائري.

3- عدم وجود دراسة متخصصة تضبط مصطلح التلفيق، وتبين أنه ليس مصطلحا مذموما، ولامردودا عند جميع الفقهاء، والأصوليين، وتوظفه في إطاره المعرفي الخالي من خلفيته الفلسفية.

4- بيان مدى التزام المشرع بالضوابط التي وضعها العلماء لتطبيق المنهج التلفيقي على الآراء الفقهية.

5- بيان أن المشرع من خلال تلفيقه كان له نظرة مصلحية، مقاصدية تتمثل في المحافظة على تماسك، وترابط الأسرة الجزائرية في كنف المودة، والرحمة، وحماية الطرف الضعيف فيها المتمثل في المرأة، والأولاد.

خامسا- الدراسات السابقة:

لم أجد -حسب علمي واطّلاعي- من قام بدراسة التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري في أطروحة علمية أكاديمية متخصصة جامعة لكل أجزائه، بيد أنه توجد بحوث، ودراسات تناولت الموضوع بشكل مختصر، أومن جوانب أخرى لها علاقة بموضوعنا نذكر أهمها:

1- "**التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري**" بحث محكّم من إعداد الدكتور: عبد الكريم حامدي، منشور في مجلة العلوم الإنسانية دورية دولية محكَّمة تصدرها جامعة محمد خيضر بسكرة-الجزائر السنة العاشرة، ع 17، نوفمبر 2009، حيث قام الباحث بدراسة موضوع التلفيق من جانبه النظري بتعريفه، وبيان مجاله، وذكر ضوابطه، والغاية منه ثم أورد بعض النماذج التطبيقية للتلفيق في قانون الأسرة الجزائري ، والبحث -رغم أهميته حيث أفدنا منه الكثير- قد جاء مقتضبا، ومختصرا جدا نستطيع القول بأن صاحبه أراد أن يستحث همم الباحثين لتناوله، وخوض غمار البحث فيه.

2- "**الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**"، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله، إعداد الطالب: محفوظ بن صغير، وإشراف: د.عبدالكريم حامدي بجامعة الحاج لخضر باتنة- الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة،سنة 1430/1429هـ الموافق لـ2009/2008م فقد عمد الباحث فيها إلى دراسة المسائل الفقهية لقانون الأسرة الجزائري من خلال الاجتهاد القضائي حيث قسم بحثه إلى فصل تمهيدي، وبابين تناول في الباب الثاني مسائل الزواج،والطلاق حيث قسمه إلى فصلين تناول في الفصل الأول مسائل الزواج وآثاره، وفي الفصل الثاني مسائل انحلال الزواج وآثاره، والدراسة -رغم أهميتها- جاءت مركزة على جانب الاجتهاد القضائي، ولم تخل من الإشارة إلى خروج المشرع عن المذهب المالكي، وتبنِّيه مذاهب أخرى، ولكنها قليلة، وغير مقصودة في الدراسة، والفرق بينها، وبين بحثنا أن موضوعنا ينحصر في التلفيق، وليس

الاجتهاد، كما قصدنا تتبع، واستقراء المسائل التي نظن المشرع قد خرج فيها عن المذهب المالكي، كذلك ذكرنا مسوغات التلفيق.

3- "**الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري–دراسة مقارنة–**" أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، إعداد الطالب: سعادي لعلى، وإشراف: أد. بن ملحة الغوثي، كلية الحقوق جامعة الجزائر-1، سنة 2015/2014، حيث تناول فيها الباحث بالدراسة، والتحليل مواد قانون الأسرة حيث قسم بحثه إلى بابين استعرض في الأول منهما مسائل الزواج وآثاره، وفي الثاني مسائل انحلال الزواج وآثاره مقارنا في ذلك بين الشريعة والقانون، والدراسة – رغم قيمتها العلمية– جاءت منحصرة في الشرح، والتحليل وعرض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، وقد أشار الباحث فيها إلى تلفيق المشرع لكن بشكل غير مقصود كما يحسب له أنه ذكر المذهب المختار للمشرع، ودراستنا تختلف عنه بذكر التلفيق، والاختيار لدى المشرع دون الخوض في تحليل المسائل، وتأصيلها.

4-"**التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية**"،تأليف: د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة2009م، حيث تناول المؤلف التلفيق الفقهي من الجانب النظري بذكر تعريفه، وصوره، ونشأته، وحكمه ثم تناوله من الجانب التطبيقي في قانون الأحوال الشخصية المصري، وذكر المسائل التي قام المشرع المصري بالتلفيق فيها، والكتاب –رغم قيمته العلمية– إلا أنه اقتصر في جانبه التطبيقي على قانون الأحوال الشخصية المصري دون التعرض للقوانين العربية الأخرى لكنه إضافة علمية قيمة، ودراستنا تضيف ما لم يتعرض له، وهو التلفيق الفقهي في قانون الأسرة الجزائري.

سادسا:صعوبات البحث:

لاشك أن لكل باحث صعوبات تعترضه في إنجاز بحثه، ومن الصعوبات التي اعترضتني صعوبات خارجة عن البحث كالتزامات العمل، والأسرة، وعدم التفرغ للبحث، أما الصعوبات المتصلة بالبحث فمن أهمها تفرق مادة البحث، في أكثر من مرجع، كذلك الجمع بين الدراسة الشرعية، والقانونية في ترتيب، وتبويب مادة البحث، فضلا على عدم وجود دراسات مفصلة في الموضوع تساعد على ذلك، ومع ذلك فأرجو أنه قد حالفني توفيق الله تعالى في دراسة هذا الموضوع بطريقة علمية، فله وحده الفضل والمنّة، كما لا أنسى فضل

أستاذي الدكتور نبيل موفق الذي لم يبخل عليَّ بتوجيهاته، وملاحظاته، وتصويباته، فجزاه الله عني كل خير، وجعلها ثقيلة في ميزان حسناته.

سابعا– منهج البحث:

لقد وظفت في هذا البحث المناهج التالية:

1–المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع المسائل، واستقرائها من المراجع، والمصادر الأساسية المعتمدة في هذا البحث.

2–المنهج الوصفي: حيث استعملته في تصوير المسائل الفقهية، وذكر تكييفها، وحكمها الشرعي عند الفقهاء.

3– المنهج التحليلي: وظفته في تحليل المواد القانونية، وشرحها باختصار مع بيان وجه التلفيق لدى المشرع الجزائري بذكر المذهب المختار عنده، وكذا بيان دوافع، ومسوغات التلفيق.

ثامنا– منهجية البحث:

التزمت في كتابة بحثي منهجية معينة أذكر فيما يأتي أهم عناصرها:

1– إذا كان النقل عن قائله حرفيا فإنني أجعله بين المزدوجين التاليين " "، تمييزا بينه، وبين ما أنقله بالمعنى مع الإحالة في الهامش في كلا الحالتين.

2– أترجم للأعلام غير المعروفين الواردة أسماؤهم في المتن من القدامى، والمعاصرين باستثناء الأئمة الأربعة، وأتباعهم المشهورين، ولعدم إثقال الهوامش بكثرة التراجم، ولا أحيل على موضع الترجمة إذا تكرروا لاحقا في المتن.

3– إذا حذفنا كلاما من النصوص نضع ثلاث نقاط متعاقبة (...).

4– توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش يكون كالآتي:

– عند ذكر المصدر، أوالمرجع لأول مرة: المؤلف، الكتاب، المحقق إن وجد، دار النشر، مكان النشر، رقم الطبعة إن وجد، سنة الطبع بالهجري، والميلادي إن وجدت، رقم الجزء إن وجد، رقم الصفحة، وإذا تكرر ذكره بنفس المعلومات، فأكتفي بمايلي :المؤلف، الكتاب (مع اختصار عنوانه إذا كان طويلا)، مرجع سابق، الجزء إن وجد، الصفحة.

– إذا كان للمصدر، أوالمرجع أكثر من محقق بمعلومات نشر مختلفة فإني أعيد كتابتها كاملة في الهامش.

5- التوثيق من المعاجم، والقواميس اللغوية:أذكر فيه المعلومات السالفة الذكر بنفس المنهجية.

6- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يفصل بينهما بكتاب آخر في نفس الصفحة، فإنني أورد العبارة الآتية: المرجع نفسه، أما إذا كان الأول في صفحة، والثاني في صفحة أخرى فنورد عبارة: المرجع السابق مع إردافها برقم الجزء، والصفحة عند الاقتضاء.

7- عند دراسة المسائل في المبحث الأول، والثاني التزمت المنهجية الآتية:

أولا- التعريف بالمسألة: بيان المقصود منها في البحث، بالشرح، والتوضيح، وإيراد التعاريف.

ثانيا- التكييف الفقهي للمسألة: حيث أورد فيه مختلف الأقوال، والمذاهب، والآراء، والاتجاهات الفقهية لعلماء المذاهب الأربعة، أوغيرهم.

ثالثا- وجه التلفيق لدى المشرع في المسألة: أورد فيه المادة القانونية مرقمة من قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل، أوبعده، والتي لها علاقة بالمسألة المدروسة مع بيان المذهب الفقهي الذي انتقاه المشرع متبوعا بذكر الدوافع، والمسوغات التي حدت به إلى الاختيار، والتلفيق.

تاسعا- حدود البحث:

1-إيراد الأقوال الفقهية مع نسبتها لأصحابها من فقهاء المذاهب الأربعة، أوأتباعهم، أومن فقهاء المذاهب المندثرة، أومن فقهاء التابعين.

2- لم أتعرض لذكر الأدلة، أوالردود، أوالمناقشات، أوالترجيحات؛ لأن ما يعنينا في التلفيق هو أقوال الفقهاء، وليس أدلتهم، وهذا لم يمنع من إيراد بعض التعليلات لأقوالهم.

3- الاقتصار على المواد القانونية، وعدم التعرض لذكر اجتهادات المحكمة العليا إلا فيما ندر، وفي سياق التأسيس لدوافع، ومسوغات التلفيق لدى المشرع الجزائري.

عاشرا- خطة البحث:

بعد اختيار الموضوع تم تناوله وفق خطة منهجية تضمنت مقدمة، ومبحثا تمهيديا، ومبحثين تاليين، وخاتمة ، وفهارس فنية، وفيما يلي تفصيل موجز لها:

- مقدمة: فيها تقديم الموضوع ، وذكر أهميته، وطرح إشكاليته، وبيانٌ لأسباب اختياره، والأهداف المرجوة منه، وأهم الدراسات السابقة، والصعوبات المعترضة في البحث، والمنهج المتبع فيه، والمنهجية المسلوكة في البحث، وضبط حدوده، وعرض خطته باختصار.

-المبحث التمهيدي: تناولت فيه بيان حقيقة التلفيق، وحدوده، وضوابطه، وجعلته في ثلاثة مطالب: أولها: تعرضت فيه لبيان مفهوم التلفيق، ونشأته، وثانيها: تناولت فيه حدود التلفيق حيت درست فيه المصطلحات ذات الصلة بالتلفيق، وأنواعه، وثالثها: جعلته لبيان حكم التلفيق، وضوابطه.

-المبحث الأول: درست فيه المسائل المتعلقة بالزواج وآثارة، وقسمته إلى عشرة مطالب أولها: التلفيق في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة، وثانيها: التلفيق في مسألة أركان الزواج، وثالثها: التلفيق في مسألة الإشهاد في عقد الزواج، ورابعها: التلفيق في مسألة المراد بالإيجاب والقبول، وخامسها: التلفيق في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها النكاح، وسادسها: التلفيق في مسألة انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة للعاجز عن الكلام، وسابعها: التلفيق في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج، وثامنها: التلفيق مسألة ولاية الإجبار على القاصرة، وتاسعها: التلفيق في مسألة مقدار الصداق وحالاته، وعاشرها: التلفيق في مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

-المبحث الثاني: خصصته لدراسة المسائل المتعلقة بانحلال عقد الزواج وآثارة، وقسمته كسابقه إلىعشرة مطالب أولها: التلفيق في مسألة الطلاق الثلاث، وثانيها: التلفيق في مسألة متعة الطلاق، وثالثها: التلفيق في المسألة التطليق بسبب العيوب، ورابعها: التلفيق في مسألة قيد انعدام العذر والنفقة في التطليق بسبب الغياب، وخامسها: التلفيق في مسألة مقدار بدل الخلع، وسادسها: التلفيق في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء، وسابعها: التلفيق في مسألة سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين، وثامنها: التلفيق في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكن والنفقة، وتاسعها: التلفيق في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم،وعاشرها: التلفيق في مسألة مدة سقوط استحقاق النفقة الزوجية.

-الخاتمة: وفيها أهم النتائج المتوصل إليها، مع إعطاء جملة من التوصيات الخادمة للبحث.

المبحث التمهيدي:

حقيقة التلفيق حدوده، وضوابطه.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:مفهوم التلفيق، ونشأته.

المطلب الثاني: حدود التلفيق.

المطلب الثالث: حكم التلفيق، وضوابطه.

المطلب الأول:مفهوم التلفيق، ونشأته.

يحتوي هذا المطلب على فرعين الأول سنخصصه لمفهوم التلفيق، أما الثاني فلنشأته.

الفرع الأول: مفهوم التلفيق.

أولا–لغة: عند استقراء مادة التلفيق في معاجم اللغة نستخلص أن لهذه الكلمة عدة معان هي: [1]

1–الملاءمة: اللام، والفاء، والقاف أصل يدل على ملاءمة الأمر.

2–الضم بين شيئين: تقول:لفق الثوب ألفقه لفقا أي ضم إحدى شقيه إلى الأخرى فخاطها.

3–عدم الإفتراق:كما يقال للرجلين اللذين لا يفترقان: هما لفقان.

4–الكذب، والخداع: يقال أحاديث ملفقة، وكلام ملفوق أي مكذوب، ومزخرف.

5–الإدراك، وضده: يقال لفق الشيئ– بكسر الفاء– على وزن طفق أي أدركه، وأصابه، وأما إذا فتحت الفاء، فهو ضد الإدراك كما يقال: لفق الأمر، طلبه فلم يدركه.

6–الشروع في العمل: يقال لفق يعمل كذا مثل طفق وزنا، ومعنا.

والمعنيان الأول، والثاني هما المناسبان للتعريف الاصطلاحي للتلفيق حيث يعني جمع، وضم المسائل، والملاءمة بينها، جاء في تاج العروس قوله "...ومنه أخذ التلفيق في المسائل." [2]

ثانيا– اصطلاحا: التلفيق كمصطلح له مفهومه، ومدلوله الجامع المانع لم يعهد له ذكر في كتب المتقدمين من الفقهاء، والأصوليين، حيث تم تحديد تعريفه كمصطلح عند المتأخرين، ومن أهم التعريفات ما يآتي:

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، سنة 1414، ج 10/ص330، والزبيدي: محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، مطبعة الحكومة، الكويت، در، سنة 1410هـ/ 1990م، ج/26ص360، وابن فارس: أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر،در، سنة 1399هـ/1979م، ج5/ص57، والفيروز آبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، سنة 1426هـ/ 2005م ص:922.

[2] الزبيدي: محمد مرتضى، تاج العروس، مرجع سابق، ج26/ص361.

1- عرفه الشيخ الباني[1] بقوله: "قالوا في رسمه: هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد." [2]

2- وعرفه الدكتور جابر سالم عبد الهادي الشافعي بقوله:"التخير بين أحكام المذاهب ما يعمل به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أوبين عدة مسائل." [3]

3- كما عرفه الدكتور مازن إسماعيل هنية بقوله:"جمع بين اجتهادين فصاعدا في العمل، أوالنظر بحيث يتوصل إلى حقيقة لا توافق أي اجتهاد منهما."[4]

4- قال الدكتور محمد الدويش في تعريفه:"الأخذ بأقوال بعض المجتهدين من مذاهب متعددة؛ سواء أكان ذلك في مسألة واحدة، أم في مسائل متغايرة مما طريقه الاجتهاد، والنظر." [5]

5- كما قال الدكتور محمد سلام مدكور في تعريفه: "الجمع بين تقليد إمامين، أوأكثر في فعل واحد له أركان، وجزئيات لها ارتباط ببعضها البعض، ولكل منها حكم خاص بحيث يتأتى من هذا الجمع حصول كيفية لا يقول بها أي من الإمامين." [6]

من خلال ما استعرضناه من تعاريف فإن التعريف الذي نراه راجحا منها، والذي نختاره في بحثنا هو تعريف الدكتور سالم جابر عبد الهادي الشافعي حيث عرفه بأنه:"التخير بين أحكام المذاهب ما يعمل به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أوبين عدة مسائل."، وسبب ترجيحه هو شموله لجميع أنواع التلفيق، وخاصة التلفيق في التشريع، وكذلك

---

[1] هو: محمد سعيد بن عبد الرحمان الباني الحسني، تولى منصب الإفتاء في بعض أقضية دمشق، وله مؤلفات منها: الفرقدان في بعض العلوم المتعلقة بالقرآن، وعمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، توفي عام 1351هـ، ينظر: الزركلي:خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط،15، سنة 2002م، ج06/ص 134.

[2] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، علق عليه: حسن السماحي سويدان ، دار القادري، دمشق، ط1، سنة 1418هـ/1997م، ص183.

[3] الشافعي: جابر سالم عبد الهادي: التلفيق الفقهي بين الرفض و القبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة 2002م ص26.

[4] هنية: مازن إسماعيل: التلفيق وتتبع الرخص، رسالة ماجستير غير مطبوعة،كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، إشراف: العبد أبو العبد، نوقشت سنة 1412هـ/1992م، ص52.

[5] الدويش: محمد بن عبد الرزاق، التلفيق وموقف الأصوليين منه، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت ط1، سنة1434هـ/ 2013م، ص150.

[6] مدكور: محمد سلام، الاجتهاد في التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1404هـ، ص 188.

شموله لجميع صوره التي وظفها المشرع ؛ حيث تناول التلفيق في المسألة الواحدة كمسألة الولي، أوالإشهاد مثلا، وأعمل التلفيق بين عدة كمسائل الزواج، أوالطلاق كما سنبحثها لاحقا، كذلك منهج المشرع في قانون الأسرة الجزائري للتخير بين أحكام المذاهب متردد بين الاجتهاد لما تبناه من آراء فقهية، وبين التقليد المحض البعيد عن الموازنة، والترجيح؛ لذلك فلفظ التخير، أوالاختيار في التعريف ورد بصيغة العموم الدالة على الشمول، والاستغراق لكل هذا.

الفرع الثاني: نشأته.

إن مصطلح التلفيق من المصطلحات الحادثة في علم أصول الفقه؛ حيث ظهر في مرحلة الاكتمال، والازدهار، والنضج، والتفوق التي حضي بها هذا العلم، وظهرت العديد من المصنفات الأصولية في هذه المرحلة [1]، فالتلفيق لم يكن مستعملا في عهد النبي- صلى الله عليه وسلم- من الناحية الفعلية الواقعية لأنه من العوارض التي لا يمكن وجودها حين التبليغ، والتشريع، وإنما وجد فعليا في عصر الصحابة، والتابعين رضوان الله عنهم أجمعين. [2]

وقد اختلف الباحثون الذين أرخوا لظهور هذا المصطلح، فمنهم من ذهب إلى أنه ظهر في القرن الخامس الهجري، ومن هؤلاء الشيخ جمال الدين القاسمي [3]؛ حيث قال:" ولا يبعد أن يكون حدوث البحث في التلفيق في القرن الخامس أيام اشتد التعصب، والتحزب، وأدخلت السياسة في التمذهب." [4] وهو رأي الدكتور الدسوقي، وكذا الدكتور سالم جابر عبد الهادي أن التلفيق قد حدث في القرن الخامس. [5]

---

[1] أبو سليمان: عبد الوهاب، الفكر الأصولي دراسة تحليلية نقدية، دار الشروق، جدة، ط1، سنة 1403هـ/ 1983م، ص168، وما بعدها.

[2] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، مرجع سابق، ص 184.

[3] هو:محمد جمال الدين بن محمد بن سعيد بن قاسم الحلاق من سلالة الحسين السبط ، إمام الشام في عصره من مؤلفاته: الفتوى في الإسلام، توفي سنة136هـ/1914م، ينظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج2/ص135.

[4] القاسمي:جمال الدين، الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1 سنة 1406هـ/1986م، ص170.

[5] الدسوقي:محمد، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الدوحة، ط1،سنة1407هـ/1987م، ص231، والشافعي: سالم جابر عبد الهادي، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول، مرجع سابق، ص 32.

بينما يرى اتجاه آخر لجماعة من الباحثين أن بداية ظهور هذا المصطلح كان في القرن السابع الهجري من بينهم الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري[1] حيث يقول:"وأكثر ظني أن الكلام فيها أي مسألة التلفيق لم يكن قبل القرن السابع الهجري." [2]، ومثله الدكتور وهبة الزحيلي.[3]

المطلب الثاني: حدود التلفيق.

نبحث فيه المصطلحات ذات الصلة بالتلفيق في الفرع الأول ثم أنواع التلفيق الفرع الثاني.

الفرع الأول: المصطلحات ذات الصلة بالتلفيق.

أولا: الترخص في الفتوى.

لابد من تعريف الترخص أولا، ثم تعريف الفتوى ثانيا، ثم تعريفه باعتبار التركيب الإضافي.

1-تعريف الترخص.

أ- لغة: الترخص هو الأخذ بالرخصة يقال: ترخص في الأمور أخذ فيها بالرخصة. [4]

ب- اصطلاحا: عرفه الدكتور صفوان عضيبات بقوله :" الأخذ بالرخصة التي تعني ما جاء من الاجتهادات المذهبية مبيحا لأمر في مقابلة اجتهادات أخرى تحظره." [5]

---

[1] هو: الأستاذ الدكتور محمد أحمد فرج السنهوري، عالم جليل، وباحث، وقاض، ومحام، ولد سنة 1891م بقرية المندورة مركز دسوق بمصر، متخرج في مدرسة القضاء الشرعي، وحاصل على العالمية، درّس بالأزهر، وكلية الحقوق بالقاهرة من مؤلفاته: الأسرة في التشريع الإسلامي، ينظر: موقع بعنوان: sidisalem.ahlalmontada.net.

[2] السنهوري: محمد أحمد فرج، التلفيق بين أحكام المذاهب، بحث منشور في مجلة الأزهر، الجزء التاسع، السنة الخامسة والثلاثون، ذو القعدة سنة 1383هـ/أفريل 1964م، ص954.

[3] الزحيلي: وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1481هـ، 1998م، ج2/ص1170.

[4] الزبيدي:محمد مرتضي، تاج العروس ، تحقيق:مصطفى حجازي، مطبعة الحكومة، الكويت،در، سنة1397هـ/1977م، ج17/ص596.

[5] عضيبات: صفوان علي، الترخص في الفتوى، دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث أخذ يوم: 2018/01/30 في الساعة: 15.00، من الرابط : http/www.aliftaa.jo/research.aspx.

2- تعريف الفتوى.

أ-لغة: يقال أفتاه في المسألة يفتيه إذا أجابه، والاسم الفتوى، والفتيا، وهي ما أفتى به الفقيه.[1]

ب-اصطلاحا: عرفها ابن القيم :"هي خبر عن حكم شرعي يعم المستفتي، وغيره." [2]

3-تعريف الترخص في الفتوى:

هو اتباع ما هو أخف من أقوال الفقهاء في بعض المسائل الفقهية وفق ضوابط محددة.[3]

ووجه الصلة بين التلفيق، والترخص في الفتوى هو أن هذا الأخير قد يكون دافعا في بعض الأحيان إلى التلفيق باختيار ما هو أخف من الأقوال الفقهية.

ثانيا: الاختيار.

تعريفه:

أ-لغة: اسم مصدر من الفعل اختار، ومن معانيه التخير، وهو يدور على معنيين في اللغة أحدهما: الانتقاء، والاصطفاء، والثاني: التفضيل. [4]

ب-اصطلاحا: هو من المصطلحات التي نشأت، وتطورت في استعمالاتها، ودلالاتها لدى الباحثين ويمكن صياغة تعريف لهذا المصطلح بأنه:"اجتهاد الفقيه في معرفة الحكم الشرعي الصحيح في المسائل المختلف فيها، وذهاب الفقيه إلى قول من أقوال الأئمة أصحاب المذاهب." [5]، والملاحظ في هذا التعريف أن الاختيار هو نوع اجتهاد، وليس انتقاء من كثرة الأقوال، ولكنه ترجيح بعد ظهور الخلاف فيها [6] ، ويقترب من هذا المعنى ما اصطُلِح عليه حديثا بالاجتهاد الانتقائي حيث جاء في تعريفه بأنه: "اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى، أوالقضاء به ترجيحا له على غيره من الآراء، والأقوال الأخرى." [7]

---

(1) ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج15/ص145.

(2) ابن القيم: محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 سنة 1411هـ/1991م ، ج1/ص84.

(3) عضيبات: صفوان علي، الترخص في الفتوى، مرجع سابق، ص04.

(4) ابن منظور: جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج4/ص264 وما بعدها.

(5) النجيري: محمود، الاختيار الفقهي وإشكالية تجديد الفقه الإسلامي، روافد ، الكويت، ط1، 2008م، ص21.

(6) المرجع نفسه.

(7) القرضاوي: يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم ،ط1، سنة 1417هـ/1996م، ص150.

ووجه الصلة بين التلفيق، ومصطلح الاختيار اعتبار التلفيق اختيارا كما في بعض تعاريفه السابقة، وهو الذي رجحناه.

ثالثا: الترجيح

تعريفه:

أ– لغة: الراء، والجيم، والحاء أصل واحد يدل على رزانة، وزيادة ، ومن معانيها الثقل يقال: أرجح الميزان: أثقله حتى مال. [1]

ب– اصطلاحا: تقديم المجتهد لأحد الدليلين الظنيين المتعارضين على الآخر ليعمل به. [2]

ووجه الصلة بين المصطلحين، اعتبار التلفيق نوع من أنواع الترجيح، لأن هذا الأخير لابد أن يكون مسبوقا بتعارض دليلين ظنيين، ويكون من المجتهد الذي يقع في ذهنه التعارض.[3]

رابعا: مراعاة الخلاف.

1–تعريفه.

مراعاة الخلاف مركب إضافي، و عليه لابد من تعريف المضاف، والمضاف إليه لأن العلم بالمركب يتوقف على العلم بأفراده.

أ–معنى المراعاة لغة: تطلق المراعاة، والرعي في اللغة على عدة معان أهمها:

الحفظ، ومنه رعي الحيوان أي حفظه، والإبقاء على الشيء، والنظر في الشيء، وملاحظته، ومراقبته، ومنها مراعاة الحقوق أي ملاحظتها، واعتبارها. [4]

ب–معنى الخلاف لغة:مصدر خالف يخالف خلافا، والخلاف، والاختلاف نقيض الاتفاق؛ نقول: اختلف الأمران إذا لم يتفقا. [5]

---

[1] ابن فارس: أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ، مرجع سابق، ج2/ص489.

[2] عاشوري: محمد، الترجيح بالمقاصد (ضوابطه وأثره الفقهي)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه، وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، نوقشت في 2008م، ص24.

[3] بنيونس: الولي، ضوابط الترجيح عند وقوع التعارض لدى الأصوليين، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط1، سنة1425هـ /2004م، ص67.

[4] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب ، مرجع سابق، ج14/ص327.

[5] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج9/ص90.

ج–تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتباره مركبا إضافيا: هذا المصطلح شائع في كتب المالكية وهو أصل من أصولهم، وتعددت تعاريفهم له، من أهمها تعريف ابن عرفة [1]حيث قال فيه: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر." [2] ووجه الاختلاف بين هذا المصطح، والتلفيق أن هذا الأخير يكون في الأقوال، أما مراعاة الخلاف فمجاله الأدلة.

خامسا: التمذهب.

1–تعريفه.

أ–لغة: التمذهب مصدر من الفعل تمذهب، ووزنه تمفعل، وتوجد أفعال على هذا الوزن مثل تمندل [3] ، وهو يدل على اتباع، واتخاذ مذهب.[4].

ب–اصطلاحا: هو التزام غير العامي مذهب مجتهد معين في الأصول، والفروع ، أوفي أحدهما، أوانتساب مجتهد إليه. [5]

ووجه الصلة بين المصطلحين أن مؤدى التلفيق هو التمذهب برأي يجمع بين صور متعددة لأحكام المذاهب الفقهية للعلماء المجتهدين.

---

[1] هو: محمد بن محمد بن عرفة، الورغمي التونسي المالكي الإمام المقرئ الأصولي الفروعي المتبحر في كثيرا من العلوم من تآليفه: المبسوط في الفقه المالكي، التفسير الكبير في المذهب، توفي سنة 743هـ ، ينظر: ابن فرحون: إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث ، القاهرة، در،دت، ج2 /ص331.

[2] الرصاع: محمد بن قاسم، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، دم، ط1، سنة 1350هـ، ص177.

[3] الجوهري: إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، سنة 1407هـ/1987م، ج5/ص1828.

[4] البستاني: بطرس، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، د ر، سنة 1987م، ص312.

[5] الرويبع: خالد بن مساعد ، التمذهب ، دار التدمرية، الرياض، ط1، سنة 1434هـ/2013م، ج1/ص87.

الفرع الثاني: أنواع التلفيق.

قسم العلماء، والباحثون التلفيق إلى ثلاثة أنواع نستعرضها من خلال النقاط الآتية:

النوع الأول: التلفيق في التقليد.

1-تعريفــه:

عرفه الدكتور توانا:"هو التخير من أحكام المذاهب الفقهيــة المعتبـرة تقليدا." [1]

3-أساس هذا النوع:

ينبني القول بالتلفيق في التقليد على مسألة وجوب التزام المقلد مذهبا معينا من عدمه، وللعلماء في هذه المسألة قولان هما كالآتي:

القول الأول: لا يجب على أحد من المقلدين التزام مذهب معين إذا كان من العوام، وليس أهلا للاجتهاد، وهو مذهب الجمهور. [2]

القول الثاني: هو وجوب الالتزام بمذهب معين في كل واقعة، وإلى هذا القول ذهب الإمام الجويني، ونسبه إلى إجماع المحققين.[3]

النوع الثاني: التلفيق في الاجتهاد.

1-تعريفه: هو أن يجتهد مجتهد في بعض المواضيع، أوالمسائل التي تكلم فيها أكثر من مجتهد قبله، وكان لهم فيها أكثر من قول، فيؤديه اجتهاده إلى الأخذ ببعض ما أخذ به بعض المجتهدين السابقين، وإلى الأخذ ببعض ما أخذ به البعض الآخر منهم، ويكون مجموع ذلك هو مذهبه في الموضوع، وتكون نتيجة اجتهاده أن يقول بكيفية جديدة للمسألة.[4]

---

[1] توانا: سيد محمد موسى، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، مطابع المدني، مصر، در،دس ، ص548.

[2] البخاري: محمد أمين بن محمود، تيسير التحرير، دار الفكر بيروت، در، دت، ج246/4.

[3] الجويني: أبو المعالي عبد الملك، البرهان في أصول الفقه ، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1418هـ/1992م، ج2ص177.

[4] توانا: سيد محمد موسى، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه، مرجع سابق، ص548، والسنهوري: محمد أحمد فرح، التلفيق بين أحكام المذاهب، مرجع سابق، ص 955، والميمان: ناصر، التلفيق في الاجتهاد والتلفيق، بحث منشور في مجلة العدل، ع11، السنة 03، رجب 1422، الرياض، ص11.

2-أساس هذا النوع:

الأساس الذي ينبني عليه هذا النوع، هو مسألة إحداث قول ثالث، فهو منزَّل عليها؛ إذ حقيقة فعل المجتهد في هذا النوع هي إحداثه قولا ثالثا[1]، وقد جعل الشيخ محمد بخيت المطيعي[2] مسألة التلفيق كمسألة إحداث قول ثالث.[3]

فهو ليس جديدا في أصله، وإن كان جديدا في صياغة مصطلحه، وهو التلفيق في الاجتهاد قال الشيخ ابن ملا فروخ الموروي[4] :" فكما أنه لو حصل التلفيق بالاجتهاد حكمنا بالصحة، فكذلك إذا حصل التلفيق بالتقليد حكمنا بالصحة."[5]

النوع الثالث: التلفيق في التشريع.

لم يرد عند المتقدمين ممن بحث في باب التلفيق ذكر لهذا النوع، وإنما هو مستحدث، وأول من تكلم فيه هو الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، فصاغ له تعريفا جاء فيه:"لا أعني بالتلفيق في التشريع إلا تخير ولي الأمر من أحكام مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة مجموعة من الأحكام لتكون قانونا يقضى، ويفتى به بين من يخضعون له." [6]

---

[1] الرويبع: خالد بن مساعد، التمذهب، مرجع سابق، ص 1054.

[2] هو: محمد بخيت بن حسين المطيعي، الحنفي فقيه مشارك في علوم كثيرة، تعلم بالأزهر، ودرّس فيه ثم عمل بالقضاء الشرعي سنة 1297هـ، وعين مفتيا للديار المصرية، سنة 1333هـ إلى 1339هـ من مؤلفاته: البدر الساطح على جمع الجوامع، توفي سنة1354هـ، ينظر: الزركلي: خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج 6/ص50.

[3] المطيعي: محمد بخيت: سلم الوصول لشرح نهاية السول ، عالم الكتب، د م، د ر، د س ، ج4/ص629.

[4] هو: محمد بن عبد العظيم بن فروخ الموروي الهندي المكي، ملقب: بابن ملا فروخ، الحنفي، فقيه، أصولي، كان من أهل مكة، ومفتيا فيها، من مؤلفاته: القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، ينظر: الزركلي:خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج6/ص210.

[5] الموروي: محمد بن عبد العظيم، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، تحقيق: جاسم بن محمد الياسين وعدنان بن سالم الرومي، دار الدعوة، الكويت، در، سنة 1408هـ/1988م، ص94.

[6] السنهوري: محمد أحمد فرج، التلفيق بين المذاهب، مرجع سابق، ص 956.

المطلب الثالث: حكم التلفيق، وضوابطه.

لهذا المطلب فرعين يتناول الفرع الأول أحكام أنواع التلفيق المذكورة، والثاني ضوابط التلفيق.

الفرع الأول: حكم التلفيق.

أولا: حكم التلفيق في التقليد:

تعددت الأقوال عند العلماء في حكم هذا النوع، ويمكن إجمالها في ثلاثة، وهي:

القول الأول: أن التلفيق غير جائز مطلقا،حيث ذكر الإمام الدسوقي أنها طريقة المصريين من المالكية[1]، وهو قول السفَّاريني[2] [3]، وابن عابدين [4]، وعبد الغني النابلسي.[5] [6]

القول الثاني: أن التلفيق جائز مطلقا، وهو مذهب الحنفية[7]، وبَيَّن الدسوقي أنه طريقة المغاربة من المالكية، وهي الراجحة. [8]

---

[1] الدسوقي: محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دم، در، دت، ج1/ص20.

[2] هو: محمد بن أحمد بن سالم شمس الدين السفَّاريني الحنبلي، عالم بالحديث، والأصول، من مؤلفاته: كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، توفي سنة 1188هـ، ينظر: الزركلي:خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج6/ص14.

[3] السفاريني: محمد بن أحمد، التحقيق في بطلان التلفيق، اعتنى به: عبد العزيز الدخيل، دار الصميعي، الرياض، ط1، سنة 1418هـ/1998م، ص171.

[4] ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، سنة 1412هـ/1992م ، ج1/ص75.

[5] هو: عبد الغني بن إسماعيل بن عبد الغني النابلسي، عالم بالدين، والأدب، ومتصوف، من مؤلفاته:شرح المقدمة السنوسية، توفي سنة 1143هـ، ينظر: الزركلي:خير الدين، الأعلام، مرجع سابق، ج6/ص32.

[6] النابلسي:عبد الغني، خلاصة التحقيق في بيان حكم التقليد والتلفيق، مكتبة الحقيقة، استنبول، در، سنة 1432هـ/ 2011م، ص26.

[7] ابن نجيم: زين الدين، رسائل ابن نجيم، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراح وعلي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 1419هـ/1420هـ، ص 240.

[8] الدسوقي: محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج1/ص20.

القول الثالث: الجواز المقيد بشروط، وهو قول الإمامين[1]: القرافي، والشاطبي، وكذا ابن جزي[2]، والشنقيطي [3]، والباني.[4]

ثانيا: حكم التلفيق في الاجتهاد.

التلفيق في الاجتهاد ينبني على مسألة إحداث قول ثالث كما أسلفنا ، وقد اختلف فيها علماء الأصول إلى عدة أقوال هي كالآتي:

القول الأول: لا يجوز إحداث قول ثالث في المسألة مطلقا، نسبه أبو حامد الغزالي إلى جماهير الاصوليين.[5]

القول الثاني: يجوز إحداث قول ثالث مطلقا، وهو قول بعض المتكلمين، وبعض الحنفية [6]، ونسبه أبو الوليد الباجي إلى أهل الظاهر. [7]

---

[1] القرافي: شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، در، سنة 1424هـ/2004م، ص339، والشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، شرح وتخريج الأحاديث: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط7، سنة 1426هـ/2005م، ج4/ص107.

[2] ابن جزي:محمد بن أحمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، دراسة وتحقيق، محمد علي فركوس، دار التراث الإسلامي، الجزائر، ط1، سنة 1410هـ/1990م، ص159.

[3] الشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار، نشر الورود شرح مراقي السعود، تحقيق: علي بن محمد العمدان، دار الفوائد، مكة المكرمة، ط1، سنة 1426هـ، ص683.

[4] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، مرجع سابق، ص 250.

[5] الغزالي: محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1413هـ/1993م، ج1/ص154.

[6] الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، سنة 1403هـ، ص 387.

[7] الباجي: سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، سنة1415هـ/1995هـ، ج1/ص503.

القول الثالث: هو التفصيل في المسألة على النحو الآتي:

إذا كان القول الثالث رافعا لما اتفق عليه القولان السابقان لم يجز إحداث قول ثالث، أما إذا لم يرفع القول الثالث ما اتفق عليه القولان السابقان جاز إحداث قول ثالث، واختار هذا القول جمع من محققي الأصول منهم: الفخر الرازي[1]

ثالثا: حكم التلفيق في التشريع.

التلفيق في التشريع، أوالتقنين من المسائل المعاصرة، والمستحدثة، وعليه فيأخذ هذا النوع حكم الاختلاف في التقنين عموما، وعليه فقد اختلف العلماء المعاصرون في مشروعية تقنين الفقه الإسلامي على قولين هما:

القول الأول:أن تقنين الفقه الإسلامي مشروع، وجائز عند جمهور العلماء المعاصرين منهم الشيخين[2]: أبو زهرة، وأبو الأعلى المودودي[3] ، والقرضاوي [4]، ومصطفى الزرقا [5]، ومحمد سلام مدكور [6]،ومحمد أحمد فرج السنهوري[7]، ووهبة الزحيلي [8]، ومحمد زكي عبد البر. [9]

---

[1] الرازي: محمد بن عمر، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3،سنة، 1418هـ/ 1997م، ج4/ص128.

[2] المحاميد: شويش علي: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، دار عمار، عمان، ط1، سنة 1422هـ/2001م، ص362.

[3] هو: العلامة الداعية أبو الأعلى المودودي ولد في مدينة أورنج آباد جنوب الهند أصدر مجلة ترجمان القرآن، وترأس تحرير جريدة مسلم الهندية سجن، وحوكم، توفي سنة 1399هـ/1979م، له الكثير من المؤلفات منها: مبادئ الإسلام، تحديد النسل، ينظر: المجذوب: محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، دار الشواف، الرياض، در، دس، ج2/7، وما بعدها.

[4] القرضاوي: يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة السلفية، القاهرة، د ر، د س، ص30.

[5] الزرقاء: مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، سنة 1425هـ/2004م، ص313.

[6] مدكور: محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الكويت، در، دس، ص 115.

[7] السنهوري: محمد أحمد فرج، التلفيق في أحكام المذاهب، مرجع سابق، ص957.

[8] الزحيلي: وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1987م، بيروت، ص29.

[9] عبدالبر:محمد زكي، تقيين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث العربي، قطر، ط2، سنة1407هـ/1986م، ص62.

القول الثاني: أن تفنين الفقه الإسلامي غير جائز، وهو قول كل من[1]: بكر أبو زيد[2]، وعطية سالم[3]، وهو رأي أغلب أعضاء هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.[4]

الفرع الثاني: ضوابط التلفيق:

من خلال ما رأيناه سابقا نستنتج أن التلفيق لا بد له من ضوابط حتى يتم تحديد مفهومه، وحصر إطاره المعرفي، ولذلك، وضع العلماء جملة من الضوابط؛ لفرز التلفيق الجائز من التلفيق غير الجائز، والممنوع[5]، ويمكن إجمالها فيما يأتي:

الضابط الأول: لا يجوز التلفيق في المسائل القطعية كالعقائد، والتوحيد، والأخلاق، وما علم من الدين بالضرورة كأركان الإسلام، وكل ما أجمع عليه علماء المسلمين ، فلا يصح فيه التلفيق لأنه لا يجوز في هذه المسائل التقليد، فهي ليست محلا للاجتهاد فضلا على أن تكون محلا للخلاف الذي يسوغ فيه التقليد، والتلفيق. [6]

---

[1] أبو زيد: بكر بن عبد الله، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة1416هـ/1996م، ج1، ص98، والمجذوب: محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، مرجع سابق، ج2/ص212.

[2] هو: بكر بن عبد الله بن محمد أبو زيد بن عثمان بن يحي، لازم الشيخين بن باز، والشنقيطي، تخرج في كلية الشريعة بالرياض، ونال فيها الماجستير، والدكتوراه، عمل في القضاء مدة، توفي سنة 1429هـ/2008م، من مؤلفاته: المدخل المفصل إلى مذهب الإمام أحمد، ينظر: موقع ويكيبيديا، على الرابط: http//ar.wikipedia.org

[3] هو: عطية محمد سالم ولد في المهدية الشرقية بمصر سنة 1324هـ، التحق بالمعهد العلمي بالرياض، وحصل على مؤهلاته الجامعية من كليتي الشريعة، واللغة ، حضر دروس العلامة الشنقيطي، واستفاد منها ، ينظر: المجذوب: محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، مرجع سابق، ج2/ص201.

[4] هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، تصدر عن الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ع31، رجب- شوال سنة 1411هـ، ص60.

[5] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، ع17 نوفمبر 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص 207.

[6] فنون: آية عبد السلام، التلفيق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف:حسين الترتوري، كلية الدرات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، نوقشت في1427هـ/2006م، ص 64.

الضابط الثاني: لا يجوز التلفيق الذي يؤدي إلى إباحة المحرمات، والمحظورات الشرعية، والقاعدة أن كل ما أدى إلى محظور، فهو محظور، وكل قول يلزم منه إباحة محرم، فهو مردود.[1]

الضابط الثالث: لا يجوز التلفيق الذي يؤدي إلى تتبع الرخص بغرض العبث، والتشهي، والتلهي، لابداعي الحاجة، والضرورة[2]، وذلك سدًا لذرائع الانحلال من ربقة التكليف الشرعي[3]؛ قال الإمام الغزالي:"فليس له (المقلد) أن يأخذ بمذهب مخالفه بالتشهي وليس للعامي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده، فيتوسع". [4]

الضابط الرابع: أن لا يستلزم التلفيق نقض حكم الحاكم، أوالرجوع عما عمل به المكلف تقليدا، أوالرجوع عن لازمه الاجماعي؛ لأن التلفيق إذا أدى إلى نقض أحكام القضاء، وهي رافعة للخلاف اضطرب هذا الأخير، ونتج عنه عدم استقرار الأحكام القضائية، وهذا الأمر خطير[5]، أما بالنسبة للرجوع عما عمل به المكلف تقليدا، وبخاصة في قضايا الفروج، والأنساب، فمثاله:[6] من قال لامرأته أنت طالق البتة، وهو يراها ثلاثا، فأمضاها فيما بينه، وبينها، وعزم أنها محرمة عليه، ثم بعد ذلك أراد أن يردها باختيار رأي من يقول أنها تطليقة رجعية، فالحكم أنه لا يجوز له ردها هنا؛ لأنه عمل في رأيه الأول تقليدا لمذهب من يراها ثلاثا في نفس الحادثة، فهذا التلفيق لا يجوز؛ لأنه تلاعب، أما بالنسبة للرجوع عن اللازم الإجماعي فمثاله: رجل قلد أبا حنيفة رحمه الله تعالى في النكاح بلا ولي، فيدخل فيه صحة إيقاع الطلاق

---

[1] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، مرجع سابق، ص 197.

[2] الزحيلي: وهبة ، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 1181.

[3] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص208.

[4] الغزالي: محمد بن محمد، المستصفى، مرجع سابق، ج1/ص374.

[5] الشقاقي: آية عبد العزيز، التلفيق في المسائل المعاصرة، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف، مؤمن أحمد شويدخ، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، نوقشت في 1434هـ/2013م، ص24.

[6] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق، ص210، والبلخي: نظام الدين: الفتاوي الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، سنة 1310هـ، ج3، ص355.

إجماعا لأنه لازم لصحة عقد النكاح، فلو طلقها ثلاثا ثم أراد تقليد الشافعي رحمه الله تعالى في عدم وقوع الطلاق لكون النكاح بلا ولي باطل عنده، فليس له ذلك؛ لأن لازم صحة النكاح، وهو إيقاع الطلاق مجمع على صحته بين الشافعي، وأبي حنيفة. [1]

الضابط الخامس: لا يجوز التلفيق الذي يؤدي إلى تركيب صورة لا يقول بصحتها أحد من المجتهدين: فالمقلد له أن يلفق بشرط ألا يؤدي تلفيقه إلى صورة لا يقرها أحد من الأئمة المجتهدين الذين قلدهم؛ كمن توضأ على مذهب الشافعي، فمسح شعرة من رأسه، وبعد الوضوء لمس أجنبية مقلدا أبا حنيفة، فإن وضوءه على هذه الكيفية حقيقة مركبة لم يقل بها كل من الإمامين، فالإمام أبو حنيفة لا يرى صحة هذا الوضوء؛ لاكتفاء المتوضىء بمسح شعرة من رأسه، والإمام الشافعي، وإن صح الوضوء عنده إلا أنه يرى انتقاضه بلمس المرأة الأجنبية. [2]

الضابط السادس: لا يجوز التلفيق الذي يفضي إلى تقويض [3] دعائم الشريعة، والقضاء على سياستها، وحكمتها، وفي تأصيل هذا الضابط يقول الشيخ الباني: " ضابط جواز التلفيق، وعدم جوازه هو أن كل من أفضى إلى تفويض دعائم الشريعة، والقضاء على سياستها، وحكمتها، فهو محظور ، أما إذا كان التلفيق يؤيد دعائم الشريعة، وما ترمي إليه حكمتها، وسياستها الكفيلتان بسعادة العباد في الدارين تيسيرا لهم في العبادات، وصيانة لمصالحهم في المعاملات، فهو مطلوب." [4]

---

[1] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، مرجع سابق، ص211.

[2] الرحيباني: مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، سنة 1415هـ/1994م، ج1/ص390، والحفناوي: محمد إبراهيم، تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1415هـ/1995م، ص262.

[3] التقويض: بمعنى الهدم، يقال: قوّض البناء تقويضا هدمه، ينظر: البستاني: بطرس، محيط المحيط. مرجع سابق، ج2/ص762.

[4] الباني: محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، مرجع سابق، ص 250.

المبحث الأول:

التلفيق بين المذاهب الفقهية في مسائل الزواج، وآثاره.

وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول: التلفيق في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: التلفيق في مسألة أركان عقد الزواج.

المطلب الثالث: التلفيق في مسألة الإشهاد في عقد الزواج.

المطلب الرابع: التلفيق في مسألة المراد بالإيجاب والقبول.

المطلب الخامس: التلفيق في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها النكاح.

المطلب السادس: التلفيق في مسألة انعقاد الزواج بالكتابة، والإشارة للعاجز عن الكلام.

المطلب السابع: التلفيق في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج.

المطلب الثامن: التلفيق مسألة ولاية الإجبار على القاصرة.

المطلب التاسع: التلفيق في مسألة مقدار الصداق، وحالاته.

المطلب العاشر: التلفيق في مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

المطلب الأول: التلفيق في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.

الخطبة وعد بالزواج قد يكون فيها تبادل الهدايا بين الأطراف، فما حكمها عند العدول عن إتمام الزواج سنتناول ذلك في هذا المطلب على ثلاثة فروع.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

الخطبة وعد بالزواج، ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن هذا الوعد، ومع أن العدول عن الخطبة حرام ديانة؛ لأنه إخلاف بالوعد، إلا أن الشريعة الإسلامية قضاءً لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد؛ لأن ذلك إكراه لهما على الزواج، وهو عقد أبدي رضائي منزه عن الإكراه، والضرر الناتج عن الإكراه في الزواج أكبر من الضرر الناتج عن العدول.[1]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة إلى مذاهب هي كالآتي:

1- مذهب الأحناف[2]: أسقط فقهاء الحنفية أحكام الهبة على هدايا الخطبة ، فساووا بينهما في الأحكام،فإن كانت موجودة، وجب ردها، وكانت هالكة، أومستهلكة لا يجبردها.

2- مذهب المالكية[3]: القول الأوجه عند المالكية، والذي عليه الفتوى، إذا كان العدول من جهته، فلا يسترد شيئا مما أهداه، وإن كان العدول من جهتها ردت إليه الهدايا كلها شريطة عدم وجود شرط، أوعرف معمول به، فيحتكم إليه.

---

[1] السرطاوي: محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، سنة 1431هـ/2010م، ص22.

[2] ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج3/ص153.

[3] الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، د م، ط3، سنة 1412هـ/1992م، ج3/ص 418، والدسوقي: محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج219/2.

3-مذهب الشافعية[1]، **والحنابلة**[2]:يرون أن الهدايا ترد مطلقا سواء القائمة، أوالهالكة، وسواء كان العدول من الخاطب، أومن المخطوبة؛ لأنها من هبات الثواب التي يجوز ردها.

الفرع الثالث:وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة5 من ق أ ج حيث نص على ما يلي: "...لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن 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."[3]، نلاحظ أن هذه المادة متمشّية مع المذهب المالكي إلا في عبارة "ما لم يستهلك"، فقد خرج فيها المشرع عن المذهب، وأخذ بالمذهب الحنفي[4]في عدم رد ما استهلك؛ لأنه من قبيل الهبات، والهبة لا يجوز ردها إذا كانت مستهلكة.[5]

ووجه التلفيق بين مذهب المالكية، والحنفية هو عبارة "ما لم يستهلك"، فركب رأيا بين المذهبين في التفرقة بين كون العدول هل هو من الخاطب، أوالمخطوبة في تحديد وجوب رد الهدايا، وكذا عدم رد ما لم يستهلك منها.

---

[1] الشافعي: محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، در، سنة 1410هـ/1990م، ج4/ص 64.

[2] ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المملكة العربية السعودية، در، سنة 1416هـ/1995م، ج32/ص10.

[3] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، دار النجاح للكتاب، الجزائر، در، سنة 2005م، ص4.

[4] سلمان: نصر وسطحي: سعاد، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، در، سنة 2002، ص39.

[5] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 209.

ويبدو أن المسوغ في تبني المشرع لهذا الرأي هو قاعدة: لا ضرر ولاضرارا[1]، وفي ذلك يعلق الدكتور عبد القادر داودي قائلا:"ونظر –المشرع– إلى مصدر الضرر، وحكم بعدم استرداد الهدايا متى كان العدول من قبل الخاطب المهدي؛ لكي لا نجمع على المرأة بين ألم العدول، وألم استرداد الهدايا، أوتعويض ما استهلك، أما ما استهلك بالاستعمال، أوالأكل، أومن حلويات، أولباس، أوغيرها، فلا تجبر على تعويضها؛ لأن ما أخذته يعد في الحقيقة تبرعا منه، فلا يضرها رده؛ لأنه ممكن، ولئلا يضاعف الضرر على الخاطب، فجعل المشرع من شروط استرجاع الهدية أن يكون العدول من المخطوبة (وهو شرط المالكية)، وبقاء الهدية بلا استهلاك (وهو شرط الحنفية)."[2]

---

[1] الزرقا:أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، سنة 1409هـ/ 1989م، ص165، ومهاوات: عبد القادر، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، مطبعة الرمال، الوادي، الجزائر، در، سنة 2017م، ص35.

[2] داودي: عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، در، سنة 2010م، ص48.

المطلب الثاني: التلفيق في مسألة أركان عقد الزواج.

تكتسي أركان الزواج أهمية بالغة في العقد؛ لتوقف إمضاء،أوإبطال عقد الزواج عليها، وسنرى موقف المشرع منها في ضوء الفقه الإسلامي في هذا المطلب من خلال فروعه الآتية:

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

تعريف الركن:

1–في اللغة: الركن بضم الراء، جمعه أركان وله عدة معان منها:[1]

الجانب الأقوى في أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء، ويقوم عليها، والجزء من أجزاء الحقيقة، والجانب القوي للشيء، فيكون عينه.

2–في الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريفهم للركن على مذهبين:

أ–مذهب الجمهور: يرى جمهور الفقهاء أن الركن هو مالا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشئ، سواء أكان جزءا منه، أوخارجا عنه.[2]

ب–مذهب الحنفية: يرى فقهاء الحنفية أن الركن هو ما لا وجود لذلك الشئ إلا به، وهو جزء من ماهيته كالقيام، والقعود، والركوع في الصلاة.[3]

وهذا الاختلاف كان له أثر في اعتبار ما يكون ركنا في عقد الزواج، ولا يعتبر ركنا فيه بحسب ما يراه كل فريق من خلال التعريفات المذكورة آنفا.

---

[1] الفيروز آبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج1، ص1201، وإبراهيم: مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، در، دس، ج1/ص370-371.

[2] الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1405هـ/1985م، ج7/ص36.

[3] المرجع نفسه.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في أركان الزواج على اتجاهين، وإن كان منها ما هو محل اتفاق.[1]

أولا: أركان عقد الزواج عند الجمهور.

– ذهب فقهاء المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي: الولي، والصداق، والمحل، والصيغة،[2] والمقصود بالمحل هما الزوج، والزوجة، وعليه فتكون أركان الزواج عند المالكية خمسة،[3]وقد اعتبر بعض فقهاء المالكية أركان النكاح ثلاثة، وهي: المحل، والولي، والصيغة، أما بالنسبة للمهر، فلا يتوقف عليه العقدبالإجماع، فيكون شرطا في صحته[4]أما بالنسبة للشهود ، فقد اعتبرهم المالكية شرطا في جواز الدخول وليس في العقد لعدم توقف العقد عليهم.[5]

– وذهب فقهاء الشافعية إلى أن أركان الزواج خمسة كذلك وهي: الصيغة، والزوجة، والزوج، والشاهدان، والولي[6]، أما بالنسبة للصداق، فقد جوزوا عدم ذكره في الزواج، كما يرى بعض الشافعية أن حضور الشاهدين شرط، ولكن تساهل فقهاؤهم في تسمية الشاهدين ركنا.[7]

---

[1] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، إشراف:د.عبد الكريم حامدي، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، نوقشت سنة 2009م، ص324.

[2] الجكني: أحمد بن أحمد: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث، قطر، سنة 1986م، ج3/ص22، والآبي: صالح بن عبد السميع: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، در، د ت، ج1/ص277.

[3] الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج3/ص419.

[4] الدردير: أحمد الشرح الكبير مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس، ج2/ص 96 وما بعدها.

[5] الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج3/ص419.

[6] الشربيني: محمد بن أحمد، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1415هـ/1994م، ج4، ص 226 – 367.

[7] الغزالي: محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 1417هـ، ج5/ص53.

-كما ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن أركان النكاح ثلاثة هي: الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب مع القبول، أما بالنسبة للولي، والشاهدين فهما شرطان[1]، والصداق يستحب تسميته في عقد الزواج دون اعتباره من الشروط.[2]

ثانيا: أركان عقد الزواج عند الحنفية.

يرى فقهاء الحنفية أن ركن الزواج هو الإيجاب، والقبول فقط[3]، وقال بعض الحنابلة بهذا الرأي، وعللوا ذلك بأن ماهية النكاح مركبة منهما، ومتوقفة عليهما.[4]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 9 من ق أ ج، فنص على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."[5] الملاحظ من خلال المادة أن المشرع الجزائري وافق مذهب الحنفية، وبعض الحنابلة في جعل أركان الزواج هو ركن واحد فقط، الرضا الذي هو الايجاب، والقبول بتعبير الفقه الإسلامي، وقد دلت عليه المادة 10حيث فسرت معنى الرضا بقولها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر..." [6]

---

[1] البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، در، د س ، ص 511.

[2] الرحيباني: مصطفى بن سعد، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، ج5/ص 174.

[3] الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، سنة 1406هـ/ 1986م، ج2/ص 229.

[4] ابن مفلع: إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 418هـ/1997م، ج6/ص 94

[5] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص6.

[6] سعادي: لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، إشراف:د.بن ملحة الغوثي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، نوقشت سنة 2015م، ص39.

ويبدو الدافع إلى التلفيق في هذه المسألة هو محاولة المشرع الجزائري تدارك التناقضات التي كانت تعتري أحكام قانون الأسرة رقم 84-11[1]، من خلال تعديله الذي جاء به بموجب الأمر رقم 05-02[2]، والذي أبقى فيه ركنا وحيدا وأساسيا في عقد الزواج، وهو الرضا أي الإيجاب، والقبول وهذا من خلال المادة 09 المعدلة بنصها على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."، مسايرا بذلك المذهب الحنفي، واعتبر الباقي شروطا له ليضع حدا فاصلا بين ما يعد ركنا، وما يعد شرطا في عقد الزواج.[3]

---

[1] شامي: أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة 2010م، ص51.

[2] صدر قانون الأسرة بمقتضى قانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/6/9، الجريدة الرسمية، ع24، مؤرخة في 1984/06/12، وعُدِّل بمقتضى الأمر 05- 02 المؤرخ في 2005/2/27، الجريدة الرسمية، ع15، مؤرخة في 2005/2/27.

[3] بن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، سنة 2008م، ص55.

المطلب الثالث: التلفيق في مسألة الإشهاد في عقد الزواج.

يحتل الإشهاد في عقد الزواج مكانة كبيرة، وسنبرز في هذا المطلب موقف الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري منه.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

تعريف الشهادة:

أ–لغة: من معانيها[1]:العلم، والحضور، والحلف، والأداء، والخبر القاطع.

ب– اصطلاحا: إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر.[2]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في الشهادة بينأنها شرط لتمام عقد الزواج، أم شرط لصحته على مذهبين:

أولا: المذهب الأول[3]: ذهب المالكية، والإمام أحمد في رواية عنه إلى عدم اعتبار الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح، ولا يتم الدخول إلا بالشهود، فالشهادة شرط للنفاذ لا للصحة.

ثانيا: المذهب الثاني[4]:ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد[5] إلى أن الإشهاد شرط صحة في العقد يترتب البطلان بتخلفه.

---

(1) الفيروز آبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص292.

(2) الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1403هـ/1983م، ص129.

(3) القرافي: أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة1994م، ج4/ص398، وابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، در، سنة 1388هـ/1968م، ج7/ص8.

(4) المرغيناني: علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدئ، تحقيق: طلال يوسف، دار التراث العربي، بيروت، د ر، د س، ج1، ص85، والشربيني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4/ص234،

(5) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، المرجع السابق.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

نص المشرع على هذه المسألة في المادة 9مكرر الفقرة4 ق أ ج حيث جاء فيها الآتي:

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:...-شاهدان."[1]

وعليه أخذ المشرع بمذهب الجمهور بشأن الإشهاد، واعتبره شرطا من شروط صحة عقد الزواج مثله مثل الولي، والصداق، كما يترتب على تخلفه فساد عقد الزواج، فيفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من نفس القانون.

والذي أراه مسوغا للمشرع في تبني مذهب الجمهور هو ما يكتسبه هذا العقد من الخصوصية، والتفرد عن سائر العقود، وذلك نظرا لآثاره التي تترتب عليه بالنسبة للزوجين، والأولاد في حماية الأعراض، والأنساب[3]، فكان لزاما أن يحاط هذا العقد بالإجلال، والقدسية مما يحقق له التأكيد، والبعد عن التلاعب، والأهواء.

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص6.

[2] سعد: عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديدة، دار هومة، در، سنة 2007، ص6، وسلمان: نصر وسطحي: سعاد، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص130.

[3] منصور:حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة1997م، ص138.

المطلب الرابع: التلفيق في مسألة المراد بالإيجاب، والقبول.

للإيجاب، والقبول أهمية بالغة في عقد الزواج لأنهما يحققان مبدأ الرضائية في هذا العقد المؤبد، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى بيان المراد منهما عند الفقهاء وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وقد تم تعريف الرضا في الشريعة الإسلامية، وفي باب الزواج بالخصوص، ونكتفي بتعريف الدكتور بدران أبو العينيين بقوله: "هو- الرضا- الإيجاب، والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالأخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما."[1]

والرضا شيء كامن في النفس، فهو أمر خفي باطني لا يمكن الاطلاع عليه إلا بمظهر ملموس تنوب الصيغة عنه في إظهاره؛ لأنها هي المعبرة عنه، حيث تتخذ شكل الإيجاب، والقبول[2]، وقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي، فاعتبر الرضا أمرا جوهريا في عقد يرتبط فيه شخصان رباطا مؤبدا.[3]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف فقهاء الشريعة في تحديد معنى الإيجاب والقبول، وذلك على مذهبين هما كالأتي:

أولا: مذهب الحنفية[4]:يرى أصحابه أن ما يصدر من أحد العاقدين هو الإيجاب، وصاحبه يسمى موجبا، والقبول هو الكلام الذي يصدر من العاقد الثاني، ويسمى القابل.

---

(1) بدران: أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، القاهرة، در، سنة 1964م، ص56.

(2) السباعي: مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، المكتب الإسلامي، دمشق، در، دس، ج1/ص73.

(3) محدة: محمد، الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر باتنة، الجزائر، ط2، سنة 1994، ص128.

(4) الغنيمي: عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد المجيد، المكتبة العلمية، بيروت، در، دس، ج3/ص3.

ثانيا:مذهب الجمهور:من المالكيه[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]يرون أن الإيجاب هو ما يصدر من ولي المرأة في مجلس العقد، والقبول هو ما يصدر من الزوج.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

نص المشرع الجزائري على هذه المسألة في المادة 10الفقرة1 من ق أج، والتي جاء فيها مايلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر..."[4]

وعليه فالمشرع في المادة لم يقصر الإيجاب على ولي المرأة، والقبول على الزوج كما هو رأي الجمهور، ومنهم المالكية، بل أخذ برأي الحنفية الذين يرون أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد الطرفين العاقدين، سواء كان الزوج، أوالولي، والقبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر[5]، فعبارة القانون تفيد أن القبول قد يكون من الزوج، أومن غيره كالزوجة، أووليها لأنه لم يحدد مرتبة الصدور.[6]

ويبدو لي أن الدافع للتلفيق في هذه المسألة من طرف المشرع هو النظر إلى مقصود الصيغة في عقد الزواج، وهو تطابق الإرادتين بالإيجاب، والقبول بغض النظر عن ترتيب الجهة الصادر منها أهي الولي، أوالزوج؟ لأن العبرة في العقود بالمعاني، وركن الرضا يتحقق بهما، وبهذه الموافقة، وذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب، والقبول، وينعقد العقد.[7]

---

[1] الدردير: أحمد، الشرح الصغير على مختصره، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، د.ط، د س، ج2/ص96.

[2] الشربيني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4/ص226.

[3] البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مرجع سابق، ص511.

[4] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق6.

[5] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص210.

[6] محدة: محمد، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص143.

[7] المرجع نفسه، ص141.

المطلب الخامس: التلفيق في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها الزواج.

اعتنت الشريعة بألفاظ الزواج عناية خاصة، فهي المعيار في إحلال الزوجة وإباحة التمتع بها، وسنرى في هذا المطلب أحكامها في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج، أوالنكاح، كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بألفاظ الإحلال، والإعارة، والرهن، والوصية، والإجارة بسبب عدم تأديتها لمعنى النكاح، والزواج حقيقة، ولا تقتضي البقاء مدى الحياة[1]، واختلفوا في انعقاد الزواج بغير لفظ الإنكاح، أوالتزويج، وهو ما سنتناوله بالبيان في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بغير لفظي الإنكاح، والتزويج إلى عدة أقوال هي كالآتي:

1- قول الحنفية[2]، والظاهرية[3]: ذهب الحنفية إلى القول بأنه يصح الإيجاب، والقبول بالألفاظ التالية: الهبة، والبيع، والصدقة، والتمليك، وينعقد بهاته الألفاظ النكاح، كما ذهب الظاهرية إلى جواز إجراء الإيجاب، والقبول بلفظي الإنكاح، والتزويج، والتمليك.

2- قول الشافعية[4]، والحنابلة[5]: ذهب الشافعية، والحنابلة إلى القول بانعقاد الزواج بلفظي التزويج، والإنكاح فقط، ولايصح الإيجاب، والقبول إلا بهما.

---

(1) زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1993م، ج6/ص81.

(2) الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج229/2.

(3) ابن حزم: على بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، در، دس، ج9/ص47.

(4) الشيرازي: إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، دم، در، دس، ص159.

(5) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1414هـ/1994م، ج3/ص20.

3-قول المالكية[1]: ألفاظ عقد النكاح عند علماء المالكية تنقسم إلى أربعة أقسام هي:

أ- ألفاظ ينعقد بها النكاح مطلقا سواء سمي الصداق أم لا، وهي أنكحت، وزوجت.

ب-ألفاظ ينعقد بها النكاح شريطة تسمية الصداق سواء حقيقة، أوحكما، وهبت فقط.

ج- ألفاظ مختلف في انعقاد النكاح بها، وهي كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة كألفاظ: بعت، أوملكت، أوأحللت، أوأعطيت، أومنحت، فهل تنقاس على لفظ، وهبت، فينعقد النكاح بها إن سمي المهر حقيقة، أوحكما، وهو قول ابن القصار[2]، والقاضي عبد الوهاب[3]، والباجي، وابن العـــربي، أولا تنعقد، وهو قول ابن رشد الجد[4] في المقدمات.[5]

د-ألفاظ لا ينعقد بها النكاح مطلقا، وهي كل لفظ لا يقتضي البقاء مدى الحياة، كالإجارة.

4-قول ابن تيمية[6]: يرى أن صحة الإيجاب، والقبول يكون بأي لفظ يعتبره الناس صيغة في انعقاد الزواج.

---

[1] الصاوي: أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د م، در، ج2/ص351.

[2] هو: القاضي أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد ابن القصار إمام المالكيين في بغداد، كان أصوليا نظَّارا ولي القضاء في بغداد من مؤلفاته كتاب في مسائل الخلاف، توفي سنة 373، ينظر: اليحصبي: عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، سنة1983، ج7/ص71.

[3] هو: القاضي عبد الوهاب علي بن نصر بن أحمد بن الحسين بن هارون بن مالك أبو محمد الفقيه المالكي، كان فقيها أديبا شاعرا، من مؤلفاته: التلقين، وكتاب المعونة لدرس مذهب عالم المدنية، توفي سنة 422هـ، ينظر: اليحصبي: عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، مرجع سابق، ج7/ص26.

[4] هو: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي يكني أبا الوليد القرطبي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب من تصانيفه البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، وكتاب المقدمات لأوائل كتب المدونة، ينظر: ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب، مرجع سابق، ج2/ص248.

[5] ابن رشد: محمد بن أحمد، المقدمات والممهدات، تحقيق، محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 1408هـ/ 1988م، ج1/ص480.

[6] ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1408هـ/1987م، ج5/ص450.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

نص المشرع في المادة 10 الفقرة 1 من ق أ ج على هذه المسألة بقوله: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيدمعنى النكاح شرعا."[1]،

يفهم من هذه المادة بدلالة منطوقها أن المشرع قد خالف فيها مذهب المالكية الذين يذهبون إلى أن النكاح ينعقد بلفظ التزويج، والتمليك، وما يجري مجراهما كالبيع مطلقا، والهبة بشرط ذكر الصداق أثناء العقد، وأخذ بمذهب الحنفية الذين يرون انعقاد الزواج بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا [2]؛ لأن المطلوب التعرف على إرادة المتعاقدين، وليس للفظ اعتبار.[3]

والدافع الذي جعل المشرع يأخذ برأي الحنفية، ويعدل عن مذهب المالكية فيما يظهر هو التيسير على الناس، ورفع الحرج عنهم في ألفاظ عقد الزواج.[4]

كذلك نظر المشرع إلى مقصود الزواج، وهو دوام العلاقة مدى الحياة، فينعقد بكل عبارة تؤدي هذا المعنى؛ ولأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ.[5]

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص6.

[2] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص210.

[3] الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7/ص38.

[4] شريفي: عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف أحمد غرابي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، نوقشت في 2015/2014، ص106.

[5] بلحاج: العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، ط1، سنة هـ1433/ 2012م، ص190.

المطلب السادس: التلفيق في مسألة انعقاد الزواج بالكتابة، والإشارة للعاجز عن الكلام.

قد يعجز أحد المتعاقدين عن التعبير عن إرادته في الزواج، فكيف عالج الفقه، والقانون هذه المعضلة، فهذا ما سنبحثه فيهذا المطلب على النحو الآتي.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

هناك عوارض تطرأ لأحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعجزه عن النطق، كالأخرس، أوالأبكم، مع عدم القدرة على الكتابة، ففي هذه الحالة ينعقد زواجه بالإشارة المفهمة الدالة على إرادة الزواج، والمعبرة عن قصده؛ لأن إشارته قائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود؛ لأن اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن[1]،وهذا باتفاق الفقهاء حيث عللوا أن الإشارة أقصى طرق التعبير بيانا.[2]، فما هو موقف الفقه، والقانون إذا كان يحسن الكتابة؟

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في حكم من كان لا يقدر على التعبير عن صيغة الإيجاب، والقبول في عقد الزواج، ولكن يحسن التعبير عنها بالكتابة هل الأولى له التعبير بالإشارة أم بالكتابة؟ وهو على مذاهب نوردها كالأتي:

أولا: مذهب الحنفية[3]: لفقهاء الحنفية في المسألة قولان: أحدهما: يجوز أن يعقد بالإشارة حتى، ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، الثاني: لا يصح من الأخرس الإشارة إذا كان قادرا

---

(1) حسين: أحمد فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، در، سنة 1997م، ص86.

(2) أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، سنة 1957م، ص43.

(3) ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، در، دس، ج3/ص190.

على الكتابة؛ لأن الكتابة أبين من الإشارة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى، واختارها جمع من محققي المذهب.[1]

ثانيا: مذهب الشافعية[2]: ذهبوا إلى أن الأخرس يشترط لكتابته في صحة عقد النكاح شرطان

1- أن لا تكون له إشارة مفهمة.

2- أن يتعذر عليه توكيل غيره ليقوم عنه في هذا العقد، وعليه، فصحة عقد الأخرس بالكتابة تكون من باب الاضطرار إليها.

ثالثا: مذهب الحنابلة[3]: ذهبوا إلى صحة الإيجاب، والقبول من الأخرس بالكتابة إذا كانت صريحة في الدلالة على المراد منهما، وهي أولى من الإشارة، ولو كانت مفهومة.

رابعا: مذهب المالكية[4]: فصل المالكية القول في قبول الكتابة، والإشارة للدلالة على الإيجاب، والقبول على النحو الآتي:

1- إذا كان بلفظ الإنكاح، أوالتزويج من البادئ بالصيغة سواء من الزوج، أوالولي فتكفي من أحدهما الكتابة، أوالإشارة.

2- إذا كان البادئ بالصيغة الولي إنما ابتدأ بغير لفظ الإنكاح، أوالتزويج كلفظ الهبة مع ذكر الصداق، فإنما تكفي الإشارة من الزوج.

3- إذا كان البادئ بالصيغة هو الزوج، وقد ابتدأ بغير لفظ الإنكاح، أوالتزويج كلفظ الهبة مع ذكر الصداق، فهنا لا تكفي الإشارة من الولي فتجمع معها الكتابة.

---

[1] أبو زهرة: محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دت، ص80.

[2] الرملي: محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، سنة 1404هـ/1984م، ج6/ص212.

[3] البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس، ج5/ص39.

[4] النفراوي: أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، د ر، سنة 1415هـ/ 1995م، ج2/ص5.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع الجزائري المسألة في المادة 10 الفقرة 2 من ق أ ج جاء فيها"...، ويصح الإيجاب، والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة، أوعرفا كالكتابة، أوالإشارة." [1]

وما يلاحظ وفقا لنص المادة أن المشرع قد أخذ بالرواية الأولى للمذهب الحنفي؛ أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة باعتبار أن هذه الفقرة لم تأت بالترتيب، أوالاشتراط، أوالتفصيل، وإنما أعطت للمتعاقد الاختيار التام من خلال عبارة "كالكتابة، أوالإشارة." [2]

والمسوغ للتلفيق من طرف المشرع في هذه المسألة في رأيي هو كما ذكرنا الأخذ بمبدأ التيسير في هذا العقد، وكذا تحقيق مقصد التعبير عن الرضا بكل وسيلة مؤدية للغاية في انعقاد الزواج، وكذلك مراعاة متطلبات ذوي الاحتياجات الخاصة، والاعتراف لهم بحقوقهم، ومن بينها الحق في تكوين أسرة بأيسر السبل، وأسهل الطرق دون تعقيد.

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص6.

[2] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص335.

المطلب السابع: التلفيق في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج.

لهذه المسألة بالغ الأهمية في الفقه، والقانون، قديما، وحديثا، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف الولاية:

1**–لغة:** الوَلاية، والوِلاية مأخوذة من الفعل وَلِيَ الشيءَ وولي عليه، وتأتي بعدة معاني أهمها: النصرة، والمحبة، والتبعية، ووَلِيُّ المرأة الذي يلي عقد نكاحها، فيسمى متولي العقد وليّ.[1]

2–اصطلاحا: عرفها محمد سلام مدكور بقوله:" سلطة شرعية تحول لصاحبها إنشاء العقود، والتصرفات، وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه، أوكان يخص من في ولايته ممن له سلطة عليه مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة."[2]

كما عرفها فقهاء القانون: "هي سلطة شرعية تجعل تصرف الإنسان نافذا شرعا، وهي تشمل التزويج، والتربية، والتعليم، وغيرها من الحقوق الشخصية."[3]

ثانيا: ولاية المرأة في عقد الزواج.

المقصود بولاية المرأة لعقد الزواج هو مباشرتها له بالأصالة عن نفسها، أوبالوكالة عن غيرها، أو توكيلها لغير وليها ليباشر العقد، فهذا موضع خلاف في صحة النكاح، ونفاذه.[4]

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج15/ص407.

[2] مدكور: محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1967، ص170.

[3] عبد العظيم: شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، منشور جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط4، سنة 1993، ص120.

[4] عثمان: محمد رأفت، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1، سنة 1977م، ص177.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

وقع الخلاف بين الفقهاء في حكم مباشرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بإرادتها المنفردة على أقوال هي الآتية:

القول الأول:ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة في رواية عنهم[3] وأبو يوسف من الحنفية في رواية [4] إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها بنفسها.

القول الثاني:ذهب الحنفية في ظاهر المذهب عندهم إلى أنه يجوز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة –سواء كانت بكرا، أو ثيبا– بعقد زواجها بنفسها؛ لأنهم يعتبرونها ولاية استحباب، وهي الرواية الثانية للإمام أبي يوسف، والمرجحة عندهم[5]، واشترطوا الكفاءة في الزوج، والمثلية في الصداق.

القول الثالث:ذهب أبو الحسن الشيباني من الحنفية في ظاهر الرواية عنه[6]، وأبو ثور [7] كما في الحاوي الكبير [8]، والإمام أحمد في رواية عنه، وابن سيرين[9] إلى جواز تولي المرأة عقد

---

[1] البغدادي: علي بن نصر، الإشراف على نكب مسائل الخلاف، تحقيق وتعليق وتخريج: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، سنة 1429هـ/2008م، ج3/ص283.

[2] الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس، ج2/ص426.

[3] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7 ص7.

[4] الزيلعي: عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، ط1، سنة 1413هـ، ج2/ص117.

[5] ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج3/ص391.

[6] الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج2/ص247.

[7] هو: أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي، البغدادي يكنى أبا عبد الله الإمام الحافظ الحجة المجتهد الفقيه مفتى العراق، توفي سنة 240هـ، ينظر: الذهبي، محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء تحقيق: لجنة بإشراف:شعيب الأرناءوط، مؤسسة الرسالة، ط2، سنة 1405هـ/1985م، ج12/ص75.

[8] الماوردي: علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ/1999م، ج9/ص38.

[9] هو:أبو بكر محمد بن سيرين البصري الأنصاري الإمام الكبير في التفسير، وتعبير الرؤي، والفقه، والحديث، مولى أنس بن مالك رضي الله عنه، توفي سنة 110هـ، ينظر: الذهبي:محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4/ص606.

زواجها بنفسها لكن يكون موقوفا على إجازة وليها إن رضي نفذ العقد، وإن رفض لم ينفذ.[1]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

نصت المادة 11 من ق أ ج على هذه المسألة وجاء فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره."[2] من خلال المادة أسند المشرع مباشرة الولاية للمرأة دون قيد، أوشرط، وحضور الولي يدل دلالة واضحة على رضاه بالعقد الذي تباشره ابنته؛ مما يعني أنه أذن لها بالزواج، وإلا لما كان حضوره معها في مجلس العقد له معنى، وعليه نجد القانون قد خالف مذهب الجمهور، ومنهم المالكية، ولم يأخذ برأي الحنفية كذلك في ظاهر المذهب عندهم، وأخذ برأي محمد بن الحسن الشيباني[3]، وأبي ثور، وابن سيرين، والرواية المخرَّجة عن الإمام أحمد الذين يرون صحة الزواج بصيغة، وعبارة المرأة مع إحضار الولي، واشتراط حضور الولي من طرف المشرع يدل على أن الزواج موقوف على إجازته،[4] ويبدو الدافع واضحا في عدول المشرع عن رأي الجمهور، وتلفيقه لرأي لم يقل به أحد من المجتهدين كإجازته لحضور أي شخص تختاره المرأة [5]، وهذا بسبب ما شهدته المسألة من نقاش حاد، وطويل بين المعنيين بالموضوع من رجال القانون، وفقهاء الشريعة، والجمعيات النسوية المطالبة بإلغاء أي دور للولي، وكان ذلك لما طُرِحَ قانون الأسرة للتعديل سنة 2005، حيث ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية، وهو معيار الاختيار من قبل المرأة، ولم يراع الترتيب بين القرابة فيما بينهم، أومع الأجانب[6]، كذلك من بين أسباب التلفيق هو مسايرة المشرع لبعض التشريعات العربية كالمملكة المغربية، ومصر مع بعض الفروق بينهم.[7]

---

[1] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص8.

[2] ديدان: مولود، قانون الأسرة، حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص6.

[3] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص211.

[4] الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، در، سنة 2006م، ص52.

[5] شامي: أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص89.

[6] الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص52.

[7] سعادي: لعلى، الزواج وانحلاله، مرجع سابق، ص74.

المطلب الثامن: التلفيق في مسألة ولاية الإجبار على القاصرة.

تزويج الصغيرة التي لم تبلغ سن الزواج فيه كلام طويل في فقه الإسلامي، وفي القانون الوضعي ذلك لما للموضوع من تأثيرات قد تبدو سلبية في نجاح الزيجات التي تبرم قبل بلوغ البنت سن النضج، وتحمل مسؤولية إقامة أسرة، وما فيها من تبعات، وهذا ما سندرسه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف ولاية الإجبار.

عرفها الدكتور محمد سلام مدكور بقوله: "هي الولاية على قائد الأهلية، أوناقصها؛ بمعنى أن من تثبت له هذه الولاية يملك الاستبداد بتزويج من في ولايته، والجبر على ذلك، ويكون العقد نافذا."[1]، فتعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولَّى عليه، ولا يشاركه فيها أحد[2]، فلا اعتبار فيها لإذن المولَّى عليه، فيزوجه وليه شاء أم أبى.[3]

ثانيا: علة ولاية الإجبار

اختلف الفقهاء في تحديد علة ولاية الإجبار على قولين:

1-**قول الحنفية:** فعلة ولاية الإجبار هي الصغر [4]، وهو معنى القاصرة في قانون الأسرة.

2-**قول الجمهور:** ذهبوا إلى أن علة ثبوت ولاية الإجبار هي البكارة.[5]

---

[1] مدكور: محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص178.

[2] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص108.

[3] العوفي: عوض بن فريح، الولاية في النكاح، عمادة البحث العلمي، الجامعية الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، سنة 1423هـ/2002م، ج1/ص26.

[4] ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج2/ص395.

[5] المرجع نفسه.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين نستعرضهما كما يلي:

أولا: القول الأول: ذهب الجمهور[1] من الحنفية،والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى ثبوت ولاية الإجبار على المرأة الصغيرة القاصرة التي لم تبلغ؛ فيجوز لأبيها أن يزوجها،ولو كانت كارهة، أو ممتنعة؛ مادام قد زوجها من كفء[2]

ثانيا: القول الثاني: ذهب ابن شبرمة[3]، وأبو بكر الأصم[4] إلى أنه لا يجوز للأب، أو غيره تزويج الصغيرة القاصرة بدون إذنها، و إنما يكون عند بلوغها، والإذن منها.[5]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

أورد المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 13 من ق أ ج، ونصها كالآتي: "لا يجوز للولي أبا كان، أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."[6]، ويتضح من خلال تحليل هذا النص أن المشرع الجزائري قد عدل عن رأي الجمهور القائلين بجواز إجبار الصغيرة على الزواج، وأخذ بالقول الثاني لابن شبرمة، أبي بكر

---

[1] الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، نفس المرجع، ج2/ص241، والخرشي: محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس، ج3/ص176، والنووي: يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق:زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، سنة 412 هـ/1991م، ج7/ص53، وابن قدامة: محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، القاهرة، در، دس، ج7/ص386.

[2] عثمان: محمد رأفت، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص254.

[3] هو: عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، توفي سنة 144هـ، ينظر: الذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج6/ص347.

[4] هو: شيخ المعتزلة أبو بكر الأصم، كان ديِّنا وقورا من مؤلفاته: الحجة والرسل، والرد على الملحدة، توفي سنة201، ينظر: المرجع نفسه، ج9/ص402.

[5] السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، در، سنة 1414هـ/1993،ج4/ص212.

[6] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص7.

الأصم المتضمن عدم ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة بأي شكل من الأشكال، وبمفهوم المخالفة أخذ بولاية الاختيار كما هو واضح من المادة.[1]

ولعل ما اختاره المشرع في هذا التلفيق دافعه التقدير، والنظر إلى مصلحة القاصرة بمنع زواجها قبل بلوغ السن القانونية؛ ولأنها مازالت في حالة لا تسمح لها بإبداء إذنها لعدم نضج عقلها، فأولى بها أن لاتُزَّوج لقصورها عن تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها أثارها الخطيـرة[2]، كما أجمعت الهيئات، والمؤسسات الدولية على مخاطر الزواج المبكر منها: الموت من جراء خطر الحمل المبكر، أوموت المولود، وكذا ترك التعليم في سن مبكرة، والحمل المبكر، كذلك وجود اتفاقيات دولية أقرتها هيئة الأمم المتحدة تدعو إلى تحديد سن أدنى للزواج كاتفاقية سيداو.[3]

---

[1] بن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص67.

[2] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص420.

[3] شجاع الدين: عبد المؤمن، تحديد سن الزواج بحث أخذ يوم 2014/04/9 في الساعة 15.00 من الرابط: .www.pdffactory.com

المطلب التاسع: التلفيق في مسألة مقدار الصداق، وحالاته.

سنتناول في هذا المطلب موقف الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري من تحديد المقدار الأدنى، والأعلى للصداق، وكذا حالات تقديمه، وتأخيره.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف الصداق.

1- لغة: الصَدْقَة، والصداق هو مهر المرأة [1] مادة مشتقة من الصِدْقِ؛ لأنها عطيَّة يسبقها الوعد بها، فيصدقه المعطي.[2]

2- اصطلاحا: تعددت تعريفات الصداق سنختار من تعريفات الآتي:

- عرفه بعض الفقهاء المالكية بقولهم:" ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها." [3]

- وعرفه من المعاصرين بدران أبو العينين بدران بقوله: "اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أوبالدخول بها دخولا حقيقيا."[4]

3- قانونا: عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من ق أ ج بقوله: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود، أوغيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك بها تتصرف فيه كما تشاء".[5]

ثانيا: المقصود بمقدار الصداق في المسألة:

اتفق الفقهاء على عدم تحديد أكثر قيمة المهر، وأنه يصح بكل ما تراضى عليه الطرفان مهما كان كثيرا، ولكن يستحب للطرفين على السواء أن لا يتغاليا في مقدار المهر بالزيادة، أما الحد الأدنى فقد اختلف فيه الفقهاء[6]، وهو المقصود في بحثنا .

---

(1) ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج10/ص197.

(2) بن عاشور: محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، در، 1984م، ج4/ص30.

(3) الدردير: أحمد، الشرح الصغير على مختصرة، مرجع سابق، ج2/ص119.

(4) بدران: أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، در، سنة 1967، ج1/ص181.

(5) ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص7.

(6) شامي: أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص93-94.

ثالثا: المقصود بحالات الصداق في المسألة:

المقصود بحالات الصداق في البحث هي الأوجه التي يكون فيها الصداق معجلا كليا، أو مؤجلا كليا، أومعجلا في بعضه، أومؤجلا في بعضه الآخر[1]، كما سنعرف في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

أولا: مذاهب الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى في الصداق.

اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى في الصداق على قولين هما:

1-القول الأول:ذهب الحنفية [2]، والمالكية[3]إلى تحديد أقل الصداق،اختلفوا في ثمنه،فعند الحنفية أقله عشرة دراهم فضية، والمالكية أقله ربع دينار ذهبي، أوثلاثة دراهم فضي.

2- القول الثاني:ذهب الشافعية[4]، والحنابلة[5]إلى أنه لا حد في أقل الصداق، فالزواج يجوز بقليل المهر، وكثيره.

ثانيا: مذاهب الفقهاء في حالات الصداق.

اختلف الفقهاء في تعجيل، وتأجيل الصداق كله، أوبعضه، ويمكن إجمالها في مذهبينهما:

1- **مذهب الجمهور**: أجاز الجمهور من الحنفية[6]، والشافعية[7]، والحنابلة[8] جعل الصداق معجلا، أومؤجلا كله، أوبعضه مع اشتراط أن لا يكون الأجل مجهولا جهالة فاحشة.

---

(1) زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ج7/ص84.

(2) الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7/ص275.

(3) ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا وآخرون، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1سنة 1421هـ/2000م، ج5/ص410.

(4) الشربيني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق،ج4/ ص361.

(5) ابن تيمية: عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، سنة 1404هـ/1984م، ج2/ص31.

(6) الجزيري: عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الحديث، القاهرة، در، دس، ج4/ص154.

(7) الشربني: محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج4/ص382.

(8) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص222.

2- **مذهب المالكية:** فصل المالكية في ذلك بوضع شروط للتأجيل، فقالوا بأنه إذا كان من العروض، أوغيرها إن كان غائبا صح النكاح بالأجل القريب، ويفسد بالبعيد، ولايجوز التأجيل إذا تم اشتراطه في صلب العقد، ويجب تسليمه حالا إذا تعيَّن، أوعُلِمَ وقت الدخول، أوكان الزوج غنيا، وطلب التأجيل، أوله وظيفة، أووقف معلوم.[1]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في مسألة لدى المشرع.

لم يجعل المشرع الجزائري للصداق حدا أدنى، وبالأولى حدا أعلى مفضلا في ذلك اختيار مذهب الشافعية، والحنابلة[2]، حيث جاء في المادة 14 من ق أ ج بقولها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود، أوغيرها، أوكل ماهو مباح شرعا..."[3]والدافع لدى المشرع في التلفيق هنا هو اتخاذ موقف يتماشى، وروح التشريع في التيسير، ورفع الحرج، بما يناسبجميع طبقات المجتمع غنيِّها، وفقيرها، أي أنه لا يُعْجِزُ الفقراء، ولا يقيِّد إرادة الأغنياء في الرفع من مبلغ الصداق.[4]،كذلك أخذ المشرع بمذهب الجمهور[5] في جواز تعجيل، وتأجيل المهر كله، أوبعضه، وعدل عن رأي المالكية في كراهية ذلك إلا بشروط، وهذا ما نص عليه في المادة 15 بقوله: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا، أو مؤجلا..."

ويبدو سبب التلفيق هنا هو إفساح المشرع لأطراف العقد أن يتفقوا حسب الأعراف، والظروف، فقد يكون التأجيل له مبررات مادية تخدم مصلحة المتعاقدين، يقول الدكتور بن شويخ في ذلك: "والمهر يجوز أن يكون معجلا بمجرد العقد، وقد يكون مؤجلا كله، أوبعضه بحسب الاتفاق، وإذا لم يكن هناك اتفاق وجب اتباع العرف المتعامل به."[6]

---

[1] الصاوي: أحمد بن محمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج2/ص433.

[2] الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص55.

[3] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخرتعديل له، مرجع سابق، ص7.

[4] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص349.

[5] المرجع نفسه، ص353.

[6] ابن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص77.

المطلب العاشر: التلفيق مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

الاشتراط بين الزوجين له اهتمام كبير من طرف المشرع نظرا لوقوعه كثيرا في عقود الزواج، وهو ما سندرسه فقها، وقانونا من خلال هذا المطلب في فروعه الآتية.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف الشرط.

1-لغة: الشين، والراء، والطاء أصل يدل على العلامة، ومنها أشراط الساعة أي علاماتها، وجمع الشرط بسكون الراء شروط، وجمع الشرط بفتحها أشراط، واشترط اشتراطا أي شَرَطَ. [1]

2-اصطلاحا: عرفه الأصوليين بتعاريف متقاربة أشهرها: أن الشرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته.[2]

ثانيا: أنواع الشروط في عقد الزواج.[3]

تقسم الشروط باعتبار اقترانها بعقد الزواج إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: من الشروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء على وجوب الوفاء بها، وهي الشروط الصحيحة، وهي الموافقة لمقتضى العقد، أوالتي أجازها الشرع.

النوع الثاني: من الشروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء على عدم الوفاء بها، وهي الشروط الباطلة، أوهي الشروط المنافية لمقتضى العقد، وكذا الشروط المنهي عنها.

النوع الثالث: من الشروط ما هو محل اختلاف بين الفقهاء حيث انقسمت آراؤهم فيها بين مجيز، ومانع للوفاء بها، وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا ينافيها كذلك فيها منفعة، ومصلحة للمتعاقدين كاشتراط الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها، أوأهلها، أوتمليكها

---

[1] ابن فارس: أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3/ص260، والفيروز آبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص73.

[2] الزركشي: محمد بن عبد الله، البحر المحيط، دار الصفوة، القاهرة، ط2، سنة 1413هـ/1992م.، ج4/ ص437.

[3] لعربي: إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: نور الدين لمطاعي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، نوقشت في 2014/2013، ص6.

سكن الزوجية، وغيرها، وكذا اشتراط الزوج على زوجته عدم العمل، أوالانتقال معه إلى بلد معين، وهي المقصودة بالبحث في هذه المسألة.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة

اختلف الفقهاء في هذه الشروط، وذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحنابلة[1]، والأوزاعي[2]، وإسحاق بن راهويه[3]إلى أن هذه الشروط صحيحة، ويجب الوفاء بها،وهو اختيار ابن تيمية[4].

المذهب الثاني: ذهب الحنفية[5]، والشافعية[6]إلى أن هذه الشروط فاسدة، والعقد صحيح، وعليه فلا يجب الوفاء بها.

المذهب الثالث: ذهب المالكية[7] إلى كراهية هذه الشروط، وعدم لزوم الوفاء بها بل يستحب ذلك ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء.[8]

---

[1] المرداوي: علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث، القاهرة، ط2، دس، ج2/ ص154، وابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص93.

[2] هو: عبد الرحمان بن عمرو بن محمد أبو عمرو الأوزاعي، كان خيِّرا فاضلا، مأمونا كثير العلم والحديث والفقه، توفي سنة 157هـ، ينظر: الذهبي محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج7/ص109.

[3] هو: أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن راهويه المروزي، كان مع حفظة للحديث رأسا في الفقه، من أئمة الاجتهاد، توفي سنة 238، ينظر: الذهبي محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج11/ص377.

[4] ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج5/ص461.

[5] البابرتي: محمد بن محمد، النهاية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، در، دس، ج3/ص350.

[6] الغزالي: محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم وآخرون، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 1417هـ، ج5/ص229.

[7] الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط1، سنة 1332هـ، ج3/ص296.

[8] ابن رشد: محمد بن أحمد، المقدمات والممهدات، مرجع سابق، ج1/ص482.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 19 من ق أ ج حيث جاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية... ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."[1]، ويظهر من خلال تحليل المادة أن المشرع فتح الباب أمام الزوجين؛ ليشترطا في عقد الزواج كل شرط يريانه ضروريا، فتحديد الشروط خاضع لإرادة طرفي عقد الزواج[2]، وفي هذا تأكيد لضرورة الالتزامبالاشتراط المفيدة لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها على أن إثباتها ليس عسيرا[3]، وهذا نستنتج منه أن المشرع قد أخذ بمذهب الحنابلة، وغيرهم الذي يقرر جواز الاشتراط، ووجوب الوفاء بالشروط التي يرياها الزوجان ضرورية، وتعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما.[4]

ويوضح الدكتور عبد القادر داودي مسوغات هذا الاختيار، والتلفيق حيث يقول: "وهذا الاختيار في محله؛ لأنه يتماشى مع طبيعة العقود، ويحقق مصلحة المتعاقدين، ويدرأ التنازع، والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية."[5]

---

[1] ديدان: مولود قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص8.

[2] الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص62.

[3] شامي: أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحد التعديلات، مرجع سابق، ص135.

[4] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص470.

[5] داودي: عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص154.

المبحث الثاني:

التلفيق بين المذاهب الفقهية في مسائل انحلال الزواج، وآثاره.

وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول: التلفيق في مسألة الطلاق الثلاث.

المطلب الثاني: التلفيق في مسألة المتعة في الطلاق.

المطلب الثالث: التلفيق في مسألة التطليق بسبب العيوب.

المطلب الرابع: التلفيق في مسألة قيد انعدام العذر، والنفقة في التطليق بسبب الغياب.

المطلب الخامس: التلفيق في مسألة مقدار بدل الخلع.

المطلب السادس: التلفيق في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء.

المطلب السابع: التلفيق في مسألة سلطة الحكمين في التفريق

المطلب الثامن: التلفيق في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكن، والنفقة

المطلب التاسع: التلفيق في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم.

المطلب العاشر: التلفيق في مسألة مدة سقوط استحقاق النفقة الزوجية.

المطلب الأول: التلفيق في مسألة الطلاق الثلاث.

تعتبر هذه المسألة من أشهر مسائل الطلاق في الفقه الإسلامي، ولذلك سنتناولها بشيء من الدراسة، ونبين موقف المشرع منها، وما هو المذهب الفقهي المختار لديه في ذلك.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف الطلاق.

1-لغة: الطلاق له عدة معان في اللغة أهمها: [1]

- الفراق، والترك: يقال: طَلَقتُ القوم أي تركتهم، وطَلَقتُ البلاد أي فارقتها.
- الإرسال، والتخلية: الطالق من الإبل هي التي أُرْسِلتْ في المرعى، وكذلك هي الخَلِيَّة.
- رفع القيد، ونزعه: ومنه أَطْلَقْتُ الناقة من العقال فطَلَقَتْ، وحبس السجين طَلْقًا أي منزوع القيد، وقد جرى العرف على استخدام لفظ الطلاق، وما اشتق منه في رفع القيد المعنوي، واستعمال لفظ الإطلاق في رفع القيد الحسي.[2]

2-اصطلاحا: تعريفات الطلاق عند الفقهاء كثيرة، ولكن سنختار تعريفا للمتقدمين، وآخر للمحدثين على النحو الآتي:

- قال ابن عرفة الورغمي في تعريفه للطلاق:" صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرَّمَتْهَا عليه قبل زوج." [3]
- وعرفه من المعاصرين عبد الرحمان الصابوني بقوله: "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال، أوالمآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه." [4]

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج10/ص226.

[2] السرطاوي: محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص159.

[3] الرصاع: محمد قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية، مرجع سابق، ص185.

[4] الصابوني: عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، سنة 1987م، ص74.

3-قانونا: عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من ق أ ج بقوله:"... يُحَلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أوبتراضي الزوجين، أوبطلب من الزوجة..." [1]

ثانيا:اقتران الطلاق بالعدد:

إذا طلق الزوج زوجته تطليقة، أوتطليقتين منفصلتين، لا يثور أي إشكال؛ لأنه يمكنه مراجعتها سواء في عدتها، أوبعدها بعقد، ومهر جديدين لكن يثور الإشكال، ويتعقد الموقف إذا طلقها ثلاث مرات دفعة واحدة، وهو ما يسمى بالطلاق المقترن بعدد[2]،كأنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق " ، وهذا ما سنبحثه في هذه المسألة.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

وقع الاتفاق بين الفقهاء في أن من طلق زوجته على ثلاث مرات متتاليات؛ فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ولكن إذا أوقع التطليقات الثلاث مجموعات بفم واحد،[3] كما بينا سابقا فهنا وقع الخلاف بين الفقهاء على أقوال نوردها على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب فقهاء الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7] إلى أن هذا الطلاق يجري وقوعه ثلاثا، وتحرم به الزوجة على زوجها حتى تنكح زوجا غيره، قال ابن القيم: "وهذا قول الأئمة الأربعة، وجمهور التابعين، و كثير من الصحابة رضي الله عنه." [8]

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص12.

[2] سعادي: لعلى، الزواج وانحلاله، مرجع سابق، ص235.

[3] نصر:سلمان، وسطحي:سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة 2003م، ص84-85.

[4] ابن همام: محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج3/ص25 .

[5] البغدادي: علي بن نصر، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، مرجع سابق، ج3/ص403.

[6] الرملي: محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج6/ص455.

[7] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج370/7.

[8] ابن القيم: محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة ، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، سنة 1415هـ/1994م،ج5/ص226.

القول الثاني: ذهب ابن تيمية[1]، وابن القيم[2]، ورجحه الشوكاني[3] [4]، إلى أن هذا الطلاق يقع واحدة رجعية، وهو قول بعض الصحابة كالزبير بن العوام، وعبد الرحمان بن عوف ، وكثيـــر من التابعين، ومن بعدهم كطاووس بن كيسان، ومحمد بن إسحاق[5]، وهو اختيار معظم قوانين الأحوال الشخصيـة في البلاد العربية. [6]

القول الثالث: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بوقوعه ثلاثا في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها، وهذا قول إسحاق بن راهوية. [7]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

لم يورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة نصا صريحا في المسألة على غرار المشرع المصري، أوالمغربي،[8]وجاء في المادة 51 على مايلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلَّق منه، أويموت عنها بعد البناء." [9]، وهذا النص يكتنفه الإبهام، وعدم الوضوع، لكن الشرّاح يشيرون إلى هذه المسألة عنده، حيث يفهم من نص هذه المادة عدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد[10]، وهو تلفيق من المشرع، واختيار لمذهب الفقهاء القائلين بوقوعه طلقة واحدة رجعية كما ذكرناهم في القول الثاني من الفرع السابق،

---

[1] ابن تيمية: أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج33/ص8.

[2] ابن القيم: محمد بن أبي بكر، زاد الميعاد في هدى خير العباد، مرجع سابق، ج5/ص238.

[3] هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولي قضاء صنعاء إلى أن توفي سنة1250هـ، من مؤلفاته: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ينظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج6/ص298.

[4] الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر،ط1، سنة 1413هـ/1993م، ج1/ص277.

[5] ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم، المرجع السابق.

[6] بن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص178.

[7] المروزي:محمد بن نصر، اختلاف الفقهاء، تحقيق: محمد الطاهر حكيم، أضواء السلف، الرياض،ط1، سنة1420هـ/ 2000م، ص245.

[8] بن شويخ: الرشيد، المرجع السابق.

[9] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص113.

[10] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص524

وعدول عن مذهب الجمهور، ومنهم المالكية[1] الذين يرونه طلاقا ثلاثا تحرم به الزوجة على زوجها.

ويبدو الدافع إلى هذا الموقف من المشرع هو اعتبار هذا النوع من الطلاق بدعه لا يقع لا شرعا، ولا فقها، ولا قضاء، وهذا ما أجاب به ممثل الحكومة (وزير العدل) النواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة لعام 1984[2]،كذلك يتمشَّى هذا التوجه مع حكمة التشريع الإسلامي في جعل الطلاق على دفعات متعددة ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى، والثانية، ويروضها على الصبر، والاحتمال حتى إذا لم تفده التجارب وقع الطلاق في المرة الثالثة علاوة على أنه عمل القضاء الجزائري باعتبار الثلاث طلقة واحدة[3].

---

[1] بن حرز الله: عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، سنة1428هـ/2007م، ص233.

[2] سعادي: لعلى، الزواج والحلاله، مرجع سابق، ص236.

[3] المرجع نفسه، ص237.

المطلب الثاني: التلفيق في مسألة المتعة في الطلاق.

لم ينازع أحد من الفقهاء في أن المتعة إنما تترتب جبرا لما يقع على المرأة من ضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج[1]، وعليه قررت الشريعة الإسلامية حق المتعة للزوجة كأثر للطلاق التعسفي، وسنتطرق في هذا المطلب لبيان أحكام المتعة، والرأي الفقهي للمشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نذكر في هذا الفرع تعريف المتعة، وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي كالآتي:

أولا: تعريف المتعة.

1-لغة: الميم، والتاء، والعين أصل يدل على المنفعة، يقال:مُتِّعت المطلقة بالشيء؛ لأنها تنتفع به.[2]

2-اصطلاحا: ذكر الفقهاء تعاريف كثيرة نقتصر على الآتي:

- جاء في الفواكه الدواني:"ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق، وتكون على قدر حال الزوج فقط." [3]

- عرفها من المعاصرين الدكتور أحمد فتحي بهنسي بقوله:" يقصد بالمتعة شرعا ما يعطى للزوجة لتتمتع به تعويضا لها عن الفرقة بينها، وزوجها؛ من ثياب تلبسها المرأة عادة عند خروجها، أومال يقوم مقامهـا." [4]

---

[1] بلتاجي: محمد، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 2006، ص101.

[2] الرازي: أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج5، ص293.

[3] النفراوي: أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ج2، ص36.

[4] بهنسي: أحمد فتحي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، سنة 1988م، ص25.

ثانيا: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي في القانون.

هناك تشابه كبير في المفهوم بين المتعة في الفقه الإسلامي، والتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري [1] حتى أن تطبيقات القضاء الجزائري سوَّت بينهما في المعنى ، وهو اجتهاد المحكمة العليا التي اعتبرت أن المتعة التي تمنح للزوجة تخفيفا عن ألم الفراق لزوجها تعتبر تعويضا[2]، وهذا ما قرره بعض شراح قانون الأسرة [3]، وعليه، فإن المتعة ، والتعويض هما اسمان لمسمى واحد.

الفرع الثاني:التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في حكم المتعة في الطلاق التعسفي على مذهبين رئيسيين هما كالآتي:

أولا: مذهب الجمهور: ذهب فقهاء الحنفية [4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، والظاهرية[7] إلى القول بوجوب متعة الطلاق.

ثانيا: مذهب المالكية: ذهب المالكية [8] في المشهور إلى القول بأن متعة الطلاق مستحبة لكل مطلقة سواء قبل، أوبعد الدخول، وسواء قبل، أوبعد تسمية المهر.

---

[1] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص587-589.

[2] صقر: نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة2006، ص160.

[3] عفيف: اسمهان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: د.أحمد رحال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، نوقشت في 2010م، ص163.

[4] السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، مرجع سابق، ج6/ص61.

[5] الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج4/ص 398.

[6] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المعنى، مرجع سابق، ج7/237و239 و240.

[7] ابن حزم: على ابن أحمد، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج10/ص3.

[8] القرافي: أحمد بن إدريس، الذخيرة، مرجع سابق، ج4/ص448.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 52 من ق أ ج بقوله: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."[1]

ومن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع أوجب الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، أوالمتعة كما أوضحنا سابقا، وعليه فقد أخذ المشرع، واختار مذهب الجمهور الذين أوجبوا الحكم بالمتعة للمطلقة تعسفيا، فهي حق لها يلزم الزوج على أدائه لها جبرا للضرر اللاحق بها من الطلاق التعسفي.[2]

ويبدو السبب في هذا التلفيق واضحا، وهو علاج إساءة استعمال الزوج لحقه في الطلاق بدون مبرر، أوسبب جدي، وشرعي، وكذلك للتخفيف مما أصاب المرأة من أضرار مادية، ومعنوية نتيجة هذا الطلاق.[3]

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص13.

[2] حامدي: عبد الكريم، التلفيق المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص214.

[3] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص589.

المطلب الثالث: التلفيق في مسألة التطليق بسبب العيوب.

سنتناول في هذا المطلب مسألة التطليق بسبب العيوب ، ونبين فيها من صاحب الحق في طلب التطليق عند الفقهاء، وموقف قانون الأسرة من ذلك كما نتناول بالبيان كذلك منحى المشرع في اختياره الفقهي لأنواع العيوب الموجبة لطلب التطليق من حيث التضييق، والتوسعة.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سنتناول فيه التعريف بمصطلح التطليق، وبيان مشروعية طلبه للعيوب الموجودة في الرجل.

أولا: التعريف بمصطلح التطليق.

أطلق البعض على التطليق التفريق القضائي، لشموله جميع أنواع الفُرَق سواء الطلاق، أوالفسخ، أوالوفاة [1]، كما أطلق عليها البعض، ومنهم الدكتور عبد القادر داودي مصطلح الطلاق القضائي، باعتبار القضاء هو السلطة الرقابية، والزجرية، الُمصْلِحَة للأسرة [2]، كما عرف الدكتور العربي بلحاج التطليق بقوله:" هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق بينهما عملا بقواعد العدالة، والإنصاف." [3]

---

[1] العمري: أشرف يحي سعيد، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، غير مطبوعة، إشراف: د.محمود السرطاوي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، نوقشت في 2005م، ص12.

[2] داودي: عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص308.

[3] بلحاج: العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، سنة 2004، ص273.

ثانيا: مشروعية طلب التطليق بسبب العيب عند الفقهاء.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عيب في أحدهما قال الإمام الشوكاني:" وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة، ومن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب، وإن اختلفوا في تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح." [1]، والذي يعنينا هو مذهب الجمهور لأنه اختيار المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة 53 فقرة 02، وقد استدلوا بما رواه الإمام مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب[2] قوله:" أيما رجل تزوج امرأة، وبه جنون، أوضرر، فإنها تُخَيَّر، فإن شاءت قَرَّت، وإن شاءت فارقت." [3]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

هذه المسألة تتركب من قضيتين فقهيتين، وهما اللذين لفق فيهما المشرع في قانون الأسرة الجزائري، فالأولى منهما تتمحور حول من هو صاحب الحق في طلب التطليق بسبب العيب عند الفقهاء؟ أما الثانية، فهي ذكر أنواع العيوب المجوزة لطلب التطليق عند الفقهاء.

أولا: صاحب الحق في طلب التطليق بسبب العيب.

ذكرنا بأن الجمهور يرون أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عيب في أحدهما لكن وقع بينهم خلاف في تحديد الجهة التي تملك هذا الحق، فهل لكل من الزوجين، أو لأحدهما؟ وذلك على قولين هما كالآتي:

1-القول الأولى:ذهب الحنفية[4] إلى أن المرأة وحدها تملك حق طلب التطليق بسبب العيب.

---

[1] الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج6/ص187.

[2] هو: الإمام العلم سعيد بن المسيب بن حَزَنٍ القرشي المخزومي عالم المدنية، وسيد التابعين في زمانه، كان زوجا لبنت أبي هريرة رضي الله عنه، وأعلم الناس بحديثه روى عن كثير من الصحابة منهم عثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، وعائشة، وغيرهم، توفي سنة 94هـ، ينظر: الذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4/ص218.

[3] رواه مالك في الموطأ: كتاب الطلاق، باب ماجاء في الخيار، حديث رقم:2076، ج4/ص808.

[4] السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، مرجع سابق، ص95-96.

2-القول الثاني: ذهب الجمهور من المالكية [1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] إلى أن حق طلب التطليق، أوالتفريق يملكه كل من الزوجين إذا وجد في صاحبه عيبا.

ثانيا: العيوب المرتبة للحق في التطليق بالعيب.

ذكرنا في الفرع الأول أن الجمهور جوزوا التطليق بالعيب لكنهم اختلفوا في تعيين أنواع العيوب المجوزة للحق في طلب التطليق لدى الزوجة بين موسع، ومضيق[4] على النحو الآتي:

1-مذهب المضيقين: ويمثله فقهاء المذاهب الأربعة القائلين بحصر العيوب في أنواع معينة

أ-الحنفية: قصروا عيوب الفرج على ثلاثة أنواع: العنة، والجب، والخصاء.[5]

ب-المالكية: ذكروا سبعة أنواع تخول الحق في التطليق، وهي الجنون، والجذام، والبرص، والاعتراض، والحب، والعنة، والخصاء. [6]

ج-الشافعية[7]، والحنابلة [8]، ذكروا خمسة عيوب تخوّل الحق في طلب التطليق، وهي:الجنون، والجذام، والبرص، والحب، والعنة.

ويبدو من خلال هذه العيوب أن الجذام، والبرص، والجنون عيب مشترك عند الأئمة الثلاثة غير أبي حنيفة، وأبي يوسف.[9]

---

[1] الدردير: أحمد الشرح الكبير مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس،ج2/ص277.

[2] النووي: يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، در، دس، ج16/ص265.

[3] ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص184.

[4] نصر: سلمان وسطحي: سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 119.

[5] الغنيمي: عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج3/ص25-26.

[6] ابن جزي: محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، د ط ، د م، د س، ص142.

[7] النووي، يحي بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، بيروت، ط1425هـ/2005م، ص215.

[8] ابن مفلح: إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة1997/1418م،ج6/ص165.

[9] المرغيناني: علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدئ، مرجع سابق، ج2/ص274.

2-مذهب الموسعين: وهو اتجاه تبناه ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم اللذان يريان بأن المرأة لها الحق في طلب التطليق بكل عيب لا يحقق الاستمتاع، ودوام العشرة الزوجية، فالعيوب وفق هذا الرأي غير محصورة بعدد معين، ولا بنوع معين.[1]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع مسألة التطليق بسبب العيوب في المادة 53 الفقرة 2 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج." [2]

تناولت المادة بمنطوقها القضيتين المذكورتين في الفرع الثاني فمن خلال سياق "يجوز للزوجة" أعطت المادة الحق للزوجة دون الرجل الحق في طلب التطليق، وهذا يتمشَّى مع رأي الحنفية خلافا للجمهور، ومنهم المالكية [3] هذا فيما يخص القضية الأولى من المسألة.

أما القضية الثانية، وهي العيوب المجيزة للحق في طلب التطليق فيظهر أن المشرع بإيراده لصيغة العيوب بلفظ العموم دون تخصيصها بعدد، أوبنوع معين فإنه يجنح إلى الرأي المفضل لمذهب التوسعة، وعدم الحصر للعيوب المجوِّزة للحق في طلب التطليق، وهو مذهب ابن تيمية، وابن القيم. [4]

ويبدو المسوغ للتلفيق عند المشرع واضحا في قضية إعطاء الزوجة الحق في طلب التطليق، وذلك لكي يؤسس لقاعدة متوازنة ينطلق منها كلا الطرفين في حق إنهاء الرابطة الزوجية، فكما أن للرجل حق الطلاق كذلك للزوجة حق التطليق لقيام أسبابه، ومنه التطليق بسبب العيوب المتعارضة مع مقاصد الزواج، وإنشاء الأسرة السعيدة.

---

[1] ابن القيم: محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد ، مرجع سابق، ج5/ص 166.

[2] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له ، مرجع سابق، ص13.

[3] بلباقي: عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة 2000م، ص97.

[4] عابدي: عبد الله، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف:د. ليلى جمعي، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، نوقشت في 1427هـ/2006م، ص64.

أما قضية عدم حصر العيوب بعدد معين، ولا بنوع معين، فالدافع إلى التلفيق فيه لدى المشرع أن الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة، ومتنوعة، ومن الصعب جدا حصرها، وتحديدها، كذلك حتى تدخل في ذلك كل الأمراض العصرية كأنواع السرطان، والسيدا، وغيرها. [1]

المطلب الرابع: التلفيق في مسألة قيد انعدام العذر، والنفقة في التطليق بسبب الغياب.

يعتبر التطليق بسبب الغيبة أحد أسباب التطليق في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأسرة الجزائري وسندرس هذه المسألة من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى التعريف بالغيبة كسبب للطلاق ثم نبين موقف الفقهاء والمشرع منه.

أولا: التعريف بالغيبة كسبب للتطليق.

يقصد بالغيبة، أوالغياب أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القضاء، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه سواء كان غائبا حقيقة، أوكان مختفيا في البلد نفسه[2]، وقد اشترط الفقهاء القائلون بهذا السبب قيودا كما سنرى، وهي أن تمضي سنة تتضرر فيها الزوجة، فإذا مضت السنة فلها أن تطلب التفريق من الغياب، وإن الغياب المجيز للتفريق هو الذي يكون بغير عذر مقبول، فلا تفريق إذا لم يقصد به الزوج الأذى. [3]

---

[1] المرجع السابق، ص66.

[2] سمارة: محمد، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، سنة 2002، ص331.

[3] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص366.

ثانيا: موقف الفقهاء من هذا السبب.

اختلف الفقهاء في القول بهذا السبب على مذهبين هما كالآتي:

1-مذهب الحنفية[1]، والشافعية[2] قالوا بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج.

2-مذهب المالكية[3]، والحنابلة[4] قالوا بجواز التفريق بسبب غيبة الزوج، ولو لم تكن للزوجة نفقة، واختلفوا في مدة الغياب فعند المالكية سنة، وهو ما قرره القانون، وعند الحنابلة ستة أشهر، كذلك اختلفوا في شرط العذر، والنفقة، وهذا ما ستراه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

بعد أن رأينا أن التطليق بسبب الغياب حق للزوجة تستعمله عند إضرار الزوج بها، وهذا استنادا إلى مذهب المالكية، والحنابلة كذلك هؤلاء الفقهاء اشترطوا قيودا لإعمال هذا الحق منها قيد انقضاء السنة، وهو مذهب المالكية وقد تبناه المشرع في المادة 53 الفقرة 5، بقي قيد آخر نص عليه المشرع، وهو قيد انعدام العذر، والنفقة، وهذا القيد نص عليه فقهاء الحنابلة خاصة، وهو ما نروم إلى بيان التلفيق فيه من خلال هذه المسألة، ونورد أقوال فقهائهم في حكم المسألة على النحو الآتي:

قال ابن قدامة في المغني:"وإن سافر عن امرأته لعذر، وحاجة، سقط حقها في القسم والوطء، وإن طال سفره، ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع، فإن الإمام أحمد ذهب إلى توقيته ستة أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب إليه، فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما." [5]، وجاء في

---

[1] ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج3/ص590.

[2] الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج5/ص177.

[3] البغدادي: عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1425هـ/2004، ج1/ص122.

[4] البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج5/ص193.

[5] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص305.

الإنصاف:"إن سافر عنها أكثر من ستة أشهر، فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر، فإن أبى شيئا من ذلك، ولم يكن له عذر، فطلبت الفرقة، فُرِّق بينهما." [1]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 53 الفقرة 5 من ق أ ج حيث جاء فيها :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون غدر ولا نفقة."[2]

نص هذه المادة لفق فيه المشرع بعد أخذه بشرط انعدام العذر، والنفقة، وهو موافق لرأي الحنابلة[3] الذين يمنعون التطليق إن كانت الغيبة لعذر كطلب العلم، والتجارة، والجندية، والعمل خارج البلد. [4]، والدافع الذي حدا بالمشرع إلى نهج التلفيق هو مراعاة مصلحة الأسرة، ورفع الضرر المادي، والمعنوي عن الزوجة التي قد ينجرُّ عليها من جراء الغياب غير المبرر، وانعدام النفقة هذا كله مساس بحق الزوجة في المعاشرة الزوجة[5]حتى، ولو كان الغياب بدون عذر خال من قصد الضرر الموجب للتطليق. [6]

---

[1] المرداوي: على بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج8/ص356.

[2] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص13.

[3] بلباقي: عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص157.

[4] حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص214.

[5] آيت شاوش: دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون غير مطبوعة، إشراف: د.محمد سعيد جعفور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت في 2014م، ص151.

[6] عابدي عبد الله، حق الزوجية في فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص78.

المطلب الخامس: التلفيق في مسألة مقدار بدل الخلع.

أعطى الشارع الحكيم للمرأة حق مفارقة الزوج عن طريق الخلع زيادة في تعزيز مكانتها، ولذلك فإن دفع مقدار بدل الخلع يعتبر من بين أركانه الأساسية، وسنتناوله بالدراسة في هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الخلع، وبيان المقصود من بدله على النحو الآتي:

أولا: تعريف الخلع.

1-لغة: الخلع هو النزع، والتجريد، والإزالة، يقال: خلع الرجل ثوبه أي أزاله.[1]

2-اصطلاحا: تعددت تعريفات الفقهاء للخلع نذكر أهمها:

- عرفه صاحب الفواكه الدواني بقوله:" إزالة العصمة بعوض من الزوجة، أوغيرهـــا." [2]

- كما عرفه من الفقهاء المعاصرين الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله: "الخلع هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع، أوما في معناه في مقابلة عوض تلتزم به الزوجة. " [3]

ثانيا: تعريف بدل الخلع.

هو ما تلتزم ببذله الزوجة للزوج، وينعقد عليه الخلع، ولا يصح الخلع بدون عوض، أوبدل.[4]

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج8/ص76.

[2] النفراوي: أحمدبن غانم، الفواكه الدواني، مرجع سابق ج2/ص34.

[3] خلاف: عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، سنة 1357هـ/1938م، ص157.

[4] زيدان: عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ج8/ص171.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز أن يكون بدلا للخلع على قولين نذكرهما كالآتي:

أولا: مذهب الجمهور: ذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] إلى جواز كون البدل قليلا، أوكثيرا، وسواء تجاوز العوض المهر الذي أعطاها، أوساواه، أوكان أقل منه.

ثانيا: مذهب بعض الفقهاء: ذهب عطاء[5]، والزهري[6]، وأبو بكر الخلال[7]من الحنابلة، والشوكاني إلى عدم جواز أخذ الزوج أكثر من المهر الذي أعطاه لزوجته، فإن خالعها على ذلك بطل الزائد، ووقع الخلع بقدر المهر الذي أعطاها [8]، وتجدر الإشارة إلى أن بعض

---

[1] ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، مرجع سابق، ج3/ص203.

[2] ابن جلاب عبيد الله بن الحسين، التفريغ في فقه الإمام مالك ابن أنس، تحقيق سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1427هـ/2007م، ج2/ص16.

[3] النووي: يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج7/ص389.

[4] البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، خرج أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، دم، در، ص555.

[5] هو: الإمام عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي مولاهم، مفتي الحرم المكي، حدث عن كثير من الصحابة رضي الله عنهم أهمهم: عائشة، وأبو هريرة، وابن عباس، كان من أوعية العلم، توفي سنة 115هـ، ينظر: الذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4/ص218.

[6] هو: الإمام محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري المدني، أحد الأعلام، وحافظ زمانه، روى عن ابن عمر، وأنس بن مالك، وغيرهما من الصحابة رضي الله عنهم توفي سنة 124هـ، ينظر: الذهبي: محمد بن أحمد، تاريخ الإسلام، تحقيق:
بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 2003م، ج3/ص499.

[7] هو: أحمد بن محمد بن هانئ أبو بكر الخلال الطائي كان جليل القدر، إماما حافظا كثير الرواية عن الإمام أحمد من مصنفاته: كتاب العلل، توفي سنة 261هـ، ينظر: ابن أبي يعلي: محمد بن محمد، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، در، دس، ج1/ص66.

[8] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، ج7/ص325، والشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج6/ص251.

الفقهاء رغم إجازتهم لأخذ العوض، أوالبدل بأكثر من مهر المرأة، فإنهم كرهوا ذلك كفقهاء الحنابلة، والحنفية، والمالكية، وهو جائز قضاء، ومكروه ديانة كما توسع الفقهاء في التعبير. [1]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

تعرض المشرع لهذه المسألة في المادة 54 الفقرة 2 من ق أ ج حيث جاء فيها:"إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." [2]، ويبدو أن المشرع خرج عما قرره فقهاء المالكية الذين يرون ما يرى الجمهور من جواز أخذ أكثر من المهر المسمى وقت زواجها أما الرأي المقابل الذي ذهب إلى عدم الجواز فهو الذي تبناه المشرع ذلك عند الاختلاف بين الزوجين في تقدير بدل الخلع المستحق للزوج، ويتأيد رأينا بما اجتهدت فيه المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه: من المتفق عليه بين الفقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع، والاختلاف على مقداره فإن أمر تقدير يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع، ويتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب النقص القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج خلعا قدره (50) ألف دينار جزائري رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما معا." [3]

وفيما يظهر أن الدافع إلى التلفيق في هذه المسألة هو الانسجام مع الاتجاه الجديد للمشرع في جعل الخلع من خالص حقوق الزوجة كما ينضاف إلى ذلك منع الاستغلال، والابتزاز بين الزوجين، ويحدث كثيرا إذا كان الخلع للزوج فيه يد.

---

[1] الزيباري: عامر، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، سنة 1997/1418م، ص174.

[2] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص14.

[3] صقر: نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، مرجع سابق، ص212.

المطلب السادس: التلفيق في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء.

الخلع في الشريعة الإسلامية حق للزوجة فهل يقع بالقضاء أم لا؟ وهو موضوع هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

إذا كان الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي بين الزوجين، إذن فالمخالعة إنهاء العلاقة الزوجية، وقطع رابطتها بإيجاب من أحدهما، وقبول من الآخر، فهل يشترط إجراؤه عن طريق القضاء؟

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى آراء متعددة، ويمكن حصرها في اتجاهين :

الاتجاه الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5] حيث قالوا أن الخلع يصح بدون القاضي، ويصح إذا وقع أمامه، ولا يشترط.

الاتجاه الثاني: يرى الحسن البصري [6]، وبن جبير[7]، وابن سيرين اشتراطه أمام القاضي. [8]

---

[1] السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، مرجع سابق، ج173/6.

[2] الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، ص19.

[3] الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2/ص490.

[4] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، مرجع سابق، ج7/ص324.

[5] ابن حزم: علي بن أحمد، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج9/ص514.

[6] هو: أبو سعيد الحسن بن يسار البصري التابعي مولى زيد بن ثابت إمام أهل البصرة، ولد بالمدينة لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه، وتوفي بالبصرة سنة 110هـ، ينظر: الذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج4/ص563.

[7] هو: أبو محمد سعيد بن جبير بن هشام الأسدي قتله الحجاج سنة 95هـ، كان فقيها ورعا من كبار التابعين، ينظر:ابن حجر: أحمد بن علي، التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، سنة 1326هـ، ج4/ص11.

[8] ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، المرجع السابق.

الفرع الثالث: وجه التلفيق لدى المشرع في المسألة

ذكر المشرع الجزائري هذه المسألة في مادتين من قانون الأسرة الجزائري هما:

أولا: المادة 54 الفقرة 2 من ق أ ج :" ... يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." يفهم منها أنه لابد لإجراء الخلع، وإنفاذه من الترافع أمام القضاء للحكم بوقوع الطلاق عن طريق الخلع، وهو اتجاه مذهب جماعة من التابعين كما ذكر آنفا. [1]

ثانيا: يظهر من منطوق المادة57 من ق أ ج بدلالة لا تدع مجالا يداخله الشك أن الخلع لابد له من حكم القاضي حيث جاء فيها: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق، والتطليق، والخلع غير قابلة للاستئناف..." [2]

والدافع إلى التلفيق باختيار مذهب بعض التابعين كما أوردنا ذكرهم هو اعتبار الخلع كالطلاق في مفهوم المشرع، ويظهر ذلك من خلال إدراج الخلع في الفصل الأول من الباب الثاني، والذي عنون له المشرع بـ: "الطلاق"، فإذا كان الطلاق لا يثبت، ولا ينتج أثره شرعا، وقانونا إلا بحكم فكذلك الخلع مثلا بمثل، كذلك كان للقضاء – خاصة بعد سنة 1992– سلطانه في إلزام المشرع بالعدول عن الرأي القائل بأن الخلع عقد اتفاقي بين الزوجين إلى الرأي القائل بأنه حق خالص للزوجة[3]، فكان الحارس الأمين لهذا الحق هو القاضي، وكان لزاما تبني المشرع الرأي القائل بإلزامية الترافع إلى القضاء في الخلع.

---

[1] عزوق: محند، الخلع في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بقوانين الدول العربية، بحث منشور في مجلة رسالة المسجد، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، السنة 14، ع 2، 1437هـ/2016م، ص116.

[2] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص14.

[3] بن جناحي: أمينة، دور القاضي في الخلع، مذكرة ماجستير، إشراف دليلة فركوس، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، نوقشت في 2014م، ص88-90.

المطلب السابع: التلفيق في مسألة سلطة الحَكَمَيْنِ في التفريق بين الزوجين.

التحكيم في المجال الأسري له أهميته، وأثره، وخاصة في التقريب بين الزوجين المتخاصمين، ولذلك سنتناول مدى سلطة الحكمين في التفريق، وفك الرابطة الزوجية فقها، وقانونا كمايلي:

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول تعريف التحكيم عموما، ثم في فقه الأسرة على الخصوص على النحو الآتي.

أولا: تعريف التحكيم بوجه عام.

1- لغة: مصدر للفعل حكم بتشديد الكاف يقال: حكمه في الأمر تحكيما، أي جعله حَكَمًا، والحَكَمُ يُخْتَار للفصل بين المتنازعيْن.[1]

2- اصطلاحا:عرفه الفقهاء بتعاريف قريبة من المعنى اللغوي، ومنها:

- ما جاء في الدر المختار قوله: "وهو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما..." [2]

- وقد عرفه من المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقا قائلا:" وهو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضا هما شخصا أخر حاكما بينهما للفصل في خصومتهما." [3]

ثانيا: تعريف التحكيم في الزواج.

التحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو :"تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهما للإصلاح بينهما، والفصل في خصومتهما."[4]

---

[1] إبراهيم: مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص190.

[2] ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5/ص428.

[3] الزرقا: مصطفى، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1/ص619.

[4] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص656.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

لقد اختلف الفقهاء في تكييف مهمة الحكمين على قولين هما:

1-القول الأول: ذهب أصحابه إلى أنه ليس للحكمين التفريق بين الزوجين، ذلك لأن مهمتهما هي الإصلاح بينهما لا غير، وممن أخذ بهذا القول: الحنفية [1]، والشافعية في أحد القولين لهما[2]، والرواية الثانية عند الحنابلة [3]، والظاهرية.[4]

2-القول الثاني: ذهب أصحابة أن للحكمين الجمع، والتفريق بين الزوجين، وممن أخذ بهذا الرأي المالكية [5]، وهو القول الثاني للشافعية [6]، والرواية الثانية للحنابلة. [7]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 56 من ق أ ج، والتي جاء فيها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ويعين القاضي حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."[8]، ويفهم من سياق المادة أن سلطة الحكمين مقتصرة على التوفيق، والإصلاح بين الزوجين لا تتعداهما للتفريق، ومن خلال ذلك، فإن المشرع قد خالف المذهب المالكي في هذه

---

[1] الجصاص: أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1415هـ/1994م، ج2/ص239.

[2] النووي: يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج16/ص453.

[3] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج7/ص320.

[4] ابن حزم: علي بن محمد، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج9/ص246.

[5] الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج4/ص114.

[6] النووي: يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق.

[7] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغنى، مرجع سابق.

[8] ديدان: مولود، قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص14.

المسألة الذي يرى أن للحكمين الجمع، والتفريق بحسب ما يريانه مناسبا لحال الزوجين[1]، واختار مذهب الحنفية، وغيرهم في جعل سلطة الحكمين لا تتعدى التوفيق، والإصلاح. [2]

وفي نظري دافع التلفيق عند المشرع الذي جعله يختار هذا المسلك هو تمكين القاضي من انتداب حكمين إذا لم يتبين عنده وجه الضرر، ومعرفة جذور المشكل بين الزوجين، وهذا حفاظا على سرية الحياة الزوجية، وكذلك الاستئناس بنتائج الحكمين في مساعي الإصلاح.

المطلب الثامن: التلفيق في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكن، والنفقة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافا كبيرا وترتب على ذلك وجود منحى خاص لقوانين الأحوال الشخصية العربية، ومنها في الجزائر فما هو موقف المشرع في قانون الأسرة؟

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى بيان أقسام الطلاق ثم التعريف بالمطلقة المبتوتة، على النحو الآتي:

أولا: أقسام الطلاق: ينقسم الطلاق إلى طلاق رجعي، وطلاق بائن.

1-الطلاق الرجعي: هو الذي يملك بعده الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول، والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد[3]، وهذا الطلاق لا يزيل الملك، والحِلَّ ما دامت العدة قائمة؛ فالمُطلِق في هذا النوع له حقوق، وأحكام الزوج. [4]

---

[1] نصر: سلمان وسطحى: سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص133.

[2] عابدي: عبد الله، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص126.

[3] الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج07/ص432.

[4] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص312.

2–الطلاق البائن: إذا لم يكن للزوج حق الرجعة على مطلقته فالطلاق بائن، وهو نوعان:

أ–الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد، وهو يزيل الملك، ولا يزيل الحِلَّ. [1]

ب–الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الذي لا يستطيع الرجل معه أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها، أويموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث[2]، وهو يزيل الملك، والحِلَّ معا.[3]

ثانيا: التعريف بالمطلقة المبتوتة:

جاء تعريف المبتوتة في القاموس الفقهي كمايلي:" بعد بيان أن البَتَّ في اللغة هو القطع، المبتوتة عند المالكية هي المطلقة بلفظ البت، وكذا بلفظ الثلاث في مرة، أومرات، وهي المطلقة ثلاثا للحر، أواثنين للعبد، وعند الحنفية: هي المطلقة ثلاثا، أوواحدة بائنة، والفرقة بخيار الجب، والعنة، ونحوها، وعند الحنابلة: هي البائن بالفسخ، أوالطلاق." [4]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال يمكن استعراضها على النحو الآتي:

القول الأول: أن لها السكن، والنفقة ما دامت في العدة، وإليه ذهب الحنفية [5] ، وهو رواية للإمام أحمد. [6]

---

[1] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص316.

[2] الشرنباصي: رمضان علي السيد وآخرون، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، در، سنة 2012م، القسم2، ص32.

[3] أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص316.

[4] أبو حبيب: سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1408هـ/1988م، ص31.

[5] الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4/ص16.

[6] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج165/8.

القول الثاني: لا نفقة، ولا سكن للمطلقة المبتوتة، وهو المذهب المعتمد عند الحنابلة.[1]

القول الثالث: أصحابه قالوا أن لها السكن دون النفقة، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية.[3]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع الجزائري في المادة 61 من ق أ ج بقوله: "لا تخرج الزوجة المطلقة، والمتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أووفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."[4]

يفهم من المادة من خلال صيغة العموم الواردة في كلمة المطلقة التي تشمل كل المطلقات بما فيهم المطلقة المبتوتة أي البائن طلاقها بينونة كبرى أن لها الحق في السكن، والنفقة [5]، مما يعني أن المشرع أخذ بالرأي القائل باستحقاقها لذلك، وهو مذهب الحنفية[6]، ورواية عن الإمام أحمد كما وضحنا، وهذا يدل على تلفيق المشرع في هذه المسألة، وعدم التزامه بالمذهب المالكي الذي أعطى لها الحق في السكن دون النفقة أي فصل في ذلك.

وفي رأيي يبدو الدافع إلى التلفيق هو مراعاة المشرع مصلحة المطلقة حيث غلبها على مصلحة الزوج؛ لأنه بطلاقه الثلاث قد انهى العلاقة نهائيا بينه، وبين الزوجة، ولا مجال للعودة إلى استئناف الحياة الزوجية؛ فكان من العدل، والمصلحة مراعاة الطرف الضعيف، وهو الزوجة حيث تكون في العدة بدون عائل، ولا معين.

---

[1] المرداوي: علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف، مرجع سابق، ج9/ص361.

[2] الخرشي: محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4/ص192.

[3] الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب، مرجع سابق، ج3/ص156.

[4] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص15.

[5] نصر: سلمان وسطحي: سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص199.

[6] داودي: عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص343.

المطلب التاسع: التلفيق في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم.

الحضانة كأثر للطلاق تعتبر حقا أصيلا للأم، لأنه لا يوجد من هو أشفق على المحضون منها ولكن إذا انعدمت فكيف يكون ترتيب مستحقيها، وهذا ما يجيب عنه هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

أولا: تعريف الحضانة.

أ– لغة: مأخوذة من الحُضْنِ، يقال:حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى صدرها، أوجنبها، وهي التربية، والحفظ[1]

ب– اصطلاحا: عرفها الفقهاء بتعاريف متعددة، وسنختار من ذلك تعريفين:

– عرفها المالكية بقولهم: "الحضانة، وهي حفظ الولد في مبيته، وذهابه، ومجيئه، والقيام بمصالحه من طعامه، ولباسه، وتنظيف جسمه، وموضعه." [2]

– عرفها الدكتور محمد كمال الدين إمام بقوله : "هي تربية الصغير، والقيام بشؤونه خلال مدة معينة، ممن له الحق في التربية، والرعاية." [3]

ج–قانونا: عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 من ق أ ج بقوله: "هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة، وخلقا." [4]

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج13/ص123.

[2] الدسوقي: محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2/ص 526.

[3] إمام: محمد كمال الدين وآخرون، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، در، سنة 2003، ص489.

[4] ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص15.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

إن تربية الصغير، والقيام بشؤونه يقوم به الوالدان في تعاون، وتآزر حال قيام الحياة الزوجية، فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين كان للأم الحظ الأولى، والأوفى في الحضانة، وهذا بإجماع فقهاء الشريعة لوفور شفقتها إذا كانت صالحة للحضانة [1]، وبعد إجماعهم اختلفوا من يحق له ممارسة حق الحضانة بعد الأم من أقارب المحضون على مذاهب نذكرها كمايلي:

أولا: مذهب الحنفية[2]: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هو كل من يدلي من قبلها إلى المحضون وهم: الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ ثم العمات ثم العصبات في الميراث ثم ذوو الرحم.

ثانيا: مذهب المالكية[3]: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة الأخ ثم الأفضل من العصبة.

ثالثا: مذهب الشافعية[4]: قالوا أن الأولى بعد الحضانة الأم هي الجدة لأم ثم جدة الأب، ثم الأخت، ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت أخ، ثم العمة.

رابعا: مذهب الحنابلة [5]: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة لأم في الرواية المشهورة في المذهب، وهناك رواية عن الإمام أحمد أن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم، فهو مقدم على الجدة لأم، و لكن المشهور عند الحنابلة هو:الأم، ثم الجدة لأم ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الجد إلى آخره.

---

[1] الشرنباصي: رمضان على السيد وآخرون، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص173.

[2] الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج4/ص41.

[3] ابن جزي: محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص149.

[4] الأنصاري: زكريا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، مرجع سابق، ج2/ص149.

[5] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج8/ ص247.

ويلاحظ من خلال سرد المذاهب أن الإجماع بين المذاهب الأربعة منعقد على أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي أمها إلا رواية عن الإمام أحمد فقدمت الأب على الجدة لأم.

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

ذكر المشرع في المادة 64 من ق أ ج الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الصغير كالآتي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم العمة ثم الأقربون درجة..." [1]

واختيار المشرع واضح في نص المادة أنه أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة[2]، وذلك بتقديم الأب على الجدة لأم ، وجعله بعد الأم في الترتيب مباشرة.

والدافع إلى التلفيق في المسألة أن المشرع يرى أن مصلحة المحضون تقتضي تقديم الأب بعد الأم في الحضانة في كل الأحوال، في تعديله لهذه المادة سنة 2005 بعدما كان في قانون 11/84 يقدم الجدة لأم، ففي ظل هذا القانون صدرت عدة قرارات قضائية من المحكمة العليا تقضي بإسناد الحضانة إلى الأب بعد الأم في حالة سقوط حقها في الحضانة، أووفاتها، وقد عللت ذلك بأنه مراعاة لمصلحة المحضون، فيبدو أن هذه الاجتهادات القضائية من المحكمة العليا هي التي دفعت المشرع إلى اختيار هذا التوجه في التلفيق فقام بتعديل المادة 64 في سنة 2005م.[3]

---

[1] ديدان: مولود، قانون الأسرة، حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص15.

[2] بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص678.

[3] المرجع نفسه.

المطلب العاشر: التلفيق في مسألة مدة سقوط استحقاق النفقة الزوجية.

إذا لم يقم الزوج بأداء النفقة، وكان موسرا، فهل تكون دينا في ذمته أم يسقط الحق في المطالبة بها لمدة قد تطول، وقد تقصر، فما هو موقف الفقه الإسلامي، والقانون من ذلك؟

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

ذكر الفقهاء بأن المقصود بالنفقة الزوجية هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام، وشراب، ومسكن، وخدمة، ونحو ذلك مما يلزم توفيره لها حسبما اعتاده الناس، وجرى به العرف الصحيح مقابل احتباسها، وتصرفها للزوج، وعدم انشغالها بأي أمر آخر إلا برضاه، وموافقته، باستثناء التكاليف، والواجبات الشرعية. [1]

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

اختلفت أنظار الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن إجمالها في مذهبين:

أولا: مذهب الجمهور: ذهب الشافعية [2] والمالكية[3]، وأحمد في أظهر روايتين عنه[4] إلى أن النفقة تصير دينا في ذمة الزوج، ولا تسقط بمضي المدة؛ لأنه مال يجب على سبيل البدل في عقد معاوضة، فلا تسقط بمضي الزمان كالأجرة، والمهر[5]، وهو كذلك مذهب الظاهرية.[6]

---

[1] مهران: محمود بلال، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط1، سنة 2000م، ج1/ص402.

[2] الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3/ص155

[3] الدردير: أحمد، الشرح الصغير على مختصرة، مرجع سابق، ج2/ص314.

[4] ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، مرجع سابق، ج8/ص207.

[5] السرطاوي: محمد، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص142.

[6] ابن حزم: علي بن أحمد، المحلى بالآثار، مرجع سابق،ج9/ص253.

ثانيا: مذهب الحنفية[1]، وهو رواية عند الحنابلة[2] أن النفقة الماضية لا تجب إلا بحكم القاضي، أوبالتصالح بين الزوجين على مقدار منها، وتسقط إذا مضت عليها مدة، لأنها قد استغنت عليها الزوجة بمضي وقتها كنفقة الأقارب، فهي صلة، وليست معاوضة [3]، ولذلك فليس للمرأة في هذا المذهب أن تطالب بالنفقة الزوجية إلا في مدة شهر سابقة على رفع الدعوى.[4]

الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع.

نص المشرع في المادة 80 من ق أ ج على أن النفقة الزوجية واجبة على الزوج لزوجته بقوله: "تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."[5]، ونستنج أن المشرع وضع نصا يعطي للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة في مدة معينة، وهذا مذهب الحنفية، ورواية عن الحنابلة الذين يقولون بسقوط النفقة إذا مضت عليها مدة، وحددوها بشهر، إذا لم تطالب بها الزوجة [6]، وحددها المشرع بسنة، والدافع إلى اختيار هذا المذهب تحقيق مصلحتين:[7]

1-مصلحة الزوجة في اطمئنانها، وعدم خشيتها من فوات حقها في النفقة مدة سنة.

2-التخفيف على الزوج، وعدم إرهاقه بإطلاق المدة في المطالبة بحق النفقة من غير قيد، وهو إضرار به.

---

(1) الزيلعي: عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج3/ص55.

(2) ابن مفلح: إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج7/ص163.

(3) السرطاوي: محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق.

(4) أبو زهرة: محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص250.

(5) ديدان: مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، مرجع سابق، ص15.

(6) حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص212.

(7) محدة: محمد، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص372.

الخاتمة

الحمد لله في المبتدأ، والاختتام، والشكر له وحده لاشريك له على التوفيق، والإتمام، سأتناول في هذه الخاتمة كعادة الباحثين في مثل هذه المحطات أهم النتائج التي توصلت إليها، وبعض التوصيات التي من شأنها أن تخدم الموضوع.

أولا: أما بالنسبة للنتائج فيمكن إجمالها في الآتي:

1- التلفيق ليس مصطلحا ممجوجا، فيمكن توظيفه كمنهج في التقنينات الحديثة، وخاصة الأسرية منها.

2- التلفيق هو التخير بين أحكام المذاهب ما يعمل به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أوبين عدة مسائل.

3- التلفيق له علاقة وثيقة بالاجتهاد الانتقائي الذي تنادى به كثير من علماء العصر، في سياق تجديد الفقه الاجتهادي المعاصر.

4- التلفيق ليس نوعا واحدا كما هو شائع عند الكثير بل هو أنواع متعددة انبنت على فكرة الاجتهاد، والتقليد المعروفة في علم أصول الفقه.

5- التلفيق جائز بالضوابط التي تم إيرادها في البحث، أما إنكاره بالكلية، أوقبوله بالكلية، فهو موقف لا يحالفه الصواب، وبعيد عن التحقيق العلمي.

6- منهج التلفيق لدى المشرع في مسائل الزواج، وآثاره التي تم استقراؤها في من خلال النصوص القانونية لمواد قانون الأسرة الجزائري توضح أن المشرع لم يلتزم بالمذهب المالكي الذي هو مستمسك المجتمع الجزائري في كل شؤونه الدينية، وعاداته، وتقاليده الصحيحة.

7- منهج التلفيق لدى المشرع في مسائل انحلال الزواج، وآثاره التي تم استقراؤها في من خلال النصوص القانونية لمواد قانون الأسرة الجزائري توضح كذلك أن المشرع لم يلتزم بالمذهب المالكي.

8- لقد كان خروج المشرع الجزائري عن المذهب المالكي في مواد قانون الأسرة مبررا حيث انقدحت لديه دوافع، ومسوغات – منها المصلحة، والحاجة، والضرورة، وغيرها كما رأينا في البحث- ألجأته إلى اختيار آراء، ومذاهب تخدم سياسته التشريعية في موضوع الأسرة الذي لها مكانة خاصة في الدستور، وغيره من القوانين الوطنية.

9- مقاصد التشريع الأسري تقتضى من المشرع إرساء قواعد منهجية للتقنين مستنبطة من الأحكام التشريعية لفقهاء المذاهب يكون لمنهج التلفيق الذي درسناه في بحثنا النصيب الأوفر في التوجيه ، والإعمال ،والتوظيف

10- لابد من زيادة الاهتمام بالدراسات الفقهية، الأصولية التي تنفع المشرع في تقنينه، ومقارنتها بالدراسات القانونية.

ثانيا: أما بالنسبة للتوصيات فأهمها مايلي:

1- إدراج مقياس: مقاصد التشريع الأسري، والذي يكون من مفرداته مقاصد التلفيق في قانون الأسرة الجزائري.

2- تعديل المادة الحادية عشرة في عبارتها التي تقول:" أو أي شخص تختاره."؛ لأنها من التلفيق الممنوع؛ لأن هذا الرأي من المشرع لم يقل به أي أحد من الفقهاء المجتهدين.

3- الاستفادة من منهج التلفيق المقيد بضوابطه المذكورة في ثنايا البحث في التعديلات القادمة لقانون الأسرة الجزائري.

وختاما هذا ما تيسر إيراده، وتهيأ إعداده لا أدعي فيه أني وفيت الموضوع حقه، ولا أنه خال من الأخطاء، والعثرات، فهو جهد المقل، فما كان فيه من صواب، فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ فمن النفس، والشيطان، والله ورسوله منهما بريئان، والله أسأل العفو، والرشاد والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله، وصحبه أجمعين.

والحمد لله رب العالمين.

الفهـارس

1- فهرس المواد القانونية

2- فهرس الأعلام المترجم لهم

3- فهرس المصادر والمراجع

4- فهرس المحتويات

الفهارس

1- فهرس المواد القانونية

المادة	طرفها	الصفحة
56	إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين	68
52	إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض	54
54ف2	إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي	66-64
64	الأم أولى لحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأم، ثم العمة	74
80	تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى	76
11	تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها	37
57	تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق، والتطليق، والخلع	66
14	الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود، أوغيرها	43-41
61	لا تخرج الزوجة المطلقة، والمتوفى عنها زوجها من السكن العائلي	71
13	لا يجوز للولي أبا كان، أوغيره أن يجبر القاصرة	39
5	لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه	19
51	لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات	50
19	للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أوفي عقد رسمي لاحق	46
62	هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه	72
10ف2	ويصح الإيجاب، والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح	34
9م ف4	يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:...-شاهدان	26
53ف2	يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...2-العيوب	58
53ف5	يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...5-الغيبة	61
15	يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا، أو مؤجلا	43
48	يُحَلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج	49
10ف1	يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر	31-28
9	ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين	23

2- فهرس الأعلام المترجم لهم

الرقم	العَلَمْ	الصفحة	الرقم	العَلَمْ	الصفحة
1	ابن القصار	30	21	عطية سالم	14
2	ابن المسيب	56	22	القاسمي	4
3	ابن جبير	65	23	محمد فرج السنهوري	5
4	ابن راهويه	45	24	المطيعي	10
5	ابن رشد الجد	30	25	المودودي	13
6	ابن سيرين	36	26	المورووي	10
7	ابن شبرمة	39	27	النابلسي	11
8	ابن عرفة	8			
9	أبو بكر الأصم	39			
10	أبو بكر الخلال	63			
11	أبو ثور	36			
12	الأوزاعي	45			
13	الباني	3			
14	بكر أبو زيد	14			
15	الحسن البصري	65			
16	الزهري	63			
17	السفاريني	11			
18	الشوكاني	50			
19	عبد الوهاب المالكي	30			
20	عطاء بن أبي رباح	63			

3- فهرس المصادر والمراجع

أولا: الكتب.

1. إبراهيم: مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، د ر، د ت.
2. ابن أبي يعلي: محمد بن محمد، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، در، دس.
3. ابن القيم: محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 سنة 1411هـ/1991م.
4. ابن القيم: محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة ، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت،ط27، سنة 1415هـ/1994م
5. ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة،در،دس.
6. ابن تيمية:أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1 سنة 1408هـ/1987م.
7. ابن تيمية:أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المملكة العربية السعودية، در، سنة 1416هـ/1995م.
8. ابن تيمية: عبد السلام بن عبد الله ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، مكتبة المعارف، الرياض،ط2، سنة 1404هـ/1984م.
9. ابن جزي: محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، د ط ، د م، د س.
10. ابن جزي: محمد بن أحمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، دراسة وتحقيق، محمد علي فركوس، دار التراث الإسلامي، الجزائر، ط1، سنة 1410هـ/1990م
11. ابن الجلاب: عبيد الله بن الحسين، التفريغ في فقه الإمام مالك ابن أنس، تحقيق سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1427هـ/2007م.
12. ابن حجر: أحمد بن علي، التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، سنة 1326هـ.
13. ابن حزم، على بن أحمد المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت،در، دس.
14. ابن رشد:محمد بن أحمد، المقدمات والممهدات، تحقيق، محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1، سنة 1408هـ/1988م.

15. ابن عابدين:محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، سنة 1412هـ/1992م.
16. ابن عبد البر:يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا وآخرون، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1سنة 1421هـ/200م.
17. ابن فارس: أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر،در، سنة 1399هـ/1979م.
18. ابن فرحون: إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث ، القاهرة، در، دت.
19. ابن قدامة: عبد الله بن أحمد ، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، در، سنة 1388هـ/1968م.
20. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، سنة 1414هـ/1994م.
21. ابن قدامة: محمد بن أحمد ، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، القاهرة، در، دس.
22. ابن مفلح: إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1418هـ/1997م.
23. ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر،بيروت، ط3، سنة 1414هـ.
24. ابن نجيم: زين الدين، رسائل ابن نجيم، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراح وعلي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 1419هـ/1420هـ.
25. أبو حبيب: سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1408هـ/1988م.
26. أبو زهرة : محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، سنة 1957م.
27. أبو زهرة: محمد ، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دت.
28. أبو زيد: بكر بن عبد الله، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة1416هـ/1996م.
29. أبو سليمان: عبد الوهاب، الفكر الأصولي دراسة تحليلية نقدية، دار الشروق، جدة، ط1، سنة 1403هـ/ 1983م.
30. أحمد: فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، در، سنة 1997م.
31. الآبي: صالح بن عبد السميع: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، در، د ت.

32. آيت شاوش: دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، غير مطبوعة ، إشراف، محمد سعيد جعفور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت في 2014م.

33. البابرتي: محمد بن محمد، النهاية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت،در، دس.

34. الباجي: سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، سنة1415هـ/1995هـ.

35. الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر،ط1، سنة 1332هـ.

36. الباني:محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، علق عليه: حسن السماحي سويدان ، دار القادري، دمشق، ط1، سنة 1418هـ/1997م.

37. البخاري: محمد أمين بن محمود، تيسير التحرير، دار الفكر بيروت، در، دت، ج246/4.

38. بدران: أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، در، سنة 1967.

39. بدران: أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، القاهرة، در، سنة 1964م.

40. البستاني: بطرس، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، د ر، سنة 1987م.

41. البغدادي: علي بن نصر، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1425هـ/2004م.

42. البغدادي: علي بن نصر، الإشراف على نكب مسائل الخلاف، تحقيق وتعليق وتخريج: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، سنة 1429هـ/2008م.

43. بلباقي: عبد المؤمن ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة 2000م.

44. بلتاجي: محمد، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 2006.

45. بلحاج: العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، ط1، سنة 1433هـ/ 2012م.

46. بلحاج: العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، سنة 2004م.

47. البلخي: نظام الدين: الفتاوي الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، سنة 1310هـ.

48. بن جناحي: أمينة، دور القاضي في الخلع، مذكرة ماجستير، إشراف دليلة فركوس، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس، الجزائر، نوقشت في 2014م.

49. بن حرز الله: عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، سنة1428هـ/2007م.

50. بن شويخ: الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، سنة 2008م.

51. بن صغير: محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، غيرمطبوعة، إشراف: عبد الكريم حامدي، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، نوقشت سنة 2009م.

52. بن عاشور: محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، در، 1984م.

53. بنيونس: الولي، ضوابط الترجيح عند وقوع التعارض لدى الأصوليين، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط1، سنة1425هـ /2004م.

54. بهنسي: أحمد فتحي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، سنة 1988م.

55. البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع ، خرج أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بيروت،در، دس.

56. البهوتي: منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.

57. توانا: سيد محمد موسى، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، مطابع المدني، مصر، در،دس.

58. الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1403هـ/1983م.

59. الجزيري، عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الحديث، القاهرة، در، دس.

60. الجصاص: أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، سنة 1415هـ/1994م.

61. الجكني: أحمد بن أحمد: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث، قطر، سنة 1986م.

62. الجندي: أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، در، سنة 2006م.

63. الجوهري: إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، سنة 1407هـ/1987م.

64. الجويني: أبو المعالي عبد الملك، البرهان في أصول الفقه ، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1418هـ/1992م.

65. الحطاب: محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، د م ، ط3، سنة 1412هـ/1992م.

66. الحفناوي: محمد إبراهيم، تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، دار الحديث، القاهرة، ط1،1415هـ/1995م.

67. الخرشي: محمد بن بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس.

68. خلاف: عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة،ط2، سنة1357هـ/1938م.

69. داودي: عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، در، سنة 2010م.

70. الدردير: أحمد الشرح الكبير مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس.

71. الدردير: أحمد، الشرح الصغير على مختصره، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، در، د س.

72. الدسوقي: محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دم، در، دت.

73. الدسوقي: محمد، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، الدوحة، ط1، سنة1407هـ/ 1987م.

74. الدويش: محمد بن عبد الرزاق، التلفيق وموقف الأصوليين منه، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت ط1، سنة1434هـ/2013م.

75. الذهبي: محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: لجنة بإشراف الشيخ شعيب الأرناءوط، مؤسسة الرسالة، ط2، سنة 1405هـ/1985م.

76. الذهبي:محمد بن أحمد، تاريخ الإسلام، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة 2003م.

77. الرازي: محمد بن عمر، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3،سنة 1418هـ/1997م.

78. الرحيباني: مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، سنة 1415هـ/1994م

79. الرصاع: محمد بن قاسم ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، دم، ط1، سنة 1350هـ.

80. الرملي: محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، سنة 1414هـ/1984م.

81. الرويبع: خالد بن مساعد ، التمذهب ، دار التدمرية، الرياض، ط1، سنة 1434هـ/2013م.

82. الزبيدي: مرتضى، تاج العروس، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، مطبعة الحكومة، الكويت، در، سنة1410هـ/1990م.

83. الزبيدي: مرتضي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مصطفى حجازي، مطبعة حكومة الكويت،در، سنة 1397هـ/1977م.

84. الزحيلي: وهبة ، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1481هـ، 1998م.

85. الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، سنة 1405هـ/1985م.

86. الزحيلي: وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1987م، بيروت

87. الزرقا: أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، 1409هـ/1989.

88. الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، سنة 1425هـ/2004م.

89. الزركشي: محمد بن عبد الله، البحر المحيط، دار الصفوة، القاهرة، ط2، سنة 1413هـ/1992م.

90. الزركلي: خير الدين، الأعلام ، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، سنة 2002م.

91. الزيباري: عامر بن سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، سنة 1997/1418م.

92. زيدان:عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1993م.
93. الزيلعي: عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، ط1، سنة 1413.
94. السباعي:مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، المكتب الإسلامي، دمشق، در، دس.
95. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط،دار المعرفة، بيروت،در، سنة 1414هـ/1993.
96. السرطاوي: محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، سنة 1431هـ/ 2010م.
97. سعادي: لعلى، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، إشراف: بن ملحة الغوثي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، نوقشت سنة 2015م.
98. سعد: عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديدة، دار هومة، در، سنة 2007م.
99. السفاريني، محمد بن أحمد، التحقيق في بطلان التلفيق، اعتنى به:عبد العزيز الدخيل، دار الصميعي، الرياض، ط1، سنة 1418هـ/1998م.
100. سمارة:محمد، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن،ط1، سنة 2002م.
101. الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، شرح و تخريج الأحاديث: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط7، سنة 1426هـ/2005م.
102. الشافعي: جابر سالم عبد الهادي: التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة 2002م.
103. الشافعي: محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، در، سنة 1410هـ/1990م.
104. شامي: أحمد، قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة 2010م.
105. الشربيني: محمد بن أحمد ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1415هـ/1994م.
106. الشرنباصي: رمضان علي السيد وآخرون، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، در، سنة 2012م، القسم2.

107. شريفي: عماد ، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف أحمد غرابي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، نوقشت في 2015/2014.

108. الشقاقي: آية عبد العزيز، التلفيق في المسائل المعاصرة، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف، مؤمن أحمد شويدح، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، نوقشت في 1434هـ/2013م.

109. الشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار، نشر الورود شرح مراقي السعود، تحقيق: علي بن محمد العمدان، دار الفوائد، مكة المكرمة، ط1، سنة 1426هـ.

110. الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، شرح متنقى الأخبار، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر،ط1، سنة 1413هـ/1993م.

111. الشيرازي: إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، دم، در، دس.

112. الشيرازي: إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.

113. الشيرازي:ابراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق:محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق،ط1، سنة 1403هـ.

114. الصابوني: عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، سنة1987م.

115. الصاوي: أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د م ، در.

116. صقر: نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة2006م.

117. عابدي: عبد الله ، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف ليلى جمعي، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 1427هـ/2006م.

118. عاشوري: محمد، الترجيح بالمقاصد (ضوابطه وأثره الفقهي)، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه، وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية، و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،نوقشت في 2008م.

119. عبد البر: محمد زكي، تقيين الفقه الإسلامي، تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث العربي، قطر، ط2، سنة 1407هـ/1986م.

120. عبد العظيم: شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، منشور جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا،ط4، سنة 1993.

121. عثمان: محمد رأفت، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1، سنة 1977م.

122. عفيف: اسمهان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: أحمد رحال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، نوقشت في 2010م.

123. العمري: أشرف يحي سعيد، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين ، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، غير مطبوعة، إشراف محمود السرطاوي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م.

124. العوفي: عوض بن فريح، الولاية في النكاح، عمادة البحث العلمي، الجامعية الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية،ط1، سنة 1423هـ/2002م.

125. الغزالي: محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1413هـ/1993م.

126. الغزالي: محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم وآخرون، دار السلام، القاهرة، ط1، سنة 1417هـ.

127. الغنيمي: عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد المجيد، المكتبة العلمية، بيروت، در، دس.

128. فنون: آية عبد السلام، التلفيق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: حسن الترتوري، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل فلسطين، نوقشت في 1427هـ/2006.

129. الفيروز آبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، سنة1426هـ /2005م.

130. القاسمي: جمال الدين، الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1 سنة 1406هـ/1986م.

131. القرافي: أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة1994م.

132. القرافي: شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، در، سنة 1424هـ/2004م.

133. القرضاوي: يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم ،ط1، سنة 1417هـ/1996م.

134. القرضاوي: يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة السلفية، القاهرة، د ط، د س ط.

135. الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، سنة 1406هـ/1986م.

136. لعربي: إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف:نور الدين لمطاعي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، نوقشت في 2014/2013.

137. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، ط1، سنة 1425هـ/2004م.

138. الماوردي: علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1419هـ/1999م.

139. المجذوب: محمد، علماء ومفكرون عرفتهم، دار الشواف، الرياض، در، دس.

140. المحاميد: شويش علي: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، دار عمار، عمان، ط1، سنة 1422هـ/2001م.

141. محدة: محمد، الخطبة و الزواج، دار الشهاب للنشر باتنة، الجزائر، ط2، سنة 1994.

142. إمام: محمد كمال الدين وآخرون، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، در، سنة 2003م.

143. مدكور:محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام،دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1967.

144. مدكور:محمد سلام، الاجتهاد في التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1404هـ.

145. مدكور: محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الكويت، در، دس.

146. المرداوي: علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث، القاهرة، ط2، دس.

147. المرغيناني: علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المنتدئ، تحقيق: طلال يوسف، دار التراث العربي، بيروت، د ر، د س.

148. المروزي: محمد بن نصر، اختلاف الفقهاء ، تحقيق: محمد الطاهر حكيم، أضواء السلف، الرياض،ط1، سنة1420هـ/2000م.
149. المطيعي: محمد بخيت: سلم الوصول لشرح نهاية السول ، عالم الكتب، د م ، د س ، د ر.
150. منصور:حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، سنة1997م.
151. مهاوات: عبد القادر بن خليفة، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، مطبعة الرمال، الوادي، الجزائر، در، سنة 2017م.
152. مهران: محمود بلال، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، جامعة القاهرة، ط1، سنة 2000م.
153. المورو: محمد بن عبد العظيم، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، تحقيق: جاسم بن محمد الياسين وعدنان بن سالم الرومي، دار الدعوة، الكويت، در، سنة 1408هـ/1988م.
154. مولود: ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، دار النجاح للكتاب، الجزائر، در، سنة 2005م.
155. النابلسي: عبد الغني، خلاصة التحقيق في بيان حكم التقليد والتلفيق، مكتبة الحقيقة، استنبول، در، سنة 1432هـ/2011م.
156. النجيري: محمود، الاختيار الفقهي وإشكالية تجديد الفقه الإسلامي، روافد ، الكويت، ط1، 2008م.
157. نصر: سلمان وسطحي: سعاد، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، در، سنة 2002.
158. نصر: سلمان وسطحي:سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، سنة 2003.
159. النفراوي: أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، د ر، سنة 1415هـ/1995م.
160. النووي: يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، در، دس.
161. النووي: يحي بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، بيروت، ط1425هـ/2005م.

162. النووي: يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق:زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، سنة 412 هـ/1991م.

163. هنية: مازن إسماعيل: التلفيق وتتبع الرخص، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية، إشراف العبد أبو العبد، سنة 1412هـ/1992م.

164. اليحصبي: عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، سنة 1983م.

ثانيا: المقالات، والبحوث، والمواقع الإلكترونية:

165. حامدي: عبد الكريم، التلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، ع17 نوفمبر 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.

166. السنهوري: محمد أحمد فرج التلفيق بين أحكام المذاهب، بحث منشور في مجلة الأزهر، الجزء التاسع، السنة الخامسة والثلاثون، ذو القعدة سنة 1383هـ/أفريل 1964م.

167. شجاع الدين: عبد المؤمن ، تحديد سن الزواج بحث أخذ يوم 2014/04/9 في الساعة 15.00 من الرابط: www.pdffactory.com.

168. عضيبات: صفوان علي ، الترخص في الفتوى، دراسة تأصيلية تطبيقية، بحث أخذ يوم: 2018/01/30 في الساعة 15.00، من الرابط : http/www.aliftaa.jo/research.aspx.

169. عزوق: محند، الخلع في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بقوانين الدول العربية، بحث منشور في مجلة رسالة المسجد، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، السنة 14، ع 2، 1437هـ/2016م.

170. مجلة البحوث الإسلامية، تصدر عن الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ع31، رجب- شوال سنة 1411هـ.

171. الميمان: ناصر، التلفيق في الاجتهاد والتقليد، بحث منشور في مجلة العدل، ع11، السنة 03، رجب 1422، الرياض.

172. http//ar.wikipedia.org

173. sidisalem.ahlalmontada.net

ثالثا: النصوص القانونية:

174. قانون رقم 84-11 المؤرخ في1984/6/9 يتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية، ع24، مؤرخة في 1984/06/12، معدَّل، ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في2005/2/27، الجريدة الرسمية، ع15، مؤرخة في2005/2/27.

4- فهـــــرس المحتويـــات

المحتوى	الصفحة
مقدمة	أ
المبحث التمهيدي: حقيقة التلفيق حدوده، وضوابطه	
المطلب الأول: مفهوم التلفيق، ونشأته	2
الفرع الأول: مفهوم التلفيق	2
الفرع الثاني: نشأته	4
المطلب الثاني: حدود التلفيق	5
الفرع الأول: المصطلحات ذات الصلة بالتلفيق	5
الفرع الثاني: أنواع التلفيق	9
المطلب الثالث: حكم التلفيق، وضوابطه	11
الفرع الأول: حكم التلفيق	11
الفرع الثاني:ضوابط التلفيق	14
المبحث الأول: التلفيق بين المذاهب الفقهية في المسائل الزواج، وآثاره	
المطلب الأول: التلفيق في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة	18
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	18
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	18
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	19
المطلب الثاني: التلفيق في مسألة أركان الزواج عقد الزواج	21
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	21
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	22
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	23
المطلب الثالث: التلفيق في مسألة الإشهاد في عقد الزواج	25
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	25
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	25

الفرع الثالث:وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	26
المطلب الرابع: التلفيق في مسألة المراد بالإيجاب، والقبول	27
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	27
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	27
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	28
المطلب الخامس: التلفيق في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها الزواج	29
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	29
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	29
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	31
المطلب السادس:التلفيق في مسألة انعقاد الزواج بالكتابة، والإشارة للعاجز عن الكلام	32
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	32
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	32
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	34
المطلب السابع: التلفيق في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج	35
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	35
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	36
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	37
المطلب الثامن: التلفيق في مسألة ولاية الإجبار على القاصرة	38
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	38
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	39
الفرع الثالث:وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	39
المطلب التاسع: التلفيق في مسألة مقدار الصداق، وحالاته	41
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	41
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	42
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	43
المطلب العاشر: التلفيق في مسألة الاشتراط في عقد الزواج	44
الفرع الأول:التعريف بالمسألة	44

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	45
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	46
المبحث الثاني: التلفيق بين المذاهب الفقهية في مسائل انحلال الزواج، وآثاره	
المطلب الأول: التلفيق في مسألة الطلاق الثلاث	48
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	48
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	49
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	50
المطلب الثاني: التلفيق في مسألة المتعة في الطلاق	52
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	52
الفرع الثاني:التكييف الفقهي للمسألة	53
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	54
المطلب الثالث: التلفيق في مسألة التطليق بسبب العيوب	55
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	55
الفرع الثاني: التكييف الفقهي المسألة	56
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	58
المطلب الرابع: التلفيق في مسألة انعدام قيد الغدر، والنفقة في التطليق بسبب الغياب	59
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	59
الفرع الثاني:التكييف الفقهي للمسألة	60
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	61
المطلب الخامس: التلفيق في مسألة مقدار بدل الخلع	62
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	62
الفرع الثاني:التكييف الفقهي للمسألة	63
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	64
المطلب السادس: التلفيق في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء	65
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	65
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	65
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	66

المطلب السابع: التلفيق في مسألة سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين	67
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	67
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	68
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	68
المطلب الثامن: التلفيق في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكن، والنفقة	69
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	69
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	70
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	71
المطلب التاسع: التلفيق في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم	72
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	72
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	73
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	74
المطلب العاشر: التلفيق في مسألة مدة سقوط استحقاق النفقة الزوجية	75
الفرع الأول: التعريف بالمسألة	75
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة	75
الفرع الثالث: وجه التلفيق في المسألة لدى المشرع	76
الخاتمة	77
الفهارس	
1- فهرس المواد القانونية	80
2- فهرس الأعلام المترجم لهم	81
3- فهرس المصادر والمراجع	82
4- فهرس المحتويات	95