

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

التفريق الفقهي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر
تخصص أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذ:

- مسعود هلالى

من إعداد الطالبة:

- فتيحة قاسمي

لجنة المناقشة:

د مسعود عز الدين رئيسا

أ هلالى مسعود مقرا

أ أحمد بورزق مناقشا

الموسم الجامعي: 2013/2014م-1434/1435هـ

مقدمة

الحمد لله الذي علم الإنسان مالاً لم يعلم، وهدى المسلمين إلى التي هي أقوم،
وإصطفى الأمة المسلمة لتكون خير الأمم بالحق الذي تؤمن به وبالخير الذي تدعوا إليه.
وبعد :

- فإن من أعظم المعالم الحضارية التي زكت حياة المسلمين وسددت مسيرة الإنسانية تلك
الثروة الفقهية التي تفردت بها شريعة الإسلام، حيث كان لها من السعة والامتداد والعمق
ميدان رحب لم يضق بأية نازلة ولم يتخلف عن حل أية مشكلة، هذه الثروة تتمثل في
مختلف المذاهب والآراء الفقهية الضخمة التي خلفها لنا علماء الأمة أصحاب الاجتهاد
المطلق الذين بلغوا غاية المنتهى في استكمال الكيان الاجتهادي، مستعملين في ذلك مختلف
القواعد الأصولية والأدوات المتضمنة مقاصد الشريعة وأهدافها من جلب للمصالح ودرء
للمفاسد، ولهذا كان لزاماً على المسلمين في هذا العصر الحفاظ على هذه الثروة المباركة
واستغلالها أيما استغلال في جميع نواحي حياة الفرد المسلم، غير أن استعمال هذه الثروة
الفقهية لا بد له من أحكام وضوابط يقوم على أساسها بعيداً عن التعصب المذهبي أو الانتقاء
العشوائي الأعمى، ومن بين المسائل التي تطرح في هذا الصدد مسألة التلفيق بين
المذاهب الفقهية.

- ولأن قانون الأسرة هو القانون الوحيد الذي يستمد مبادئه وأصوله مباشرة من أحكام الفقه
الإسلامي كان لزاماً دراسة وبيان تطبيقات التلفيق الفقهي على هذا القانون باعتباره نموذجاً
حياً لقانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، لذا اخترت أن يكون عنوان بحثي:

التلفيق الفقهي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري

إشكالية البحث:

يحاول البحث الإجابة عن التساؤلات التالية :

- ما مفهوم التلفيق الفقهي وماهي أحكامه وضوابطه ؟
- ما هو المنهج الذي اعتمده المشرع الجزائري في التلفيق بين المذاهب والآراء
المختلفة؟

- هل أمكن التلفيق الفقهي من حل المشكلات القانونية التي اعترضت المشرع

الجزائري في قانون الأسرة؟

أسباب اختيار الموضوع :

كان اختياري لهذا الموضوع نتيجة لعدة أسباب تتمثل فيما يلي :

- يقينا مني أن الأمر لن يستقيم إلا بالرجوع إلى شريعتنا الغراء و ثروتنا الفقهية المباركة وجعلها ميزان وقانوناً لجميع مناحي حياتنا وخاصة مجال الأحوال الشخصية.
- لأنني خريجة كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر سابقاً وطالبة ماستر أحوال شخصية حاضراً كان واجباً علي اختيار موضوع يشمل كلاً من علمي أصول الفقه والفقه المقارن من جهة، وقانون الأسرة من جهة ثانية.
- إنني وإن أحسست بأهمية الموضوع إلا أنني لم أعثر على من أولى هذا الموضوع بالدراسة المستقلة مع أن ظاهرة التلفيق بين المذاهب ظاهرة بارزة في قانون الأسرة الجزائري، فكان لزاماً عليّ دراستها إثراءً للبحوث الشرعية والقانونية.

أهمية الموضوع :

- 1- تقديم حوصلة مفاهيمية حول التلفيق الفقهي وأحكامه بأسلوب مبسط وقريب من لغة دارسي القانون .
- 2- استخلاص ضوابط عامة يرجع إليها لمعرفة التلفيق الجائز من التلفيق الممنوع .
- 3- إبراز أمثلة تطبيقية للتلفيق الفقهي في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي استخلاص المنهج الانتقائي المتبع من قبل المشرّع الجزائري في توظيفه لمختلف المذاهب الفقهية، وكذلك استنتاج مواطن التلفيق الحسن للأحكام الشرعية من قبل المشرّع ومواطن التلفيق الممنوع الذي يجب التصدي لها ومحاربتها وذلك من خلال هذه الأمثلة .
- 4- إثراء عملياً على كل متهم للتشريعة بالجمود وبيان مرونة وسعة الفقه الإسلامي باعتبار التلفيق بين المذاهب وسيلة من وسائل التجديد الفقهي والقانوني.

الدراسات السابقة :

موضوع البحث تعرض له العلماء ضمنا في كتب الأصول عند بحثهم في موضوعات الاجتهاد والتقليد ومراعاة الخلاف، كما تعرض له من كتب في مقاصد الشريعة في مبحث الرخص الشرعية وحكم تتبعها، أما الذين أفردوا هذا الموضوع في أبحاث مستقلة فما أمكنني الوقوف عليه هو الآتي:

1- عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، هو مؤلف للعلامة محمد سعيد الباني وهو أوسع من تكلم في هذا الموضوع ويعتبر هذا الكتاب عمدة بالنسبة لمن أُلِّف بعد الباني.

2- تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء للدكتور محم د إبراهيم الحفراوي.

3- ومما أطلعت عليه أيضا بحث " التلفيق بين المذاهب وعلاقته بتيسير الفتوى " للدكتور غازي بين مرشد بن خلف العتيبي وهو بحث ملقى في مؤتمر الفتوى وضوابطها تحت إشراف المجمع الفقهي الإسلامي .

- هذه البحوث المذكورة أنفاً تختلف عن هذه الدراسة في كونها عامة وشاملة للتلفيق في جميع أبواب الفقه، أما من قصر الدراسة على مجال الأحوال الشخصية فقد اطلعت على دراستين اثنتين:

4- التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، للدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي وهو كتاب قيم استفدت منه كثيرا خاصة في منهجية البحث.

5- التلفيق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية وهي رسالة ماجستير لآية عبد السلام فنون تحت إشراف الدكتور حسين مطاوع الترتوري.
- وطبعا تختلف دراستي عن هاتين الدراستين كونه ا تهتم أساساً بقانون الأسرة الجزائري.

منهجية البحث:

- أ- توثيق المصادر العلمية من مصادرها الأصلية ما أمكن ذلك.
- ب- الحرص على الالتزام بالأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى أصحابها .
- ج- عزو الآيات القرآنية و ذلك بالنقل المباشر من المصحف الإلكتروني برواية حفص عن عاصم.
- د- تخريج الأحاديث النبوية بالإعتماد على صحيح البخاري و صحيح مسلم أو أحدهما، فإن لم أجد بحث في أحد المسانيد الأخرى.
- هـ- تخريج الآثار من من مصادرها الأصلية ما أمكن ذلك .
- و- الترجمة للأعلام الواردة في البحث ما أمكن ذلك غير أنني لم أترجم للصحابة و مشاهير التابعين و أصحاب المذاهب المشهورة.
- ز- التوثيق العلمي للمصادر والمراجع المعتمدة وذلك كالآتي :

- ذكر الكاتب : ثم الكتاب، ثم دار النشر، وبلد النشر، ثم سنة النشر، ثم رقم الطبعة، ثم جزء المؤلف، وأخيرا رقم الصفحة، وفي حالة ما إذا أعدت استعمال المؤلف مباشرة فسأكتفي بعبارة " المرجع نفسه " ، أما إذا كانت إعادة الاستعمال غير مباشرة فإني سوف أذكر اسم الكاتب ثم عنوان الكتاب ورقم الصفحة .
- المقصود بقانون الأسرة الجزائري في هذا البحث هو القانون رقم 05-09 المؤرخ في: 2005/05/04 المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في: 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 43.

صعوبات البحث:

- تشعب الكلام في التلفيق وتناثره وذلك بسبب قلة الدراسات التي تناولت الموضوع بجميع جوانبه سواء من المتقدمين أم من المعاصرين.

- صعوبة الحصول على المراجع المطلوبة وذلك بسبب العامل الزمني والمكاني .

منهج الدراسة :

اقتضت طبيعة البحث الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهجين التحليلي و المقارن .

خطة البحث:

اعتمدت في دراستي على الخطة التالية :

المقدمة: وضممتها العناصر المبينة سابقا.

مبحث تمهيدي: يدرس و يعالج مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي و أثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية.

الفصل الأول: و هو فصل مفاهيمي يتناول مفهوم التلقيق الفقهي و أحكامه و يتكون من مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التلقيق الفقهي

المبحث الثاني: أحكام التلقيق الفقهي

الفصل الثاني: و به نماذج تطبيقية للتلقيق الفقهي في قانون الأسرة الجزائري و يحتوي أيضا على مبحثين اثنين:

المبحث الأول: تطبيقات التلقيق الفقهي في جزئيات المسألة الواحدة

المبحث الثاني: تطبيقات التلقيق الفقهي بين المسائل المتعددة

خاتمة: و ضممتها النتائج المتوصل إليها و بعض المقترحات.

مبحث تمهيدي

تقنين أحكام الفقه الإسلامي

و أثره على قوانين الأحوال الشخصية

لقد كان تطبيق القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية بلاء مستظيراً لم تقابله الشعوب الإسلامية بالانقياد، بل قبلته كرها و هي تشعر بأن هذا انحراف عن دين الله و خروج عن شريعته، لذا فقد ظهرت حركات كثيرة تنادي بضرورة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية لمواجهة هذا الزحف القانوني الغربي و تسهيل العمل بالفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تقنين أحكام الفقه الإسلامي

الفرع الأول: مفهوم التقنين الفقهي

لغة:

القانون: مقياس كل شيء ¹

الفقه: العلم بالشيء ²

اصطلاحاً:

نعني بالتقنين الفقهي : " تبويب وترتيب كافة الأحكام الفقهية التي يتعلق بها القضاء وصياغتها في صورة مواد مرتبة، وبنود معلومة مرقمة، مقتصرًا في كل مسألة على القول الراجح المختار والأنسب بمصالح العباد، ثم إلزام القضاء بالحكم به من قبل ولي الأمر على غرار النسق القانوني الحديث " ³.

الفرع الثاني: رأي العلماء في مسألة التقنين الفقهي

تعتبر مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي من المسائل الاجتهادية التي يحق للعلماء الاختلاف بشأنها، وإن هذا الاختلاف يثري المسألة من الناحية الشرعية، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى رأيين:

أولاً: المانعون للتقنين الفقهي:

ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يجوز لولي الأمر إلزام القاضي بالحكم برأي معين في مذهب معين و اشتراط ولي الأمر عليه ذلك لا يلزمه، و بناء على ذلك ذهب هؤلاء إلى أنه لا يجوز تقنين أحكام الفقه الإسلامي.

أدلة هذا الرأي: استدلووا بأدلة كثيرة منها:

¹ - محمد بن يعقوب الفيروز ابادي: القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط5، 2005م، ص 1226.

² - المصدر نفسه ص 1250.

³ - ناصر بن عبد الله الميمان: النوازل التشريعية ، دار ابن الجوزي، الدمام ،المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ ،

1 - قول الله تعالى: " فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ " ¹ فالقاضي مأمور بأن يحكم بالحق، والحق لا يتعين في مذهب بعينه، ولقد أُجيب على ذلك أن الآية الكريمة عامة وليست محل إلزام.

2 - من السنة استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ، اثْنَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ جَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ» ²، قالوا: فيه بيان الوعيد للقاضي إذا حكم على خلاف ما يعتقد، لأنه عمل محرم ولا خلاف في تحريمه عند أهل العلم وعلى هذا فالحاكم إذا استبان له رجحان قول مقابل قول ملزم به فحكم به على خلاف معتقده دخل في الوعيد.

و لقد أُجيب على ذلك أن الحديث عام وليس في موضوع الإلزام، ويصعب القول أن ما يختاره العلماء من أقوال راجحة خلاف الحق ³.

3 - إن تقنين القول الراجح والإلزام به خلاف ما جرى عليه العمل في عصر الصحابة، ولقد نوقش هذا الرأي بأنه في القرون الفاضلة لم يكن هناك داع للتقنين والإلزام.

4 - إن التقنين يؤدي إلى اتكال الناس وخاصة القضاة على القانون المدون وهذا ما يؤدي إلى جمود الحركة الفقهية وإهمال الأدلة الشرعية والاجتهادات التي يزخر بها الفقه الإسلامي، ولقد نوقش قولهم: بأن التقنين ليس فيه تعطيل للثروة الفقهية لأنه لا يمنع من الاجتهاد، كما أن الأحكام المقننة لها مذكرات إيضاحية وشروح بحيث لا يستغني واضعوا القانون والمذكرات الإيضاحية عن كتب الفقه الإسلامي.

ثانيا: المجيزون للتقنين الفقهي:

ذهب إلى جواز تقنين الأحكام الشرعية وإلزام القضاة بها معظم الفقهاء المعاصرين، فلم يكتف الكثير منهم بمجرد القول بجوازه فحسب، بل رأوه حاجة ينبغي تلبيتها، وضرورة تجب مراعاتها ⁴.

¹ - سورة ص الآية/ 26

² - محمد بن يزيد ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ب ط، ب ت، باب الحاكم يجتهد فيصيب (776/2)، حديث رقم 2315

³ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي: التلفيق الفقهي بين الرضا والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص102.

⁴ - ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، المرجع السابق، ص 91.

أدلة هذا الرأي: استدلال المجيزون بأدلة كثيرة منها ما يلي:

1 - وجوب طاعة ولي الأمر فيما ليس معصية، قال تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ"¹.

و لقد أوجب على هذا الاستدلال بأن طاعة ولي الأمر تكون فيما لا خلاف فيه، لكن الشأن في النظر للتقنين هو ما فيه خلاف.

2 أن التقنين مقتضى السياسة الشرعية ومن باب المصلحة المرسله التي عمل بها الخلفاء الراشدون ومن بعدهم، حيث فعلوا أشياء لم يرد بها نص من الكتاب والسنة، ومع هذا فقد تلقته الأمة بالقبول ولم تتكر عليهم ومن ذلك جمع عثمان بن عفان رضي الله عنه القرآن الكريم في مصحف واحد. وقد أوجب عليهم بأن هذا الجمع مما أجمع الصحابة عليه أما الأحكام الاجتهادية فلا إجماع عليها.

3 إن التقنين يسهل على الأفراد التعرف على الأحكام الشرعية الإسلامية فلا يتيهون بين الآراء الكثيرة الموجودة في كتب الفقه، والتي لا يعرف راجحها من مرجوحها إلا المتخصص فيها.

4 عدم تقنين الأحكام الشرعية سيدفع حكام المسلمين إلى اقتباس القوانين الأجنبية لتنظيم شؤون الدولة، وقد أوجب عليه بأن هذا الكلام فيه مبالغة².

ثالثاً: الترجيح:

من خلال إبراز بعض حجج الفريقين و مناقشتها نلاحظ تكافؤاً في قوة هذه الأدلة، غير أن أدلة المجيزين للتقنين الفقهي كانت أقرب لروح هذا العصر، ذلك أن الدول العربية و الإسلامية قد قطعت أشواطاً في مجال التقنين في كل الأصعدة و بالتالي فلا مجال للتراجع في ذلك، فحبذا لو تكون هذه القوانين مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية من باب ارتكاب أخف الضررين لو سلمنا بالمنع مثلاً.

المطلب الثاني: أثر التقنين الفقهي على قوانين الأحوال الشخصية:

¹ - سورة النساء الآية 59

² - ناصر بن عبد الله الميمان: النوازل التشريعية، المرجع السابق، ص 106.

تعتبر الأحوال الشخصية ذات ميزة وطابع خاص تختلف عن غيرها من القوانين الأخرى وذلك لارتباطها الوثيق بشخص الإنسان وانتمائه الديني حيث توجد قاعدة قانونية عالمية تقضي بأن الشخص يخضع بشأن مسائل الأحوال الشخصية لقانون دينه، فاستقرت التشريعات وآراء الفقهاء وأحكام المحاكم في جميع الدول وخاصة الإسلامية منها على أن أحكام الأسرة أو مسائل الأحوال الشخصية تخضع لديانة الشخص الذي يطبق عليه حكم من هذه الأحكام.

الفرع الأول: أثر التقنين الفقهي على قوانين الأحوال الشخصية العربية:

لقد كان القضاء في البلاد الإسلامية يعتمدون على التطبيق المباشر لأحكام الفقه الإسلامي في معالجتهم لجميع المنازعات والمسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة وكتب الفقه المتنوعة، ولما بدأ الضعف والجمود يتخلل هذا الوطن الكبير في منتصف القرن التاسع عشر ميلادي، بدأ التشريع الإسلامي ينحصر تدريجياً عن الدولة الإسلامية متجهاً نحو الاضمحلال والانكماش بما تفرضه قوى الاستعمار من قوانين دخيلة وأنظمة تشريعية أجنبية.

ولكن رغم ما أصاب الفقه الإسلامي من نكبات وهجمات استعمارية فقد بقي نظام الأسرة بعيداً عن التدخل الأجنبي يستمد أصوله وقواعده ومبادئه من الشريعة الإسلامية، وأدى اتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية إلى قيام نظم القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها، كما ساعد على وجود قوانين صاغت الفقه الإسلامي بأسلوب حديث ومتطور دون التقيد بمذهب فقهي معين.

- ولقد تم تقنين الأحوال الشخصية في أكثر من بلد من بلدان العالم الإسلامي، وكان أول قانون صدر للأحوال الشخصية في تركيا باسم "قانون حقوق العائلة" سنة 1918م، وما زال هذا القانون معمولاً به في لبنان إلى اليوم¹، وفي هذا القانون لم يكتف المشرع العثماني بتقنين أحكام الزواج والطلاق كما وردت في كتب الفقه الحنفي، ولكنه عمد إلى مذهب السنة الأربعة وتخير منها الحلول ما يناسب العصر، وهكذا عمدت الدول الإسلامية إلى صياغة قوانينها الخاصة بالأحوال الشخصية المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي تباعاً على هذا المنوال، مثل القوانين المصرية المختارة من الفقه

¹ - عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، الجزائر، ط1، 1990م، ص 189.

الإسلامي (1920-1952)، وقانون العائلة الأردني (1950)، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومدونة الأسرة المغربية (1957)¹.

الفرع الثاني: أثر التقنين الفقهي على قانون الأسرة الجزائري:

قبل أن تستولي فرنسا على زمام الأمور في الجزائر كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي آنذاك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هذين المصدرين وكانت له الحرية في الاختيار من آراء وفتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية بالاعتماد على اجتهاده، ولكن تغير الوضع لما تولى أبو يوسف القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد وكان أهم ما يميز هذه النقطة التاريخية هو أنه كان يتعين على القاضي أن يستنبط الأحكام من المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة العباسية، وكذلك الشأن بالنسبة لفترة الحكم العثماني حيث كان المذهب الحنفي مذهب الدولة آنذاك، غير أن المذهب المالكي كان دائما و على مر الأطوار التاريخية هو المذهب المنتشر في أوساط الشعب الجزائري إضافة إلى انتشار المذهب الإباضي في الجنوب².

و كغيرها من البلدان الإسلامية بقيت مادة الأحوال الشخصية محافظة على أصولها المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية حتى في فترة الاستعمار الفرنسي الذي حاول جاهدا فرض قوانينه على الشعب الجزائري، و بعد الاستقلال و على غرار بقية الدول العربية أصدر المشرع الجزائري في: 09-06-1984 قانونا خاصا بالأحوال الشخصية أطلق عليه تسمية قانون الأسرة بدلا من التسمية التقليدية، و هو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة من زواج و طلاق و أهلية و ميراث دون نسيان قواعد الوصية و الهبة و الوقف، كما اعتمد هذا القانون على الفقه المقارن بدون التقيد بمذهب معين، ثم لم يمض على الشروع العملي في تطبيق هذا القانون عشر سنوات حتى بدأت المطالبات و الاقتراحات بالتعديل الجزئي له فكان هذا وفق الأمر رقم 02-05

¹ - جابر سالم عبد الهادي الشافعي، التلفيق الفقهي بين الرفض و القبول و أثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، ص

² - تشوار الجبلاي: محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، أقيمت بجامعة تلمسان دفعة 2009/2008

المؤرخ في: 27-02-2005م ، و الذي كان أكثر انفتاحا و جرأة في اعتماده على أحكام
الفقه الإسلامي بكل مذاهبه¹.

¹ - العربي بلحاج : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5،
2007م، ج1، ص 21 .

الفصل الأول

مفهوم التلقيق الفقهي و أحكامه

لقد اتفق جمهور العلماء على مشروعية التقليد و وجوبه عند تعسر الاجتهاد لا سيما من طبقة العوام، و تعتبر مذاهب الأئمة الأربعة من حنفية و مالكية و شافعية و حنابلة من أكثر المذاهب اتباعا في هذا العصر سواء من طرف الدول الإسلامية في سياستها العامة أو من طرف عامة الشعوب العربية و الإسلامية، غير أنه و بسبب كثرة النوازل و المستجدات في هذا الزمان نادى كثير من العلماء المعاصرين إلى ضرورة التجديد الفقهي كوسيلة لحل المشكلات و النوازل الفقهية و التشريعية و توحيد النظم القانونية العربية، و ذلك بواسطة الاعتماد على الفقه المقارن برمته، أي عدم التزام مذهب معين و إيجاد الحلول من مختلف المذاهب الفقهية سواء من المذاهب الأربعة أو حتى الخروج إلى غيرها عند الاقتضاء، غير أن هذا النحو يؤدي لا محالة إلى ما يعرف بالتلفيق بين المذاهب و الآراء الفقهية، هذا الأخير كان محل خلاف بين العلماء بين مد و جزر فيه سواء من القدامى منهم أم من المعاصرين، هذه القضية سأعالجها في هذا الفصل حيث سأطرق إلى تحديد مفهوم التلفيق الفقهي في مبحث أول ثم أتناول آراء العلماء فيه و ضوابط جوازه و بيان الممنوع منه في مبحث ثان.

المبحث الأول: مفهوم التلفيق الفقهي :

لتوضيح مفهوم التلفيق الفقهي يجب التطرق لتعريفه اللغوي والاصطلاحي، ثم تمييزه عما يشابهه من مصطلحات و بيان نشأته و مجاله، ثم بيان أنواعه.

المطلب الأول: تعريف التلفيق الفقهي و تمييزه عما يشابهه:

الفرع الأول: تعريف التلفيق الفقهي:

أولاً : التعريف اللغوي للتلفيق¹:

مصدر لفق و يطلق على عدة معاني منها:

الضم: يقال لفق الثوب يُلفقه: ضم شقة إلى أخرى فخاطهما.

الملاءمة : تلافق القوم تلاءمت أمورهم.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتلفيق:

التلفيق في اصطلاح الفقهاء :

- الناظر في كتب الفقهاء يجد أنهم أوردوا مصطلح التلفيق في أكثر من موضع ولكنهم

استعملوه بمعناه اللغوي المتمثل في الجمع والضم، ومن أمثلة ذلك:

* ما ذكره القرافي² في كتابه الذخيرة: " عتق رقبة مؤمنة كاملة غير ملفقة سليمة من الاستحقاق بوجه "³.

* ما استعمله الفقهاء في التلفيق في الحيض حيث يقول الشيخ خليل⁴ في مختصره: " وإن

تقطع طهر لفتت أيام الدم فقط على تفصيلها ، ثم هي مستحاضة وتغتسل كلما انقطع الدم " ¹
أي تضم الدماء بعضها إلى بعض وتجعلها حيضة واحدة .

¹ - محمد بن يعقوب الفيروزابادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م، ص 922.

² - القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي ، انتهت إليه رئاسة المالكية في عصره، من مؤلفاته: الذخيرة، و القواعد، و شرح المحصول (ت 684) .

يرجع إلى: جلال الدين السيوطي: حسن المحاضرة في تاريخ مصر و القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط1، 1967م، ج1، ص 316 .

³ - شهاب الدين القرافي: الذخيرة ، ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994، ط1، ج2، ص 256 .

⁴ - هو خليل بن اسحاق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي ضياء الدين أبو المودة ، فقيه مالكي من أهل مصر ، له المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك ، (ت 776 هـ) .

انظر أحمد بابا التتبيكتي : نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ط1، 1989، ص 168 .

التفريق في اصطلاح علماء الحديث :

- يستعمله علماء الحديث في اصطلاحهم بمعنى التوفيق والجمع بين الروايات المختلفة في المسألة الواحدة وهو ما يسمى بعلم تفريق الحديث أي أن يجمع المحدث نصاً كاملاً لحديث من متون وردت بأسانيد متعددة².

التفريق في اصطلاح الأصوليين :

- هو المقصود في هذا البحث وهو التفريق بين المذاهب الفقهية، عرفه الإمام الباني³ بقوله: " هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد ، وذلك بأن يلفق في قضية واحدة بين قولين أو أكثر ، يتولد منها حقيقة مركبة لا يقول بها أحد "⁴.
وذلك بأن يجمع بين تقليد إمامين أو أكثر في فعل له أركان وجزئيات لها ارتباط ببعضها، لكل منها حكم خاص كان موضع اجتهادهم وتباين آرائهم فيقلد أحدهم في حكم ويقلد آخر في حكم آخر فيتم الفعل من حيث التقليد ملفقا بين مذهبين أو أكثر⁵.
و تعريف الباني هو التعريف الذي استخدمه أغلب الذين ألفوا في التفريق بعده .
و لعل الصواب أن يقال في التفريق أنه: " الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة ، أو باب واحد أو في أجزاء الحكم الواحد " ⁶ و لقد عرفه المجمع الفقهي في دورته الثامنة: أن يأتي المقلد في مسألة واحدة ذات فرعين مترابطين فأكثر بكيفية لا

¹ - خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل، شركة القدس للتصدير، القاهرة ، 2006 ، ط1، ص 36 .

² - أحمد بن حجر العسقلاني: العجائب في بيان الأسباب، دار ابن الجوزي، د ط، د ت، ج1، ص 446 .

³ - هو محمد سعيد بن عبد الرحمان الباني الدمشقي ، تولى منصب الإفتاء و كان في شبابه متصلاً بالشيخ طاهر الجزائري ، له مؤلفات منها : الفرقان في العلوم المتعلقة بالقرآن و عمدة التحقيق في التقليد و التفريق (ت 1351 هـ) انظر: خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15 ، 2002م ، ج6، ص 143.

⁴ - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد والتفريق، دار القادري، دمشق، سوريا، ط2، 1998، ص 183.

⁵ - محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتفريق والإفتاء، دار الحديث، القاهرة ، ط1 1995م ، ص 262.

⁶ - ناصر بن عبد الله الميمان: النوازل التشريعية ، المرجع السابق ، ص13

يقول بها مجتهد ممن قلدهم في تلك المسألة

1.

أمثلة للتلفيق بين المذاهب :

- 1- من توضعاً فمسح بعض شعر رأسه مقلداً الإمام الشافعي، وبعد الوضوء مس أجنبية مقلداً الإمام أبا حنيفة ، فإنّ وضوءه على هذه الهيئة حقيقة مركبة ، لم يقل بها كلا الإمامين ².
- 2- من قلّد الشافعية في أن حرمة النكاح لا تثبت بما دون خمس رضعات ، وقلّد الحنفية في أنّ الرضاع لا يثبت بشهادة النساء منفردات بل بالبيّنة الكاملة وهي رجلان أو رجل وامرأتان.

الفرع الثاني: تمييز التلفيق الفقهي عمّا يشابهه:

لقد فسّر البعض التلفيق الفقهي بمراعاة الخلاف ، وجعله بعضهم بمعنى تتبع الرخص ، وخرجه آخرون على مسألة إحداث قول ثالث ، لذا كان لزاماً بيان الشبه بينه وبين هذه الثلاثة ، وكذا ذكر الفروق الدقيقة التي تميزه عنها :

أولاً : تمييز التلفيق عن مراعاة الخلاف :

- مما يشبه التلفيق مراعاة الخلاف، حتى أن البعض فسّر التلفيق به، ومراعاة الخلاف هو أصل مختلف فيه عند المالكية.

تعريف مراعاة الخلاف: عرفه ابن عرفة ³ « إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر »⁴.

- ومثاله : أن الإمام مالكاً أوجب فسخ نكاح الشغار ، وأثبت الإرث إذا مات أحد المتزوجين بالشغار. فهو قد عمل بمدلول نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن نكاح الشغار وهو إبطاله وترك لازمه وهو عدم الإرث بسببه وعمل بلازم دليل أبي حنيفة القائل بصحة نكاح الشغار

¹ - موقع رابطة العالم الإسلامي ، المؤتمر العالمي للفتوى و ضوابطها ، <http://www.themwl.org>

² - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق ص 183.

³ - ابن عرفة: محمد بن محمد ابن عرفة الورعمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، (ت 803هـ)، ينظر: خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، ج7، ص 43.

⁴ - محمد بن قاسم الرصاع : شرح حدود ابن عرفة ، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1350هـ، ص 177 .

ووجوب مهر المثل فيه ، فإن لازمة ثبوت الميراث للمتزوجين بالشغار، فأثبتته لهما مع أنه يقول بفساد النكاح .¹

وكذا كثير من الأنكحة الفاسدة يفسخها الإمام مالك بطلاق وصداق ويلحق بالزوجين الولد المتكوّن منهم مراعاة لخلاف من صحّحها.

• **أوجه الشبه بينه وبين التلقيح الفقهي²:**

- كل منهما فيه اعتبار لمذهبين فأكثر.

• **أوجه الاختلاف بينه وبين التلقيح الفقهي³:**

- مجال التلقيح الفقهي الآراء الاجتهادية للفقهاء، أما مجال مراعاة الخلاف فهو الدليل من جهة مدلوله ولازم مدلوله.

- إن مراعاة الخلاف عبارة عن ترجيح دليل على دليل من وجه دون وجه، ولهذا عدّه بعض العلماء من أنواع الاستحسان بخلاف التلقيح فإنه لا يكون نتيجة ترجيح دليل على آخر.

- إن مراعاة الخلاف تكون من المجتهد لأنه هو الذي يعمل الأدلة وينظر فيها. بخلاف التلقيح فهو يكون من المقلد لأنه لا قدرة له على معرفة دلالة الدليل وما يلزم منها.

ثانيا : تمييز التلقيح عن إحداث قول ثالث :

مسألة إحداث قول ثالث من مسائل الإجماع المشهورة المختلف فيها بين الأصوليين:

صورتها : أن يذهب المجتهدون في عصر من الأعصار إلى قولين مختلفين في مسألة واحدة ، فيأتي من بعدهم بعد انقراض عصرهم ويخترع فيها قولاً جديداً غير القولين السابقين.

1- محمد يحي الهولاتي : إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2006م، ص 188 .

2 - غازي بن مرشد بن خلف العتيبي: التلقيح بين المذاهب وعلاقته بتسيير الفتوى ، بحث ملقي في مؤتمر الفتوى وضوابطها تحت إشراف المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ، 2009 ، ص 12.

3 - المرجع نفسه ص 13 .

مثال ذلك : إنّ المجتهدين اختلفوا في إرث الجدّ والإخوة على قولين، فذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى أنّ الجدّ بحجب الإخوة مطلقاً، وذهب الجمهور إلى أنهم يقاسمهم فيكون ما حكاه ابن حزم عن طائفة من الفقهاء أنّ الإخوة يسقطون الجدّ قولاً ثالثاً جديداً.¹

• وجه الشبه بينه وبين التلفيق الفقهي:

- تتساوى مسألة إحداث قول ثالث والتلفيق الفقهي إذا كان التلفيق بين قولين اثنين فقط فيكون التلفيق هنا بمثابة خروج بقول ثالث لم يقل به أحد من الفقهاء وهو التلفيق في الاجتهاد كما سيأتي بيانه، كما أن كلاهما خروج بقول جديد.

• وجه الاختلاف بينه وبين التلفيق الفقهي²:

- التلفيق فيه تركيب بين قولين من مذهبين، بينما إحداث قول ثالث قد يكون تركباً لقولين مختلفين والإتيان بقول جديد .

- التلفيق قد يكون بين قولين أو ثلاثة أو أكثر، وإحداث قول ثالث لا يكون إلا إذا كانت المسألة السابقة ذات قولين فقط.

ثالثاً : تمييز التلفيق عن تتبع الرخص :

- ولا رقصد هنا الرخص الشرعية التي أوجبها الشارع الحكيم وحببها إلى عباده مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم «إنّ الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه»³ و إنما أقصد تتبع رخص المذاهب الفقهية.

تعريف تتبع الرخص : عرفه الدسوقي¹ في حاشيته: " رفع مشقة التكليف بإتباع كل سهل² أي تتبع المرء رخص العلماء بلبتباع الأسهل في أقوالهم ليس بدافع قوة الدليل بل رغبة في اتباع الأيسر والأخف .

1- غازي بن مرشد بن خلف العتيبي: التلفيق بين المذاهب وعلاقته بتسيير الفتوى ، المرجع السابق ، ص15.

2 - غازي بن مرشد العتيبي: التلفيق الفقهي و علاقته بتسيير الفتوى، المرجع السابق، ص 16.

3 - محمد بن حبان التميمي: صحيح بن حبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1993م، باب ماجاء في الطاعات و

• وجه الشبه بينه وبين التلفيق الفقهي:

قد يجتمعان إذا كان فيهما تركيب بين قولين فأكثر في مسألة واحدة وكان هذا التركيب بغرض التسهيل والترخص.

• وجه الاختلاف بينه وبين التلفيق الفقهي:

-ينفرد التلفيق بين المذاهب عن تتبع الرخص إذا لم يكن يقصد إتباع الهوى والتسهيل المخالف للأدلة المعتمدة.

-ينفرد تتبع الرخص عن التلفيق الفقهي إذا لم يكن فيه تركيب بين قولين أو أكثر.³

المطلب الثاني: نشأة التلفيق الفقهي ومجاليه:

الفرع الأول: نشأة التلفيق الفقهي:

من البديهي أن التلفيق الفقهي لم يكن موجوداً في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك لأن عصره صلى الله عليه وسلم هو عصر التشريع والتبليغ ، كما أنه لا يتصور أيضاً في عصر الصحابة والتابعين وهو عصر الاجتهاد، حيث يرى البعض أن ما كان سارياً في عصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين من أن المرء كان يستفتي بعضهم في مسألة ثم يستفتي غيره في غيرها لا يقال له تليفيق ولو أدى ذلك إلى تركيب حقيقة لم يقل بها المفتون ، بل هو تداخل طبيعي غير ملحوظ ولا مقصود ، حيث لم ينقل عن أحدهم أنه قال لمستفتيه يجب عليك مراعاة أحكام مذهب من قلده لئلا تلتق بين مذهبين فأكثر . كما أن أئمة

¹ - الدسوقي : هو محمد بن أحمد بن عرفة المالكي له : حاشية على شرح الدردير لمختصر خليل ، و حاشية على مختصر خليل (ت 1230) .

ينظر : محمد بن محمد مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، 1349هـ ، د ط ، ص 361 ، 362 .

² - محمد بن أحمد الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، د ط ، د ت ، ص 20 .

³ - غازي بن مرشد بن خلف العتيبي : التلفيق بين المذاهب و علاقته بتيسير الفتوى ، المرجع السابق ، ص 18 .

المذاهب المعروفة وأصحابهم لم يدرجوا التلفيق الفقهي في مدوناتهم وكتبهم ، لأنه لو كان معروفاً عندهم لكانوا قد تعرضوا له وقررا أحكامه .¹

والحقيقة أن من أهم أسباب ظهور التلفيق الفقهي هو انتشار التقليد بين المسلمين وذلك من أوائل القرن الرابع هجري حيث اشترط أكثر العلماء لجواز تقليد مذهب معين ألا يؤدي إلى التلفيق بين المذاهب فحكموا ببطلان العبادة المركبة، أما قبل ذلك فالتلفيق لم يكن معروفاً .

يقول جمال الدين القاسمي² رحمه الله « لم يسمع لفظ التلفيق في كتب الأئمة ولا في موطأاتهم ولا في أمهاتهم ، ولا في كتب أصحابهم ، ولا أصحاب أصحابهم وبيد أن يكون حدوث البحث في التلفيق في القرن الخامس ، أيام اشتد التعصب والتحزب ، ودخلت السياسة في التمدد »³

الفرع الثاني: مجال التلفيق الفقهي:

- إن مسألة التلفيق من المسائل التي تتبع مسألة التقليد وبالتالي فمجالها هو المسائل الاجتهادية الظنية فقط ، أما العقائد والأخلاق وما علم بالدين بالضرورة ، وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده فلا يصح فيه التلفيق مطلقاً ، وعليه فلا يجوز التلفيق الذي يؤدي إلى إباحة ما حرمه الشرع .⁴

1 - جابر عبد الهادي سالم الشافعي: التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 31.

2 - القاسمي: جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم أبو الفرج، إمام الشام في عصره، سلفي العقيدة لا يقول بالتقليد، وهو صاحب: محاسن التأويل في تفسير القرآن ، الفتوى في الإسلام ، و موعظة المؤمنين من إحياء علوم الدين (ت1332) . يرجع إلى: محمد بن عبد الرحمن المغراوي، موسوعة مواقف السلف في العقيدة، المكتبة الإسلامية للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ط1، دت، ج9، ص186 .

3 - جمال الدين القاسمي : الفتوى في الإسلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1، 1986م، ص 170 .

4 - محمد إبراهيم الحفناوي : تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد و التلفيق و الإفتاء ، المرجع السابق ، ص 263 .

فمسألة التفيق إذن هي من مسائل الفروع ولا دخل لها في الأصول ، فإن مسائل الأصول هي مباحثه التي تستمد منها معرفة الاستنباط والاستنتاج ، مما لأجله سميت الأصول أصولاً فمن أين يعد منها التفيق الذي لم يخطر على بال أحد من القرون الأولى.¹

وبالجملة، فقضية التفيق مثل قضية التقليد مجال الاثنين واحد فهما لا يكونان إلا فيما اختلف فيه العلماء من الفروع الشرعية وهي ثلاثة أنواع :

الأول: ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلاف أحوال المكلفين.

الثاني: ما بني على الورع والاحتياط.

الثالث : ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم .²

المطلب الثالث: أنواع التفيق الفقهي:

ينقسم التفيق الفقهي إلى ضربين ، تفيق في الاجتهاد وتفيق في التقليد :

الفرع الأول: التفيق في الاجتهاد:

- وهو أن يجتهد مجتهد في بعض المواضع التي تكلم فيها أكثر من مجتهد قبله ، وكان لهم فيها أكثر من قول، فيؤدي اجتهاده إلى الأخذ ببعض ما أخذ به بعض المجتهدين السابقين وإلى الأخذ ببعض ما أخذ به الآخر .³

- والتفيق في الاجتهاد هي الصورة التي عرضت لنا سابقا في مسألة وجه الشبه بين التفيق الفقهي ومسألة إحداث قول ثالث.

الفرع الثاني: التفيق في التقليد:

- هو إتيان المقلد بتقليده بكيفية لا يقول بها أحد من المجتهدين. والتفيق في التقليد هو مدار بحثنا هذا حيث يبرز هذا النوع بشكل لافت في النظم القانونية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية مثل قوانين الأحوال الشخصية في مختلف البلدان العربية و التي

1 - جمال الدين القاسمي : الفتوى في الإسلام ، المرجع السابق، ص170 .

2 - محمد ابراهيم الحفناوي : تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد التقليد و التفيق و الإفتاء ، المرجع السابق ، ص 263.

3 - آية عبد السلام فنون : التفيق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير تحت إشراف: حسين مطاوع الترتوري : جامعة الخليل كلية الدراسات العليا ، قسم القضاء الشرعي ، 2006 ، ص 65 .

تعتمد على الفقه المقارن مثل ما هو عليه الحال في قانون الأسرة الجزائري، و لقد اختلفت آراء الفقهاء فيه بين مجيز ومانع له.

وينقسم التلفيق في التقليد إلى نوعين :

أولاً : التلفيق بين عدة مسائل :

وهو التلفيق في الأحكام الكلية من غير نظر إلى جزئياتها، أي الإتيان في عدة مسائل بكيفية لا يقول بها المجتهد الواحد في هذه المسائل مجتمعة ولا تخرج عن مجموع أقوال المجتهدين المتباينة فيها .

فالتلفيق في هذه الصورة يؤدي إلى الأخذ بعدد من المسائل، كل مسألة مأخوذة برمتها من مذهب غير المذهب المأخوذ منه المسائل الأخرى، بحيث لا تخرج مسألة من هذه المسائل عن أحد الآراء في المذاهب المختلفة، و في نفس الوقت لا تمثل كل آراء المذهب الواحد .
-فهذه الصورة تتمثل في التخيير بين عدد من الأحكام الكلية من المذاهب المختلفة، أي عدم التزام مذهب معين في جميع المسائل.¹

ثانياً : التلفيق في المسألة الواحدة :

وهو تخيير الأحكام للعمل بها في نازلة معينة أي التلفيق في جزئيات المسألة الواحدة، ويمكن تعريف هذه الصورة بأنها " الإتيان في المسألة الواحدة المركبة تركيباً ارتباطياً من عدة أجزاء بكيفية لا يقول بها المجتهدون في هذه المسألة ولا تخرج عن مجموع أقوالهم المتباينة فيها .

فالتلفيق في هذه الصورة يؤدي إلى استخراج رأي في المسألة ، بحيث لا يخرج هذا الرأي عن مجموع آرائهم فيها ، وفي نفس الوقت ليس هو أحد هذه الآراء² .

كمسألة وضوء من توضعاً و مسح بعض شعر رأسه و لم يدل ذلك مقلداً للإمام الشافعي ، و بعد الوضوء لمس امرأة أجنبية مقلداً مذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه في عدم النقض

1 - جابر عبد الهادي الشافعي: التلفيق الفقهي بين الرضا والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 29.

2 - المرجع نفسه ص 26، 27

باللمس ، فإن وضوءه على هذه الكيفية حقيقة مركبة لم يقل بها كلا الإمامين ، فكلا الإمامين لا يرى الاعتداد به من زاوية مختلفة ، فالإمام أبو حنيفة لا يجيزه بسبب كون المسح أقل من ربع الرأس ، و الإمام الشافعي رحمه الله يرى عدم صحة هذا الوضوء لأنه انتقض بذلك اللمس ، فتمت مسألة الوضوء في صورة لا يقر بصحتها أحد الإمامين ، فالتلفيق في هذه الصورة يعني تكوين رأي في المسألة الواحدة من مذاهب مختلفة دون التقيد بمذهب معين¹ .
- وهذا النوع هو الذي تكلم العلماء في منعه وحدد المجيزون له شروطاً وضوابط، ويتحقق هذا النوع بصورتين اثنتين:

* الصورة الأولى : العمل بالقولين معاً في النازلة الواحدة :

كمن توضأ متبعاً في وضوئه و نواقضه آراء بعض الفقهاء في بعضها وآراء الآخرين في البعض الآخر يصلي بذلك .

* الصورة الثانية: العمل في النازلة بأحد القولين مع بقاء أثر القول الثاني:

كمن تزوجت بدون ولي طبقاً للمذهب الحنفي، ثم طلقها زوجها بلفظ من ألفاظ الطلاق الكبائ عند الحنفية، ولكنه قلد الشافعي في اعتبار الطلاق بهذه الألفاظ من قبيل الطلاق الرجعي وراجعها².

ملاحظة: لكي يكون العمل تلفيقاً يجب العمل بالقولين معاً في نفس الحادثة بحيث أنه لو عمل بتا على التعاقب دون أن يكون للأول أثر فإنه لا يكون من قبيل التلفيق وإنما يكون رجوعاً عما عمل به. وكذلك إذا عمل بالقولين معاً ولكن في حادثتين مختلفتين فإنه لا يكون تلفيقاً لتعدد النازلة.

¹ - جابر عبد الهادي الشافعي: التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، المرجع السابق ص 27.

² - محمد إبراهيم الحنفاوي : تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، المرجع السابق، ص 265 .

المبحث الثاني: أحكام التلفيق الفقهي:

لبيان أحكام التلفيق الفقهي سأنتطرق أولاً لمذاهب العلماء في مسألة التلفيق الفقهي و أدلة كل مذهب ثم مناقشة هذه الأدلة و إبراز الرأي المختار من قبلي، ثم و انطلاقاً من آراء العلماء في هذه المسألة سوف نبين ضوابط التلفيق الجائز و أقسام التلفيق الممنوع .

المطلب الأول: مذاهب العلماء في مسألة التلفيق وأدلتهم:

الفرع الأول: مذاهب العلماء في مسألة التلفيق الفقهي:

لم تتفق كلمة العلماء بالنسبة لحكم التلفيق بين المذاهب من حيث الجواز أو المنع، وإنما تباينت آراؤهم وتشعبت وجهات نظرهم، غير أنه يمكن رد آرائهم في هذه المسألة إلى قولين اثنين:

القول الأول: المانعون للتلفيق:

منعه أكثر المتأخرين من الشافعية وبعض الحنفية والمالكية، حيث نقل بعضهم الإجماع على منع التلفيق ، واشترطوا لصحة التقليد عدم التلفيق ، هذا القول اختاره عبد الغني النابلسي¹ من الحنابلة صاحب كتاب التحقيق في بطلان التلفيق .

القول الثاني: المجيزون للتلفيق:

نقل هذا القول الدسوقي عن المغاربة من المالكية ورجحه في حاشيته² ، كما نقل الجواز بشروط و ضوابط كثير من متأخر الحنفية والحنابلة وكثير من العلماء المعاصرين .

الفرع الثاني: أدلة العلماء في مسألة التلفيق الفقهي ومناقشتها:

أولاً : أدلة المانعين للتلفيق : استدل المانعون للتلفيق بأدلة أظهرها :

¹ - النابلسي: هو عبد الغني بن اسماعيل بن عبد الغني، شاعر و عالم بالدين، له : قلائد المرجان في عقائد الإيمان، (ت1143هـ).

ينظر: خير الدين بن علي الزركلي، كتابالأعلام، ج4، ص32 .

2- محمد بن أحمد الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق ، ص 20 .

1- احتجوا بما نقله بعض العلماء بانعقاد الإجماع على منع التلفيق، فقد نقل عن ابن عابدين الحنفي " أن التلفيق في التقليد ممتنع قطعاً" ، وعن ابن حجر¹ من الشافعية أنه قال "العمل بالتلفيق خلاف الإجماع"².

2- العمل بالتلفيق يؤدي إلى إحداث قول ثالث في المسألة وبالتالي ينقض ما كان محل الاتفاق وهذا ممنوع عند علماء الأصول لأنه يخالف الإجماع.³

3- إن فتح باب التلفيق يؤدي إلى فتح فساد كبير وذلك بجعله ذريعة لإباحة المحرمات ومثلوا بذلك أنه من أراد أن يزني بنيت بالغة عاقلة يمكنه أن يقلد أبا حنيفة في صحة عقدها على نفسها ، ثم يقلد مالكا في عدم اشتراط الشهود ، فهذا أمكنه أن يزني ولا جرم عليه، قال السفاريني: " ولقد كان بعض أشياخنا - أعزهم الله تعالى - توقف في القول ببطلان التلفيق فنازعه في ذلك ، ثم إنني أتيت به بعد هذه الصورة فرجع عن قوله وقال : التلفيق باطل، والقاعدة أنّ كل ما أدى إلى محذور فهو محذور ، وكل قول يلزم منه إباحة محرّم فهو مردود"⁴، وكذلك من الصور التي يوردها المانعون للتلفيق قول أبي نواس في إباحة الخمر، حيث زعم أنّ أبا حنيفة أباح النبيذ والشافعي قال : الخمر والنبيذ شيء واحد ، فلفق بين القولين نتيجة وهي إباحة الخمر.⁵

ثانياً: أدلة المجيزين للتلفيق: استدل هؤلاء بما يلي:

¹ ابن حجر: هو شيخ الإسلام و إمام الحفاظ ، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني العسقلاني ثم المصري الشافعي ، له مصنفات منها : تهذيب التهذيب ، الإصابة في تمييز الصحابة(ت 852 هـ) .
انظر : جلال الدين السيوطي : طبقات الحفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1،1403هـ، ص 552 ، 553 .
2- آية عبد السلام فنون: التلفيق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص 67 .
3- محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الإجتهد و التقليد و الإفتاء: المرجع السابق، ص 270 .
4 - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، المرجع السابق، ص 197.
5- يقول أبو نواس :

أباح العراقي النبيذ وشربه وقال: الحرامان المدامة والسكر
وقال الحجازي : الشرابان واحد فحلت لنا من بين اختلافهما الخمر
سأخذ من قوليهما طرفيهما وأشربها لا فارق الوازر الوزر

1- إنَّ الأخذ بالتلفيق يوافق الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلاميَّة المبنية على اليسر والتسامح ورفع الحرج والمشقة، قال تعالى: " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"¹ وقال " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " ²، وعن عائشة رضي الله عنها " مَا خَيْرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا " ³.

2- إنَّ التلفيق جائز لعدم وجود دليل يدل على المنع ⁴ ، ذلك أنه في عصر الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - مع كثرة مذاهبهم وتباينها لم ينقل عن أحدهم أنه قال لمن استفتاه الواجب عليك أن تراعي أحكام مذهب من قلدته لئلا تلتق في عبادتك بين مذهبين فأكثر ، بل كل من سئل منهم عن مسألة أفتى السائل بما يراه في مذهبه مجيزاً له العمل من غير فحص ولا تفصيل ، ولو كان لازماً لما أهملوه خصوصاً مع كثرة تباين أقوالهم ⁵، كما أنَّ المجتهدين من أصحاب المذاهب الأربعة وغيرهم لم يلزموا الناس بإتباع مذهبهم بل نقل عنهم النهي عن ذلك ، بل ربما أخذ أحدهم باجتهاد غيره ترخفاً أو موافقة لجماعة المسلمين كما روي عن الإمام أحمد أنه كان يرى الضوء من الحجامة والفسد فسئل عمَّن رأى الإمام احتجم وقام للصلاة دون أن يتوضأ يصلّى خلفه؟ قال : كيف لا أصلي خلف مالك و سعيد بن المسيب!، واغتسل أبو يوسف في الحمام مرة وصلى الجمعة، ثم أخبر بعد الصلاة أنّ بئر الحمام كانت فيها ميّنة فلم يُعد الصلاة وقال: نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة "إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً" ⁶ .فهذا الإمام أبو يوسف إمام المذهب و المجتهد

1 - سورة البقرة الآية 185.

2 -سورة الحج الآية 78.

3 - محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، تح: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، ، باب صفة النبي (189/4) . مسلم بن الحجاج النيسبوري، حديث رقم: 3560. صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د

ت، ، باب مباحة الرسول صلى الله عليه وسلم للآثام(4/1813) ، حديث رقم: 77

4- محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الإجتهد و التقليد و الإفتاء، المرجع السابق، ص: 272 .

5- محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق، ص 196.

6 - أحمد بن محمد الطحاوي: شرح معاني الآثار، عالم الكتب، ط1، 1994م، (94/2) . حديث رقم : 25

الكامل قلد عند الضرورة ولمبوقوع ما ينجسه فيه ، ولا شك أنه فعَل الطهارة وصلى الصلاة على مقتضى مذهبه، وإنما قلد في خصوص الماء فقد حصل التلفيق منه ¹.
3- إن التلفيق هو عين التقليد من كل الوجوه ، فلا بد لكل من أجاز التقليد أن يجيزه ، لأنه إذا تأمل وجد القياس هكذا : يجب على كل مسلم عاجز عن الاستهداء بنفسه أن يسأل أهل الذكر ، و كل مقلد عاجز عن الترجيح بين مراتب المجتهدين ، فبناء عليه يجوز له أن يقلد في مسألة دينية مجتهدا ما ².

ثالثا: مناقشة أدلة الفريقين و الرأي المختار:

1- مناقشة أدلة المانعين للتلفيق:

- قولهم بانعقاد الإجماع على منع التلفيق : هذا القول غير دقيق وفيه نظر حيث حكي الخلاف في ذلك كما هو واضح من كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبها ، لقد حقق البعض هذا الإجماع وانتهى إلى أنّ الاستناد على دعوى الإجماع لبطلان التلفيق استناد غير صحيح ³.
- قولهم العمل بالتلفيق يؤدي إلى إحداث قول ثالث : رد المجيزون للتلفيق بأن مسألة منع إحداث قول ثالث ليست محل اتفاق بين العلماء بل محل خلاف ⁴، كما أن هذا التخريج التخريج لا يصح لوجود فرق بينهما فالتلفيق لا يؤدي إلى خرق الإجماع بخلاف إحداث قول ثالث فهذا قياس مع فارق .
- قولهم أن العمل بالتلفيق فتح لباب فساد كبير وذريعة للمحرمات : ناقش المجيزون للتلفيق المثاليين اللذين أوردهما المانعون للتلفيق على النحو التالي:

¹ - محمد أبو عبد الله الحنفي عبد العظيم: القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد و التقليد ، تح: نور الدين عباسي ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1، 2007م ، ص 58 .

² - ناصر بن عبد الله الميمان : النوازل التشريعية، المرجع السابق ، ص 17

3- وهبة الزحيلي : الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، مؤسسة الإسراء، الجزائر، ط1، 1993، ص 36 .

4- محمد إبراهيم الحفناوي : تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد و التلفيق و الإفتاء ، المرجع السابق، ص49.

المثال الأول : ما أورده السفاريني¹ من إطلاق وصف الزنا على النكاح بلا ولي تقليداً لأبي حنيفة وبلا شهود تقليداً لمالك :

إن هذا التقليد لا يصح لأن علماء الحنابلة والسفاريني منهم ينصون على أن هذا العقد فاسد لا باطل كما ذكروه في باب الشروط في النكاح فهذا لا يتفق مع قول السفاريني بأنه زنا ، إذا لو كان زنا لصرحوا به ولوجب الحدّ².

فيحرم هذا العقد من جهة تتبع الرخص لا من جهة التلفيق.

المثال الثاني: قول أبي نواس في حليّة الخمر:

إن حرمة الخمر هي من المعلوم من الدين بالضرورة وليست من المسائل الخلافية الظنية التي يتسع بها مجال الاختلاف من لزوم المراعاة وعدم جواز التلفيق أو جوازه، وقول أبي نواس هو ضرب من مجون الشعراء المنكر في دين الله تعالى³.

2- مناقشة أدلة المجيزين للتلفيق :

ناقش المانعون للتلفيق أدلة المجيزين بالنحو التالي:

- قولهم بأن الأخذ بالتلفيق فيه يسر للمكفين ودفع للحرص :
- التسيير المعتبر في الشرع هو ما دلت عليه دلائله الخاصة أو العامة ، وليس فيه ما يدل على أن التلفيق طريق من طرق التسيير المعتبر بها ، كما أن التلفيق وإن كان الغالب أن المقصود منه التسيير إلا أنه قد يحصل به التشديد .
- وأما استدلالهم بما كان سارياً في عهد الصحابة - رضي الله عنهم - والأئمة المجتهدين من كون المرء يستفتي بعضهم في مسألة ثم يستفتي غيره في غيرها فلا يقال له تلفيق بل هو من قبيل تداخل أقوال المفتين تداخلاً طبيعياً غير ملحوظ ولا مقصود، وبالتالي لم

¹ - السفاريني : هو سعيد بن أسعد الدمشقي الحنبلي، كان إماماً عالمياً متبعاً لمذهب الإمام أحمد بن حنبل، (ت 252هـ) . انظر: عبد الرزاق البيطار، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، دار صادر بيروت، لبنان، 2، 1993، ص 667

² - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق، ص 199.

³ - المرجع نفسه، ص 201.

يوردوا دليلاً للإجازة أو المنع، فلو كان معروفاً عندهم لقرروا أحكامه ذلك أنه ممتنع عندهم لأن عصرهم ليس عصر تقليد وإنما عصر اجتهاد .

• قولهم أن التلفيق هو عين التقليد :

رد المانعون للتلفيق على قول المجيزين له بأن من أجاز التقليد فقد أجاز التلفيق بان التلفيق و إن كان نوعاً من التقليد إلا أنه لم يتحقق فيه شروط التقليد و هو مراعاة شروط و واجبات العبادة أو المعاملة التي قلد فيها، و الشيء إنما يوجد إذا وجدت شروطه و انتفت موانعه .¹

3- تحرير محل النزاع والرأي المختار:

أ- تحرير محل النزاع :

بعدما بينت مذاهب العلماء في المسألة والأدلة التي استند إليها كل فريق ومن خلال الأمثلة التي أورها المجيزون والمانعون بخصوص التلفيق في التقليد يتبين أن الخلاف الجوهرى بينهم هو في حكم التلفيق في المسألة الواحدة أي التلفيق في جزئيات المسألة الواحدة وليس التلفيق بين المسائل المتعددة ، وذلك يبدو جلياً من خلال الأمثلة التي ناقشها المجيزون والمانعون ، حيث كانت كلها أمثلة للتلفيق في جزئيات المسألة الواحدة ، أما التلفيق بين مسائل متعددة وهو التثقل والتخير بين المذاهب الفقهية فمن الواضح أنه لم يكن محل نزاع ذو بال بينهم .

ب- الرأي المختار:

بعدما أوردت أبرز أدلة الفريقين فأنى لا أميل إلى القول الأول وهو المنع المطلق للتلفيق لما في ذلك من عسر ومشقة على المكلفين ، خاصة في هذا العصر ، كما أنى لا أجنح إلى القول الثاني على إطلاقه وإنما لابد له من شروط و ضوابط قررّها بعض المجيزين للتلفيق في مواضعها ولعل أحسنها ما أورده العلامة محمد سعيد الباني وذلك حينما ميز في حكم التلفيق بين طبقات المكلفين وكذلك أنواع التكاليف الشرعية المحكوم بها .

¹ - غازي بن مرشد العتيبي: التلفيق بين المذاهب و علاقته بتيسير الفتوى، المرجع السابق ، ص 31 .

فأبقت في هذه القضية لا يكون بالقول بالمنع أو الجواز المطلق وإنما لابد لها من تفصيل و
تقييد .

ج- رأي الباني في حكم التلفيق الفقهي :

يقول الباني أنه لا يمكن البت في هذه القضية بتاً مطلقاً بالاسترسال بالقول مطلقاً، بل لا
محيص من التفصيل والتقييد وذلك باستقراء طبقات المكلفين المحكوم عليهم وعدّ أنواع
التكاليف الشرعية المحكوم بها :

• طبقات المكلفين: ¹ تنقسم إلى: مفتين ومستفتين:

طبقة المفتين: تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أرباب الاجتهاد المطلق:

وهؤلاء لا دخل لهم في التلفيق لأنهم ليسوا بأهل تقليد حتى يضطروا للتلفيق.

القسم الثاني: المجتهدون فيما علموا دليله والمقلدون لما لم يعلموه:

هؤلاء مفتون حقيقة في جميع الأحكام التي استنبطوها من الأدلة، ومستفتون فيما لم

يعرفوا أدلتها، وهنا تدخل قضية التلفيق باعتبارهم مقلدين ويلحق بهم أهل الترجيح

والتخريج والاستظهار.

طبقة المستفتين: وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: متفقهة المذاهب: وهم طبقات حسب نزلهم بنصوص المذاهب:

- الطبقة الأولى: من حمل فروع مذهب مع إطلاعه على أغلب نصوص بقية المذاهب.

- الطبقة الثانية: من اقتصر على حمل فروع إمامه المتبوع أو أغلبها وهؤلاء يطلق عليهم

لفظ المفتي مجازاً عند العلماء، فهم نقلة نصوص من كتب الفقه وليسوا من أهل الترجيح أو

التخريج.

¹ - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق، ص 229، 230.

القسم الثاني: طبقة العوام: وهؤلاء هم الذين يعرفون كثيراً من أحكام الحلال والحرام والصحيح والفاقد سماعاً من المتفهمة لكن لا قدرة لهم على فهم الأحكام من التكيف لجهلهم بالمصطلحات الشرعية وفقدانهم الملكة العلمية.

القسم الثالث : طبقة العوام من أرباب الجهلة المحضة : كالأميين ومن كان على شاكلتهم وحديثي العهد بالإسلام والجاهلين بجميع تكاليفه .

• أنواع التكاليف الشرعية المحكوم بها:

بيّن الباني أن ما علم من الدين بالضرورة وأعمال القلوب لا مجال للتلفيق فيها، وإنما مجال التلفيق هو ما اختلف فيه الفقهاء من الفروع الشرعية وهي أنواع ثلاثة:
النوع الأول: ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلافه باختلاف أصول المكلفين: وهي:

* **العبادات المحضة :** يجوز التلفيق فيها للحاجة لأن مناطها امتثال أمر الله فينبغي عدم الغلو فيها لأن التنطع يؤدي إلى الهلاك خصوصاً إذا كان أربابه ضعفاء العزيمة .

* **العبادات المالية ونحوها :** لا يجوز التلفيق فيها خشية ضياع حقوق الفقراء لذا يجب على المفتي أن يفتي بالأحوط والأنسب لمصلحة الفقير .

النوع الثاني: ما بني على الورع و الاحتياط:

وهي المحظورات لا يجوز التسامح بها أو التلفيق فيها إلا عند الضرورات الشرعية فيجب الأخذ بالورع فيها ما أمكن لأن الله سبحانه وتعالى لا ينهى عن شيء إلا لمضرته لاسيما تلك العائدة إلى حقوق العباد فهي مبنية على المشاححة بخلاف حقوق الله المبنية على المسامحة .

النوع الثالث : ما يكون مناطه مصلحة الناس وسعادتهم :

فهي المعاملات والحدود وأداء الأموال من عشر وخراج وخمس المعادن والمناكحات :
- **المناكحات والمفارقات :** الأصل في الألبضاع التحريم صيانة للفروج والأنساب لذا لا يسوغ أن يتخذ التلفيق ذريعة لتلاعب الناس بأقضية النكاح والطلاق مثلما يقترفه المتعاطون

مهنة رد المطلقات إلى بعولتهن بالتفليق الممنوع ، ولكن ولأن مسائل الزواج والطلاق مبناها سعادة الزوجين والأصل فيه قول تعالى " فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان " فكل ما يؤيد هذا الأصل ينبغي الرجوع إليه والإفتاء به ولو أدى في بعض الوقائع للتفليق .

- **ضروب المعاملات وأداء الأموال وإنزال العقوبات وإراقة الدماء ونحوها :**

أحكام هذه التكاليف معرضة للتغيير بتغيير الزمان والعرف وغيرهما من مقتضيات المصالح العمرانية خصوصاً ما تعلق بالسياسات الشرعية والأحكام السلطانية والقضائية وغيرها من الشؤون الاجتماعية، فيؤخذ من كل مذهب ما هو أقرب لمصلحة العباد وسعادتهم ولو لزم من ذلك التفليق .

خلاصة رأي الباني في التفليق :

إن ضابط جواز التفليق أو عدم جوازه هو:

- كل ما أفضى إلى تفويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محذور .

- كل ما يؤيد دعائم الشريعة وما ترمي إليه حكمتها وسياستها لإسعاد الناس في الدارين بتسيير العبادات عليهم وصيانة مصالحهم في المعاملات فهو جائز مطلوب .

المطلب الثاني: ضوابط التفليق الجائز وبيان التفليق الممنوع:

الفرع الأول: ضوابط التفليق الجائز:

من خلال ما تقدم من بيان آراء العلماء في مسألة التفليق الفقهي وكذا التفصيل الطيب

للعامة الباني يمكن إيراد ضوابط العمل بالتفليق الفقهي على النحو التالي:

الضابط الأول: عدم تتبع الرخص المفضية إلى الانحلال والفجور:

لأن من تتبعها فقد أراد بالتفليق التشهي في الأخذ بالأحكام وذلك بأن يختار من كل مذهب ما هو أهون عليه ، ويفسق متبوع الرخص لأنه لا يقول بإباحة جميع الرخص أحد من علماء المسلمين فإن القائل بالرخصة في هذا المذهب لا يقول بالرخصة الأخرى التي في غيره .¹

1- آية عبد السلام فنون: التفليق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 83.

الضابط الثاني: لا يكون التلفيق إلا في المسائل الظنية:

ولكن ليس على إطلاقها وإنما ضابط ذلك المصلحة فكل أفضى إلى تفويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محذور ، وكل ما يؤيد دعائم الشريعة وما ترمي إليه حكمتها و سياستها لإسعاد الناس في الدارين بتسيير العبادات عليهم وصيانة مصالحهم في المعاملات فهو جائز مطلوب ¹.

الضابط الثالث: ألا يكون التلفيق إلا ممن لا يسوغ له الاجتهاد:

من خلال التقييم الذي أورده العلامة الباني لطبقات المكلفين فإن التلفيق لا يكون إلا لمن لم يملك آلة الاجتهاد المطلق فمن ساغ له الاجتهاد فلا يكون له التقليد ولا التلفيق.

الضابط الرابع: يجوز التلفيق بشرط ألا يكون فيه رجوع عما عمل به تقليداً أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده:

وهذا الشرط في غير العبادات ²، ويكون أشد في قضايا الفروج والأنساب إذ يحتاط في مسائل الفروج أكثر مما يحتاط في غيرها لأنّ قضايا الفروج والأنساب لا يسوغ أن تكون ألعوبة بيد الناس ، وكذلك لا يسوغ في كل ما يكون وسيلة للعبث بالدين أو ذريعة لمضرة البشر أو الفساد في الأرض ³.

* مثال عن الرجوع عما عمل به:

لو أنّ فقيها قال لامرأته " أنت طالق البتة " وهو يرى أن الطلاق يقع ثلاثا ، فأمضى رأيه بينه وبينها ، وعزم على أنها حرمت عليه ، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقه رجعية أمضى رأيه الأوّل الذي عزم عليه ، ولا يردّها إلى أن تكون زوجته برأى حدث من بعد ، وكذلك لو كان في الابتداء يراها تطليقة رجعية فعزم على أنها امرأته ثم رأى بعد أنها ثلاث لم تحرم عليه .

* مثال عن الرجوع عن أمر مجمع عليه :

1- محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق، ص 250.

2 - وهبة الزحيلي : الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، المرجع السابق ، ص 39 .

3 - محمد إبراهيم الحفناوي : تبصير النجباء بحقيقة الإجتهد و التقليد و الإفتاء، المرجع السابق ، ص 267،268 .

لو قلد رجل أبا حنيفة في عقد النكاح بلا ولي ، فاستلزم العقد صحة إيقاع الطلاق لأنها أمر لازم لصحة النكاح إجماعاً ، فلو طلقها ثلاثاً ، ثم أراد تقليد الشافعي في عدم وقوع الطلاق لكون النكاح بلا ولي فليس له ذلك لأنه رجوع عن التقليد في أمر لازم إجماعاً ، وهذا أمر معقول ، حتى لا تصبح العلاقة الزوجية السابقة علاقة محرمة ، وأن الأولاد أو لاد زنا ، فيمنع ذلك كل ما يؤدي إلى العبث بالدين أو الإضرار بالبشر أو الفساد في الأرض .¹

الضابط الخامس : ألا يؤدي التلفيق إلى مخالفة إجماع العلماء أو تليفيق صورة لا يقرها أحد من الأئمة الذين قلدهم :

ومن ذلك: أن يتزوج رجل امرأة بغير صداق ولا ولي ولا شهود، مقلداً كل مذهب فيما لا يقول به الآخر فهذا التلفيق المؤدي إلى محذور لأنه يخالف الإجماع فلم يقل به أحد.²

الفرع الثاني: بيان التلفيق الممنوع:

ينقسم التلفيق الممنوع إلى نوعين :

أولاً : تليفيق باطل لذاته : وهو الذي يؤدي إلى إباحة المحرمات³ كالخمر والزنا ونحوهما وهو مردود بالاتفاق وذلك كتخليط القائل: فحلت لنا بين اختلافهما الخمر ، فإنّ هذا القول لا يقول به مسلم ، لظهور بطلانه ، على أنه في الحقيقة ليس من أنواع التلفيق بوجه من الوجوه ، بل هو محض سفسطة بصورة التلفيق ناشئ عن مجون الشعراء كما سبق .⁴

ثانياً : التلفيق المحذور لا لذاته ، بل لما يعرض له من العوارض :

وهو على ثلاثة أنواع :

1 - تتبع الرخص عمداً :

1- وهبة الزجيلي : الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، المرجع السابق ، ص 42 .

2 - المرجع نفسه، ص 41.

3- محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الإجتهد و التقليد و الإفتاء، المرجع السابق ، ص 266.

4 - محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق، المرجع السابق، ص 224.

بأن يأخذ الإنسان من كل مذهب ما هو الأخف عليه بدون ضرورة ولا عذر ، وهذا ممنوع سداً لذرائع الفساد بالانحلال من التكاليف الشرعية¹ ، ويندرج ضمن هذا النوع بطريق الأولوية تتبع الرخص للتلهي والأخذ بالأقوال الضعيفة من كل مذهب إتباعاً للملاذ والأهواء فضلاً عن الأخذ بنوادر العلماء الشاذة وزلاتهم².

2- التلفيق الذي سيلتزم نقض حكم الحاكم:

لأن حكمه يرفع الخلاف درءاً للفوضى، يقول الباني وهذا بشرط توفر الصفات بالقاضي المشروطة لنفوذ حكمه بتوفرها، أما إذا لم تتوفر جميعها أو بعضها فلا ينفذ حكمه، وحينئذ لا مانع من التلفيق الذي سيلتزم نقض حكم غير ناقد شرعاً³.

3- التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر

قلده:

وقد سبق بيان أمثلته.

1- محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الإجتهد و التقليد و الإفتاء، المرجع السابق، ص 267.

2- محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد و التلفيق: المرجع السابق، ص 224.

3- المرجع نفسه، ص 225 .

الفصل الثاني:

تطبيقات التلقيح الفقهي في قانون الأسرة

الجزائري

لقد سبق و أن ذكرت أنواع التلفيق الفقهي و أنه ينقسم إلى تليق في الاجتهاد و تليق في التقليد، و قلت أن التليق في الاجتهاد خاص بطبقات المجتهدين و أن التليق في التقليد خاص بعوام المكلفين و هم أرباب التقليد ممن لا يملكون آلة الاجتهاد، و بما أن المشرع الجزائري قد تبنى في سياسته التشريعية سياسة التقليد المطلق فإن ما بدر منه من تليق هو تليق في التقليد و لا ريب في ذلك.

و لقد سبق و أن ذكرت أيضا أن التليق في التقليد ينقسم إلى قسمين: تليق في جزئيات المسألة الواحدة، و تليق بين المسائل المتعددة.

لذا فإنني قسمت هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول يدرس التطبيقات العملية للتليق الفقهي في جزئيات المسألة الواحدة و ذلك من خلال أمثلة عملية من قانون الأسرة الجزائري، في حين أن المبحث الثاني يدرس أمثلة تطبيقية للتليق الفقهي بين عدة مذاهب من نفس القانون .

المبحث الأول : تطبيقات التلفيق الفقهية في جزئيات المسألة الواحدة

باستقراء المواد القانونية التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل نجد أن هذا الأخير قد اشتمل على تطبيقات كثيرة للتلفيق في جزئيات المسألة الواحدة ، لذا سأورد أبرز هذه التطبيقات، وذلك ببيان الاتجاهات الفقهية في المسألة محل التلفيق و أدلة كل مذهب ، ثم بيان موقف المشرع الجزائري و وجه التلفيق في المسألة من قبله و تقييم هذا الموقف سواء بالسلب أو الإيجاب و ذلك بالاعتماد على الضوابط الشرعية للتلفيق الجائز التي قررها العلماء.

المطلب الأول: مسألة استرداد الهدايا حال العدول عن الخطبة:

- لقد كيف الفقهاء الخطبة على أنها مجرد وعد بالزواج و ليست عقدا مستقلا بذاته ، و على هذا المنوال سار المشرع الجزائري في مادته الخامسة من قانون الأسرة حيث نص على أن : "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " و لكن هذا الوعد قد يرتب آثارا متبادلة بين الطرفين لعل أكثرها إشكالا حكم هدايا الخطبة ، حيث أنه كثيرا ما يتبادل الخطيبان الهدايا التي تختلف أحوالها و قيمتها ، فما مصير هذه الهدايا بعد العدول عن الخطبة ؟

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في المسألة:

- اختلفت آراء الفقهاء بشأن مسألة استرداد هدايا الخطبة و يمكن حصر آرائهم في أربعة مذاهب:

أولا : رأي الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن الهدايا بين الخطيبين حكمها حكم الهبة فيرد منها ما كان قائما ما لم يستهلك أو يخرج عن ملك صاحبه، قال الحصكفي¹ في شرح تنوير الأبصار: " (خطب بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائما) فقط وإن تغير بالاستعمال (أو قيمته هالكا) لأنه معاوضة ولم تتم، فجاز

¹ - الحصكفي: هو محمد بن علي محمد الحصني علاء الدين، مفتي الحنفية بدمشق في زمانه، (ت1088هـ) .
يرجع إلى: خير الدين بن علي الزركلي: كتاب الأعلام، ج6، ص294 .

الاسترداد، (وكذا) يسترد (ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك) لأنه في معنى الهبة " ¹.

ثانيا : رأي المالكية : لم يعطوا لهدايا الخطبة حكما واحدا وإنما فصلوا في الموضوع ، فإذا كان العدول من المخطوبة جاز للخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا ، برد عينها إن كانت قائمة أو برد قيمتها إن استهلك، و إن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له أن يسترد شيئا مما أهداها سواء كانت قائمة أو استهلكت .²

فلا يجوز أن يجمع على المهدي إليه بين ألم العدول و ألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة ، و لا يجمع على المهدي ألم العدول و الغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر.³

ثالثا : رأي الشافعية : ذهب الشافعية إلى وجوب رد الهدايا ، سواء كانت قائمة برد عينها ، أو مستهلكة برد مثلها أو قيمتها ، سواء كان العدول من طرف أحدهما أم كليهما ، لأن الهدايا قدمت على أساس إتمام عقد الزواج و لم يتم ذلك.⁴

رابعا: رأي الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز استرداد الهدايا حال العدول عن الخطبة، لأنهم يرون عدم جواز الرجوع بالهبة بعد تمام القبض.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

- لقد نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة ¹ في الفقرتين الخامسة و السادسة على حكم هدايا الخطبة حال العدول عنها كالتالي : "لا يسترد الخاطب

¹ - محمد أمين ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1992م، ج3، ص153.

² - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي و أدلته، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ج2، ص486.

³ - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1950، ص39.

⁴ - سليمان بن عمر العجيلي الجمل: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، دت، د ط، ج4 ،

من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه ، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته " .

وجه التلفيق في المسألة :

- من الواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية و تفصيلهم في التفرقة بين حالة كون العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة و هذا مذهب شديد لاتفاقه مع العقل و المنطق و ضرورة العصر، خاصة مع كثرة ماتقع هذه المسألة في وقتنا الحاضر، ولكنه من جهة أخرى قصر رد الهدايا على ما لم يستهلك منها فقط مثلما ذهب إليه الفقه الحنفي، مما يدل على أن المشرع الجزائري قد لفق بين المذهبين فأخذ برأي المالكية في تفصيلهم و أخذ بمذهب الحنفية في الشق الخاص بنوع الهدايا التي يجب ردها .

- إن هذا التلفيق الذي وقع فيه المشرع الجزائري سواء بقصد أو بغير قصد قد أدى إلى غموض في فهم المادة من طرف القضاة و مفسري القانون و رجاله، حيث يتبادر لهم للوهلة الأولى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي بكل جزئياته، و لكن باستقراء المادة القانونية يتضح جليا أن المادة لا تتطابق تماما مع ما ذهب إليه الفقه المالكي كما أنها لا تتطابق و الفقه الحنفي بلا شك ، فكان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يكيف المادة كلية لتساير المذهب المالكي بكل تفاصيله و جزئياته الدقيقة بحيث يكون رد الهدايا في كل الحالات سواء كانت قائمة أو مستهلكة على غرار الفقه المالكي ، خاصة وأن كثير من الفقهاء المعاصرين و معظم التشريعات العربية² في مسألة رد الهدايا حال العدول عن الخطبة قد ذهبوا إلى ما ذهب إليه فقهاء المالكية بالتفصيل و الشروط المذكورة .

- إضافة إلى أنه و باستقراءنا لضوابط التلفيق الجائز نجد أن من شروطه وجود المصلحة

¹ - القانون رقم 05-09 المؤرخ في: 04 - 05 - 2005 المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في: 27 - 02 - 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11 - 84 المؤرخ في 09-06 - 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 43.

² - أخذ برأي المالكية كل من القانون المصري و القانون المغربي و التونسي و كذلك القانون الإماراتي.

و الضرورة، و هنا لا مصلحة لهذا التلفيق ولا ضرورة له، و بالتالي فإن بعض فقهاء القانون قد اقترح أن تعدل المادة القانونية في فقرتها السادسة على النحو التالي:

"... و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته ، أو قيمته إذا استهلكت أو هلكت ".
وذلك لتوافق المذهب المالكي بكل جزئياته .

المطلب الثاني:مسألة دور الولي في عقد الزواج:

- لأن عقد الزواج هو من أخطر العقود و أهمها على الإطلاق فقد رتب له الشارع الحكيم شروطا و أركاناً يقوم العقد على أساسها، و أهمها مراعاة حضور الولي و إشرافه على زواج موليته حماية لها و صونا لحقوقها المادية و المعنوية، لكن اختلف الفقهاء في مدى حدود سلطة الولي في إنشاء عقد الزواج و ما موقعه من هذا الأخير؟

الفرع الأول: تعريف الولي لغة و اصطلاحاً:

أولاً: تعريف الولي لغة: الولي بسكون اللام القرب و الدنو و بكسر اللام ضد العدو.¹
ثانياً: تعريف الولي اصطلاحاً: عرفه ابن عرفة في حدوده: " الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام " ².

الفرع الثاني: مذاهب العلماء في المسألة: اختلف الفقهاء في هذه المسألة كالاتي:

أولاً: مذهب جمهور الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء من مالكية³ و شافعية⁴ و حنابلة¹ بعدم جواز المرأة لعقد زواجها فلا تزوج المرأة نفسها و لا تزوج غيرها، فإن كانت بكراً فالولاية عليها ولاية إجبار و إن كانت ثيباً فالولاية ولاية استحباب و لا بد للولي مباشرته العقد .

¹ - محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط5، 1999م، ص 343.

² - محمد ابن قاسم الرصاص: شرح حدود ابن عرفة، المرجع السابق، ص 158 .

³ - محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط6، 1983م، ج2، ص 8،9 .

⁴ - محمد بن ادريس الشافعي: كتاب الأم، تح: رفعت فوزي، دار الوفاء للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ط1،

أدلتهم: استدلوها بأدلة كثيرة من الكتاب و السنة و المعقول:

1 - من الكتاب : احتجوا بآيات كثيرة من الكتاب منها:

- قوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ"².

و وجه الاستدلال من الآية أنه لو كان للمرأة أن تعقد على نفسها دون وليها لما جاء النهي عن عضل المرأة المطلقة من رجوعها إلى زوجها.

- قوله تعالى "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا"³

ووجه الاستدلال من هذه الآية أنه خطاب للأولياء بأن لا ينكحوا المسلمات المشركين، ولو فرض أنه يجوز لها إنكاح نفسها لما كانت الآية دالة على تحريم ذلك عليهن، لأن القائل بأنها تنكح نفسها يقول بأنه ينكحها وليها أيضا فيلزم أن الآية لم تف بالدلالة على تحريم إنكاح المشركين للمسلمات لأنها إنما دلت على نهي الأولياء عن إنكاح المشركين لا على نهي المسلمات⁴.

2 من السنة: استدل الجمهور بأحاديث منها:

- عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ"⁵

- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيَّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ"⁶.

¹ - موفق الدين ابن قدامة المقدسي: عمدة الفقه ، دار الآثار للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2005م، ص 161 .

² - سورة البقرة الآية 232

³ - سورة البقرة الآية 221

⁴ - محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، د ط ، د ت، ج2، ص186 .

⁵ - أحمد بن علي البيهقي، السنن الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، (201/7)، حديث رقم 13716

⁶ - اسحاق بن راهويه، مسند بن راهويه، تح: عبد الغفور البلوشي، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، المملكة العربية

السعودية، ط1، 1991م، باب ما يروى عن عروة بن الزبير عن خالته عائشة، (194/2)، حديث رقم 698،

ووجه الاستدلال أن الحديثين أثبتا حقا للولي في العقد دون غيره، فدل على ركنيته و
فرضية و جوده في العقد بدليل القول ببطلان العقد بانعدامه .

3 - **من المعقول:** يذهب جمهور الفقهاء أن في تشريع الولي حفظ لكرامة المرأة، و
تحقيقا لمعنى الكفاءة و رفع الضرر عنها، فوجوده خير ضمان لالتزام الزوج بحقوق
زوجته و المطالبة بحقها عند الخصومات، فهو بمثابة الوسيلة للمصلحة و حفظ لحق
الزوجة في الحال و المآل¹.

ثانيا: مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها و غيرها
سواء كانت بكرا أم ثيبا، ويستحب أن تكل عقد زواجها لوليها صونا لها عن التبذل إذا
هي تولت العقد بمحض الرجال، و ليس لوليها العاصب حق الاعتراض عليها إلا إذا
زوجت نفسها من غير كفاء أو كان مهرها أقل من مهر المثل، قال السرخسي²: " المرأة
إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز النكاح، وبه أخذ أبو
حنيفة - رحمه الله تعالى - سواء كانت بكرا أو ثيبا إذا زوجت نفسها جاز النكاح في
ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفوًا لها أو غير كفاء فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن
كفوًا لها فلاولياء حق الاعتراض"³

أدلتهم: استدلت الحنفية بمجموعة من الأدلة من الكتاب و السنة و المعقول:

1 - **من الكتاب:** استدلتوا بآيات منها:

- قوله تعالى: **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا
تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ**⁴

- قوله تعالى: **" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ "**⁵

1 - عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة، دار قرطبة، الجزائر، ط1، 2007، ص 64 .

2 - السرخسي: محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، قاض، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (ت 483 هـ)

3 - شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1993م، ج5، ص 10 .

4 - سورة البقرة الآية 232

5 - سورة البقرة الآية 230

ففي الآيتين إسناد الزواج للمرأة و الأصل في الإسناد أن يكون للفاعل الحقيقي، فدل ذلك على أن لها إنشاء عقد الزواج.

- قوله تعالى: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ»¹

فأضاف الفعل إليهن، وهذا يدل على صحة عبارتهن و نفاذها، وهي إذا زوجت نفسها من كفاء و بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك.

2 - من السنة: استدل الحنفية بحديث ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»²

قالوا إن الحديث صريح في إثبات أن للمرأة تزويج نفسها بدون ولي و قالوا أن الأيم هو اسم لكل امرأة سواء كانت بكرا أم ثيبان و أن السيدة عائشة زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن و هو غائب.³

3 - من المعقول: لأن المرأة العاقلة البالغة تستقل بعقد البيع وغيره من العقود

فمن حقها أن تستقل بعقد زواجها، و عقد الزواج و إن كان لأوليائها حق فيه

فهو لم يلغ، إذ أعتبر في حالة ما إذا أساءت التصرف و تزوجت من غير

كفاء، إذ أن سوء تصرفها يلحق عار أوليائها.⁴

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري:

- لقد نصت المادة 11 من قانون الأسرة في مادته المعدلة على ما يلي: "تعقد المرأة

الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره

¹ - سورة البقرة الآية 234

² - مسلم بن الحجاج النيسبوري: صحيح مسلم، باب استئذان الثيب في النكاح، (1037/2)، حديث رقم 1421.

³ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 12 .

⁴ - السيد سابق: فقه السنة، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط1، 2001م، ج3، ص 234.

وبالتالي فقد أعطت هذه المادة للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدها بنفسها ولكن بحضور وليها وهو الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره .

* وجه التفيق في المسألة :

بقراءة المادة 11 من قانون الأسرة السالفة الذكر من الوهلة الأولى يتبادر إل ى الذهن بأن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الجمهور باشتراط حضور الولي مجلس العقد ولكن بالقراءة المتأنية لهذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد منح للمرأة العاقلة البالغة الحق في مباشرة العقد و ذلك واضح من قول المشرع " تعقد المرأة الراشدة زوجها". وحضور الولي مجلس العقد هو حضور شكلي فقط، ودليل ذلك أن المشرع قد أعطى الحرية المطلقة للمرأة في اختيار وليها الذي يحضر مجلس العقد "..... بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره "

وبالتالي فيمكن للمرأة أن توكل لأي شخص سواء كان قريبا أم أجنبيا مباشرة عقد زواجها لأن" أو " المذكورة في النص تفيد التخيير، وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي الشرعي المتمثل في الأب إلى غيره حتى وإن كان أجنبيا ، وعليه يمكن القول بأن المادة 11 من قانون الأسرة قد أخذت نسبيا بالمذهب الحنفي الذي يسمح للمرأة العاقلة البالغة مباشرة عقدها دون أن يكون وليها الشرعي أي سلطة عليها ، لكن المشرع الجزائري لم يأخذ بالمذهب الحنفي على إطلاقه ، وإنما لفق في هذه المسألة بحيث ترك الشق الخاص بحق الولي في فسخ نكاح موليته إذا لم يكن الزوج كفؤا أو كان مهرها أقل من مهر المثل . - من الواضح أن المشرع الجزائري وبتكريسه للمادة 11 من قانون الأسرة المعدل قد خرج بحكم جديد غريب عن مبادئ الفقه الإسلامي ، حيث منح للمرأة الراشدة الاختيار بين إحضار أبيها في عقد الزواج أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره من جهة ، ومن جهة أخرى لم يمنح القانون للولي الشرعي سلطة الاعتراض على الزواج إذا رأى فيه جورا على موليته كأن لا يكون الزوج كفؤا لها أو زوجت نفسها بأقل من مهر مثيلاتها كما أقر بذلك الفقه الحنفي .

فمن الواضح أن المشرع قد سلك هذا المسلك نزوحاً تحت وطأة ضغوط منظمات حقوق الإنسان¹ التي تتادي بمساواة الرجل بالمرأة في حرية اختيار الشريك ، وكذلك ضغوط مختلف الجمعيات النسوية المتأثرة بمظاهر وبريق العولمة الخادع الحامل لشعار العدالة والمساواة المطلقة .

- إن هذا المسلك الذي نحاه المشرع الجزائري في مسألة دور الولي في عقد الزواج هو من التفتيق المذموم الذي لم يقره أحد من فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم من الأئمة الأعلام، وبالتالي فإنه من الضروري إعادة النظر في صياغة المادة 11 من قانون الأسرة مما يتوافق مع أصول الشريعة الإسلامية ومبادئ و ثقافة المجتمع الجزائري الأصيل، وبالتالي فإني أميل وأرجح الأخذ في مسألة دور الولي وحدود سلطته في إبرام عقد زواج الحرة البالغة بالمذهب المالكي بكل تفاصيله وجزئياته لتماشيه مع عادات وأعراف المجتمع الجزائري، فإن كان ولا بد الأخذ بالمذهب الحنفي بمنح المرأة الراشدة حق تزويج نفسها فيجب منح الولي صلاحية الاعتراض على اختيار موليته لرجل غير كفاء أو قبولها الزواج دون مهر المثل على غرار الفقه الحنفي ، وذلك بنص قانوني .

المطلب الثالث: مسألة التطليق بسبب الغيبة:

- لقد منحت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتباره متمتعاً بحق العصمة، كما أنه لم يغفل حق الزوجة في طلب التطليق في حالات معينة ومن هذه الحالات حالة غياب الزوج غيبة طويلة أضرت بها، وذلك أيضاً ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري باعتباره مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية .

¹ جاء في نص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمصادق عليها من طرف الجزائر ما يلي:

- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :

أ- نفس الحق في عقد الزواج : ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الكامل ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه .

الفرع الأول: آراء المذاهب الفقهية في المسألة:

- بالرجوع إلى آراء الفقهاء في المسألة نجد بأنها تنحصر في ثلاثة مذاهب :

أولاً: مذهب الحنفية والشافعية : قالوا بأن الغيبة لا تكون سبباً للتفريق بين الرجل وزوجته وإن طالّت المدة.

دليلهم: لأن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق

ثانياً : مذهب المالكية : قال المالكية بأن غيبة الزوج يجوز أن تكون سبباً للتطليق إذا

تضررت من ذلك و لو ترك لها مالا تنفقه على نفسها سواء كانت الغيبة بعذر كالسفر

للعلم أو التجارة أو العمل أو بغير عذر ، لأن الزوجة تتضرر في الحالتين ولكنهم يشترطون فيها مايلي :¹

1- أن تكون الغيبة لسنة فأكثر على المعتمد وفي قول ثلاث سنوات.

2- أن تتضرر الزوجة من هذه الغيبة، فإن لم تتضرر فلا تصلح أن تكون الغيبة سبباً للتفريق.

3- أن يكتب القاضي للزوج إن علم بمكانه و يطلب منه الحضور إلى زوجته أو يلحقها به فإن امتنع حكم القاضي للزوجة بالتطليق.

دليلهم : إن المجيزين للتفريق بسبب الغيبة يستندون إلى حديث رسول الله صلى الله عليه و

سلم: " لَأَ ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ"² وكذلك قوله تعالى " فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"³

ثالثاً : مذهب الحنابلة : لقد اتفقت الحنابلة مع المالكية على جواز التفريق الذي يبني

على تضرر الزوجة من غياب زوجها ، ولكنهم اختلفوا في المدة التي يمكن للزوجة أن

ترفع فيها الأمر للقاضي مطالبة بالتطليق ، وكذلك في نوع الغياب الموجب للتفريق ،

وعليه فشرط الغيبة التي تكون سبباً في التفريق عند الحنابلة ما يلي :⁴

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا ط1، 2000، م، ج3، ص 213 .

² - أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، ، باب لا ضرر ولا ضرار، (6/114)، حديث رقم11385.

³ - سورة البقرة الآية 229

⁴ - اليزيد عيسات ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، تحت إشراف ، عمر

بالماضي ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، سنة 2012/ 2013 ، ص 123.

1- أن تكون الغيبة لمدة ستة أشهر فأكثر من غياب الزوج إذ هي أكثر مدة الت يمكن للمرأة أن تصبر فيها وذلك لما روي عن عمر بن الخطاب أنه كان يجعل الجند لا يغيبون عن أزواجهم أكثر من ستة أشهر وقد استفتى عمر في ذلك ابنته حفصة .

2- أن تكون الغيبة بدون عذر فإن كانت بعذر فلا يستجاب لطلب الزوجة بالتفريق وإن تضررت

* ملاحظة: يعتبر المالكية التطلق للغيبة طلاقا بائنا في حين أنه عند الحنابلة من قبيل الفسخ.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة المعدل " أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة "

وبالتالي يستشف من هذه المادة ضرورة توفر ثلاثة شروط أساسية للحكم بالتطلق بسبب الغيبة في القانون الجزائري:

أولاً: أن تكون الغيبة لمدة سنة فأكثر ، ويجري حسابها عند الفقهاء بالسنة القمرية ولكن القانون لم يحدد ذلك فيصبح اعتماد السنة الميلادية طالما جرى العمل بذلك، والمراد بغيبة الزوج هنا غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي يقيم فيه الزوجة ، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهو من الأحوال التي يتناولها التطلق للضرر .
ثانياً : أن تكون غيبة الزوج دون عذر شرعي وعقلي مقبول كأن يسافر ولا يعود فيعتبر إنساناً مهملاً لعائلته ومخلاً بالتزاماته ، فغياب العذر الشرعي في العادة يؤدي إلى الإضرار بالزوجة أو إيذائها¹ ، أما إذا كان الغياب لسنة أو أكثر من أجل إتمام الدراسة ، وطلب العلم أو العمل وكسب العيش وما شابه ذلك من أسباب شرعية تعود بالفائدة على الأسرة ككل

¹ - اليزيد عيسات ، التطلق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 125 .

مستقبلا فلا حق لها في طلب التطلق للغيبة ، بحيث يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه .

و بالتالي فالقاضي عند التأكد والتثبيت من شرعية سبب الغياب لا يستجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة فأكثر .

ثالثا: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد، فلو ترك لها مالا يمكنها أن تتفق منه فلا يجوز لها طلب التطلق¹.

وجه التلفيق في المسألة :

- نلاحظ من خلال استقرائنا للفقرة القانونية 3/53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل ومقارنتها بمختلف المذاهب الفقهية سالفه الذكر أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية والحنابلة في جواز طلب المرأة التطلق بسبب غياب الزوج عنها إذا لم تصبر عن فراقه وتضررت من ذلك .

- ونلاحظ أن المالكية والحنابلة يجيزون التفريق بسبب الغيبة إلا أنهم اختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع فيها أمرها للقاضي طالبة للتطلق حيث يجعلها الحنابلة ستة أشهر فما فوق ، في حين أن هذه المدة يجب أن تفوق السنة عند السادة المالكية .

* أما اختلافهم في نوع الغياب الموجب للتفريق فإن المالكية قد منحوا للزوجة حق طلب التطلق سواء كان ذلك بعذر أم بدون عذر ، في حين أن الحنابلة قد اشترطوا في الغياب الموجب للتفريق أن يكون بغير عذر ، فإن كان لعذر مقبول شرعا فلا يستجاب لطلبها ، ولو تضررت² .

- كما أن المالكية والحنابلة قد اختلفوا في نوع الفرقة حيث اعتبر المالكية التطلق للغياب طلاقا بائنا ، في حين اعتبرها الحنابلة من قبيل الفسخ .

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 298.

² - اليزيد عيسات ، التطلق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 126 .

- بالتالي فقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في جزئيتين اثنتين وأخذ بالمذهب الحنبلي في جزئية واحدة:

• من المذهب المالكي :

- أقل مدة يمكن للزوجة فيها طلب التطلق حيث حددها المشرع الجزائري يمضي سنة كاملة.

- اعتبار التطلق للغيبة من قبيل الطلاق البائن .

• من المذهب الحنبلي :

- الاعتداد بنوع الغيبة في التفريق حيث اشترط المشرع الجزائري أن تكون الغيبة بدون عذر على غرار الفقه الحنبلي.

إذا فإن المشرع الجزائري وإن كان قد تبنى بصفة عامة قول كل من المالكية والحنابلة في القول بأن الغيبة تصلح بأن تكون سببا في التفريق بين المرأة وزوجها ، إلا أنه وبخصوص الشروط الواجب توفرها في هذه الغيبة نجد بأنه لم يأخذ بكل شروط المالكية كما أنه لم يأخذ بكل شروط الحنابلة وإنما لفق بين المذهبين معا .

* إن الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري في مسألة التطلق للغيبة هو رأي يساير العرف الواقع والعادات التي استقر عليها المجتمع الجزائري ، وهو الموقف الذي أخذت به معظم التشريعات العربية¹ على غرار المشرع المصري والمغربي والكويتي ، ذلك أن مدة السنة هي المدة المعقولة للجزم بحصول الضرر على الزوجة من غيبة زوجها ، كما أن المنطق والعادة والأخلاق تقرر بأن الزوجة تنقسم أعباء الحياة مع زوجها فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها وتحقيق المنفعة للأسرة ، بالإضافة إلى أن صبرها على غيابه يؤدي إلى تمتين روابط المودة والرحمة والتعاون بينهما ، فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل والتجارة بعيدا فيجب أن يكافأ

¹ - أخذ بذلك كل من القانون المصري في المادة 12 و القانون السوري في المادة 128 و القانون الكويتي في المادة 137 و القانون المغربي في المادة 47.

بالرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته بطلب التخليق ، وهو المعذور في غيابه ، وبالتالي فهذا التخليق هو من قبيل التخليق الجائز المحمود الذي يحقق مصلحة المجتمع واستقراره .

المطلب الرابع: مسألة الرد على أحد الزوجين:

- لقد اتفق الفقهاء على أن أصحاب الفروض يرثون جميع التركة عند اس تغرقها، كما أن أصحاب العصابات يرثون الباقي عند وجودهم وعدم استغراق التركة أصحاب الفروض، ولكن ما العمل إذا ورث أصحاب الفروض سهامهم ولم يوجد عاصب ولم تستغرق التركة ؟

الفرع الأول: تعريف الرد وشروطه:

أولاً: تعريف الرد:

تعريف الرد لغة: صرف الشيء¹ قال تعالى " وَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ بِقَوْمٍ سُوءًا فَلَا مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَالٍ " ²

تعريف الرد اصطلاحاً: هو زيادة في السهام ونقص في أصل المسألة

ثانياً: شروط الرد: يتحقق الرد عند استكمال الشروط التالية:

- 1 - وجود صاحب فرض أو أكثر
- 2 - عدم وجود من يرث بالتعصيب فإن وجد توول إليه التركة تعصبياً
- 3 - عدم استغراق التركة³

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في المسألة

اختلف العلماء في هذه المسألة على النحو التالي:

¹ - محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ص 221.

² - سورة الرعد الآية 11

³ - سعيد بوزيدي ، أحكام الميراث بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر

أولاً: المانعون للرد¹: هؤلاء يمنعون الرد مطلقاً ، فإن بقي فائض من التركة يؤول إلى بيت المال ، وهذا مذهب زيد بن ثابت وبه أخذ مالك والشافعي.

1- من الكتاب:

- استدلوا بآيات المواريث: وأن الله تعالى قد بين كل وارث بالنص فلا يجوز الزيادة عليه بغير دليل ، قال الشافعي: " ومن كانت له فريضة في كتاب الله عز وجل أو سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - أو ما جاء عن السلف انتهينا به إلى فريضته، فإن فضل من المال شيء لم نرده عليه، وذلك أن علينا شيئين: أحدهما: أن لا ننقصه مما جعله الله تعالى له، والآخر: أن لا نزيده عليه والانتهاى إلى حكم الله عز وجل هكذا"²

- واستدلوا بالآية: " وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ"³ ففي هذه الآية وعيد لكل من تجاوز الحد المشروع في قسمة الميراث والزيادة على أصحاب الفروض في الميراث لا دليل عليه و بالتالي يدخل في الوعيد.

2- من السنة:

استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَأ وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ"⁴، ووجه الاستدلال منه أن الله تعالى قد قدر لكل وارث نصيبه من التركة فلا يستحق أكثر من ذلك.

الرأي الثاني : المجيزون للرد¹ : هو مذهب عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب، وشريح ومجاهد وأبو حنيفة وأصحابه والحنابلة، غير أن هؤلاء اختلفوا فيمن يرد عليهم من أصحاب الفروض كالتالي:

¹ - محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المرجع السابق ، ص 352 .

² - محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم ، المرجع السابق، ج4 ، ص 84

³ - سورة النساء الآية 14

⁴ - محمد بن يزيد ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تح: محمد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، باب لا وصية لوارث،

1 -قول عبد الله بن مسعود: يرد على أصحاب الفروض ما عدا ستة نفر وهم: الزوج و الزوجة، ابنة الابن مع ابنة الصلب، و الأخت لأب مع الأخت لأب و أم و أولاد الأم مع الأم و الجدة مع ذي سهم أيا كان، و هو قول أحمد بن حنبل.

2 -قول عثمان بن عفان و جابر بن يزيد من التابعين و به أخذ المتأخرون من الحنفية : يرى هؤلاء الرد على جميع أصحاب الفروض بما فيهم الزوجان بنسبة فروضهم و حجة عثمان في ذلك أن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الكل، فإذا فضل شيء يجب أن تكون الزيادة للكل لأن الغنم بالغرم.

3 -قول عبد الله بن عباس في إحدى الروايتين: يرد على كل أصحاب الفروض ما عدا ثلاثة نفر و هم الزوج و الزوجة و الجدة.

4 -قول عمر و علي و جمهور الصحابة و التابعين و هو مذهب أبي حنيفة و أحمد و المعتمد عند الشافعي و بعض أصحاب مالك عند عدم انتظام بيت المال: و قولهم هو أن يرد على جميع أصحاب الفروض بنسبة فروضهم باستثناء الزوجين. أدلتهم : استدلووا بأدلة منها :

1- من الكتاب : قوله تعالى " وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ " ² فتفيد هذه

الآية حق الورثة في ميراث مورثهم الذين يتصلون به بقربة الرحم ولا يدخل في عمومها الزوجان لغياب القرابة المحرمة و هذه الآية دليل قوي بالنسبة لأصحاب القول الأخير .

2- من السنة: عن سعيد بن أبي وقاص أنه قال: عاذني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قال:

¹ - محمود عيسى يونس: خلاف الأئمة الأربعة في مسائل الميراث، رسالة ماجستير تحت إشراف: هارون الشرباتي، جامعة الخليل، قسم القضاء الشرعي، فلسطين، 2007، ص 226 .

² - سورة الأنفال الآية 75

قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال: " لا، الثلث، والثلث كثير ، إنك أن تذر وراثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"¹

- يدل هذا الحديث أن سعدة بن أبي وقاص قد حصر ميراثه في ابنته ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم مما يدل على صحة الرد، فقد اعتقد سعد أن الابنة تكون وارثة في جميع المال، ثم منعه الرسول صلى الله عليه وسلم عن الوصية بما زاد عن الثلث مع أنه لا وارث له إلا ابنة واحدة، فلو كانت لا تستحق الزيادة على النصف بالرد لجوز له الوصية بنصف المال².

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة 167 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل السادس المتعلق بالعودة والرد والدفع على مايلي :

" إذا لم تستغرق التركة ولم يوجد عصبه من النسب، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام "

وجه التفيق في المسألة :

- يستخلص من استقراءنا لنص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين في القول بجواز الرد.

غير أنه لفق في ذلك بين مذهب القائلين بالرد على أصحاب الفروض النسبية دونما الزوجين وذلك في الفقرة الأولى من المادة 67 سالفه الذكر من جهة، ومن جهة أخرى أخذ بمذهب عثمان بن عفان في القول بالرد على جميع أصحاب الفروض مطلقا من غير استثناء وذلك بنصه في الفقرة الثانية بالرد على الزوجين في حالة عدم وجود قرابة نسبية وعدم وجود ذي

¹ - مسلم بن الحجاج النيسبوري: صحيح مسلم، باب الوصية بالثلث، (1250/3) ، حديث رقم 1680

² - شمس الدين السرخسي: المبسوط، المرجع السابق، ج 29، ص 195.

رحم بحيث جعل القرابة الزوجية سببا من أسباب الاستحقاق التي تقدم على الخزينة العامة. وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد خرج بقول ملفق بين رأي جمهور الفقهاء والتابعين ورأي عثمان بن عفان، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد استحدث ترتيبا جديدا لمراتب المستحقين للتركة لم يقل به أحد من العلماء وهو كالتالي:

- 1 أصحاب الفروض
- 2 أصحاب العصابات
- 3 الترد على أصحاب الفروض غير الزوجين
- 4 -الرد على ذوي الأرحام
- 5 الترد على أحد الزوجين
- 6 الخزينة العامة .

المبحث الثاني: التلفيق بين المسائل المتعددة:

لقد احتوى قانون الأسرة علي تطبيقات كثيرة للتلفيق الفقهي بين عدة مسائل، ذلك أن المشرع الجزائري لم يلتزم بمذهب بذاته بل تخير و تنقل بين المذاهب المتعددة ، و في يلي بعض الأمثلة:

المطلب الأول: مسألة الاشتراط في عقد الزواج:

يمكن أن يقترن عقد الزواج بشروط تشترطها المرأة أو الرجل أو كلاهما معا، وهذه الشروط على ثلاثة أنواع:

- شروط موافقة لمقصود عقد الزواج و قصد الشارع، اتفق العلماء على صحتها و من أمثلها اشتراط الزوجة العشرة بالمعروف و الإنفاق و الكسوة و السكن.
- شروط تنافي مقتضى عقد الزواج و مقصود الشارع منه، و هذه اتفق العلماء على بطلانها، و من أمثلتها: أن تشترط الزوجة طلاق ضررتها أو أن يشترط الزوج ألا ينفق على زوجته.
- شروط لا توافق مقصود النكاح و لا تخالف ما قرره الشرع مثل أن تشترط الزوجة على الزوج ألا يسافر أو ألا يتزوج عليها، أو أن تستمر في عملها الذي تبيحه الشريعة و نحو ذلك، هذه الشروط اختلف الفقهاء في حكمها بين مجيز و مانع لها، فماهي المذاهب في حكم الشروط المقتترنة بعقد الزواج و ما موقف المشرع الجزائري منها؟

الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة:

اختلف العلماء في حكم هذا النوع من الشروط كالتالي :

أولاً: مذهب الجمهور¹: ذهب جمهور العلماء من مالكية و شافعية و حنفية إلى بطلان هذه الشروط .

أدلتهم: احتج هؤلاء ممن لم يرو الشروط شيئاً بأدلة منها:

¹ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ظل الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997م، ص 189.

حديث عائشة - رضي الله عنها - " كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ " ¹، وهذه الشروط ليست في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيها .

حديث: " الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا " ² فقالوا إن هذه الشروط تحرم الحلال مثل التزوج بأخرى أو السفر خارج البلد .

ثانيا: **مذهب الحنابلة**: ذهب الحنابلة إلى القول بصحة هذه الشروط ووجوب الوفاء بها، فإذا اشترطت المرأة دارها أو بلدها أو ألا يتزوج عليها فلها شرطها و إن لم يف فلها فسخ النكاح ³، يقول ابن تيمية: " يجوز أحمد أن تشترط المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق، فتشترط أن لا تسافر معه، ولا تنتقل من دارها، و تزداد على ما يملكه بالإطلاق، فتشترط أن تكون مخلية به فلا يتزوج عليها " ⁴.

أدلتهم : استدل هؤلاء:

- بعموم الآيات التي توجب الوفاء بالعهود و أداء الأمانات و النصوص الناهية عن الغدر و نقض العهد و الخيانة منها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " ⁵، و قوله تعالى: " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا " ⁶.

- استدلوا بحديث رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : " إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهَا مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ " ⁷

¹ - محمد بن يزيد ابن ماجة: سنن ابن ماجة، باب المكاتب، (3 / 563) حديث رقم 2521.

² - أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، باب الشروط في النكاح، (7 / 406) ، حديث رقم 14433.

³ - موفق الدين ابن قدامة المقدسي: عمدة الفقه، المرجع السابق، ص 172 .

⁴ - تقي الدين أحمد بن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1987، ج4، ص 81 .

⁵ - سورة المائدة الآية 01

⁶ - سورة الإسراء الآية 34

⁷ - أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، باب الشروط في النكاح، (7 / 405) . حديث رقم 14331

- استدلووا من المعقول أن العقود و الشروط من باب الأفعال العادية، و الأصل فيها عدم التحريم¹.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

- لقد نصت المادة 19 من قانون الأسرة في هذه المسألة على ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تخالف أحكام هذا القانون " و بالتالي و من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد سلك مسلك الحنابلة في إجازته للشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج و لا تتنافيه بحيث وسع من دائرة جواز الاشتراط بين الزوجين، بل الأكثر من ذلك شجع عليها من خلال إبرازه للمثاليين المتعلقين بشرط عدم تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة .

- إن الضرورة و المصلحة هي التي قد تدفع بالزوجين إلى الاتفاق على شروط معينة مقترنة بعقد الزواج، و لهذا فإن إباحة الاشتراط يتفق مع خاصية أساسية تتميز بها الشريعة الإسلامية و هي قيامها على جلب المصالح و درء المفاسد، و بالتالي فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري من موافقته لرأي الحنابلة في حرية الاشتراط هو مسلك سليم لتوافقه مع تحقيق مصالح العباد ما لم تتعارض هذه المصالح مع أحكام الشريعة الإسلامية، فتطور الحياة و مقتضيات العصر قد اقتضت ضروبا و أنواعا من المعاملات لم تكن معروفة من قبل و لم ترد النصوص بشأنها، و كذلك فإن الشروط المقترنة بعقد الزواج قد تكون عاملا مساعدا على تحقيق التوافق بين الزوجين في رسم المسار الصحيح لحياتهما المستقبلية دون أن يتنافى ذلك مع قدسية عقد الزواج، ليكون كل من الزوجين على بينة و بصيرة من أمره مما يتلافيان به كل ما قد يعكر صفو الحياة الزوجية فيما بعد .

¹ - تقي الدين أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ص 83، 84 .

المطلب الثاني: مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

من أهم المسائل التي خالف فيها المشرع الجزائري المذهب المالكي بل جل المذاهب الأربعة، مسألة الطلاق المقترن بالعدد.

الفرع الأول: مذاهب العلماء في مسألة الطلاق الثلاث:

أولاً: رأي جمهور الأئمة: وهم أئمة المذاهب الأربعة و الظاهرية؛ وهم يرون أنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً دفعة واحدة بأن قال لها: أنت طالق ثلاثاً، لزمه ما نطق بت من العدد فيقع ثلاث طلاقات¹.

أدلتهم²: استدلت فقهاء المذاهب الأربعة و الظاهرية على أدلة من الكتاب و السنة والإجماع و الآثار و القياس:

1 - من الكتاب: قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"³

فتدل الآية على وقوع الطلاق دفعة واحدة مع كونه منهيًا عنه، لأن قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ" تنبيهه إلى الحكمة من التفريق ليتمكن الزوج من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة و طلق اثنين معا صح وقوعه إذ لا تفريق بينهما.

2 - من السنة: حديث محمود بن لبيد، وفيه أن النبي - صلى الله عليه و سلم - غضب من إيقاع الطلاق دفعة واحدة من غير اللعان وقال: "أُلْعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟"⁴، وذلك دليل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً و إن كان عاصياً.

3 - من الإجماع: قالوا بحصول الإجماع من الخلف و السلف على وقوع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث ثلاثاً.

¹ - عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2001، ج4، ص 257.

² - وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص162.

³ - سورة البقرة الآية 229

⁴ - أحمد بن شعيب النسائي: السنن الصغرى، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، ط2، 1986، ، كتاب الطلاق، (6/142)، حديث رقم 3401.

4 - من الآثار : ما نقل عن كثير من الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم أوقعوا طلاق الثلاث بلفظ واحد، و هو عمل عثمان وعلي و ابن مسعود، وكذلك هو فعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب .

5 - من القياس: أن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا، فيصح مجتمعا كسائر الأملاك.

ثانيا: رأي الشيعة الجعفرية¹: يرى هؤلاء أن الطلاق المقترن بعدد لا يقع به شيء .

أدلتهم: استدلو بأنه لا يقع شيء بهذه الصيغة بأن طلاق العدد كالطلاق في الحيض عمل غير مشروع، و النبي - صلى الله عليه و سلم - يقول "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"²، و يقول الله تعالى " فإمساكٌ بمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " ³؛ وهو يدل على أن شرط وقوع الطلقة الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج الإمساك، وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة، لم تصح الثالثة إلا بعدها، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية .

ثالثا: رأي الزيدية و ابن إسحاق و ابن تيمية و ابن القيم : و هؤلاء يرون أن الطلاق المقترن بالعدد لا يقع إلا طلقة واحدة .

أدلتهم : استدل هؤلاء بآيات من الكتاب و أحاديث من السنة:

1 - من الكتاب : آية " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ " إلى قوله تعالى " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى

تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ " و يفهم من ذلك أن المشروع تفريق الطلاق مرة بعد مرة، لأنه

تعالى قال " مَرَّتَانِ " و لم يقل طلقتان، وليس مشروعا كون الطلاق كله دفعة واحدة،

فإذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد لا يقع إلا واحدة، و المطلق بلفظ الثلاث مطلق

بواحدة لا مطلق ثلاث .

من السنة : حديث ابن عباس عنه قال " كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ، وَأَبِي بَكْرٍ، وَسَنَّتَيْنِ مِنْ خِلاَفَةِ عُمَرَ، طَلَّاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ

¹ - وهبة الزحيلي : الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص 167 .

² - محمد بن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري، باب النجش (69/3) حديث رقم 2142 ، . مسلم بن الحجاج

النيسبوري، صحيح مسلم، باب نقض الأحكام الباطلة، (1343/3) حديث رقم 1718.

³ - سورة البقرة الآية 229

النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أُنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ " .¹
و هو واضح الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة في عهد رسول الله
صلى الله عليه و سلم، وأن عمر أمضاه من باب المصلحة المرسلة و السياسة الشرعية في
زمانه لما ترك الناس تقوى الله في الطلاق .²

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

تنص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " لا يمكن أن يراجع الرجل من
طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " ،
وتنص المادة 49 من نفس القانون : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح
يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " .
ومنه فإن الطلاق في نظر المشرع الجزائري لا يقع ثلاثا إلا بعد صدور ثلاثة أحكام قضائية
متتالية، بمعنى أن يطلق الزوج زوجته في المرة الأولى ثم يراجعها، ثم يطلقها في مرة
ثانية، ثم يراجعها، ثم يطلقها في المرة الثالثة، هنا نكون أمام الطلاق الثلاث .
أما إذا كان الطلاق بلفظ الثلاث كأن يقول الزوج لزوجته أنت مطلقة طلاقا ثلاثا، هنا لا يقع
الطلاق إلا طلقة واحدة إذا نطق به القاضي³، وبالتالي فقد أخذ المشرع الجزائري برأي ابن
تيمية و من وافقه و الذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات، وإن الطلاق
المقترن بعدد لا يقع إلا واحدا⁴ .

- إن الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري في كون طلاق الثلاث لا يقع إلا واحدا هو الرأي
الذي يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي في جعل الطلاق دفعات متعددة، أي ثلاث مرات،
ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى ثم الثانية و يروضها على الصبر و الاحتمال، حتى
إذا لم تفده التجارب و وقعت الثالثة علم أنه ليس في البقاء خيرا، وأن الانفصال البات بين

¹ - مسلم بن الحجاج النيسبوري: صحيح مسلم، باب الطلاق، (1099/2)، حديث رقم: 1472 .

² - وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، المرجع السابق، ص168 .

³ - تشوار الجبالي : محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، أقيمت بجامعة تلمسان ، دفعة 2009/2008 ، ص49 .

⁴ - العربي بلحاج :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص252 .

الزوجين أحق و أولى¹، و هو الرأي الذي تبنته معظم التشريعات العربية² و استقرت عليه، و هو رأي معظم الفقهاء المعاصرين دفعا للحرص الديني و تجنباً للتحايل في قضايا الطلاق و في ذلك ما فيه من المفاصد³.

المطلب الثالث: مسألة المدة التي يحكم فيها بموت المفقود:

إن المفقود هو الشخص الذي انقطع انقطع أثره و لم يعلم خبره⁴، و لقد عرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقوداً إلا بحكم " و يعتبر الفقهاء المفقود حياً حتى يتبين أمره أو تمضي مدة يغلب الظن فيها أنه مات و يحكم بموته، و لكنهم اختلفوا في هذه المدة على عدة أقوال، فما هي هذه الأقوال و ما موقف المشرع الجزائري منها ؟

الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة:

أولاً : رأي الحنفية : للحنفية عبارة مشهورة و هي " المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره "⁵ و ذلك استصحاباً للحال و إعمالاً للقاعدة أن اليقين لا يزول بالشك، فلا يخرج عن هذه القاعدة إلا بيقين، و معنى هذا أن يجري عليه حكم الحي فيما كان له، فلا يورث ماله، و لا تبين امرأته، و بالتالي فلا يعتبر المفقود ميتاً إلا إذا توفي جميع أقرانه ، و استدلوا

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص253 .

² - وذلك في المادة 51 من القانون المغربي ، و المادة 92 من القانون السوري، و المادة 109 من القانون الكويتي، و المادة 03 من القانون المصري، المادة 72 من القانون الأردني، و المادة 37 من القانون العراقي.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص306.

⁴ - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي و أدلته، المرجع السابق، ص 103 .

⁵ - أبو بكر بن علي العبادي الحنفي: الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ، ج1، ص360 . عبد الرحمن شبيخي زادة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت، ج 1، ص 712 .

بالحديث: " امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ " ¹، وكذلك بالأثر المروي عن علي أنه قال في امرأة المفقود: " امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَةٌ ابْتُلِيَتْ فَلْتَصْبِرْ لِمَا تَكْحُحُ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينٌ مَوْتِهِ " ².

فلا يحكم القاضي بموت المفقود إلا بموت جميع أقرانه، و روي عن أبي حنيفة أن هذه المدة هي مئة و عشرون سنة و قيل تسعون سنة و قيل ثمانون و روي عن أبي يوسف أنه قدرها بمائة سنة من يوم الميلاد ³.

ثانيا: رأي المالكية : يقسم المالكية المفقود بحسب مكان الفقد، بحيث بينوا الحكم بموت المفقود بناء على هذا التقسيم ⁴:

1 - للمفقود في بلاد الكفار: لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت بيينة على ذلك، فإن لم تظهر بيينة حكم بموته بعد سبعين سنة من يوم ولد، وهو سن التعمير عند المالكية، و قيل ثمانين و حكم بخمس و سبعين سنة.

2 - المفقود في بلاد الإسلام : يفصلون في ذلك :

أ - بالنسبة لزوجته: فإنها تعتد بعد مضي أربع سنين من حيث الانتهاء من البحث و التفتيش عنه.

ب - بالنسبة لأمواله: لا يحكم بموت المفقود في بلاد الإسلام حتى يأتي عليه زمان لا يعيش مثله فيه و هي مدة التعمير.

3 - المفقود في الحروب: سواء كانت حروبا بين المسلمين بعضهم مع بعض أو حروبا بين المسلمين و الكفار فيحكم بفقده بعد سنة من انفصال الصفين.

ثالثا : رأي الشافعية : إن تقدير المدة التي يحكم فيها بموت المفقود تترك للقاضي يحكم فيه و يبين المدة حسب الظروف و أحوال الواقعة المعروضة أمامه، و ذلك لأن الأصل

¹ - أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، باب امرأة المفقود (731/7)، حديث رقم 15565.

² - أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، باب من قال بتخيير المفقود، (734/7) حديث رقم 15574

³ - يوسف عطا محمد حلو: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير تحت إشراف: مروان علي القدومي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2003، ص 31 .

⁴ - المرجع نفسه ص 34 .

حياة المفقود و لا يمكن الخروج على هذا الأصل إلا بيقين¹، يقول الشافعي: " فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت، مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر، أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا تتكح أبدا حتى يأتها يقين وفاته، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه"².

ثانيا: رأي الحنابلة: فرق الحنابلة بين الحالة التي تغلب فيها السلامة و الحالة التي يغلب فيها الهلاك:

1 -حالة المفقود الذي يغلب عليه السلامة و لا يغلب عليه الهلاك: كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة و نحو ذلك ولم يعلم خبره، فإن غيبته رغم طولها يحتمل معها بقاءه، وللقاضي الاجتهاد في تحديد المدة و قد حددها بعضهم بتسعين سنة.

2 -حالة المفقود قي الظروف الاستثنائية وهي الحالة التي يغلب فيها الهلاك: كمن كان في سفينة و غرقت و مات بعض ركابها، أو من غاب في صفوف القتال ثم انقطعت أخباره أو حالات الكوارث و الفتن وما شابه ذلك مما يغلب فيه الهلاك، ففي هذه الحالة ينتظر به أربع سنوات من تاريخ غيبته، فإذا لم يتبين أمره و لم تعرف حياته من مماته فإن القاضي يحكم بموته فيقسم ماله و تعتد امرأته عدة الوفاة .

وقد استدلوا بحديث عبيد بن عمير: " فقد رجل في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له، فقال: انطلق فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته، فقال: انطلقى فاعتدي أربعة أشهر وعشراً، ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاء وليه، فقال: طلقها، ففعل، فقال عمر: انطلقى فتزوجي من شئت، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال له عمر: أين كنت؟

¹ - مصطفى محمد عبادة: فقه المواريث في ضوء الكتاب و السنة ، مكتبة الإيمان، المنصورة ، مصر، د ط، 2003، ص 231 .

² - محمد بن إدريس الشافعي: كتاب الأم، المرجع السابق، ج5، ص255.

قال: استهوتني الشياطين، فوالله ما أدري في أي أرض، كنت عند قوم يستعبدونني حتى غزاهم قوم مسلمون، فكنت فيمن غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس، وهؤلاء الجن، فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري، فقالوا: بأية أرض الله تحب أن تصبح؟ فقلت: بالمدينة: هي أرضي، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحر، فخيره عمر: إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق فاختر الصداق " ¹.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 113 من قانون الأسرة على أنه " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات من البحث و التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات ". - إن ما نصت عليه المادة 113 من قانون الأسرة يدل على أن المشرع الجزائري قد سلك مسلك الحنابلة في التفريق في نوع الفقد بين حالة غلبة السلامة و حالة الظروف الاستثنائية التي لا تغلب فيها السلامة، و كذلك في تحديده لمدة الأربع سنوات حال الفقد في الظروف التي يغلب عليها الهلاك، و كذا بتركه في تقدير المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في الظروف التي لا يغلب عليها الهلاك لقاضي الموضوع، بحيث يحدد المدة اللازمة تبعاً لوقائع القضية و ظروف الفقدان و حالة المفقود من صحة و مرض و تقدم في السن، فيقوم القاضي بالتنبئ من أمر المفقود بكل الطرق، و له أن يحكم بموته دون أن يلزمه القانون بمدة معينة، إلا أنه يمكنه أن يحتكم بموته قبل انقضاء الأربع سنوات من الفقد؛ ذلك أنه بحسب نص المادة 113 يجب التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف يغلب عليها الهلاك، فالتقيد بها لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى ².

¹ - محمد ناصر الدين الاباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1985،

(150/06)، حديث رقم 1709

² - ابتسام شرابين: المفقود في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير تحت إشراف بلقاسم أعراب، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص 76 .

- إن اعتماد المشرع الجزائري على تقسيم الحنابلة في التفريق بين الحالات التي تغلب فيها السلامة و الحالات الاستثنائية للحكم بموت المفقود هو منهج يتلاءم مع المنطق و العقل السليم، غير أن مدة الأربع سنوات تبدو طويلة مما لا يتناسب مع هذا العصر، فنحن في عصر غير عصر عمر بن الخطاب و لا عصر الحنابلة الذين قاسوا و اجتهدوا في تقدير هذه المدة بحسب ظروفهم و أزمانهم، أما و نحن في عصر غلبت فيه السرعة و كثرة وسائل المواصلات و الاتصالات فهذه المدة تبدو طويلة بما كان، و هذا يدفعني إلى أن أحث المشرع الجزائري و مختلف التشريعات العربية¹، و من ورائها المجامع الفقهية على ضرورة الاجتهاد في هذه المسألة للخروج بمدة معقولة تناسب تغير الظروف و الأزمان، خاصة على ما يقع في وقتنا الحاضر من حروب و فتن في البلاد العربية و الإسلامية .

المطلب الرابع: مسألة الوصية الواجبة:

الأصل في الحكم الشرعي للوصية أنها مندوبة عند جمهور الفقهاء، وأنه تعريها الأحكام التكليفية من وجوب و ندب و إباحة و كراهة و تحريم، و أن الأصل في الوصية حتى و إن كانت واجبة شرعا فإنها اختيارية، ينشئها الإنسان بمحض إرادته و لا يلزم بها قضاء، وكذلك لا تخرج وصية من مال دون أن يكون صاحب المال قد أنشأها قبل موته²، غير أن القوانين قد أنشأت نوعا جديدا من الوصايا اتخذت صفة الوجوب لصنف معين من الأقارب، فما حقيقة هذه الوصية؟ و ماهو تأصيلها الفقهي؟ و ما موقف المشرع الجزائري منها؟

¹ - أخذت معظم التشريعات العربية بتقسيم الحنابلة، ففرقت بين حالتي غلبة السلامة و حالة غلبة الهلاك، و تبنت مدة الفقد الخاصة بالحنابلة في الحالة الأخيرة، و لكن اختلفت في مدة الفقد بالنسبة لحالة غلبة السلامة، فذهب المشرع المصري في المادة 21 من قانونه إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري، في حين قدر المشرع السوري هذه المدة بثمانين سنة اقتداء بالمذهب الحنفي و ذلك من باب التلقيق في جزئيات المسألة الواحدة بين كل من المذهب الحنفي و المذهب الحنبلي بحيث نص في المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية السوري على التالي " ينتهي الفقد بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر، هذا إذا لم يكن فقده بسبب عمليات حربية أو حالات مماثلة لها مما يغلب فيها الهلاك، فإنه يجوز الحكم بموته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده ."

² - ريم عادل الأزغر: الوصية الواجبة، رسالة ماجستير تحت إشراف: مازن إسماعيل هنية، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة و القانون، غزة، فلسطين، 2008م، ص 39 .

الفرع الأول: تعريف الوصية الواجبة:

أولاً: التعريف اللغوي: الوصية: أوصاه ووصاه توصية: عهد إليه¹

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

" هي قدر من المال يستحقه فرع ولد الميت إذا مات أبوه في حياة جده فيأخذ نصيب والده كما لو كان حياً فيما لا يزيد عن الثلث، و يأخذ هذا القدر لزاماً بحكم القانون"²

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في المسألة:

أولاً: المجيزون للوصية الواجبة: إن الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القرآن الكريم ولا السنة النبوية الشريفة و لم يقل بها أحد من الفقهاء أو المذاهب المعروفة، غير أن بعض العلماء مثل ابن حزم و الإمام الطبري ذهب إلى وجوب الوصية ديانة و قضاء للوالدين و الأقربين إذا وجد سبب يمنعهم من الميراث³ .

هذا الرأي استحدث به علماء الشريعة الإسلامية المعاصرون نظام الوصية الواجبة، و استندت إلى هذا الرأي الأنظمة القانونية المعاصرة لكثير من الدول الإسلامية⁴. أدلتهم: استند هؤلاء على أصل الوجوب بآية الوصية و على رأي بعض الصحابة و التابعين و رأي ابن حزم، و قواعد الشريعة و مقاصدها العامة:

1- من الكتاب: استندوا إلى قوله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁵

- فدللت الآية في ظاهرها على و وجوب الوصية للوالدين و الأقربين، لأن " كُتِبَ" بمعنى فرض، و أن الوجوب نسخ في حق الوالدين و الأقربين الذين يرثون بنص آيات المواريث في سورة النساء و بقي الوجوب في من لا يرث من الوالدين و الأقربين⁶ . كما أنه يمكن

1 - محمد بن يعقوب الفيروزابادي، القاموس المحيط، مادة وصى، ص 1343.

2 - ريم عادل الأزغر، الوصية الواجبة، المرجع السابق، ص 40 .

3 - علي بن حزم الظاهري: المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت، ج 8، ص 353.

4 - سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 170 .

5 - سورة البقرة الآية 180

6 - ريم عادل الأزغر: الوصية الواجبة، المرجع السابق، ص 44 .

الجمع بيت آية الوصية و آية المواريث بأن الوصية عامة تشمل الوصية للوارث و لغير الوارث من الأقارب، فكانت الوصية واجبة لهم جميعا ثم خص الوارثين منهم بآيات المواريث و الأحاديث.

2 - السنة: استدلوا من السنة بما يلي :

- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا حَقَّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيْتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»¹.
ووجه الدلالة أن الحديث في ظاهره يدل على الوجوب و أولى الناس بذلك الأقارب الذين لا يرثون.

- و استدلو أيضا بالحديث " عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، وَلَمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكْفَرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ»².
ووجه الدلالة على إيجاب الوصية عن من لم يوص لأن التكفير لا يكون إلا من الذنب، فبين رسول الله أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنهن وذلك بأن يتصدق عنه.

3- قواعد الشريعة و مقاصدها: من القاعد العامة الشرعية في الإسلام تحقيق العدالة و مرونة الدين بحيث يشمل جميع الأحداث التي لم ينص عليها الشرع و التي تحقق مصالح الأمة³، فالولد الذي مات في حياة أبيه قد يكون سبب وجود المال و قد بترك خلفه أولادا دون معيل، فاقتضت العدالة أن يعطى هؤلاء الأبناء ما يصلح حالهم .

4 - المصلحة المرسلّة: استدل القائلون بالوصية الواجبة بالمصلحة المرسلّة التي ذهب الفقهاء إلى حجية العمل بها إذا توافرت الشروط و هي التي يبني عليها الحكم كلية لا جزئية، و يتحقق الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة و أن لا تعارض حكما أو قاعدة تثبت بالنص أو الإجماع، و في تشريع الوصية الواجبة جلب لمصلحة لأولاد الفروع الذين

¹ - محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، باب الوصايا، (2/4) حديث رقم 2738. مسلم بن الحجاج النيسبوري، صحيح مسلم، باب الوصية، (3/1249). حديث رقم 1627

² - مسلم بن الحجاج النيسبوري، صحيح مسلم، باب وصول ثواب الصدقات للميت، (254/3)، حديث رقم 1630

³ - ريم عادل الازغر: الوصية الواجبة ، المرجع السابق، ص 58 .

لا يرثون و دفع لمفسدة عنهم بأن لا يجمع عليهم مصيبة اليتيم و مصيبة الحرمان من الميراث.

ثانيا: المانعون للوصية الواجبة : استدل هؤلاء بما يلي :

- 1 أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يوص، و أيضا الصحابة رضوان الله عليهم توفوا و لم ينقل عن أحدهم أنه أوصى بوصية واجبة، فلو كانت واجبة لما تركها النبي صلى الله عليه و سلم و لا الصحابة.
- 2 -استدلوا بالحديث " إِنَّ اللَّهَ يُوصِيكُمُ بِالْأَقْرَبِ فَأَلْقُرَبِ " ¹، فالحديث يدل على أن الابن أقرب من ابن الابن فلا يورث هذا الأخير، لأن الحديث ينص على أن الوصية تكون للأقرب فالأقرب .
- 3 -يرى المانعون للوصية الواجبة أن الأحاديث الحاتة على الوصية لا تدل على الوجوب و إنما تدل على الاستحباب، فلم ينقل عن أحد من أصحاب المذاهب الأربعة بوجوب الوصية و إنما نقل عنهم الاستحباب فقط.
- 4 -الوصية عمل خير و أعمال الخير لا وجوب فيها.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري و على غرار كثير من التشريعات العربية على نظام الوصية الواجبة، وعالجها المشرع الجزائري في المواد: 169، 170، 171، 172 من قانون الأسرة المعدل وذلك من الفصل السادس من الكتاب الثالث:

المادة 169: من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية .

المادة 170: أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

¹ - محمد بن يزيد ابن ماجة: سنن ابن ماجة، باب بر الوالدين، (631/4). حديث رقم: 3660

المادة 171: لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزِيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو

كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزِيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة .

المادة 172: أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه و أمه .

و يكون هذا التنزِيل للذكر مثل حظ الأنثيين.

- إذا و من خلال ما تقدم فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق مذهب القائلين بالوصية الواجبة من ظاهرية و بعض التابعين غير أن هؤلاء و إن نصوا على و جوب الوصية في حالات معينة إلا أنهم لم يقولوا بالوصية الواجبة بالشكل المكرس في قانون الأسرة الجزائري و غيره من القوانين العربية¹ التي اجتهدت في تشريعاتها حيث كان القانون المصري أول المكرسين لهذا النظام في شكله الحالي، ثم توالى التشريعات العربية على هذا المنوال في تبني الوصية الواجبة في قوانينها مستفيدين في ذلك من التجربة المصرية، و لهذا فإنه يمكن أن نقول أن هذه القوانين قد تبنت رأي الظاهرية في أصل التشريع فقط أما أحكام و شروط الوصية الواجبة فقد كانت ذات منطلق اجتهادي قانوني، ذلك أن ابن حزم و إن قال بوجوب الوصية للأقربين إلا أنه لم يحصرها في أبناء المتوفى².

¹ - أول التشريعات العربية تطبيقاً لنظام الوصية الواجبة القانون المصري لسنة 1946م ثم القانون السوري لسنة 1953م.

² - ريم عادل الأزغر، الوصية الواجبة، المرجع السابق، ص 104 .

الخاتمة

و في الأخير و بعد أن تطرقنا لمفهوم التلفيق الفقهي و أحكامه و آراء العلماء فيه، و حاولنا إبراز أمثلة تطبيقية للتلفيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري فإني قد خلصت للنتائج التالية:

- 1- لتعريف المختار للتلفيق الفقهي هو " الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة أو باب واحد أو أجزاء الحكم الواحد "
 - 2- إن التلفيق الفقهي لم يعرف كمصطلح بهذا المعنى إلا في حدود القرن الرابع أو الخامس هجري عندما انتشر التقليد و أغلق باب الاجتهاد.
 - 3- إن مجال التلفيق الفقهي هو المسائل الاجتهادية الظنية فقط فلا يكون فيما علم من الدين بالضرورة.
 - 4- إن الخلاف الحقيقي بين العلماء في حكم التلفيق الفقهي هو بالنسبة لحكم التلفيق في جزئيات المسألة الواحدة و يتجلى ذلك في مختلف الأمثلة التي ناقشها المجيزون و المانعون للتلفيق الفقهي، أما التخير و التنقل بين المذاهب المختلفة فهو ليس بخلاف ذي بال بينهم.
 - 5- لقد أورد كل من المانعين للتلفيق الفقهي و المجيزين له حججا و أدلة معتبرة، غير أن الرأي المختار الذي أميل إليه و الذي مال إليه كثير من المعاصرين هو العمل بالتلفيق بين المذاهب و لكن و فق الشروط و الضوابط التي قررها العلماء، و لعل أهمها على الإطلاق هو عدم تتبع الرخص قصدا، إضافة إلى و جود المصلحة و الضرورة من ذلك التلفيق و كذلك مراعاة الضوابط الأخرى التي بينها في ثنايا هذا البحث.
 - 6- من خلال استقراءنا للأمثلة المختلفة للتلفيق الفقهي نلاحظ أن مجال الأحوال الشخصية هو مجال تبرز فيه بشدة ظاهرة التلفيق بين المذاهب الفقهية.
 - 7- إن ظاهرة التلفيق في التقليد هي ظاهرة بارزة في مباحث قانون الأسرة الجزائري ، ذلك أن المشرع الجزائري لم يلتزم مذهبا معينا بعينه و إنما تنقل و تخير بين المذاهب و الآراء :
- لفق بين كل من المذهب المالكي و المذهب الحنفي في مسألة رد الهدايا بين الخطيبين حال العدول عن الخطبة.

- لفق بين كل من المذهب المالكي و المذهب الحنفي في مسألة دور الولي في عقد الزواج.

- لفق بين كل من المذهب المالكي و المذهب الحنبلي في مسألة طلب الزوجة التطلق بسبب غيبة الزوج.

- أخذ في مسألة الرد على أصحاب الفروض بقول المجيزين للرد غير أن المشرع الجزائري خرج بقول جديد لم يقل به أحد من المجيزين، ذلك أن هؤلاء اختلفوا فيمن يرد عليهم من الورثة فلم يتفقوا على كلمة واحدة و كذلك لم يتفق معهم المشرع الجزائري بحيث لم يأخذ بقول أحد منهم على إطلاقه و إنما لفق بين قولين اثنين: قول الجمهور من جهة و قول عثمان ابن عفان من جهة أخرى.

- أخذ المشرع الجزائري في مسألة الاشتراط في عقد الزواج بمذهب الحنابلة الموسعين لدائرة الاشتراط.

- خالف المشرع الجزائري المذاهب الفقهية الأربعة و اختار قول ابن تيمية في أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع إلا واحدا.

-أخذ المشرع الجزائري بمذهب فقهاء الحنابلة في مسألة الحكم بموت المفقود فاختر تقسيمهم في التفريق بين حالتى غلبة السلامة و غلبة الهلاك و كذلك اختار المدة التي حددها الحنابلة في الحكم بموت المفقود و هي أربع سنوات.

- أخذ المشرع الجزائري بتبنيه لنظام الوصية الواجبة بقول استحدثه العلماء المعاصرون و القوانين العربية بوجود الوصية في حق الأبناء الذين مات مورثهم في حياة أبيه، و هذا القول يؤصله أصحابه على قول ابن حزم الظاهري بوجود الوصية في حق الوالدين و الأقربين، غير أنه و إن وجد هذا القول مستنده الشرعي في مذهب ابن حزم إلا أنه يختلف عنه تماما و الدليل على ذلك هو اختلاف التشريعات العربية في نصوصها بالنسبة لضوابط و شروط الوصية الواجبة .

8- لقد أخذ المشرع الجزائري في أحيان كثيرة بمذهب من المذاهب التي توافق متطلبات المجتمع و ضرورة العصر و هذا أمر يحمد عليه و من أمثلة هذا وقوع طلاق الثلاث طلقة واحدة و مسألة وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، إلا أنه أحيانا أخذ بمذهب من المذاهب لأسباب خارجية مثل مسألة دور الولي في عقد الزواج حيث حاول المشرع الجزائري تعديله بما يتناسب مع الاتفاقيات الدولية و

ضغوطات الجمعيات النسوية التي تتادي بالمساواة المطلقة فوق المشرع الجزائري موقف المتذبذب.

الاقتراحات:

- 1 - أتمنى أن يعنى هذا الموضوع بمزيد من الدراسة لأن ظاهرة التلفيق بين المذاهب هي ظاهرة بارزة و تحتاج لكثير من الدراسة و الاهتمام خاصة من قبل الفقهاء المعاصرين .
- 2 لأن قانون الأسرة الجزائري هو قانون مستمد أساسا من أحكام الشريعة الإسلامية فإني أتمنى أن يشرف على تعديله أو صياغته علماء متخصصون في الفقه الإسلامي لأن هؤلاء أدرى بمواقع التلفيق الحسن و مواقع التلفيق الممنوع الذي يجب تجنبه.
- 3 أتمنى من الهيئات القائمة بالتشريع قبل اللجوء للتقليد و التلفيق أن تقوم بالاجتهاد و ذلك بالاستعانة بمختلف المجامع الفقهية و الهيئات المتخصصة و ذلك لأن ما يصلح لعصر قد لا يصلح لعصر آخر.
- 4 يمكن للتلفيق الفقهي أن يكون عاملا مساعدا في توحيد النظام القانوني العربي لما فيه من نبت للمذهبية و الطائفية لذا فإني أدعوا إلى الالتفات لهذا الموضوع من قبل أولي الشأن.

الفهارس الفنية

فهرس المصادر و المراجع:

القرآن الكريم:

متون الحديث:

1- أحمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، تح قيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، د ط، 2009م.

2- أحمد بن حجر العسقلاني: العجائب في بيان الأسباب، دار ابن الجوزي، د ط، د ت.

3- أحمد بن شعيب النسائي: السنن الصغرى، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، ط2، د ت.

4- أحمد بن محمد الطحاوي: شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار و محمد سيد، عالم الكتب، ط1، 1994م.

5 - محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.

6- محمد بن حبان التميمي: صحيح بن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1993م.

7- محمد بن يزيد ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د ط، د ت.

8- مسلم بن الحجاج النيسبوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت.

9- ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1985م.

كتب أحاديث الأحكام:

10- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الحديث، د ط ، د ت.

كتب الفقه:

1- الفقه الحنفي:

11- أبو بكر بن علي العبادي الحنفي: الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط1، 1322هـ.

12- عبد رحمن شيخي زادة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت.

13- شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1993م.

14- محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1992م.

2-الفقه المالكي:

15- خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل، شركة القدس للتصدير، القاهرة، ط1، 2006.

16- شهاب الدين القرافي: الذخيرة، تحقيق: أحمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م.

17- صادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي و أدلته، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2008م.

18- محمد بن أحمد الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت

19- محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط6، 1983م.

20- وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا ط1، 2000م.

3-الفقه الشافعي:

21- سليمان بن عمر العجيلي الجمل: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، د ت، د ط.

22- محمد بن إدريس الشافعي: كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1990م.

4-الفقه الحنبلي:

23- أحمد بن تيمية تقي الدين: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1، 1987م.

24- موفق الدين ابن قدامة المقدسي: المغني، مكتبة القاهرة، مصر، د ط، د ت، 1968م.

25- موفق الدين ابن قدامة المقدسي: عمدة الفقه ، دار الآثار للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2005م.

5-الفقه الظاهري:

26- علي بن حزم الظاهري: المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.

6-الفقه العام:

- 27- السيد سابق: فقه السنة، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط1، 2001م.
- 28- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع، القاهرة ، مصر، ط1، 2001م.
- 29- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ظل الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997م.
- 30- عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة، دار قرطبة، الجزائر، ط1، 2007م .
- 31- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 2، 1950م.

كتب المصطلحات الفقهية:

- 32- محمد بن قاسم الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ، المكتبة العلمية، بيروت، ط 1، 1350هـ.

كتب أصول الفقه:

- 33- محمد يحيى الـولاتي : إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2006م.

الكتب المتخصصة:

- 34- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008م.
- 35- جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط 1، 1986م.
- 36- محمد إبراهيم الحفناوي: تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، دار الحديث، القاهرة ، ط1 1995م.
- 37- عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، الجزائر، ط1، 1990م.
- 38- محمد أبو عبد الله الحنفي عبد العظيم : القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد و التقليد ، تحقيق: نور الدين عباسي ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1، 2007م.
- 39- محمد سعيد الباني: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، دار القادري ، دمشق، 1998م، ط2.

40- ناصر بن عبد الله الميمان: النوازل التشريعية ، دار ابن الجوزي ، الدمام ، المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ .

41- وهبة الزحيلي : الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب، مؤسسة الإسرائ، الجزائر، ط1، 1993م .

الرسائل و المذكرات:

42- ابتسام شرابن: المفقود في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير تحت إشراف بلقاسم أعراب، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس، 2010م.

43- آية عبد السلام فنون : التفليق وتتبع الرخص وتطبيقاته في العبادات والأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير تحت إشراف: حسين مطاوع الترتوري : جامعة الخليل كلية الدراسات العليا ، قسم القضاء الشرعي ، فلسطين، 2006م.

44- ريم عادل الأزغر: الوصية الواجبة، رسالة ماجستير تحت إشراف: مازن إسماعيل هنية، الجامعة الإسلامية ، كلية الشريعة و القانون، غزة، فلسطين، 2008م.

45- محمود عيسى يونس: خلاف الأئمة الأربعة في مسائل الميراث، رسالة ماجستير تحت إشراف: هارون الشرباتي، جامعة الخليل، قسم القضاء الشرعي، فلسطين، 2007م.

46- اليزيد عيسات ، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، تحت إشراف ، عمر بالماضي ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، سنة 2013/2012.

47- يوسف عطا محمد حلو: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير تحت إشراف: مروان علي القدومي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا ، نابلس، فلسطين، 2003م.

الكتب القانونية

48- سعيد بويزري: أحكام الميراث بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر، د ط ، 1995م.

49- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2007م .

50- مصطفى محمد عنبوة: فقه المواريث في ضوء الكتاب و السنة ، مكتبة الإيمان، المنصورة ،مصر، د ط، 2003.

المعاجم:

51- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط 5، 1999م.

52- محمد بن يعقوب الفيروزبادي : القاموس المحيط _ ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م.

كتب التراجم:

53- أحمد بابا التتبعي : نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ط1، 1989.

54- جلال الدين السيوطي : طبقات الحفاظ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ.

55- جلال الدين السيوطي: حسن المحاضرة في تاريخ مصر و القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط1، 1967م.

56- خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15 ، 2002م.

57- عبد الرزاق البيطار، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، دار صادر بيروت، لبنان، ط2، 1993م.

58- محمد المغراوي: موسوعة مواقف السلف في العقيدة، المكتبة الإسلامية للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، ط1، د ت.

60- محمد بن محمد مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، د ط 1349هـ .

الاتفاقيات:

61- الأمم المتحدة: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 1979/12/18م.

القوانين:

62- القانون رقم 09-05 المؤرخ في: 04/05/2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02

05- المؤرخ في: 27/02/2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في

09/06/1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 43.

المقالات:

63- غازي بن مرشد بن خلف العتيبي: التلفيق بين المذاهب وعلاقته بتسيير الفتوى ، بحث ملقي في مؤتمر الفتوى وضوابطها تحت إشراف المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة .

المحاضرات:

64- تشوار الجيلالي : محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، أقيمت بجامعة تلمسان ، دفعة 2009/2008 م .

مواقع الانترنت:

65- موقع رابطة العالم الإسلامي ، المؤتمر العالمي للفتوى و ضوابطها ،
<http://www.themwl.org>

فهرس الآيات:

رقم الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
62	180	البقرة	كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ
21	185	البقرة	يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ
37	221	البقرة	وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا
-54-43 55	229	البقرة	الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ
39	230	البقرة	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ
39	232	البقرة	وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ
39	234	البقرة	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ
47	14	النساء	وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَعُدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ
04	59	النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ
52	01	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
49	75	الأنفال	وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ
46	11	الرعد	وَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ بِقَوْمٍ سُوءًا فَلَا مَرَدَّ لَهُ وَمَا لَهُمْ مِنْ دُونِهِ مِنْ وَالٍ
52	34	الإسراء	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا
21	78	الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
02	26	ص	فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ

فهرس الأحاديث و الآثار:

الصفحة	الحديث أو الأثر
03	الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ، اثْنَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ....
13	إِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ أَنْ تُؤْتَى رِخْصَةً كَمَا يَحِبُّ أَنْ تُؤْتَى عِزًّا
21	مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا
21	إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قَلْتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خُبْنًا
38	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍِّّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ
38	أَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ.
39	الْيَتِيمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا
43	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ
48	إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَنَا وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ
49	الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس
52	كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ
52	الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا
54	أَيُّعْبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ!
55	مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ
56	كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَبِي بَكْرٍ، وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلافةِ عُمَرَ، طَلَاقُ الثَّلاثِ وَاحِدَةٌ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ آنَاءٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ "
58	امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ
58	امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَةٌ ابْتُلِيَتْ فَلْتَصْبِرِ لِمَا تَنْكُحُ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينُ مَوْتِهِ
60	فقد رجل في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك ...
63	مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، بَيْتٌ لِثَلَاثَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ
63	أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، وَلَمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكْفَرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ»
64	إِنَّ اللَّهَ يُوصِيكُمْ بِالْأَقْرَبِ فَأَلْأَقْرَبِ

فهرس الأعلام:

الصفحة	العلم
10	الباني: محمد سعيد بن عبد الرحمان الدمشقي.
09	الجندي: خليل بن اسحاق بن موسى بن شعيب ضياء الدين أبو المودة.
33	الحصكفي: محمد بن علي محمد الحصني علاء الدين.
13	الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي.
38	السرخسي: محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر.
23	السفاري: سعيد بن أسعد الدمشقي الحنبلي.
20	العسقلاني: شهاب الدين ابن حجر أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن علي الكناني .
15	القاسمي: جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم أبو الفرج.
09	القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي.
19	الناقلي: عبد الغني بن اسماعيل بن عبد الغني.
11	الورغمي: ابن عرفة: محمد بن محمد ، أبو عبد الله

فهرس الموضوعات :

الصفحة	الموضوع
	المقدمة
02	مبحث تمهيدي: تقنين الفقه الإسلامي و أثره على قوانين الأحوال الشخصية
02	المطلب الأول: تقنين الفقه الإسلامي
02	الفرع الأول: تعريف التقنين الفقهي
03	الفرع الثاني: مذاهب العلماء في مسألة التقنين الفقهي
04	المطلب الثاني: أثر التقنين الفقهي على قوانين الأحوال الشخصية
05	الفرع الأول: أثر التقنين الفقهي على قوانين الأحوال الشخصية العربية
06	الفرع الثاني: أثر التقنين الفقهي على قانون الأسرة الجزائري
	<u>الفصل الأول: مفهوم التلفيق الفقهي و أحكامه</u>
09	المبحث الأول: مفهوم التلفيق الفقهي
09	المطلب الأول: تعريف التلفيق الفقهي و تمييزه عما يشابهه
09	الفرع الأول: تعريف التلفيق الفقهي
11	الفرع الثاني: تمييزه عما يشابهه
14	المطلب الثاني: نشأة التلفيق الفقهي و مجاله:
14	الفرع الأول: نشأة التلفيق الفقهي
15	الفرع الثاني: مجال التلفيق الفقهي
16	المطلب الثالث: أنواع التلفيق الفقهي
16	والفرع الأول: التلفيق في الاجتهاد
17	الفرع الثاني: التلفيق في التقليد
19	المبحث الثاني: أحكام التلفيق الفقهي
19	المطلب الأول: آراء العلماء في التلفيق الفقهي و أدلتهم
19	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
19	الفرع الثاني: أدلة العلماء في مسألة التلفيق الفقهي

27	المطلب الثاني: ضوابط التلفيق الجائز و بيان التلفيق الممنوع
27	الفرع الأول: ضوابط التلفيق الجائز
29	الفرع الثاني: بيان التلفيق الممنوع
	الفصل الثاني: تطبيقات التلفيق الفقهي في قانون الأسرة الجزائري
33	المبحث الأول: التلفيق الفقهي في جزئيات المسألة الواحدة:
33	المطلب الأول: مسألة استرداد الهدايا حال العدول عن الخطبة
33	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
35	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
36	المطلب الثاني: مسألة دور الولي في عقد الزواج
36	الفرع الأول: تعريف الولي لغة و اصطلاحا
37	الفرع الثاني: مذاهب العلماء في المسألة
40	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
42	المطلب الثالث: مسألة التطليق بسبب الغيبة
42	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
43	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
46	المطلب الرابع: مسألة الرد على أحد الزوجين في الميراث
46	الفرع الأول: تعريف الرد و شروطه
47	الفرع الثاني: مذاهب العلماء في المسألة
49	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
51	المبحث الثاني: تطبيقات التلفيق الفقهي بين المسائل المتعددة
51	المطلب الأول: مسألة الاشتراط في عقد الزواج
51	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
53	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
54	المطلب الثاني: مسألة الطلاق بلفظ الثلاث
54	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
56	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

57	المطلب الثالث: مسألة المدّة التي يحكم فيها بموت المفقود
57	الفرع الأول: مذاهب العلماء في المسألة
60	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
61	المطلب الرابع: مسألة الوصية الواجبة
62	الفرع الأول: تعريف الوصية الواجبة لغة و اصطلاحاً
62	الفرع الثاني: مذاهب العلماء في المسألة
64	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري
67	الخاتمة
	<u>الفهارس الفنية</u>
71	فهرس المراجع
77	فهرس الآيات
78	فهرس الأعلام
79	فهرس المواضيع