

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية



تخصص: شريعة وقانون

قسم: العلوم الإسلامية

دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجاً

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون

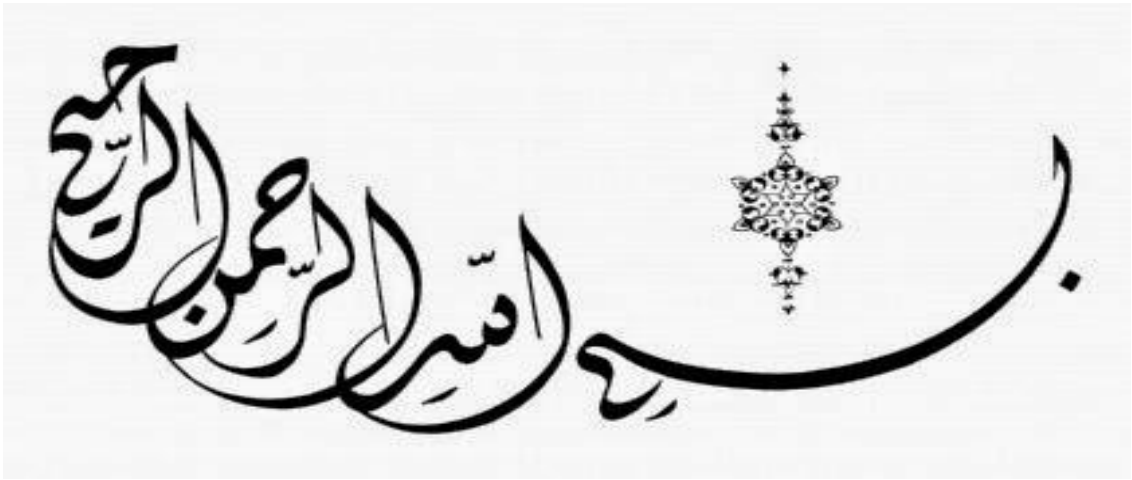
إشراف الأستاذ:
د. شوالين محمد السنوسي

إعداد الطالب:
بوعلالة عمر

اللجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة في اللجنة
أ.د(ة): ربيعة حزاب	أستاذة	جامعة وهران 1	رئيسة
د: محمد السنوسي شوالين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران 1	مشرفاً ومقرراً
أ.د: عبد القادر داودي	أستاذ	جامعة وهران 1	مناقشا
أ.د: ابراهيم رحمانى	أستاذ	جامعة الوادي	مناقشا
أ.د: محمد أحمد لريد	أستاذ	جامعة سعيدة	مناقشا
أ.د: عبد العالي شويرف	أستاذ	جامعة غرداية	مناقشا

السنة الجامعية: 2017-2018 م / 1438 - 1439 هـ



وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

الإهداء

إلى من كان سببا في وجودي... والدي حفظه الله
إلى من حملتني وهنا على وهن... أمي أطال الله في عمرها
إلى الذي أشرف عن قرب على تعليمي... عمي أكرمه الله
إلى عائلتي... رفيقتي في الحياة... وأولادي... إخواني وأخواتي
إلى كل من علمني وساندني في رحلة العلم والمعرفة...
إلى كل من يزرع الأمل في النفوس ويعف عن عرقلتها بعوائق اليأس
والقنوط...

الشكر

بعد الشكر لله ﷻ والثناء عليه بما هو أهله.

أشكر كل من أسدى إليّ معروفاً متعلقاً بإعداد هذا البحث، وأخصُّ بوافره:
- المشرف على هذا البحث الأستاذ الفاضل: الدكتور شوالين محمد السنوسي،
الذي خصني بعنايته ومرافقته بقبوله الإشراف على هذا العمل.
- أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من نصح وتوجيه، وعلى قبولهم مناقشة
هذا العمل.

- من مدّ لي يد العون وشاركني هموم إعداد هذه الرسائل، وأخص صديقي
د. بلبالي إبراهيم، ود. حاج أحمد عبد الله، وكذا الأستاذ مولاي محمد.

قائمة المختصرات

قانون الأسرة الجزائري	● ق.أ
القانون المدني الجزائري	● ق.م.ج
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	● ق.إ.م.إ
المجلد	● مج
الجزء	● ج
الصفحة	● ص
الصفحات	● ص ص
عدد	● ع
تحقيق	● تح
بدون رقم الطبعة	● لا:ط
بدون مكان النشر	● لا.م
دون دار النشر	● لا.ن
دون تاريخ النشر	● د.ت
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	● ج.ر.ج.ج
المجلة القضائية	● م.ق
نشرة القضاة	● ن.ق
مجلة المحكمة العليا	● م.م.ع
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية	● م.ج.ع.ق.إ.س
المجلس الأعلى	● م.أ
المحكمة العليا	● م.ع
غرفة الأحوال الشخصية	● غ.أ.ش

● APD	Archives philosophiques du droit
● Ed	Edition
● N	Numéro
● P/ p	Page
● t	Tome

المُقَدِّمَة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

فإن هذا موضوع تناولت فيه دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة، وذلك لأن أحكام الأسرة من النظام العام الذي لا يترك للأفراد الحرية في الالتزام بها، كما أن الحاجة ملحة للاجتهاد في مسائلها وفق القواعد الفقهية؛ لإثبات مقدرتها العملية على مجابهة التحديات الأسرية المعاصرة؛ فمعرفة تطبيقات الفقهاء لمثل هذه القواعد، ينير الطريق أمام الاجتهاد القضائي ليفعل مثل ما فعلوا، ويعالج المستجدات بالروح نفسها التي عاجلوا بها مشاكل الناس في زمانهم، وفقاً لمسلك اجتهادي منضبط.

فكما هو معلوم صدر القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري في 09 جوان 1984، وقد تم تعديله بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جامعاً لأغلب الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة وما يرتبط بها من أحكام

الزّواج والطلاق والأهليّة والحجر والنيابة الشرعيّة والوصاية على القاصر والميراث والتبرّعات، وذلك بصياغة قانونية للأحكام الشرعية حتى يسهل تطبيقها من قبل القضاة، والعودة إليها من قبل رجال الشريعة والقانون على حد سواء.

لكن الثابت أن نصوص هذا القانون - وغيره من القوانين - بحكم صيرورة التغيير وحميته تقف دائما عاجزة عن الإحاطة بكافة النوازل والمستجدات، لأنها تبقى من وضع البشر، ولأنها تتناهى باعتبار عددها، والوقائع لا تتناهى من حيث دلالاتها... لأجل ذلك ترك هذا القانون الباب مفتوحا للرجوع عند الحاجة إلى المصدر الاحتياطي الوحيد - أحكام الشريعة الإسلامية - فيما لم ينص عليه.

إلا أن فتح الباب للنهوض بالاجتهاد القضائي الأسري لا يعني بالضرورة وضوح المسالك التي يسلكها القضاة في اجتهادهم سواء ما تعلق بفهم النصوص ومراميها ودلالاتها على الحكم القانوني، أم ما تعلق باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند انعدام النص، لهذا كان ضرورياً العمل على ضبط سلطة القضاة في الاجتهاد وإيجاد قواعد وضوابط يُسترشد بها في العملية الاجتهادية؛ لأن القصور عن درك القواعد والمحددات الاجتهادية ينتج الأحكام الشاذة، المضطربة، بل والمتناقضة أحياناً.

إشكالية البحث :

يشير موضوع البحث جملة من التساؤلات من قبيل:

- كيف للقاضي أن يحكم إذا أُلجأته الضرورة، عند الفصل في القضايا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟ ما الطرق والمناهج التي من خلالها يمكن للقاضي استمداد الحلول من أحكام الشريعة الإسلامية؟
- وعلى أي أساس يقضي إذا تنازعت عدة أقوال بالنسبة للقضية الواحدة؟
- ما هي حدود حرية القاضي في ممارسة العملية الاجتهادية؟ وهل الاجتهاد القضائي عمل منهجي منضبط أم أنه صلاحية مطلقة للقاضي؟
- وهل يمكن تأسيس مسالك للاجتهاد القضائي انطلاقاً من القواعد الفقهية؛ تجعل القاضي على أرض صلبة في الاجتهاد، ودائماً يرجع إلى قاعدة فيستنبط الحكم منها، فتكون الأحكام منضبطة خصوصاً في ظل سياسة التنظيم وثقافة المؤسسات المفروضة واقعاً وعملاً، التي لم تعد تسمح إلا بالحكم الواحد والاجتهاد الموحد؟
- ما مدى تأثير قاضي شؤون الأسرة الجزائري بالتقعيد الفقهي في العملية الاجتهادية؟ وهل هناك شواهد عملية لتوظيف القواعد والضوابط الفقهية في الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام الأسرة؟

من خلال هذه التساؤلات يمكن طرح الإشكالية المركزية المتمثلة في مدى فعالية التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي في القضايا الأسرية، وجعله يتسم بالأصالة والمرونة والسرعة والدقة في الفصل في المنازعات والتجاوب مع المستجدات؟

أسباب اختيار الموضوع:

تنوعت الأسباب الدافعة إلى اختياره بين ما هو شخصي وما هو موضوعي، يمكن إجمال أهمها في:

– التوجه العام المُشاهد في البحوث العلمية الجامعية في أقسام وكليات العلوم الإسلامية نحو تحقيق مخطوطات القواعد الفقهية، والعناية باستخراج القواعد الفقهية واستخلاصها من بطون مدونات الفقه المعتمدة، والعمل على دراستها وتصنيفها، والوقوف على تطبيقاتها في أبواب الفقه المختلفة؛ وقد خلفت هذه الحركة العلمية ثروة فقهية مهمة مثلت فقها تطبيقياً إجرائياً يمتاز بالمرونة ويسع كل جوانب الحياة: الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، والعلمية، والثقافية..، يستقطب اهتمام المشتغلين بقضايا الحكم والسياسة والقضاء خاصة.

– الناظر في مقررات المدرسة العليا للقضاء والمتفحص لمفردات البرنامج التكويني لا يجد فيها ما يسد خلة الجوع الفقهي، ولن يظفر بما يدل على إعداد معمق للقاضي المجتهد في النصوص الفقهية، الذي يميز بين راجحها ومرجوحها، فكيف يلام القضاة بعد ذلك إن هم ضيعوا الحقوق وتاهوا وسط مدونات الفقه؟! ما دام الأمر متروكا لاجتهادات شخصية وتأويلات فردية في محاولات منعزلة للبحث والاستقصاء، ولا أدل على ذلك من الكم الهائل من الأحكام والقرارات المنقوضة من لدن المحكمة العليا، مما يستوجب اتباع منهج علمي معياري رصين، يركز على قواعد الشريعة وكلياتها وأسسها، ويخضع لضوابط محددة يدعن لها سائر القضاة، كي لا تتباين اجتهاداتهم ولا تتضارب وتتناقض الأحكام الصادرة عنهم في نفس الموضوع.

– حيوية الموضوع؛ كونه يصل المعارف العلمية النظرية بالتطبيق، والنص الشرعي والقانوني بالواقع، من جهة. ولتعلقه بنظام الأسرة، أهم كيان شرعي وقانوني في النسيج الاجتماعي تضافرت الجهود التشريعية والدعوية والسياسية للمحافظة عليه ودعم استقراره من جهة ثانية.

أهداف البحث :

لا شك أن حاجة قضاء الأسرة للقواعد الفقهية أكد بحكم المرجعية الفقهية لقانون الأسرة أولاً، وثانياً لأن هذا القانون أحال عند انعدام النص فيه إلى الفقه الإسلامي؛ مما يستوجب الاستعانة بالتقعيد الفقهي باعتباره خلاصة الفقه الإسلامي وزبدة العقول المبدعة عبر القرون ووليدة تأمل ونظر واستقراء ومقارنة العباقرة من المجتهدين الأجلاء النابغين.

ومن هذا المنطلق، فإن من جملة ما يصبوا هذا الموضوع إلى تحقيقه من أهداف:

- الوقوف على بعض الإشكالات والثغرات القانونية التي خلفت ارتباكاً واضطراباً في التطبيقات القضائية؛ وما في ذلك من مناقضة لخطّة القضاء المطلوب منه العمل على توحيد الاجتهاد القضائي؛
- كشف بعض مكامن القصور والغموض والإبهام في نصوص قانون الأسرة ليكون المشرع على بصيرة منها حين إجراء التعديل المطلوب؛
- الحرص على إظهار بعض المسائل المرسلة في قانون الأسرة بتأصيلها الشرعي الواضح من خلال بيان القواعد الفقهية التي تضبطها؛ لأن ربط النص القانوني بمصدره: التاريخي والمادي أدعى لفهمه وتفسيره ومن ثم تطبيقه؛

● إبداء الرأي في بعض المسائل المعاصرة التي لم يطرقها الفقهاء الأقدمون، وهي في الوقت الراهن لا تزال محل بحث ومناقشة علمية وفقهية؛ كالبصمة الوراثية والنسب خارج مؤسسة الزوجية، والفحص الطبي قبل الزواج... وغيرها من القضايا التي تتطلب تدخلا اجتهاديا، وفق معايير وخطط ومسالك اجتهادية واضحة متينة موحدة تنبني عليها العملية الاجتهادية.

منهج البحث :

إن الإشكاليات المطروحة، وطبيعة الموضوع تقتضي الاعتماد على مقارنة تحتمُ سلوك منهجين اثنين:

الأول: منهج رجال القضاء وفقهاء القانون، وذلك باستعراض القضايا التي لم يُنص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وبيان موقف الاجتهاد القضائي منها -في حدود ما استطعت الاطلاع عليه-، ودراستها وإبداء الرأي حولها.

الثاني: منهج الفقهاء، وذلك بالشق المتعلق بالقواعد الفقهية، للإلمام بواقع التطبيقات العملية لهذه القواعد والضوابط على ضوء المقرر في المذهب المالكي باعتباره المذهب الملتزم في البلاد، وعلى ضوء باقي المذاهب المشهورة الأخرى ما وجدت إلى ذلك سبيلاً.

وهكذا استدعت طبيعة الموضوع التركيب بين عدة مناهج وتوظيفها بحسب ما يخدم فكرة البحث وأهدافه؛

المنهج الوصفي؛ في عرض مفاهيم البحث وقضاياها التي تستلزم التعريف بها وشرحها والتمثيل لها. والتحليلي؛ في تحليل المضمون، من آراء فقهية ونصوص شرعية وقانونية، وتفكيك مقولات رجال القانون والباحثين بخصوص الموضوع وبيان المقصود منها.

كذلك تم التوسل بالمنهج الاستقرائي (استقراء ناقص) للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، بالتنقيب عنها وجمعها وتصنيفها، تمهيدا للاستدلال بها على قضايا البحث ومسائله. وأيضا المنهج المقارن في مقارنة آراء الفقهاء مع الأحكام التي أوردها المشرع في قانون الأسرة، اعتمادا على التفسيرات القضائية، والإشارة إلى الاختلافات أو التوافقات. وأحيانا في الاسترشاد والاستئناس ببعض التشريعات الأسرية المقارنة المغاربية والعربية.

أما المنهج التاريخي فجاء توظيفه عرضا في تفقي مسيرة تطور القواعد الفقهية واستقرارها كفن وعلم من العلوم الشرعية.

الدراسات السابقة :

اتخذت الدراسات السابقة في موضوع البحث- أو بالأحرى الدراسات ذات الصلة بالموضوع- شكلين: الرسائل العلمية، والبحوث العلمية المحكّمة، وبيان ذلك كما هو آت:

أولاً: الرسائل العلمية: وهي بدورها على ضربين:

I . دراسات اهتمت باستخراج القواعد الفقهية في أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) من بطون كتب الفقه المعتمدة في المذاهب المختلفة، والعمل على تصنيفها ودراستها، وكشف مدى سعة تطبيقات التقييد الفقهي في مسائل الأسرة خاصة، وفي شتى فروع الفقه الأخرى عامة. وأهم هذه الدراسات ثلاثة ؛ هي:

1. محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية

في فقه الأسرة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، قسم الدراسات

العليا الشرعية- فرع الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم

القرى(السعودية)، 1419 هـ.

والبحث يندرج في إطار مشروع أطلقته جامعة أم القرى بالسعودية ممثلة في

قسم الدراسات العليا الشرعية-فرع الفقه- ، يتمثل في جمع وإخراج سلسلة القواعد

والضوابط الفقهية عند الحنابلة عموماً، وعند الإمامين: ابن تيمية وابن القيم خاصة.

وقد كشف البحث عن الجهود المحمودة التي بذلها علماء الحنابلة في علم التقييد الفقهي منذ عهد الإمام أحمد وحتى هذا العصر، مما يدل على رسوخهم في هذا العلم. وانتهى إلى جملة من التوصيات، منها: ضرورة الاهتمام بتدريس علم التقييد الفقهي في مختلف مراحل التعليم الجامعي، لما لهذا العلم من أهمية في إعطاء تصور صحيح مُيسر للأحكام بعيدا عن الاختلافات الفقهية التي قد تشوش ذهن الطالب ما لم يكن لديه قواعد وضوابط ينطلق منها.

2. أسامة محمد شيخ، الضوابط الفقهية لأحكام فقه الأسرة من كتاب " الهداية "

للإمام المرغيناني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، قسم الدراسات العليا الشرعية- فرع الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى (السعودية)، 1420-1421هـ.

وقد كشف البحث عن مدى سعة تطبيقات التقييد الفقهي في مسائل الأحوال الشخصية، مما يؤكد ضرورتها واعتماد الفقهاء عليها كأحد أهم ضوابط الاجتهاد في الفقه الإسلامي؛ باعتبارها مسالك تتصف بالأصالة والشمول، تساعد القاضي والمفتي على تصوّر الواقع على حقيقته، وتزيل الحكم الشرعي على هذا الواقع. كما أنها تصون المجتهد عن الجمود على النص أو الانفتاح على الهوى. وخلص إلى أنه يتعين

على العلماء المعاصرين أن يتصدوا لبحث تطبيقات التعيد الفقهي في شتى فروع الفقه الإسلامي.. لاستخلاص ضوابط ومحددات تنبني عليها العملية الاجتهادية.

3. فؤاد صدقة مرداد، القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن القيم في فقه

الأسرة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، قسم الدراسات العليا

الشرعية- فرع الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم

القرى (السعودية)، 1428-1429هـ.

وانطلق البحث من تقرير أن الحديث عن دور القواعد الفقهية في البناء الفقهي

الشامخ مهم وضروري، ويزداد الأمر أهمية عندما يكون الحديث عن الأحكام المتعلقة

ببناء البيت المسلم من اللحظات الأولى في البناء ابتداءً من أحكام النكاح وما يتبعها.

وحيث إن الأمر بالغ الأهمية لاسيما في عصر عصفت فيه الفتن وازدادت فيه

الحن وكثرت فيه المشكلات الأسرية والخلافات الزوجية واحتاج الناس إلى الأحكام

الشرعية ذات التأصيل العلمي.

وقد ظهر من خلال الدراسة أن كثيراً من فروع المسائل الفقهية في أبواب

الأسرة يمكن ضبطها بقواعد عامة تنظمها في عقد واحد مما يقرب الصورة في ذهن

الفقيه وطالب العلم ويعينه على تصور المسائل. كما أن الإطلاع على هذه القواعد

والضوابط وتعليمها الناس يوضح الحقوق ويبين الواجبات ويساهم في حماية الأسرة من الخلافات.

II. دراسات اهتمت بتتبع حركية الاجتهاد القضائي الجزائري في مسائل الأسرة، لتبين معاملة وملاحمه، وللوقوف على العقبات التي تعترض القضاة في ممارستهم الاجتهادية... كل ذلك من أجل النهوض به، وترشيد مسيرته بالتزام مسالك تضبطه وتمنعه، وأهمها بحثين:

1. محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون

الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، السنة الجامعية 2008 - 2009.

وقد جاءت هذه الدراسة لتبرز مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة وما استقرت عليه مبادئ القضاء من خلال نصوص وأحكام مواد قانون الأسرة، مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

وقد برع الباحث في الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها، في حل مشاكل الأسرة الجزائرية.

وأنه مهما بلغت حدة الصراع الإيديولوجي والتجاذب الفكري حول مرجعية قانون الأسرة، يظل هذا القانون مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية؛ بأصولها وقواعدها ومقاصدها، وما كان له أن يخرج من عباءة الفقه الإسلامي.

وانتهى في الأخير إلى أنه ينبغي مراعاة مجموعة من الضوابط في عملية الاجتهاد الانتقائي والانتقال بين المذاهب لاختيار الحكم الأيسر والأقرب في تحقيق المصلحة الحقيقية دون مخالفة في ذلك للقواعد الشرعية الكلية ولا يكون ذلك إلا من المتأهلين علميا وعمليا ممن لهم حد الكفاية في العلم بالأحكام الشرعية والقانونية.

2. إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة

الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 1433-1434هـ / 2012-2013م.

وهي ألصق دراسة بحثي في بُعده التطبيقي، بحكم الإشكالية التي انطلقت منها، والنتائج التي توصلت إليها؛ والتي من أهمها: " الاجتهاد القضائي المؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية (م/222 من قانون الأسرة الجزائري) غير مستقر في اتجاه واحد وإن كان الغالب عليه اعتماد المذهب المالكي، وعليه يتعسر استخلاص ضوابط محددة تحكمه".

وبهذا أعطت هذه الدراسة المشروعية العلمية للبحث، وجعلته ينطلق من واقع

مُبرهن عليه عملياً، لا من مجرد فروض علمية قد تصمد أو تسقط بعد الاختبار.

ثانياً: البحوث العلمية المحكمة، وأهمها:

● ناديا خير الدين عزيز، نطاق تطبيق القواعد الفقهية في نصوص قانون

الأحوال الشخصية العراقي (الزواج)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (11)،

العدد (41)، السنة (2009)، كلية الحقوق، جامعة الموصل (العراق).

وقد ابتغى البحث تحقيق جملة من الأهداف، منها:

– بيان القاعدة الفقهية التي تقابل كل نص، وأصل هذه القاعدة، وما لذلك من

دور في إعانة القضاء على اعتماد التسيب وبيانه، وإعانة المشرع على إكمال

النص أو التعديل في النص من خلال الرجوع لأصل النص وفهمه؛

– إعانة المشرع وتوجيه نظره للبدء في تقصي القواعد الفقهية وتفرعاتها بعد

فهمها لإكمال النقص في المسائل المسكوت عنها؛

– بيان نطاق أعمال هذه القواعد في نصوص قانون الأحوال الشخصية وإثبات

سعة هذا النطاق، ومكانتها في القانون؛ لجعلها أحد مصادره.

ومما قرره البحث من نتائج:

- خضوع أغلب أحكام ونصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي لأهم القواعد الفقهية الكبرى ولما يندرج تحتها وما يتفرع عنها من قواعد؛
- سعة نطاق إعمال القواعد الفقهية في هذا القانون وإن جاء ذلك غير منصوص عليه مباشرة في متنه؛
- غالبية ما تم بيانه في هذا البحث من قواعد أصلها الكتاب والسنة أو اجتهاد الفقهاء؛ وهي في ذات الوقت المصادر الأساسية لهذا القانون.
- كذلك أوصى بضرورة دعوة القضاة إلى استثمار القواعد الفقهية في إكمال النقص الوارد في بعض النصوص القانونية بوصفها العامل المساعد على إيجاد الحلول للنوازل والمستجدات، وخاصة تلك القواعد التي تتفق ومراعاة تغير الزمان، والخاصة بالعرف الذي لا يخالف الشريعة، وتلك التي تدعو إلى التخفيف والتيسير على الناس.
- ولا يكون ذلك إلا من خلال دعوة المشرع العراقي إلى النص على اعتبار القواعد الفقهية من المصادر التي ينبغي الرجوع إليها في ما لم يتم النص عليه إن وجد في القاعدة الفقهية ما يمثل الحل الأفضل للمسألة المعروضة، ومتى توافرت فيها شروط إعمال القاعدة الفقهية في هذه المسائل.

● وَالْقَوَاعِدُ وَالضَّوَابِطُ الْفَقْهِيَّةُ وَحُجَّتُهَا فِي قَانُونِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ، مَجْلَدُ

الرافدين للحقوق ، المجلد (12) ، العدد (44) ، السنة (2010) ، كلية

الحقوق، جامعة الموصل (العراق). لنفس الباحثة أكدت وعززت فيه النتائج التي توصلت إليها في بحثها الأول.

● عليان بوزيان، حجية القواعد الفقهية ومدى إمكانية استثمارها في الاجتهاد

القضائي - دراسة تطبيقية على قانون الأسرة الجزائري - بحث مقدم إلى

الملتقى الدولي التاسع المنظم من طرف ولاية عين الدفلى "تفعيد الفقه المالكي

وتقنينه"، يومي: 27-28 جمادى الثانية 1434هـ / 07-08 ماي

2013م. وقد اطلعت على هذه الدراسة في مرحلة تحرير هذا العمل، وبعد

جمع مادته العلمية وتصميم خطة البحث فيه. لكني لما قرأته وجدته في نفس

الاتجاه الذي أسير فيه، ينطلق من بعض الإشكالات التي انطلقت منها، ويتبعني

تحقيق بعض الأهداف التي أصبو إليها... فزادني ذلك ثقة بجدية الموضوع

وجدارته بالبحث والدراسة، واطمئنا بتوازن وإحكام خطة وطريقة بحثه.

وختاماً لهذا العرض حول الجهود ذات الصلة بموضوع البحث، يتعين تحديد

موقع البحث ضمن الدراسات المشابهة، بالإشارة إلى أهم الملامح التي تميزه؛ وهي:

أولاً: جُلُّ البحوث والدراسات التي أنجزت كانت نظرية، اهتمت بالتأريخ

للتأليف في القواعد الفقهية، أو استخراجها من بطون كتب الفقه المعتمدة في المذاهب

المختلفة، والعمل على تصنيفها ودراستها...، ومن ثم كانت الحاجة ماسة إلى بذل

جهد خاص يعنى بتقريب فكر التعيد الفقهي إلى القضاة عموما، وقضاة شؤون الأسرة بخاصة، للإفادة منه في مسيرة ترشيد الاجتهاد القضائي، وهذا ما حاولت الإسهام فيه من خلال هذا البحث.

ثانيا: الإحاطة والتحيين، وذلك بتتبع عدد كبير من البحوث والدراسات الجامعية التي اهتمت باستخراج القواعد والضوابط الفقهية، الناظمة لمسائل الأسرة، من أمهات الكتب الفقهية من مختلف المذاهب الفقهية، ورصد حركة بحثها ودراساتها، أو تحقيقها ونشرها.

ثالثا: التنبيه على التقاطعات والقواسم المشتركة بين القواعد الفقهية ونصوص قانون الأسرة وكيفية إفادة بعضهما من بعض.

الصعوبات :

إن مما درج عليه الباحثون أن يذكروا بعض المشاق والعقبات التي اعترضتهم أثناء مسيرة البحث، وقد واجه البحث جملة منها؛ من بينها:

- اقتضت طبيعة البحث أن يمر بمراحل عديدة، سابقة عن تحرير البحث -فليست مرحلة التحرير والكتابة إلا جزءا يسيرا متمما للمراحل السابقة-، ابتداء من مرحلة التنقيب عن تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية بين سطور المدونات الفقهية، ثم مرحلة جمع القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة

العليا وفرزها وترتيبها واستقرائها، ثم مرحلة المعالجة والدراسة؛ وما تتطلبه من تحليل وتعليق واستدلال وتمثيل. ولا يخفى ما يلزم ذلك من جهود وما يستهلكه من وقت؛

— طبيعة الدراسات المقارنة وما يترتب عنها من صعوبة التحكم في إدارة منهج المقارنة، خصوصا في المواضيع ذات المسائل المعقدة والمتشعبة والواسعة المباحث؛ والتي تتيح إمكانية تناولها ومعالجتها بأكثر من طريقة، مما يضطر معه الباحث إلى الحذف والتعديل والتردد في اعتماد خطة البحث النهائية كلما ازداد عمقا في القراءة والبحث، وتجمعت لديه مادة علمية جديدة؛

— غزارة المادة العلمية - أقصد في الجانب الفقهي - في موضوع البحث، مما يعقد السيطرة عليها، وانتقاء القالب المنهجي الفعال الذي لا يخل بمنهجية المقارنة، ويعكس أهمية الدراسة وأصالة النتائج التي يمكن أن تقود إليها.

طريقة (منهجية) البحث :

بالإضافة إلى الالتزام بالتقنيات المنهجية المستوجبة في مثل هذا النوع من البحوث؛ من توثيق النقول، واستقاء المعلومة من مصدرها الأصلي ما أمكن، وترقيم الآيات، وتخريج الأحاديث والآثار، واحترام الطرق المألوفة في الاقتباس واستخدام علامات التنصيص...، تمَّ عرضُ المادة العلمية بمراعاة الضوابط التالية:



– الاعتماد في معالجة مسائل البحث على اللغة العلمية المباشرة البعيدة عن التعقيد، والحشو، والتكلف، والغموض.. وكل ما يمكن أن يشوش ويشتت ذهن القارئ وفكره.

– توحي السهولة في العبارة والإيجاز في التراكيب والفقرات، حتى لا تطغى المسائل الفرعية والثانوية على المسائل والقضايا الأساسية.

– التمهيد لبابي الرسالة وفصولها ومباحثها ومطالبها –غالبًا– بمدخل يعكس فكرته العامة ويحيل إلى العناصر المدرجة تحته، عملاً على الوضوح والتسلسل المنطقي لأفكار البحث.

– ختم كل فصل من فصول الرسالة بخلاصة تتضمن بعض النتائج المهمة التي تمخضت عن معالجة مسأله.

– استغلال الهامش إلى أقصى حد ممكن.

– دراسة المسائل التطبيقية على النحو الآتي:

1. تحرير المسألة المرسله في قانون الأسرة وتصويرها بدقة.

2. بيان موقف الاجتهاد القضائي منها.

3. عرض الآراء الفقهية في المسألة من غير أدلتها؛ ما دام الغرض هو التعرف على الرأي الفقهي الذي تبناه الاجتهاد القضائي، لتبيين آلية تفعيل المادة 222 من ق.أ.أ. الآمرة بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص أو غموضه أو عدم كفايته.

4. ختمُ دراسة المسألة بالإشارة إلى القواعد الفقهية التي تؤطرها، والتي يزعم البحث أن الاعتماد عليها هو الضامن في توحيد الرؤى لدى مختلف محاكم الموضوع، وتوحيد مسالك النظر والاستدلال في المسائل المسكوت عنها في ق.أ.أ. تحقيقاً لتوحيد الاجتهاد القضائي.

وقد اجتهدت في الالتزام بهذا المنهج - في الغالب - وإن وجدت مخالفة له في مناسبات معدودة في البحث، فذلك عائد إلى طبيعة المسألة.

خطة البحث :

الإجابة عن تساؤلات البحث اقتضت تأسيس خطته على ما بين:

الباب الأول: جاء بعنوان: (مفاهيم أساسية للقاعدة القفوية وعلاقتها بالاجتهاد القضائي)، أفردته لبيان معالم نظرية التععيد الفقهي وتطبيقاتها القضائية في فصلين: تناول الأول منهما دراسة القواعد الفقهية تأريخاً ومفهوماً وتأصيلاً وتطبيقاً،

وعالج الثاني توظيف القواعد الفقهية في مجال القضاء ووجه مساهمتها في ضبط الاجتهاد القضائي عامة، وفي مسائل الأسرة والأحوال الشخصية بخاصة.

وجاء الباب الثاني بعنوان: (فعالية التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري) في فصلين كذلك، خُصص الأول للحديث عن المبررات العلمية والعملية لربط الاجتهاد القضائي الأسري بالتقعيد الفقهي، وتم التطرق في الثاني إلى تطبيقات قواعدية فيما لم يُنصّ عليه في قانون الأسرة اقتصر على كتاب الزواج وانحلاله باعتبار تطبيقاته هي الكثيرة والمتنوعة؛ ولأنه الكتاب الوحيد ضمن قانون الأسرة الذي شهدت مواده تعديلات جوهرية انسحبت على أزيد من عشرين جانباً.

أما الكتاب الثاني والخاص بالنيابة الشرعية، فقد تم تعديل مادة واحدة فيه؛ وهي المادة (87)، وأما الكتاب الثالث المتعلق بالميراث، والكتاب الرابع الخاص بالتبرعات لم يلحقه أي تعديل.

وكان الهدف من إيراد هذه التطبيقات التدليل على أن القواعد الفقهية هي مفاتيح الحل في المسائل المرسلة في هذا القانون وكذا النوازل المستجدة، وأن التوسل بها وتطبيقها في ساحة الخصومة القضائية الأسرية أمر ظاهر لا غبار عليه.



وأخيرا تم تذييل البحث بخاتمة لتلخيص أهم النتائج التي تكشفت عن معالجة مسائله وقضاياها، مع بعض الاقتراحات والتوصيات.

كذلك تم تصميم فهرس فنية تخدم البحث وتسهل الوصول إلى محتوياته على

النحو التالي:

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس القواعد والضوابط الفقهية
- فهرس المواد القانونية
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

أما الخطة المفصلة فـيُجْتزَؤُ عنها بما هو مبسوط في فهرس الموضوعات.

هذا، ولست أزعم أنني وفيت بالمراد، أو أنني جئت ببدع من القول لم أُسبق إليه، ولكنني اجتهدت قدر المستطاع في معالجة هذا الموضوع في حدود ما توفر لدي من مادة علمية؛ فإن وُفقت فبفضلٍ من الله ورحمة، وإن تكن الأخرى فحسبي صدق نبي وقصارى جهدي، وما توفيقِي إلا بالله.



مفاهيم أساسية للقاعدة الفقهية وعلاقتها بالاجتهاد القضائي



الفصل الأول

التقعيد الفقهي : الدلالات والمحددات

الفصل الثاني

دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المعاصر

ملهيد

التقعيد الفقهي نظرية شاحصة في الفقه الإسلامي، تُعبّر عن عقد يجمع الفروع الفقهية ويضبط المسائل الشرعية في قواعد مركزة، تهدي الفقيه ومطلق المجتهد إلى معرفة أحكام كثير من المسائل واستنباط الأحكام لمختلف النوازل، دون عناء، وإن تشعبت؛ لأن القواعد ضوابط تضم تلك الفروع في رباط جامع، يُظهر وحدة المنطق التشريعي، ودقة المبنى الاجتهادي، وسمو الهدف المقاصدي¹.

ويشهد التقعيد الفقهي اليوم اهتماما غير مسبوق في البحوث العلمية الجامعية، في ما يشبه الحملة نحو تحقيق مخطوطات التقعيد الفقهية، والعناية باستخراج القواعد الفقهية واستخلاصها من بطون مدونات الفقه المعتمدة، والعمل على دراستها وتصنيفها، والوقوف على تطبيقاتها في أبواب الفقه المختلفة؛ وقد خلفت هذه الحركة العلمية ثروة فقهية مهمة، استقطبت اهتمام المشتغلين بقضايا الحكم والسياسة والقضاء خاصة. وتجسيدا لفكرة هذا البحث - التي هي الدعوة إلى ربط الاجتهاد القضائي عامة والاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة خاصة بالقواعد الفقهية، وتبرير هذه الدعوة؛ لأن هذه القواعد هي مفاتيح الأفضية، من أدركها سياقاً ودلالة فقد أصاب وجه الرأي وعين الصواب، وأدرك الحقيقة الواقعية والقانونية، وهما أعز ما يطلب من لدن القاضي -، يتعين دراسة القواعد الفقهية تاريخاً ومفهوماً وتأصيلاً (فصل أول)، وصولاً إلى تطبيقاتها القضائية (فصل ثانٍ).

¹ انظر: الكلمة الافتتاحية لأعمال ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري - القواعد الشرعية أمودجا -، المنظمة من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الدينية العمانية، في 12-15 ذي القعدة 1424هـ / 5-7 يناير 2004م .

الفصل الأول

التععيد الفقهي: الدلالات والمحددات

القواعد الفقهية موارد واقعية للاجتهاد الفقهي والقضائي، لا تُدرك عناصرها ومقوماتها إلا بعرض تطورها التاريخي وتحرير معانيها ودلالاتها (مبحث أول)، والتفصيل في أهميتها وقيمتها العلمية (مبحث الثاني) التي ترجع إلى قدرتها على ضبط الفروع المتناثرة صورة وحكما؛ مما يمكن من الاستعانة بها واستثمارها في مجال استنباط الأحكام الشرعية للنوازل المستجدة.

وهو ما أحاول معالجته في هذه المقطع من البحث، ملتزما في هذه المعالجة بالإيجاز والاختصار، حيث إن أغلب الدراسات المتصلة بالقواعد الفقهية تناولت هذه المفاهيم بشكل مفصل وموسع، لأجل ذلك أكتفي بإيراد القدر الضروري الذي يخدم البحث فقط.

المبحث الأول : القاعدة الفقهية مفهومها وتاريخها

لا تستقيم من الناحية المنهجية دراسة أي موضوع إلا بتعريف مصطلحاته وفك مقفلاته وتحديد مفاهيمه. ولما كان الهدف من هذه الدراسة استثمار القواعد الفقهية في مجال الاجتهاد القضائي، اقتضى المقام العكوف على حد القاعدة الفقهية وتعريفها وتجزئية معانيها (مطلب أول)، ثم بيان جذورها ومسيرتها التاريخية، منذ نشأتها إلى حين بروزها كعلم يانع سهل القطاف (مطلب ثانٍ).

ومعلوم أن القاعدة الفقهية تتصل بألفاظ ومصطلحات عدة، تشترك معها في الأصل الاشتقائي وتجاورها في المعنى مثل: الضابط الفقهي؛ الكلية الفقهية؛ النظرية الفقهية ... وهذه المفردات لا تخفى معانيها اللغوية والاصطلاحية، وهي مستعملة استعمالاً شائعاً في الخطاب والكتاب، مما يستدعي التمييز بينها وبين هذه المصطلحات ذات الصلة بها (مطلب ثالث).

المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحاً ولقبا

القاعدة الفقهية كلمتان رُكبتا تركيباً وصفياً، وصارتا بمتزلة اسم واحد هو لقب يدل على معنى معين. وتحديد هذا المعنى يقتضي فك الكلمتين، وإبراز معنى كل منهما (فرع أول)، ثم النظر إلى معنى الكلمتين بعد تركيبهما تركيباً وصفياً وصيرورتها بذلك اسماً ولقبا لحقل معرفي معين (فرع ثانٍ).

كما أن للقواعد الفقهية ركائز ومقومات (فرع ثالث) جعلتها من أعظم الإبداعات العقلية، كما جعلت منها صيغاً إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي. استخرجها الفقهاء في مدى متباعد من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة، وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها في عالم الفقه الإسلامي، بل في عالم القانون الوضعي أيضاً.

الفرع الأول : تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً

لما كانت عبارة القاعدة الفقهية مركبة من مفردتين إحداهما موصوف (القاعدة)، والأخرى صفة (الفقهية) -نسبة إلى الفقه-، فإن معرفة معناها - باعتبارها علماً- متوقف على معرفة معنى كل مفردة على حدة، القاعدة (فقرة أولى)، ثم الفقه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : تعريف القاعدة

حيث نعرفها لغة (أولاً)، ثم اصطلاحاً (ثانياً).

أولاً : القاعدة في اللغة

أصل القاعدة في الوضع اللغوي الثبوت والاستقرار في الموضوع²، قال تعالى: ﴿فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ﴾ [القمر، 55]؛ أي مستقر صدق، وتطلق أيضاً على أساس البيت أو الجُدر، قال ابن منظور: والقاعدة أصل الأس، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت أساسه، وواحدتها قاعدة، والقواعد أساطين البناء التي تَعْمِدُهُ³.

² ابن منظور، لسان العرب، ج3 (لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/ 1968م). مادة قعد، ص 126.

³ نفسه.

قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة، 127]، ففي تفسير القرطبي: "قال النسائي القواعد هي الجُدُر والمعروف أنها الأساس، وفي الحديث أن البيت لما هدم أخرجت منه حجارة عظام، فقال ابن الأثير هذه القواعد التي رفعها إبراهيم عليه السلام"⁴.

وقوله الأساس: يشمل المعنى الحسي كقواعد البيت، والمعنوي كقواعد الدين، أي دعائمه، ويقال: بني أمره على قاعدة وقواعد⁵.

وقواعد الهودج خشبات أربع معترضات في أسفله، ومن ذلك ذو القعدة الشهر الذي كانت العرب تقعد فيه عن الأسفار⁶.

وهكذا فإن المعنى اللغوي لهذه الكلمة يدور حول الأساس والاستقرار والثبات، ولعل المعنى الغالب والراجح هو الأساس والأصل، وذلك لأن الأحكام الفقهية تُبنى على القواعد كما تُبنى لجران والسُتُف على أساس البناء وأصله⁷.

ثانياً : القاعدة في الاصطلاح

تعددت تعريفات العلماء للقاعدة في الاصطلاح، فقال الجرجاني: ((والقاعدة هي القضية الكلية المنطبقة على جميع جزئياتها))⁸؛

⁴ القرطبي، محمد بن أحمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ج2 (ط:2؛ القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387هـ/1987م)، ص120.

⁵ الزمخشري، أساس البلاغة (لا.ط؛ مصر: دار الكتب، 1972) ص 516.

⁶ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص 126. كذلك وردت كلمة القواعد في المعاجم اللغوية بمعان عدة منها:

— الحبس والاحتواء والمنع: يقال ما قعدك واقعدك أي حبسك، ويقال ما تقعدني عن ذلك الأمر إلا شغل، أي حبسني.

— الجلوس: قال ابن فارس: قعد أصل مطرد منقاس لا يُخلف، وهو يضاهاي الجلوس، وذكر الراغب أن القيام يقابل القعود.

⁷ ينظر: الباسحين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية (ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد، 1418هـ/1998م) ص 15.

⁸ الجرجاني، علي بن محمد، الشريف الحسيني الحنفي، التعريفات، (ط:1؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1405) ص 219.

وذهب الكفوي إلى أن: ((القاعدة اصطلاحاً قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها))⁹.

واستفادةً مما تقدم، يمكن تركيب تعريف يكون جامعاً لكل العناصر الرئيسية للقاعدة في مدلولها الاصطلاحي وهو أن القاعدة: ((حكم كليّ يمكن التعرف من خلاله على أحكام الجزئيات المدرجة تحته)).

الفقرة الثانية: تعريف الفقه

نعرفه- بدوره- لغة (أولاً)، ثم اصطلاحاً (ثانياً).

أولاً: الفقه في اللغة

الفقه لغة: أصل مادته "فَقِهَ" بكسر القاف وضمها، وأشهر معانيه العلم بالشيء والفهم له والفتنة، قال ابن فارس: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به"¹⁰.

وجاء في لسان العرب: "فقهت الحديث أفقهه، وأفقهتك الشيء إذا بينته لك"¹¹، وكل علم بالشيء فهو فقه، ثم اختص بذلك علم الشريعة، ف قيل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه¹²، ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالُوا يَشْعِبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ ﴾ [هود، 91]، وقوله أيضاً: ﴿ فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَرْفِيًّا ﴾ [النساء، 78].

⁹ الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني أبو البقاء، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية (ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1412هـ / 1992م) ص 728.

¹⁰ ابن فارس، أحمد بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مج 4 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1399 هـ / 1979م) ص 442.

¹¹ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مج 13 ص 522.

¹² ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، مج 4 ص 442.

ثانياً : الفقه اصطلاحاً

يعرف الفقه في الاصطلاح بأنه: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"¹³، ولعل هذا أهم وأصح تعريف، لكثرة استعماله وشيوعه وسلامته من الاعتراضات .

الفرع الثاني: التعريف اللقبى للقاعدة الفقهية

القاعدة في الاصطلاح الفقهي-باعتبارها علماً مستقلاً- لها مفهومان: مفهوم عام يجرى في كافة العلوم؛ حيث إن لكل علم قواعده(فقرة أولى)، ومفهوم خاص بالفقهاء(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: القاعدة في الاصطلاح العام

عرفها التفتازاني بأنها: ((حکم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه))¹⁴ ؛ وعرفها تاج الدين السبكي بأنها: ((الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامه منها))¹⁵ .

والملاحظ أن هذا التعريف أكثر دقة في مدلوله، ففي الوقت الذي عبر فيه التعريف السابق عن القاعدة بلفظة "كل" أو "جميع" اختار هو أن يعبر عنها بـ (ينطبق عليه جزئيات كثيرة)؛ وهذا ملمح مهم ميز تعريفه.

الفقرة الثانية : القاعدة في الاصطلاح الخاص بالفقهاء

تقاربت تعريفات الفقهاء للقاعدة الفقهية، الأقدمين منهم والمعاصرين، فمن تعريفات القدامى:

¹³ الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: محمد محمد تامر، ج1(لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ/2000م) ص 22 .

¹⁴ التفتازاني، سعد الدين، التلويح على التوضيح، ج1 (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، 1957م) ص 20.

¹⁵ السبكي، تاج الدين، الأشباه والنظائر، تحقيق: أحمد عبد الموجود وعلي معوض، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ / 1991م) ص 11.

تعريف الحموي الذي جاء فيه: ((إن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها))¹⁶؛

كما حدّثها المقرئ بأنها: ((كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة))¹⁷.

نلاحظ أن الحموي ركز في تعريفه على أن القاعدة الفقهية حكم أكثرى لا كلي، وذلك بالنظر إلى الاستثناءات التي ترد على القاعدة الفقهية - وإن كان هذا لا ينفي عنها صفة الكلية -، ومع ذلك يعتبر تعريفه أقرب إلى تعريف القاعدة في الاصطلاح العام، فكلمة "حكم" التي استعملها في التعريف عامة، تنطبق على جميع العلوم وليست خاصة بالفقه؛ فلكل علم أحكامه.

أما تعريف المقرئ فكان أكثر دقة في تمييز القاعدة الفقهية عما يشبهها من المفاهيم الأخرى؛ حيث أنه حدد مجال القاعدة الفقهية المعنية في تعريفه ببيان مرتبتها من حيث الاستدلال؛ حين تتوسط القواعد الأصولية العامة، والقواعد الفقهية الخاصة (الضوابط)؛ فهي أخص من الأولى، وأعم من الثانية¹⁸.

ومن تعريفات المعاصرين نذكر:

تعريف العلامة مصطفى الزرقا بأنها: ((أصول فقهية كلية في نصوص موجزة

¹⁶ الحموي، شهاب الدين غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م) ص 22.

¹⁷ المقرئ، محمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ج 1 (ط: 1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404هـ) ص 212.

¹⁸ ينظر: المنجور، أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، ج 1 (لا: ط ؛ لا.م: دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت) ص 109. وقد مثل للقواعد الأصولية العامة بقوله: "... وكحجية المفهوم، والعموم وخبر الواحد، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك". وأورد نماذج للقواعد الفقهية الخاصة (الضوابط) مصرحاً " كقولنا: كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور، وكل طير مباح الأكل، وكل عبادة بنية ونحو ذلك". والمقصود من العقود في تعريفه-والله أعلم- مطلق العقود، سواء في باب العبادات أو المعاملات، فهو يقرر بأن القواعد الفقهية أعم من هذه العقود، لانضباط هذه العقود أيا كانت طبيعتها بالقواعد.

دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها))¹⁹.
أما الندوي، فبعد أن استعرض مجموعة من التعريفات والملاحظات حولها، عرفها
بتعريفين:

الأول: ((هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها)).
والثاني: ((هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في
القضايا التي تدخل تحت موضوعه))²⁰؛

كما عرفها الباحثين بقوله: ((العلم الذي يبحث فيه عن القضايا الفقهية الكلية التي
جزئياتها قضايا فقهية كلية من حيث معناها وما له صلة به ومن حيث بيان أركانها
وشروطها ومصدرها وحجيتها ونشأتها وتطورها وما تنطبق عليه من جزئيات وما يستثنى
منها))²¹؛

وأخيراً عرفها محمد الروكي بأنها: ((حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ
صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية))²².
واستخلاصاً مما سبق يمكن أن نقرر:

1. أن اتجاهات الفقهاء في تعريفهم للقاعدة الفقهية، تجلت في اتجاهين: اتجاه
يعتبر أن القاعدة الفقهية قضية كلية، وآخر يعتبر القاعدة الفقهية قضية
أغلبية (أكثرية)، وأن الاتجاه الذي عرف القاعدة الفقهية على أنها "كلية"
أنسب، باعتبار أن هذا الوصف لا ينخرم ولا ينتقض بتخلف بعض الفروع

¹⁹ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2 (ط:2؛ دمشق: دار القلم، 1425هـ/2004م) ص 965.
ويقصد بقوله "دستورية" أن العلماء تصرفوا في عباراتها وصلولها مرات عدة حتى جاءت بصيغة فنية تشبه النصوص
الدستورية من حيث متانتها واشتمالها على القيود المعتبرة، بعبارة موجزة.

²⁰ الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية: مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها (ط:1؛
دمشق: دار القلم، 1986) ص 43 - 45. وأصل الكتاب رسالة ماجستير.

²¹ الباحثين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص56.

²² الروكي محمد، نظرية التقيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء (ط:1؛ الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية،
جامعة محمد الخامس، 1994) ص 48.

عن حكم القاعدة؛ فهي كلية بالنسبة إلى تلك الفروع المُخرَجة عنها. وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي: "فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت" ²³.

2. لا يمكن للحكم الفقهي أن يأخذ صفة القاعدة الفقهية إلا بتوفر جملة من الخصائص؛ أهمها خاصيتان:

- الصياغة المحكمة: بمعنى أن القاعدة دالة بكل وضوح على حكم ما يندرج تحتها من فروع فقهية، ليسهل رسوخها في الذهن واستحضارها عند الحاجة.

- الإستيعاب: ويأخذ الاستيعاب في القاعدة الفقهية مظهرين:

● شمول المعنى: وبه تتمكن الألفاظ المؤلفة للقاعدة من أن تُعمَّ جزئيات كثيرة فيها.

● سعة الفروع والجزئيات المنضوية تحتها: وهذا هو الغرض الأول من إنشاء القاعدة.

3. إمكانية تَبْنِي تعريف الدكتور الروكي لقلة الاعتراضات الواردة عليه، ولكونه انتهى إلى هذا التعريف، بعد بحث طويل أكثر فيه من التقويم والتحليل، وانتقد وصوّب عددا من تعريفات سابقه.

وبالمطابقة بين التعريف اللغوي والتعريف اللقبي للقواعد الفقهية، يمكننا استثمار القدر المشترك للمعنى الجامع بينها بالقول بأن القواعد الفقهية هي: ((الأصول الفقهية أو الأسس الفقهية، التي تُؤَلد أو تُكوّن في صاحبها قوّةً ودرايةً وملكةً لفهم النصوص الشرعية أو التشريعية فهما صحيحًا يوصله إلى إدراك الحكم أو الأحكام المقصودة من قبل الشارع أو المشرع)).

²³ الشاطبي، الموافقات، ضبط نصه وقدم له وعلق عليه وخرّج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، مج2 (ط:1؛ السعودية: دار ابن عفان، 1417هـ/1997م) ص 84.

الفرع الثالث: مقومات القواعد الفقهية وأهميتها

انطلاقاً من تعريفات القاعدة الفقهية، يتبين أنها-القواعد الفقهية- تقوم على مقومات (فقرة أولى) تُكوّن ماهيتها، وأن لها أهمية ظاهرة (فقرة ثانية) في جمع ونظم الجزئيات والفروع الفقهية المتناثرة صورة وحكما؛ إذ بقدر الإمام بما يكون إمام الفقيه والاجتهاد بالفروع والجزئيات، فمن ملك الأعم ملك الأخص، ومن انضبطت له مناهج الاجتهاد والفتوى استغني عن حفظ الجزئيات والتفصيلات المستعصية عن الحصر.

الفقرة الأولى: مقومات القاعدة الفقهية

مقومات القاعدة الفقهية هي تلك العناصر العلمية الأساسية التي تميزها وتتكون منها حقيقتها وتكتسب منها ماهيتها²⁴. فبالإضافة إلى الوضوح وإيجاز العبارة وإحكام الصياغة والانسجام مع مقاصد الشريعة، تتميز القاعدة الفقهية بأنها:

قضية كلية: أي أنها تتضمن حكماً كلياً جامعاً لكثير من الجزئيات والفروع. ولا يقدح في هذا المقوم - وهو أهم مقومات القاعدة الفقهية - القول أن لكل قاعدة استثناء²⁵؛ لأن العبرة بالحكم الغالب الشائع، أما النادر فلا حكم له. والأمر الكلي إذا

²⁴ الروكي، نظرية التقييد الفقهي، مرجع سابق، ص 60.

²⁵ في سياق تأكيد العلماء على ظاهرة كثرة المستثنيات على القواعد يقول الريسوني: "وقد حاولت أن أجد قاعدة فقهية لم ترد عليها استثناءات فما وجدت غير العكس بما في ذلك القواعد الخمس المشهورة..." الريسوني أحمد، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقهما في العلوم الإسلامية (ط: 1؛ مصر: دار الكلمة للنشر والتوزيع، 1418هـ/1998م) ص 109. والأصل في القاعدة أن يتعلق حكمها بكل جزئياتها، ومن هنا وصفت بأنها كلية، لكن قد يشدّ عنها بعض الجزئيات، وهذا الشدود لا ينفي عنها الكلية، لأن الجزئيات التي تشدّ عن قاعدتها، إنما تشدّ عنها لتخلف بعض شروطها وقيودها، أو لكونها تخرج عن حكمها لتندرج تحت قاعدة أخرى وتنضبط بحكمها. "... فإذا نظرنا إلى القاعدتين معا - المخرج عنها والمخرج إليها - وجدنا أنه قد تحققت بهما صفة الكلية، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع والجزئيات المستثناة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاماً استثنائية خاصة. الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2 ص 965.

وتأسيساً على ما سبق بيانه، فإن ورود الاستثناءات على القاعدة الفقهية لا ينف عن صفة الكلية. كما أن وجود مثل هذه الاستثناءات يظهر مدى الارتباط الوثيق بين علم القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة؛ .. والأحكام الاستثنائية من القواعد الكلية شرعت حفاظاً على المصالح أن تنخرم، أو يفضي تطبيق القواعد الكلية إلى نتائج ومآلات لا يرضى

ثبت فإن خروج بعض جزئياته عنه لا تنفي عنه صفة الكلية، وقد عبّر عن هذا المعنى الإمام الشاطبي بقوله: "ولما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع؛ كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي، لا العموم الكلي التام الذي لا يختلف عنه جزئي ما"²⁶، ثم أكد في قوله: "إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً"²⁷.

ثم إن هذا الاستثناء اقتضته طبيعة التشريع الذي يتلمس مآلات الأفعال ويتحسس عواقبها، حتى لا تؤدي إلى نقيض مقصودها إذا ما طبقت القاعدة تطبيقاً آلياً؛ لأن من المتعذر ضبط الحياة الاجتماعية العامة بالقواعد المطردة التي لا يتخلف عنها جزئي ما؛ لأن وقائع الحياة وظروف الناس وإن بدت متشابهة في ظاهرها العام، إلا أن الفروق الدقيقة حاصلة بينها؛ لذلك كانت القواعد الأكثرية الغالبة هي الوسيلة لضبط حياة الناس.

ولعل هذا هو الذي حمل الدكتور محمد الروكي على زيادة هذا المحترز(منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية)، استدراكاً على العبارة التي استهل بها

الشارع عنها، بل قد تكون على النقيض مما تقتضيه روح التشريع العام، فتغير الظروف وتجدد الأحوال كان دائماً يدفع الفقهاء إلى العدول عن تطبيق الحكم الكلي(القاعدة) على الوقائع في ظل ما يلابسها من عوارض. انظر: أبو بكر لشهب، القواعد الفقهية: الأهمية في التشريع، والتخريج أثناء التفريع، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 5، جويلية 2007، ص ص 14-18. فإذا كان تعميم القاعدة ينجم عنه مقاصد غير مطلوبة للشارع أو ترتب عنه أضرار ومفاسد تربو على ما كان قد قرر لها الشارع من مصالح حين تشريع الحكم الأصلي ابتداءً، كان الواجب استثناء هذه الحالة من أصل القاعدة الكلية بسبب تغير الزمن أو فساد الحال وتغير مناط المصلحة والمفسدة، فتخرج حينئذ من قاعدتها الأصلية الأولى؛ لتدخل في قاعدة أخرى تناسب الحال الذي اقتضاها توفيق يحيى محمد، الاستثناء في القواعد الفقهية وأثره على الفقه والقواعد الفقهية، مجلة الأكاديمية، جامعة الشلف، العدد 9، 2003، ص 90.

ويجب التنبيه إلى أن رصد المستثنيات بقصد حصر الفروع الخارجة عن القاعدة، لا يكون مجدياً إلا ببيان علل هذه المستثنيات وأوجه شذوذها وضوابطها، وبيان مناط مقصد الشارع؛ فإن شملت علة القاعدة وحكمها الفرع المستجذ كان مندرجاً تحتها، وإن لم يكن مشمولاً بعلة القاعدة وكان داخلاً ضمن علة المستثنى كان حكمه حكم ما استثنى، وهذا الأمر يعطي القاعدة مرونة كبيرة، ويجعلها صالحة لكل زمان ومكان. توفيق يحيى محمد، المرجع السابق، ص 90.

²⁶ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، مج 4، ص 14.

²⁷ نفسه، مج 2، ص 83.

تعريفه (حكم كلي).

عامة ومجردة: والتجريد بمعناه الاصطلاحي: " أن تكون القاعدة مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها"²⁸، أي اشتمالها على حكم موضوعي مجرد عن الارتباط بأعيان المسائل، صالح للانطباق على كل أو جل الجزئيات المعلولة بعقلته، من غير أن يكون خاصا ببعضها دون بعض، لأنه إذا كان خاصا بعين الجزئية لا بموضوعها وعلتها لم تقم به حينئذ قاعدة، وإنما يصح أن ينعقد به الحد أو ما أشبه ذلك²⁹.

قضية تركيبية: والقضية التركيبية هي قضية إخبارية مُنشئة لمعلومات جديدة لم تكن معروفة من قبل، بخلاف القضية التحليلية التي لا تضيف شيئاً جديداً³⁰.

وكما هو معلوم تتألف القضية التركيبية من ثلاثة عناصر: المحكوم عليه؛ وهو محل القضية أو موضوعها، وثانيها المحكوم به؛ وهو الحكم، وثالثها كشف العلاقة والنسبة بين المحكوم عليه والمحكوم به.

الفقرة الثانية: أهمية القواعد الفقهية

من خلال رصد إشادة العلماء بدور القواعد الفقهية في تشييد صرح الفقه الإسلامي الشامخ نقف على الأهمية العلمية لهذه القواعد (أولاً)، و الأهمية العملية لها الخاصة بمجال القضاء (ثانياً).

أولاً : الأهمية العلمية للقواعد الفقهية

للقواعد الفقهية أهمية كبيرة في فهم دين الله تعالى، كما أن لها أهمية في التعليم والتفقه والإفتاء، وفي ممارسة الوظائف العلمية والأبحاث الفكرية في مجالات كثيرة، كمجال الإدارة والأمن والإعلام... لأجل تواتر عن العلماء التنويه والإشادة بها، حتى تكون نبراساً للدارسين والمهتمين؛ ومن أبرز تجليات أهميتها:

²⁸ الروكي، نظرية التقييد الفقهي، مرجع سابق، ص 63.

²⁹ نفسه.

³⁰ الباحثين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 184-185.

أنها ضبطت الأمور المنتشرة المتعددة ونظمتها في سلك واحد؛ مما يمكن من إدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة، ويزود المطلع عليها بتصوير سليم يدرك به الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات، فهي كما قال ابن رجب: "... تنظم له [للفقيه] منشور المسائل في سلك واحد، وتقيّد له الشوارد وتقرّب عليه كل متباعد"³¹.

كما أن الاشتغال والإحاطة بها-القواعد الفقهية- يقدم للمجتهد والفقيه خدمةً جليّةً، لا غنى لهما عنها في عملهما. ذلك أنها تيسر لهما الإمام بكثير من الأشباه والنظائر، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها، مما يمكنهما من الإلحاق والتخريج عليها، وهذا باب واسع في الاجتهاد كما قال الشهاب القرافي: "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات"³².

لأنّ حفظ جزئيات الفقه وفروعه يستحيل أن يقدر عليه إنسان، لكن حفظ القواعد مهما كثرت يدخل تحت الإمكان، وإلى هذا المعنى أشار القرافي بقوله: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت وضافت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى"³³.

وقد نقل تاج الدين السبكي عن والده قوله: "وكم من آخذ مستكثر في الفروع ومداركها قد أفرغ جمام ذهنه فيها؛ غفل عن قاعدة كلية فتخبط عليه تلك المدارك، وصار حيران، ومن وفقه الله بمزيد من العناية؛ جمع بين الأمرين فيرى رأي العين"³⁴.

ثم إنّ فهم هذه القواعد وحفظها يساعدان الفقيه على فهم مناهج الفتوى، ويطلعانه على حقائق الفقه ومآخذه، ويعينه على اكتساب ملكة فقهية قويّة تنير أمامه الطريق

³¹ ابن رجب، عبد الرحمن أبو الفرج، القواعد في الفقه الإسلامي (لا:ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت) ص3.

³² القرافي، الفروق، تحقيق: خليل منصور، ج1(لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/ 1998م) ص ص

3-6.

³³ نفسه.

³⁴ السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1 ص329.

لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعدّدة، ومعرفة الأحكام الشرعية، وتساعدانه على إلحاق أيّ فرع أو حادثة بالقاعدة التي تناسبها عن طريق الإلحاق والتخريج، وتمكّنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجدّدة، وبه يكون الفقه الإسلاميّ جامعاً لما يحدث وسيحدث مستقبلاً من الحوادث والمسائل على ممرّ الأزمان والعصور³⁵.

قال السيوطي: " إن فنّ الأشباه والنظائر -ويقصد به القواعد الفقهية- فنّ عظيم به يُطلّع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويُتمهّر في فهمه واستحضاره، ويُقنّد على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممرّ الزمان"³⁶.

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: "والطالب إذا تلقى هذه القواعد وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقها، يشعر في ختام دراسته لها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تُشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات"³⁷.

هذه شواهد وعينات - تساق على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر-، ناطقة بأهمية القواعد الفقهية العامة، التي تُمكن حتى غير المختصين في العلوم الشرعية من استيعاب أحكام الفقه الإسلاميّ وأدلته ومقاصده بيسر وسهولة.

فمن المعلوم أن هناك الكثير من المثقفين (قضاة، محامين، باحثين، وإعلاميين...) الذين لا يقدرّون على استيعاب الفروع الفقهية لكثرتها وتداخلها وصعوبة صياغاتها أحياناً، ومن هنا تتجلى فائدة هذه القواعد في تسهيل الإمام بالفقه؛ بالإلمام بقواعده، مما يبرهن على أهمية المنظومة القواعدية في تنوير سبيل المجتهد وتحصينه من تنكّب جادة الصواب في العملية الاجتهادية.

³⁵ عزام، عبد العزيز محمد، القواعد الفقهية الإسلامية (لا:ط؛ الشرقية- مصر: لان، 1998/1999م) ص 3.

³⁶ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: عبد الكريم الفضلي (لا:ط؛ لبنان: المطبعة العصرية، 1421هـ/2000م) ص 6.

³⁷ مقدمة الشيخ مصطفى الزرقا على شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا، ص 11.

ثانياً: الأهمية العملية للقواعد الفقهية في مجال القضاء الأسري

بما أن أحكام الأسرة في المجتمع المسلم ظلت متصلة بالشرعية الإسلامية، حتى في ظل التنظيم الدولي المعاصر، المستند إلى التشريع المقنن في تنظيم أغلب شؤون الحياة، فإن للقواعد الفقهية فوائد خاصة يمكن استثمارها في مجال القضاء عموماً والقضاء الأسري بخاصة؛ باعتبار أن هذه القواعد تمثل زبدة وخلاصة الفقه الإسلامي الذي يعد مصدراً احتياطياً وتفسيرياً وتاريخياً لأغلب التشريعات العربية المدنية والأسرية. ويمكن تلخيص أهم تلك الفوائد في:

1. تعين القاضي الأسري على معرفة التوجهات العامة للفقه الإسلامي وتكوين تصور عام متكامل عنه، ما دام -الفقه الإسلامي- مصدراً احتياطياً للتشريع في الأنظمة القانونية العربية كما ذكرنا، لذلك فإن دراستها والإلمام بها من قبل القضاة يوفر لهم مصدراً غنياً للبحث عن حلول المسائل التي لم تسعفهم القوانين في الحكم عليها؛ ولذا قيل بأن حكم دراسة القواعد الفقهية والإلمام بها فرض عين على القضاة والمفتين وفرض كفاية على غيرهم³⁸؛
2. تمكن القاضي الأسري من معرفة الحكم الشرعي لمختلف النوازل والمستجدات³⁹، لأنها تجمع الفروع والجزئيات الفقهية المتشابهة في إطار واحد، تسهيلاً لضبطها واستحضارها وإدراك الروابط المشتركة بينها؛ فالفائدة العملية للقاعدة الفقهية إنما تتجلى من خلال ما تجود به فروع مخرّجة عليها؛

38 محمد البورنوي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ط: 4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ/1996م)، ص 24.

39 فقد جاء إحدى التوصيات التي خلصت لها ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان خلال القرن الرابع الهجري- القواعد الشرعية أمودجا-، المنظمة من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان عام 1425هـ/2004م: " المنظومة الأصولية ابتعدت شيئاً فشيئاً عن واقع الحياة، بسبب مبالغتها وتركيزها على الجانب البياني اللغوي؛ ولذلك تأتي أهمية القواعد الفقهية لتطوير هذه المنظومة بما يتواءم مع حركة الحياة، لملاسة القواعد الفقهية حركة المجتمع، وإدراكها لمقاصد الشرع من دون الإخلال بالآلة اللغوية، أو إهمال القواعد الأصولية ".

3. تضمن تقليل نسبة الخطأ في المسائل الاجتهادية التي تُرفع إلى قضاة شؤون الأسرة من قضايا غير مشمولة بالتقنين، وذلك لضبط مستثنيات القاعدة؛ لأن ضبط القواعد يترتب عنه-بالضرورة- ضبط الاستثناءات الواردة عليها⁴⁰؛
4. تحقق إدراك مقاصد الشريعة وغايات الأحكام وأسرارها، إذ إن كثيراً من الفروع تتوافق على تقرير مقصد شرعي معين؛
5. تسلّح القاضي الأسري المجتهد بالقواعد الفقهية يحصنه من أن يتيه وسط التفاصيل والجزئيات التي لا يسعه الإحاطة بها مهما تفتقت مداركه واتسع اطلاعه؛
6. منع فوضى الاجتهاد في تفسير وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية ومصائبه، ومنهجته بآليات وضوابط ومسالك محددة لا يجيد عنها المجتهد، فلا يضل ولا يُضل؛
7. تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني لمعرفة القواعد الفقهية المطبقة في ساحة الخصومة القضائية تسير على هديها الأحكام وتنقاد لها من غير اضطراب؛
8. بيان حقيقة أن القواعد الفقهية بمثابة القانون المنظم للقضايا الشرعية، حيث تحل مؤقتاً محل القوانين في تنظيم القضايا التي لم يشملها التقنين بعد.

المطلب الثاني: نشأة وتطور القواعد الفقهية

كأي علم لم تشكل القواعد الفقهية جملة واحدة، وإنما تطورت مع تطور الفقه الإسلامي، حيث تكونت مفاهيمها وصيغتها بالتدرج، بدءاً من عصر النبي ﷺ، مروراً

⁴⁰ وفي ذلك يقول الإمام التاج السبكي: "والقول الجملي عندنا أن الضابط [يعني القاعدة] إما أن يطرد وينعكس وذلك الغاية وإما أن يخرج عنه صوراً طرداً وعكساً والخارج إما معقول المعنى وإما تعبد. وقد تجمع شيئان: أحدهما: لمعنى. والثاني: تعبد... ثم الخارج تعبدًا يهون الأمر فيه، وأما الخارج لمعنى فذاك المعنى هو أصله الآخر الذي اجتذبه. فلاح بهذا أنه لا يخرج لمعنى إلا وقد لحق بأصل آخر خرج من هذا فدخل في هذا ولم يكن ضائعاً. فالفقيه من يرده إلى أصله ويعيده إلى وكره لا من يحفظه حفظ ضائع لا يدري مالكة، ومجهول لا يعرف صاحبه". الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 2 ص 303-304.

بعصر الصحابة والتابعين وانتهاء بعصر كبار أئمة المذاهب والفقهاء (فرع أول)، الذين انكبوا طوال عصور التاريخ الإسلامي على بلورتها وصقلها. لتشهد بعد ذلك نهضة علمية متقدمة من ناحية إحصائها وجمعها، ودراستها وفق الأسلوب الموسوعي الجامع (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: القواعد الفقهية في عصور نشأة وتطور الفقه الإسلامي

تكوّنت القواعد الفقهية في رحاب الوحي ونشأة الأحكام الفقهية (فقرة أولى)، وترعرعت واستقامت وتطورت عباراتها وصيغها عبر عصور ازدهار الفقه الإسلامي حتى رسخت واستقرت على يد أئمة وفقهاء المذاهب الفقهية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مرحلة نشوء وتكوين القواعد الفقهية

نشأت وتكونت النواة الأولى للقواعد الفقهية في عصر النبوة، وكانت أحاديث النبي ﷺ في كثير من الأحيان بمثابة القواعد العامة التي تنطوي على فروع فقهية كثيرة كقوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»⁴¹ وقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»⁴²، وقوله ﷺ:

⁴¹ أخرجه البخاري في صحيحه في عدة مواضع؛ منها: كتاب الإيمان، كتاب الخيل؛ ورواه مسلم في كتاب الجهاد. قال ابن القيم: " النبي ﷺ قال كلمتين كفتا وشفنا، ونحتهما كنوز العلم... فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عملا إلا بالنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والندور وسائر العقود والأفعال". ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج3 (ط:1؛ بيروت: دار النشر، 1977) ص 123. وقد خرج عليه-الحديث- العلماء العديد من القواعد مثل: ((**الأمر بمقاصدها**))؛ ((**لا ثواب إلا بنية**))؛ ((**العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني**)).. وغيرها من القواعد.

⁴² أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الأفضية (ح/86). انظر: الدار قطني، على بن عمر، سنن الدار قطني (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1432هـ/2011م) ص 1336؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، (ح/2340)، سنن ابن ماجه، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، ج2 (لا:ط؛ لا:م. مطبعة دار إحياء الكتب العربية، يصاحبها فيصل عيسى البايي الخليلي، د.ت) ص 784؛ والحاكم في مستدرکه، كتاب البيوع (ح/2400)، وقال-أي الحاكم-: حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. انظر: الحاكم، أبو عبد الله، المستدرک علی الصحیحین، ج2 (ط:1؛ لا:م. دار الحرمین للطباعة والنشر والتوزیع، 1417هـ/1997م) ص 72.

« البينة على المدعي واليمين على من أنكر »⁴³ ... وغيرها من جوامع كلمه ﷺ التي أوضحت عند الفقهاء كليات ثابتة مستقلة جرت مجرى القواعد الفقهية⁴⁴.

ثم تواصلت مرحلة نشوء وتكوين القواعد الفقهية في زمن الصحابة والتابعين وتابعيهم من أئمة الفقه والاجتهاد الذين عملوا على إيجاد الأحكام والمخارج للقضايا والمسائل التي كانت تعرض عليهم، بحيث تشكل على إثرها الفقه الإسلامي في أبوابه وفروعه الواقعية، التي انتظمت معظمها في شكل قواعد واضحة، من نماذجها: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « مقاطع الحقوق عند الشروط »⁴⁵ ، وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: « من قاسم الربح فلا ضمان عليه »⁴⁶ ، وقوله أيضاً: « ليس على صاحب العارية ضمان.. »⁴⁷.

⁴³ متفق عليه: البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، (ح/2524)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، (ح/1711). وقد غدا الحديث من أمهات القواعد الفقهية الإثباتية، قال الإمام النووي: " هذا حديث قاعدة كبيرة في قواعد أحكام الشرع ". النووي، يحي بن شرف أبو زكريا ، شرح صحيح مسلم ، ج4 (لا.ط؛ لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1972) ص 301.

⁴⁴ من ذلك حديث: « المسلمون عند شروطهم ». الذي أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الصلح، والترمذي في سننه، في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول ﷺ في الصلح بين الناس وقال حسن صحيح، وصححه الألباني، وإن رأى أن في بعض إسناده ضعفاً. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج8 (ط:2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ / 1985م) ص. وحديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا؛ ومسلم في كتاب البيوع، في موضعين: باب ثبوت خيار المجلس للمبتاعين وباب الصدق في البيع والبيان. وحديث « الولد للفراش »، وحديث « لا طلاق في إغلاق »، وحديث « لا وصية لوارث »، وحديث « الحلال بين والحرام بين » وحديث « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » « الخراج بال ضمان »، و « جرح العجماء جبار »...

⁴⁵ أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح؛ وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح.

⁴⁶ أخرجه عبد الرزاق، في مصنفه، كتاب البيوع، باب: ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الربح؟، انظر: عبد الرزاق بن همام الصنعاني، أبو بكر، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ج8 (ط:1؛ جنوب أفريقيا: المجلس العلمي، 1392 هـ / 1972م) ص 253.

⁴⁷ نفسه، ص 179.

ومن ذلك أيضا قول شريح القاضي: « من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه »⁴⁸ ، وكذلك قوله: « من ضمن مالا فله ربحه »⁴⁹ ، وأيضا قوله: « لا يُقضى على غائب »⁵⁰ ، وقول إبراهيم النخعي: « كل قرض جر منفعة فهو ربا »⁵¹ .

الفقرة الثانية: مرحلة رسوخ واستقرار القواعد الفقهية

يكاد الإجماع ينعقد على أن المذهب الحنفي هو أقدم المذاهب اهتماما بموضوع التععيد الفقهي⁵²؛ فقد كان فقهاؤه سباقين إلى تحرير المبادئ الشرعية في شكل قواعد فقهية، نقلها عنهم فقهاء المذاهب الأخرى في معرض الاحتجاج والاستشهاد في النوازل والمستجدات الفقهية.

ولعل أقدم خبر يروى في جمع القواعد الفقهية ما أورده العلامة ابن نجيم المصري الحنفي (ت 970هـ)، في مقدمة كتابه "الأشباه" من أن أبا طاهر الدبوسي (ت 430هـ) ألف كتابا جمع فيه أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في عشر قواعد كلية سماه "تأسيس النظر"⁵³.

وتعد رسالة الكرخي أقدم مدونة في القواعد الفقهية؛ وهي رسالة موجزة احتوت على سبع وثلاثين (37) قاعدة، وقد قام بشرحها الإمام نجم الدين النسفي، ثم توالى حركة التدوين والتأليف في التععيد الفقه عند الأحناف، ومنها في القرن التاسع الهجري كتاب "الأشباه والنظائر" لابن نجيم، وفي منتصف القرن 12هـ كتاب "جمع

⁴⁸ ذكره البخاري في ترجمة باب ما يجوز من الاشرط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم... في كتاب الشروط من صحيحه ،

⁴⁹ وكيع، محمد بن خلف بن حيان، أخبار القضاة، ج2 (لا:ط؛ بيروت: عالم الكتب، د.ت) ص 319.

⁵⁰ أخرجه الترمذي في جامعه، باب ما جاء في القاضي لا يقضى بين الخصمين حتى يسمع كلامهما (ح/1331)، انظر: الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، ج3 (لا:ط؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، د.ت) ص 12.

⁵¹ أخرجه عب الرزاق، في مصنفه، مرجع سابق، ج8 ص 308.

⁵² انظر: المدور، رشيد بن محمد، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية (ط:1؛ عمان-الأردن: دار الفتح للدراسات والنشر، 1432هـ/ 2011م) ص 43.

⁵³ نفسه.

الحقائق“ للفقيه التركي محمد أبو سعيد الخدمي.

وفي المذهب المالكي⁵⁴ أتى محمد بن حارث الحشني (ت 361هـ) فألف كتابه ”أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك“.

واشتهر العلامة الشهاب القرافي (ت 684هـ) بموسوعته ”الفروق“؛ التي ضمَّنها خمسمائة وثمانين وأربعين (548) قاعدة، وهو من أبرز ما صنف في علم القواعد الفقهية؛ إذ تناوله فقهاء المالكية على مر العصور بالشرح والترتيب والاختصار والتهذيب. كما اشتهر الإمام المقرئ (ت 759هـ) من أعلام المالكية الجزائريين، بكتابه ”القواعد“ الذي اشتمل على ألف ومائتي قاعدة (1200)، ويعتبر من أوسع مصادر المالكية في القواعد، حيث كان نواة مصنفات المذهب بعده في هذا الباب كمؤلف ”إيضاح المسالك“، وتوابعه لأبي العباس الونشريسي (ت 914هـ).

كما قام أبو الحسن الزقاق المالكي (ت 912هـ) بنظم القواعد الفقهية في مؤلفه الشهير ”المنهج المنتخب“، وهو منظومة احتوت على أربعمئة وثلاثة وأربعين (443) بيتا، منها تسعة عشر (19) بيتا في المقدمة، وتسعة (9) في الخاتمة، والباقي في القواعد؛ وعددها مائة واثنان وثمانون (182) قاعدة والمسائل التي خرَّجت عليها⁵⁵.

وفي المذهب الشافعي⁵⁶ ألف العز بن عبد السلام (ت 660هـ) كتابه ”قواعد الأحكام في مصالح الأنام“ الذي كان له فضل سبق في تناول موضوعات القواعد الفقهية كعلم مستقل، وأيضا تاج الدين السبكي (ت 771هـ) في ”الأشباه والنظائر“، كذلك ألف الزركشي (ت 794هـ) كتابه ”المنثور في القواعد“، كما برز الإمام السيوطي (ت 911هـ) بكتابه ”الأشباه والنظائر“.

وبرز في المذهب الحنبلي⁵⁷ العلامة ابن رجب (ت 795هـ) بكتابه المشهور بـ

⁵⁴ ينظر: المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، مرجع سابق، ص ص 44، 48، 56، 216.

⁵⁵ نفسه، ص ص 56-57.

⁵⁶ الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية: مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها (ط:3؛ دمشق: دار القلم، 1414هـ/ 1994) ص ص 211 - 243.

⁵⁷ ينظر: نفسه، ص ص 251 - 260.

قواعد ابن رجب“ ضمنه مائة وستين (160) قاعدة ، وقبله شيخ الإسلام ابن تيمية (ت728هـ) في مصنفه ”القواعد النورانية الفقهية“.

الفرع الثاني: القواعد الفقهية في العصر الحديث

في نهاية القرن الثالث عشر الهجري شهدت القواعد الفقهية نهضة علمية متميزة تمثلت في توظيف القواعد الفقهية في مجال تقنين الأحكام الرسمية في الدولة (فقرة أولى)، ثم تسارعت تلك النهضة العلمية النشيطة - في ما يشبه الهبة الجماعية - في استخراج القواعد واستخلاصها من بطون كتب الفقه المعتمدة، ودراستها نظريا وتطبيقيا، الأمر الذي أسهم في تحول التصنيف في فنون التقعيد الفقهي المختلفة نحو التنسيق الموسوعي (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تقنين القواعد الفقهية

والمقصود صياغة القواعد والضوابط الفقهية في صورة مبادئ عامة مرتبة في شكل مواد قانونية، مبنية بحسب الموضوعات، تسهل على القاضي الكشف عن الحكم الشرعي، وتكييف الواقعة المعروضة عليه؛ حيث وُضِعَتْ مجلة الأحكام العدلية ليعمل بها في محاكم الدولة العثمانية⁵⁸ في أواخر القرن (13هـ)، فاعتبرت فاتحة عهد جديد في النهضة العلمية التي تشهدها القواعد الفقهية.

وقد كانت هذه هي المرة الأولى التي توظف فيها القواعد الفقهية في مجال التقنينات الملزمة لجميع المحاكم والمواطنين، فانتقلت بذلك من بعدها المرتبط بالتعليم والتفقه والاجتهاد والفتوى، إلى آفاق التطبيق القضائي والاجتهاد الجماعي الإلزامي الإجباري.

⁵⁸ حيث تضمنت (1851 مادة). انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج1 (ط:9؛ دمشق: مطابع ألف باء- الأديب، 1968) ص 199. ؛ عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: تقنين الشريعة الإسلامية (لا:ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1411هـ/1991م) ص 22؛ سراج ، محمد أحمد، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق (لا:ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997) ص 250.

الفقرة الثانية: الكتابة الموسوعية للقواعد الفقهية

شهد القرن (15 هـ) اهتماما متميزا بالقواعد الفقهية، بالشروع في تدريسها في أغلب جامعات وكليات العلوم الإسلامية وشعب الدراسات الشرعية؛ مما نتج عنه توجهها عاما للبحوث الجامعية الأكاديمية، نحو تحقيق مخطوطات القواعد الفقهية والاعتناء بإصدارها، واستخراج القواعد الفقهية واستخلاصها من بطون كتب الفقه المعتمدة في المذاهب المختلفة، ورصد القواعد وإحصائها وترتيبها، والعمل على دراسة البعض من تلك القواعد وإفرادها بالتأليف.

بالإضافة إلى ذلك إنجاز العديد من الدراسات النظرية التي اهتمت بالتأريخ لهذا العلم وبيان مراحل تطوره⁵⁹؛ وقد خلفت هذه الحركة العلمية ثروة مهمة من البحوث والدراسات في هذا الشأن، مما دعا إلى تحول العمل من الجهد الفردي إلى الجهد الجماعي المؤسسي القائم على الإحاطة والجمع، والتنظيم والتنسيق.

وهكذا خطت القواعد الفقهية خطوة متقدمة من ناحية إحصائها وجمعها، ودراستها وفق الأسلوب الموسوعي الجامع ومن ذلك:

⁵⁹ من ذلك مثلا دراسة بعنوان: "معلمة القواعد الفقهية عند المالكية" من تأليف الدكتور رشيد المدور، أحد الباحثين المعاصرين المغاربة في هذا المجال. وهو كتاب حافل، صدر عن دار الفتح للدراسات والنشر بالأردن عام 2011. وهذا الكتاب هو حصيلة مجهود علمي متواصل على امتداد عقدين من الزمن 1990/2010م، عمل فيه المؤلف على تصحيح معلومة خاطئة شاعت بين أغلب الباحثين، بسبب شح في المعلومات، مفادها أن مساهمة علماء المالكية في مجال التصنيف في القواعد الفقهية مساهمة، من جهة، متأخرة، ومحدودة من جهة أخرى، فأثبت مشاركة المالكية للحنفية في السبق التاريخي، وبرهن على تفوقهم ونبوغهم في هذا المجال، فأتى على ذكر زهاء التسعين ومائة مصنف؛ قديمها وحديثها، منثورها ومنظومها، بسيطها ووسيطها ووجيزها، متبعا كل مصنف ببطاقة تعريفية بحسب ما أسعفه البحث وأمكنه الاطلاع.

وقد قسم المؤلف تلك المصنفات إلى مصنفات تحمل اسم القواعد الفقهية ومصنفات في الكليات الفقهية ومصنفات في الفروق الفقهية ثم مصنفات في النظائر الفقهية، ورتبها، وعرض موضوعها ومنهجها؛ ثم استخلص عددا كبيرا من مميزات وخصائص إسهام المالكية في الحركة الفقهية القواعدية، وصمم مقارنة بليومترية لما أنتجوه، ثم ختم البحث بذكر عدد من النتائج والتوصيات.

أولاً: موسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي البورنو:

وقد شملت كل المذاهب، وتضمنت زهاء أربعة آلاف ومائة واثنين وتسعين (4192) قاعدة رتبت ترتيباً ألفبائياً، مع ترقيم هذه القواعد وتبيان موضوعها، وشرح مضمونها والتمثيل لها بمثال أو أكثر، مع التدقيق في قواعد الخلاف، والإشارة في الهامش إلى توثيق الكتب التي ذكرت فيها القاعدة إضافة إلى صناعة الفهارس التفصيلية، وقد طبعت الموسوعة في ثلاثة عشر (13) مجلداً، وصدرت في طبعها الأولى كاملة عن مؤسسة الرسالة ببيروت عام 1424هـ/2003م.

ثانياً: معجم القواعد الفقهية الإباضية

يتمثل في موسوعة ضخمة أنجزتها وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بمسقط - سلطنة عُمان، تنفيذاً لتوصيات ندوة تطور العلوم الفقهية بمسقط عام 2004م، وطبعت تحت إشراف معالي الشيخ عبد الله السالمي، وزير الأوقاف والشؤون الدينية في مجلدين.

ثالثاً: معلمة القواعد الفقهية التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي

وهو مشروع علمي كبير عكف من خلاله مجلس الجمع الفقهي الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي⁶⁰ (منظمة المؤتمر الإسلامي سابقاً) 15 عاماً، على استخراج القواعد الفقهية من كتب الفقه الإسلامي دون تفريق بين المذاهب الفقهية المعتد بها⁶¹، مع الاهتمام برد كل قاعدة إلى مصدرها، وبالتعاون مع علماء العالم الإسلامي المتفرسين بالقواعد الفقهية، باعتماد منهجية تقوم على استخراج القواعد وفق بيانات تشمل معلومات دقيقة جداً حول القاعدة ونصها، مع تبيان الصيغ الأخرى للقاعدة، أو الصيغ المخالفة، ودليل القاعدة، مع الشرح والتطبيقات، وإبراز المستثنيات التي تخرج عن القاعدة، وبيان الأنواع التي تنتمي لها أو تندرج تحتها القاعدة باعتبار مصدرها ومجالها،

⁶⁰ بموجب القرار رقم 24 الذي اتخذته المجلس المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان- الأردن في الفترة 11-16 أكتوبر 1986.

⁶¹ وهي ثمانية: الحنفي، والشافعي، والمالكي، والحنبلي، والظاهر، والجعفري، واليزيدي، والإباضي.

ومدى شمولية القاعدة، مع تحديد القسم الذي تندرج تحته من أقسام الفقه أو تحديد موضوعها. وقد صدرت الموسوعة مؤخرًا في إحدى وأربعين (41) مجلدًا.

المطلب الثالث : تمييز القاعدة الفقهية عن المصطلحات المشابهة

سبقت الإشارة إلى أن مصطلح التقييد الفقهي يتفرع عنه صيغ تركيبية عدة مثل الضابط الفقهي، الكلية الفقهية، القاعدة الأصولية... وفي العصر الحديث استحدث مصطلح أوسع وهو النظرية الفقهية، وهذه المصطلحات تشترك مع القواعد الفقهية في مساحات كثيرة، ولكنها تختلف عنها من عدة مناح؛ الأمر الذي يستوجب التفريق بين القاعدة الفقهية وبين ما يتداخل معها في حقل البحث الفقهي (فرع أول).

ولما كانت بعض القواعد القانونية ترجع في حقيقتها إلى قواعد فقهية قبل أن تصاغ في نصوص قانونية، استدعى المقام التمييز بين القاعدة الفقهية وبين القاعدة القانونية (فرع ثان).

الفرع الأول: القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة

هناك تسميات وألفاظ مُتداولة في الحقل الشرعي، قد يُشتبه في أنها مرادفة للقاعدة الفقهية؛ لاشتراكها معها في الموضوع؛ فيكون لزامًا -ضبطًا للمصطلحات- التمييز بينها -القاعدة الفقهية- وبين تلك المسميات؛ حيث نميز بينها وبين الضابط الفقهي (فقرة أولى)، وبينها وبين الكلية الفقهية (فقرة ثانية)، وبينها وبين القاعدة الأصولية (فقرة ثالثة)، وبينها وبين النظرية الفقهية (فقرة رابعة).

الفقرة الأولى: التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

ويقتضي ذلك تعريف الضابط الفقهي (أولاً)، ثم الفرق بينه وبين القاعدة الفقهية (ثانياً).

أولاً: تعريف الضابط الفقهي

الضابط لغة: مأخوذ من الضبط الذي هو لزوم الشيء وحبسه فمادة (ضبط) في

اللغة تفيد الحصر والحبس واللزوم، ويطلق على حفظ الشيء بحزم، والضبط إحكام الشيء وإتقانه وحفظه⁶².

وللضبط معان كثيرة تدور حول هذا الأصل وهو الحصر والحبس والقوة فيقال: رجل ضابط، أي قوي شديد⁶³.

ويختلف معنى الضابط في الاصطلاح من فن إلى آخر فله تعريف عند المحدثين، وتعريف عند الفقهاء. وتعريفه عند الفقهاء له عدة إطلاقات وبيان ذلك كما هو آت:

1. الضابط عند المحدثين:

الضابط وصف للراوي عند المحدثين ومعناه: تيقظ الراوي حين تحمله وفهمه لما سمعه وحفظه لذلك من وقت التحمل إلى وقت الأداء⁶⁴.

وهو شرط من شروط الحديث المقبول وبالتأمل في التعريف نرى ارتباطه الواضح بالمعنى اللغوي حيث يدور المعنى على الحبس والحفظ.

2. الضابط عند الفقهاء:

للضابط عند الفقهاء مفاهيم عديدة منها:

أن الضابط عند جمع من العلماء كالقاعدة؛ لا يوجد فرق بينهما وإلى هذا المعنى ذهب الكمال بن الهمام فإنه حين ذكره لتعريف القاعدة ذكر منها الضابط والأصل والحرف ولم يُشير إلى التفريق⁶⁵، وكذلك النابلسي في كتابه كشف الخطائر عن الأشباه والنظائر كما نقله الندوي عنه⁶⁶، والفيومي أيضا في المصباح حيث قال: القاعدة في

⁶² الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، (لا.ط؛ بيروت: دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، 1986) ص 158.

⁶³ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص 340.

⁶⁴ الكافيحي، محمد بن سليمان بن سعد بن مسعود الرومي الحنفي محيي الدين، أبو عبد الله، المختصر في علم الأثر، تحقيق: علي زوين (ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد، 1407هـ) ص 156.

⁶⁵ ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير بشرح كتاب التحرير، تحقيق: عبد الله محمود، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ / 1999م) ص 42.

⁶⁶ الندوي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 47.

الاصطلاح. بمعنى الضابط⁶⁷.

الضابط غير القاعدة؛ فالضابط مختص بباب واحد والقاعدة تدخل في أبواب متعددة، وتجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد. وهو اختيار تاج الدين بن السبكي⁶⁸ وتابعه على ذلك السيوطي⁶⁹ وابن نجيم⁷⁰ وغيرهم. كما أن هناك استعمالات أخرى **للضابط**، أشار إلى ذلك ابن السبكي، منها:

أ- إطلاق الضابط على تعريف الشيء مثل: "العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى"؛

ب- إطلاقه على المقاييس التي تدل على تحقيق المعاني كقولهم: وضابط المشقة المؤثرة في التخفيف من غيرها...؛

ج- إطلاقه على تقاسيم الشيء وأنواعه. مثل قول السيوطي: "ضابط الناس في الإمامة أقسام: الأول من لا تجوز إمامته بحال..."⁷¹؛

د- إطلاقه على أحكام فقهية لا تمثل قاعدة ولا ضابطاً ومنها قولهم: "ضابط ليس لنا وضوء يبيح النفل دون الفرض إلا في صورة واحدة وذلك في الجنب إذا تيمم وأحدث حدثاً أصغر ووجد ما يكفيه للوضوء فقط فتوضأ به فإنه يباح له النفل دون الفرض"⁷².

هذه بعض الإطلاقات للضابط من باب ضرب المثال وليس الحصر، وبناء على ما سبق يمكن تعريف الضابط الفقهي بأنه: ((حكم كلي فقهي يُتعرّف من خلاله على

⁶⁷ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج3، ص 510، مادة (ق ع د).

⁶⁸ السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1 ص 11.

⁶⁹ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في النحو، ج1 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ص 9.

⁷⁰ الكليات، مرجع سابق، ص728؛ غمز عيون البصائر، مرجع سابق، ج1، ص31

⁷¹ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ج1 (ط:2؛ الرياض، مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1418هـ/1997م) ص304.

⁷² نفسه، ص341.

أحكام جزئيات كثيرة من باب واحد مباشرة))، أو هو: ((ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد، غير مُلتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر))⁷³.

ثانياً: الفرق بين الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية

وعلى الرغم من أن الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية يتفقان في أن كليهما قضية فقهية كلية، وأن كلا منهما يتضمن حكماً فقهيًا يتعرف من خلاله على أحكام الفروع المشابهة له، إلا أن الصحيح من اختيار العلماء التفرقة بينهما من حيث الاصطلاح، وبناء على ذلك فإن أبرز الفروق بينها:

1. الضابط يجمع فروعاً من باب واحد والقاعدة تجمع فروعاً من أبواب متعددة، فالقاعدة أعم وأشمل من حيث جمع الفروع وشمول المعاني، والضابط أحص وأضيق، مثال ذلك قاعدة "الأمر بمقاصدها" فهي تجري في المعاوضات والتملكيات المالية، والإبراء والوكالات، وإحراز المباحات، والضمانات، والأمانات، والعقوبات، أما الضوابط الفقهية فتختص بباب فقهي واحد؛ نحو "كل قول مُحَرَّم لا يقع به الطلاق"⁷⁴ فالباب الوحيد لهذا الضابط هو الطلاق، فاختص به مع وجود صفة الكلية، فيشمل الحكم جميع الأقوال والألفاظ المحرمة لذاتها أو لوصفها، فالظهار-مثلاً- قول محرم لذاته، لوصف الله له بالمنكر والزور⁷⁵، فلا يقع به الطلاق، والطلاق البدعي قول محرم لوصف عارض له- وهو الوقت أو العدد- فلا يقع به الطلاق كذلك عند بعض العلماء.

⁷³ الباحثين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 67.

⁷⁴ الصواط، محمد بن عبد الله بن عابد، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، (ط: 1؛ السعودية: دار البيان الحديثة، 1422هـ / 2001م) ص 554.

⁷⁵ في قوله ﷺ: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾ [المجادلة، 2].

وينبغي التفريق بين الضابط الفقهي والحكم الجزئي، فالحكم ما يختص بصورة جزئية واحدة فقط، ولا يتعداها إلى غيرها، فلا وجود لشائبة الكلية المطلقة، نحو: "المهر حق للزوجة"، هذا لا يصح كونه قاعدة أو ضابطاً. وهذا هو الفرق الجوهرى عند العلماء الذين اختاروا التفريق؛

2. القواعد في مجملها محل اتفاق عند أكثر المذاهب أما الضوابط فهو اصطلاح مقيد لكل مذهب على حدة في غالب أمره. وهذا الفرق على الأغلب وليس الاطراد وإلا فإن من القواعد ما يحدث فيه الخلاف بين المذاهب كذلك؛

3. القواعد تراعى العلة المشتركة في الفروع والجزئيات التي تشملها بينما الضوابط لا تراعى ذلك فمجرد وجود رابط يربط بين عدة فرعيات ويضبطها بمعنى مشترك بحيث تجتمع عليه، يمكن أن يطلق عليه مصطلح الضابط⁷⁶.

الفقرة الثانية : التفريق بين القاعدة الفقهية والكليات الفقهية

وهذا يقتضى تعريف الكلية الفقهية (أولاً)، ثم تبين علاقتها بالقاعدة الفقهية (ثانياً).

أولاً : التعريف بالكليات الفقهية

لغة: الكليات جمع كلية نسبة إلى "كل" وهو لفظ يفيد العموم والاستغراق لأفراد ما تضاف إليه أو أجزائه⁷⁷، كما في التنزيل العزيز: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور، 21]، و: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾ [آل عمران، 185]،

⁷⁶ وإلى هذا الفرق أشار التاج السبكي بقوله: " ما عم صورا فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور في الحكم فهو المدرك وإلا فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها فهو الضابط وإلا فهو القاعدة، وتوضيح ذلك بالأمثلة الآتية: قاعدة المشقة تجلب التيسير تجمع كل الصور التي تتحقق فيها المشقة إذ هي مأخذ حكم التيسير، بخلاف ضابط مثل الخالف لا بد له من كراهة الشرط والجزاء، فالمقصود فيه جمع صور الأيمان التي توفر فيها هذا الوصف بقطع النظر لمن عليه وصف كراهة الشرط والجزاء وعدم عليته...".

⁷⁷ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، مج5 ص 122.

وفي الحديث: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»، وفي لسان العرب: " الكُلُّ : اسم يجمع الأجزاء"⁷⁸.

والمراد بالكلية في اصطلاح الفقهاء: ((ثبوت الحكم لكل واحد بحيث لا يبقى واحد ويكون الحكم ثابتا لكل بطريق الالتزام))⁷⁹؛ أو: ((المحكوم فيها على جميع أفراد موضوعها))⁸⁰.

كما عرفها الخطابي بأنها: ((قواعد فقهية خاصة مسلمة لا اختلاف فيها، ولا في فروعها-غالباً- وتدرج تحتها أحكام متشابهة من باب واحد غالباً))⁸¹؛ ونحو ذلك قولهم: ((هي حكم كلي فقهي، مصدر بكلمة كل، ينطبق على فروع كثيرة مباشرة))⁸².

وقد تناول الأصوليون لفظ "كل" ضمن مباحث صيغ العموم، قال القرافي:

⁷⁸ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة (كلل)، مج 11 ص 590. والحديث منفق عليه. وجاء في المصباح المنير: " كل " كلمة تستعمل بمعنى الاستغراق بحسب المقام، كقوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة، 282]، وقول الرسول ﷺ: «وكل راعٍ مسؤول عن رعيته»، وقد تستعمل بمعنى الكثير كقوله ﷺ: ﴿ تَدَمَّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا ﴾ [الأحقاف، 25]، أي كثيراً؛ لأنها دمرتهم ودمرت مساكنهم دون غيرهم. الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج 1 ص 278.

⁷⁹ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول (لا:ط؛ بيروت: دار الفكر، 1424هـ / 2004م) ص 154.

⁸⁰ يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 77.

⁸¹ الخطابي، أحمد بوطاهر، مقدمة تحقيق كتاب: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي (لا:ط؛ لا:م: اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، 1400هـ / 1980م) ص 113.

⁸² الميمان، ناصر، الكليات الفقهية: دراسة تأصيلية، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية: وزارة العدل، ع 30، ربيع الآخر، 1427هـ، ص 28.

" الصيغة الأولى من صيغ العموم: كل، وهي أقوى صيغ العموم في الدلالة عليه ⁸³ .

حيث تبين أن مرادهم بالكلية لا يختلف عن مراد الفقهاء إلا من حيث موضوعها الذي هو عند الفقهاء الأحكام الفقهية. فقد عرفوا الكلية بأنها: ((عبارة عن الحكم على كل فرد من أفراد تلك المادة حتى لا يبقى منها فرد)) ⁸⁴؛ كذلك: ((الكلية هي ما يقتضي الحكم على كل فرد من أفراد الحقيقة، كقوله تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾ [الرحمن، 26]) ⁸⁵ .

ثانياً: علاقة الكلية بالقاعدة الفقهية

انطلاقاً من التعريفات السابقة يتبين بأن الكليات الفقهية صنف من القواعد، حيث إن أحد تلك التعريفات عدها قواعد صراحة، لكنه لما قيدها بأنها خاصة تندرج تحتها أحكام متشابهة من باب واحد غالباً، جعلها بذلك صنف من الضوابط الفقهية كذلك. غير أنها إلى الضوابط أقرب، وهذا ما نبه إليه ابن حميد في مقدمة تحقيقه لقواعد المقرئ، في معرض حديثه عن كليات هذا الأخير، التي ضمنها كتابه "عمل من طب لمن حب"، حين قال: " والمراد بالكليات هنا ما هو أخص من القاعدة، وهو الضابط؛ فكل ما أورده المقرئ في هذا الكتاب من كليات خاصة بباب معين، يؤيد هذا أنه رتبها على أبواب

⁸³ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس العقد المنظوم في الخصوص والعموم، دراسة وتحقيق: أحمد الختم عبد الله، ج1 (ط:1،؛ مصر: دار الكتيبي، 1420هـ / 1999م) ص 351. وأصل الكتاب أطروحة دكتوراه في أصول الفقه من جامعة أم القرى.

⁸⁴ نفسه، ج1 ص 150.

⁸⁵ ابن جزري، محمد بن أحمد أبو القاسم، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي (ط:2؛ لا. م: لا. ن، 1423هـ / 2002) ص 109.

الفقه: الصلاة... والزكاة.. إلخ⁸⁶.

وإلى هذا أشار الندوي أيضا حين قال: "ومن فقهاء المالكية محمد بن عبد الله الشهير بالكناسي- يقصد ابن غازي- ألف رسالة بعنوان: "الكليات الفقهية" كلها ضوابط فقهية. وكذلك المقري المالكي صاحب القواعد في الفقه في بعض كتبه تناول هذه الضوابط بعنوان الكليات"⁸⁷.

مما سبق يتبين:

1. أن بين القواعد الفقهية والكليات الفقهية عموما وخصوصا، فالقواعد الفقهية أعم من الكليات، والعكس؛
2. أن بين الضوابط الفقهية والكليات الفقهية عموما وخصوصا، فكل كلية فقهية ضابط، وليس كل ضابط فقهي كلية فقهية؛
3. أن كل قاعدة أو ضابط فقهي يتدئ بلفظ "كل" فهو كلية فقهية، وليس العكس صحيحاً.

الفقرة الثالثة: التمييز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

القواعد الأصولية هي أصول الفقه، ويستعمل لفظ الأصل في الشرع في عدة معانٍ منها: الدليل، القاعدة، الراجح، والمستصحب⁸⁸، لذلك يجدر بنا التعريف بالقواعد الأصولية (أولاً)، ثم التمييز بينها وبين القاعدة الفقهية (ثانياً).

⁸⁶ ابن حميد، أحمد بن عبد الله، مقدمة تحقيق ودراسة كتاب: القواعد للمقري، ج1 (لا:ط؛ مكة المكرمة: مركز إحياء

التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د.ت) ص 74.

⁸⁷ الندوي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 48.

⁸⁸ القرافي، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص 20.

أولاً: تعريف القاعدة الأصولية

لغة: تقدم معنا بيان معنى القاعدة عند الحديث على القاعدة الفقهية أما الأصولية (نسبة إلى الأصول)، فهي في اللغة: جمع أصل والأصل أسفل كل شيء، ومنه إطلاقه على أساس الحائط، وأصل الشيء جعل له أصلاً ثابتاً يبنى عليه، وأصل الشيء أساسه الذي يقوم عليه ومنشأه الذي يثبت منه، قال ابن فارس: " الهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصولٍ مُتَبَاعِدٍ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ، أَحَدُهَا: أَسَاسُ الشَّيْءِ، وَالثَّانِي: الْحَيَّةُ، وَالثَّلَاثُ: مَا كَانَ مِنَ النَّهَارِ بَعْدَ الْعَشِيِّ"⁸⁹، والأصل: أسفل كل شيء⁹⁰.

أما اصطلاحاً فقد عرف ابن الحاجب أصول الفقه بأنها: ((العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية))⁹¹. كما عرفها الدكتور مصطفى سعيد الخن بقوله: ((ونعني بالقواعد الأصولية تلك الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء والشروع بالاستنباط، يضعها ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها))⁹²، ولا يخفى أنه يقصد بذلك أصول الفقه لأنه هو الذي تبنى عليه المذاهب الفقهية⁹³.

ثانياً: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

يتفق العلماء بأن أول من ميّز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية الإمام القرافي

⁸⁹ ابن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 1 ص 109.

⁹⁰ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 11 ص 16.

⁹¹ ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمرو بن عمر بن أبي بكر، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق: نذير حمادو، مج 1 (ط: 1؛ نشر مشترك: الدار الجزائرية الليبانية(الجزائر) و دار ابن حزم (لبنان)، 1427هـ/2006م) ص 201.

⁹² الخن، مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ / 2000م) ص 117.

⁹³ السلمي، عياض ابن نامي، استدلال الأصوليين بالكتاب والسنة على القواعد الأصولية (ط: 1؛ الرياض: مطابع التقنية، 1418هـ) ص ص 28 – 30.

حيث قال في مقدمة كتابه: " فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً - اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه وهو - في غالب أمره - ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة... والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى"⁹⁴.

وقال في موضع آخر: " فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب الفقه أصلاً"⁹⁵.
أما العلامة ابن تيمية فقال في المجموع إن الفرق بينهما يكمن باعتبار أن: " أصول الفقه هي الأدلة العامة، خلافاً لقواعد الفقه، فإنها عبارة عن الأحكام العامة"⁹⁶.
وهذا يعني أن بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية فوارق، على الرغم من صعوبة إدراك وتلمس هذه الفوارق، لما بينهما من تداخل وتشابه.
ويمكن حصر أبرز وأهم تلك الفوارق بينهما في⁹⁷:

1. القاعدة الأصولية وسيلة وآلية لاستثمار طاقات النصوص الشرعية واستخراج الأحكام الشرعية، والعلل المنوطة بها، بتعبير آخر تمثل المنهاج الذي يسير عليه الفقيه في استنباط الأحكام من أدلتها إذا أحسن استعمالها والاستفادة منها، وهي خاصة بالمجتهد يستعملها في استنباط الأحكام ولو مع وجود النص. في حين أن القاعدة الفقهية (التفصيل الفقهية) تعبر صياغة دقيقة وموجزة لمبادئ تشتمل على ما لا حصر له من المسائل والفروع الفقهية الجزئية، وتستوعب ما لا عد له من

⁹⁴ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس، الفروق، تحقيق: خليل منصور، ج1 (لا:ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م) ص ص 5-6.

⁹⁵ نفسه، ج2 ص 200.

⁹⁶ ابن تيمية، أحمد (شيخ الإسلام)، مجموع الفتاوى، مج29 (لا:ط؛ السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1425هـ/2004م) ص 167، بتصرف.

⁹⁷ انظر: الباسين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ص 72-76؛ أبو بكر لشهب، القواعد الفقهية: الأهمية في التشريع، والتخريج أثناء التفريع، مرجع سابق، ص ص 17-18.

- الوقائع والحوادث والمستجدات. فكان الهدف من تعييدها تقريب مسائل الفقه وأحكامه وتسهيلها للفقهاء والمتعلم والمفتي على حد سواء؛
2. موضوع القاعدة الأصولية دائماً الدليل أولاً، ثم الأحكام، أما القواعد الفقهية فموضوعها - دائماً - هو فعل المكلف؛
3. القاعدة الأصولية تثمر مسلماً هو بمثابة المنهج للباحث، في حين القاعدة الفقهية تثمر حكماً كلياً متصلاً مباشرة بفعل المكلف؛
4. أغلب القواعد الأصولية لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقصدتها، على عكس القواعد الفقهية؛ فإنها تمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها، وتخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة. وإلى هذا الفرق أشار العلامة ابن عاشور في قوله: "على أن معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقصدتها، ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع بواسطة قواعد تمكن العارف من انتزاع الفروع منها أو من انتزاع أوصاف تؤذن بها تلك الألفاظ، ويمكن أن تجعل تلك الأوصاف باعثاً على التشريع فتقاس فروع كثيرة على مورد لفظ منها، باعتقاد اشتغال تلك الفروع كلها على الوصف الذي اعتقدوا أنه مراد من لفظ الشارع، وهو الوصف المسمى بالعلة"⁹⁸.
5. استنتاج وصناعة القواعد الفقهية متوقف على قواعد أصولية، ولا علاقة للقاعدة الفقهية بوضع القواعد الأصولية؛ لأنها تابعة لها (القواعد الفقهية تابعة للقواعد الأصولية)؛
6. مرد أغلب القواعد الأصولية إلى اللغة العربية ودلالات ألفاظها، والقواعد الفقهية لا تنشأ إلا من فروع فقهية؛
7. وختاماً قد نجد بعض التداخل والتشابه بين النوعين، فمثلاً سد الذرائع أو العرف،

⁹⁸ ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية (ط: 2؛ الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 1421هـ/ 2001م)، ص 167 - 166.

إذا نظر إليها باعتبارها فعلاً للمكلف كانت فقهية، كقولنا كل مباح أدى فعله إلى حرام أو أدى الإتيان به إلى حرام فهو حرام؛ سداً للذريعة، وإذا قيل: الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه كانت القاعدة أصولية⁹⁹. ومنها قواعد مشتركة بين الفقه والأصول: ويقصد بها القواعد الأصولية التي استعملها الفقهاء وجمعوا الفروع تحتها، فجرت مجرى القواعد الفقهية¹⁰⁰.

الفقرة الرابعة: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

نتيجة لشيوع وكثرة استعمال مصطلح النظرية لدى كثير من الباحثين، ممن لهم اهتمام بالدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والأنظمة القانونية الوضعية، - تأثراً بالفقه القانوني الذي صيغت معارفه في شكل نظريات قابلة للتجديد والتطور- التبس عند بعض الفقهاء معنى هذا المصطلح بمعنى القاعدة الفقهية، مما جعلهم يتساهلون في التفريق بين المصطلحين، ظنا منهم أنهما من قبيل المترادف¹⁰¹. لذلك يجدر بنا أن نبين معنى النظرية

⁹⁹ ومن أمثلة هذه القواعد:

- الأصل في الأشياء الإباحة؛

- العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛

- الأمر للوجوب؛

- الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد. مجمع الفقه الإسلامي- جدة، معلمة القواعد الفقهية، المسودة الرابعة، ص ص 14-15.

¹⁰⁰ مثل:

- الأصل بقاء ما كان على ما كان؛

- لا ينسب إلى ساكتٍ قول؛

- الأصل في الأشياء الإباحة؛

- إذا تعدّرت الحقيقة يصار إلى المجاز؛

- ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه. نفسه.

¹⁰¹ كالشيخ محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه، ص 10، حينما عرف القواعد الفقهية بأنها: "مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهي يربطها، كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات، وكقواعد الفسخ بشكل عام. فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة، يجتهد فقيه مستوعب

الفقهية) (أولاً)، قبل بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية (ثانياً).

أولاً: تعريف النظرية الفقهية

النظرية لغة: مشتقة من النظر، ي. والنظر: " الفكر في الشيء تقدره وتقيسه منك" ¹⁰² ويقال: نظر الشيء بالشيء ناظره به. وهو تأمل الشيء بالعين، ¹⁰³ ويأتي بمعنى التفكير والتأمل والاعتبار. والنظر ترتيب أمور معلومة على وجه يؤدي إلى استعلام ما ليس بمعلوم ¹⁰⁴.

والنظر عند الأصوليين هو: " فكر يطلب به علم أو ظن" ¹⁰⁵. ويعرف الفلاسفة النظرية بأنها: "تركيب عقلي مؤلف من تصورات منسقة تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ" ¹⁰⁶.

والنظرية في الاصطلاح القانوني: " مفهوم حقوقي عام يؤلف نظاماً موضوعياً، نترج تحتها جزئيات تتوزع في فروع القانون المختلفة" ¹⁰⁷. والنظرية في الاصطلاح، كما يقول مصطفى الزرقا: "... تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي" ¹⁰⁸.

ثم مثل بقوله: وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه،

للمسائل فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو القاعدة التي يحكمها، أو النظرية التي يجمعها؛ والشيخ أحمد أبو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي.

¹⁰² لسان العرب، مرجع سابق، ج 5 ص 215.

¹⁰³ نفسه.

¹⁰⁴ فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 44.

¹⁰⁵ القرافي، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص 429.

¹⁰⁶ صليباً جميل، المعجم الفلسفي، ج 2 (لا:ط؛ بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1982) ص 477.

¹⁰⁷ انظر: جيران كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، ج 2 (ط:1؛ بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1418هـ) ص 1718/1717.

¹⁰⁸ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط:2، مرجع سابق، ج 1، ص 329.

وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها والبطلان والفساد والتوقف وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ويصادف الإنسان أثر سلطانا في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية¹⁰⁹.

ثانيا: التفريق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية

من خلال تلك التعاريف يتضح بأن المحققين من الفقهاء فرقوا بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية؛ وأهم تلكم الفوارق:

1. القاعدة الفقهية حكم شرعي عام، ينطبق على فروع مندرجة تحتها. أما

النظرية فهي بحث ودراسة وتجميع لمسائل وقضايا تشكل نظاما موضوعيا واحدا في الفقه الإسلامي؛

2. القاعدة الفقهية تستند في تقييدها إلى أحد المصادر الشرعية، بينما تستند

النظرية الفقهية في تأليفها إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء؛

¹⁰⁹ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 329. وقد أشار الباحثين إلى أن ما كتبه الشيخ مصطفى الزرقا يعتبر من أقدم وأوضح من كُتِبَ في هذا الشأن. الباحثين، القواعد الفقيه، مرجع سابق، ص145. وعرفها الزحيلي بقوله: " النظرية معناها المفهوم العام الذي يؤلف نطاقاً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق ونظرية العقد ونظرية الأهلية " الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4 ص 7. وعرفها آخرون بـ"إنها موضوعات فقهية، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، من: حقيقة الماهية، أركان وشروط، وأحكام..، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً. انظر: الحريري، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، ص17.

فمثلاً نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي تألفت من عدة عناصر هي المواضيع التالية: حقيقة الإثبات، الشهادة، شروط الشهادة، كيفية الشهادة، الرجوع عن الشهادة، مسؤولية الشاهد، الإقرار، القرائن، الخبرة، معلومات القاضي، الكتابة، اليمين، الفسامة، اللعان.

3. القاعدة الفقهية خادمة للنظرية الفقهية؛ إذ يمكن إدراج العديد من القواعد

الفقهية التي تضبط جوانب من موضوعها في النظرية الفقهية، ومثال ذلك

القواعد الفقهية التالية:

- العادة محكمة؛
- استعمال الناس حجة يجب العمل به؛
- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمن؛
- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت؛
- المعروف عرفاً كالمعروف شرطاً؛
- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم؛
- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

فهذه مجموعة من القواعد الفقهية يمكن أن نجمعها كما ترى تحت "نظرية العرف"، وعلى

هذا الطراز يمكن أن نجمع كثيراً من تلك القواعد تحت نظريات معينة.

4. كما أن النظرية الفقهية أسلوب علمي جديد للبحث الفقهي، اقتبسها الفقهاء

المسلمون المحدثون من فقهاء الغرب على يد الدارسين بكليات الحقوق الذين

أخذوا يدرسون الفقه في نطاق واسع، واتصل رجاله برجال القانون، وأفاد

كلا الفريقين من الآخر، وأثر كل منهما في الآخر وتأثر به، فكان من نتائج

ذلك أن أصبح عرض المسائل والموضوعات الفقهية يخضع لنظام النظريات

الفرع الثاني: تمييز القاعدة الفقهية عن القاعدة القانونية

والتمييز بينهما يستدعي بيان حقيقة وطبيعة القاعدة القانونية (فقرة أولى)، تسهيلا للوقوف على أوجه الاتفاق وصور الاختلاف بينها وبين القاعدة الفقهية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم القاعدة القانونية

يذهب رجال القانون إلى أن القاعدة القانونية تعبر عن الوحدة التي يتكون منها القانون، انطلاقا من أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد التي يطلق على كل منها: "قاعدة"¹¹¹، ومن هذا المنظور يعطونها تعريفا (أولا)، يُبرز خصائصها (ثانيا).

أولاً: تعريف القاعدة القانونية

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تعريف القاعدة القانونية، فهناك فريق عرفها بالنظر إليها من حيث الغاية، وهناك من ركز في تعريفه على عنصر الجزاء، في حين ذهب فريق ثالث إلى تعريف القواعد القانونية بالنظر إلى الخصائص التي تميزها عن غيرها من القواعد في مختلف العلوم.

فمن نظر إلى الغاية من وضع القاعدة القانونية عرفها على أساس أنها: ((قواعد ملزمة، تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا، يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام))¹¹².

ومن ركز في تعريفه على بيان عنصر الجزاء الذي يميز القاعدة القانونية، عرفها بـ ((القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأفراد الخاضعين لهذه

¹¹⁰ محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، ص 319 - 320.

¹¹¹ سلامة أحمد، المدخل لدراسة القانون (لا:ط؛ القاهرة: مكتبة عين شمس، 1979) ص22.

¹¹² ينظر مثلا: جعفر محمد سعيد مدخل إلى العلوم القانونية (ط:3؛ الجزائر: دار هومة، 1999) ص17.

الدولة أو الداخلين في تكوينها))¹¹³.

أما من نظر إلى مجمل الخصائص التي تميز القاعدة القانونية، اعتبرها ((مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في الجماعة تنظيمًا عامًا ومفروضًا بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها))¹¹⁴، وبأنها: ((مجموعة القواعد التي تحكم أو تنظم الروابط الاجتماعية، والتي يجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء))¹¹⁵.

ثانياً: خصائص القاعدة القانونية

يتبين من التعريفات السابقة أنها تلتقي عند أغلب الخصائص التي تميز القاعدة القانونية في كونها:

قاعدة عامة ومجردة: فهي تشمل كل من هو مخاطب بها دون تمييز. كما أنها لم توضع لشخص معين أو واقعة معينة، وإنما وضعت لتشمل ما تحققت فيه صفة معينة أو شروط محددة، مع التنبيه إلى أن الفرق بين العموم والتجريد، أن الأول معتبر عند التطبيق، والثاني مُراعى عند النشوء.

تحكم سلوك الأفراد، وتنظم العلاقات والروابط داخل المجتمع؛ فهي قواعد اجتماعية، ثم إنها قواعد ملزمة للأفراد مزودة بجزاء توقعه سلطة معينة في الدولة لكي يكفل لها احترامها¹¹⁶.

فالقاعدة القانونية بهذه الخصائص تشبه الضوابط الفقهية شكلاً وصورة، أما القواعد الفقهية فيقترب معناها الاصطلاحي من المبادئ العامة للقانون¹¹⁷. ووجه التشابه بين القواعد القانونية والضوابط الفقهية تعلقهما بباب واحد، ولزومهما معا وعمومهما وتجردهما.

¹¹³ تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون (لا:ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986) ص7.

¹¹⁴ الصدة، عبد المنعم فرج، مبادئ القانون (لا:ط؛ بيروت: دار النهضة العربية، 1982) ص13.

¹¹⁵ عبد البر، محمد زكي، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية (لا:ط؛ الكويت: دار القلم، 1982) ص71.

¹¹⁶ كيرة حسن، المدخل إلى القانون (لا:ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000) ص19 وما بعدها.

¹¹⁷ المقصود بها القضايا الكلية المستقاة من أحكام القانون المعول عليها لاستنباط الأحكام التفصيلية للقضايا التي لم يرد

بشأنها نص واضح.

الفقرة الثانية : التفريق بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية

لئن اتفقت القواعد القانونية مع القواعد الفقهية في التجريد والعموم وإحكام الصياغة¹¹⁸، فهما يختلفان من مناح عدة؛ أهمها:

أولاً: الاختلاف في المصدر

إذ إن القواعد القانونية من وضع البشر هذا، بخلاف القواعد الفقهية المستقاة- في الأغلب- من المصادر الربانية (الكتاب والسنة) مباشرة أو عن طريق القياس، الاستدلال، والترجيح.

أما القواعد القانونية فالأمر مختلف بشأن مصادرها، ذلك أن لها نوعين من المصادر، يطلق على الأول: مصادر مادية أو موضوعية، وهي عبارة عن العوامل التي أسهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء أكانت هذه العوامل طبيعية، أم اقتصادية، أم تاريخية، أم اجتماعية¹¹⁹.

أما النوع الثاني من مصادر القاعدة القانونية فيطلق عليه: المصادر الرسمية¹²⁰ أو

¹¹⁸ حيث يرى الفقيه الفرنسي "جيني" أن القانون يتكون من عنصرين: العلم، والصياغة؛ فالعلم هو جوهر القاعدة القانونية أو مادتها الأولية، أما الصياغة فدورها يأتي بعد تعيين مضمون القاعدة أو مادتها الأولية، وإرادة إخراج هذا المضمون إلى حيز العمل في صياغة عامة مجردة سهلة التطبيق؛ فالصياغة هي بمثابة تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد منضبطة محددة، ودقة الصياغة وحسن تخير أدواتها أهم عامل في نجاح القاعدة القانونية. ميروك حسين، تحرير النصوص القانونية: الشكل والإجراء، (لا:ط؛ الجزائر: لان، 1996، ص ص 160 وما بعدها. وقد جرى العمل على تصنيف القواعد القانونية من حيث الصياغة إلى: الصياغة الجامدة: وفيها تصاغ القاعدة القانونية في صورة ثابتة لا تترك مجالاً للسلطة التقديرية للقاضي، ولكنها تقيدده تقييداً صارماً. الصياغة المرنة: وتترك للقاضي حرية واسعة في التقدير.

¹¹⁹ جعفر محمد سعيد، مرجع سابق، ص 125.

¹²⁰ يكاد الإجماع ينعقد على أن مصادر القاعدة القانونية الرسمية هي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويضيف آخرون: الفقه والقضاء كمصادر تفسيرية.

ويرى أغلب الباحثين أن المادة 1 من القانون المدني الجزائري نصت على تلك المصادر بقولها: ((يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)). الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الشكلية، وهي عبارة عن وسائل وآليات تتحول بواسطتها المواد المستمدة من العوامل المكونة للمصادر المادية إلى قواعد ونصوص قانونية متمتعة بصفة الإلزام.

ثانيا: الاختلاف في مجال التطبيق

القواعد القانونية تنظم الجانب القضائي فحسب، ولا تتعلق بالجانب العقدي أو الأخلاقي، بينما تشمل القواعد الفقهية تنظيم الجانب الديني والأخروي؛ أي تجمع بين العبادات والمعاملات والعادات ومكارم الأخلاق.

فالأصل أن القواعد القانونية تأخذ بالظاهر دون اعتداد بالبواطن والبواعث، بخلاف القاعدة الفقهية التي تعتد بالظاهر والباطن، وهو معيار هام للتمييز بين القربات والمخالفات (المعاصي)، ولعلها في المعاملات هي المحدد الذي يجعل العمل صحيحا أو فاسدا مجردا من كل أثر، كالوصية بقصد الإضرار بالورثة، وهي التي تحسم في تكييف التصرفات يجعلها معاوضات أو تبرعات...

لكن "المتأمل في هذه المصادر يجدها متعلقة بالأحكام القانونية لا بالقواعد؛ ذلك أن الذي يرجع إلى هذه المصادر وفق المادة المذكورة أعلاه هو القاضي وليس المشرع، كما أن التشريع المذكور على أساس أنه المصدر الرسمي الأول هو في مضمونه قواعد قانونية، فأبي مصدر لتلك القواعد؟ والحقيقة أن المصادر المادية أو الموضوعية هي وحدها التي يمكن أن يصدق عليها أنها مصادر للقاعدة القانونية حيث يعتمد المشرع في عملية التقعيد". راجع: ابراهيم رحمان، المقارنة بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع1، أبريل 2004، ص 61.

ثالثاً: الاختلاف من حيث صور الجزاء¹²¹

الجزاء في القواعد الفقهية يشمل الدارين؛ الدنيا والآخرة، فمن يهمل النفقة على من يعول يجبر بدفع النفقة في الدنيا قضاء، ويأثم في الآخرة ديانة. أما القواعد القانونية فيقتصر أثرها على ترتيب الجزاء الدنيوي وإيقاعه على المخالف، سواء كان الجزاء جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً (إدارياً).

¹²¹ الجزاء في القواعد الفقهية له مظهران: يرتبط الأول بالحياة الدنيا ويتعلق الثاني بالآخرة، بل إن الأصل في الجزاء الديني أن يكون أخروياً. ولكن متطلبات الحياة، وضرورة الحفاظ على استقرار المجتمع وأمنه، وتنظيم العلاقات الاجتماعية على نحو واضح مؤثر وضمان حقوقهم؛ كل ذلك اقتضى أن يكون مع الجزاء الأخروي الجزاء الدنيوي، وهذا الأخير يتخذ صوراً وأشكالاً عدة، منها ما يكون جنائياً، أو مدنياً، أو إدارياً، أو غير ذلك وفق النطاق الواسع الشامل للفروع الفقهية والمصالح الإنسانية... وعلى هذا فإن التزام المسلم بمقتضى القواعد الفقهية يجب أن يكون في السر والعلن لأن الجزاء في الدنيا وفي الآخرة. أما في القواعد القانونية فإن أول صورة تخطر للجزاء في الذهن هي صورة الجزاء الجنائي، أي الإيجاب الذي يتخذ شكل العقوبة، والعقوبة أنواع كثيرة: فقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون كالإعدام، وقد تقع على حرته بسلبها أو تقييدها كالأشغال الشاقة مؤبدة كانت أو مؤقتة، والاعتقال، والسجن، والحبس، والوضع تحت النظر المراقبة، والغرامة، والمصادرة... والجزاء المدني، ومن صورته: البطان، محو أثر المخالفة، والتعويض. فالإيجاب الذي يصحب القواعد القانونية يتميز بأنه مادي محسوس، أي أنه خارجي ظاهر، وبأنه دنيوي يوقع في الحياة الدنيا لا في الآخرة، وأنه منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه باسم الجماعة. انظر: كبارة، عبد الفتاح، *الفقه المقارن* (ط: 1؛ بيروت: دار النفائس، 1997) ص ص 37-43.

المبحث الثاني : حجية القاعدة الفقهية وضوابط الاستدلال بها

لما كان الفقه الإسلامي ميدانا للممارسة والمنافسة في تقديم الإجابات عن الحاجات الواقعة على الأرض، والالتحام مع النوازل والمستجدات، وفق رؤية منهجية تواكب كل جديد، فإن القواعد الفقهية من أعظم شعب الفقه وحقوله وأظهر تجلياته؛ فهي موارد واقعية للاجتهاد الفقهي والقضائي، بما تحل مشكلات النوازل الفقهية، وبمقتضاها تُؤطر الوقائع المستجدة التي تفرزها حركة الحياة المتسارعة.

لأجل ذلك كان من الواجب تأصيل هذه القواعد ببيان مصادرها (مطلب أول)، ثم بيان قيمتها العلمية (مطلب ثان) في معترك الأدلة الشرعية.

المطلب الأول: تأصيل القاعدة الفقهية

الغاية من عقد هذا المطلب معرفة مصادر القاعدة الفقهية المختلفة: النقلية (فرع أول) والعقلية (فرع ثان)، وثمره ذلك بيان الثابت من هذه القواعد الذي لا يجوز أن يكون محلاً للاجتهاد، والمتغير منها باعتبار علة الحكم الزمانية والمكانية(العرف)؛ لأنه " على نوع الطريق الذي أخذت منه القاعدة تتوقف قوتها ومجالات تطبيقها"¹²².

الفرع الأول: المصادر النقلية للقاعدة الفقهية

المقصود بالمصادر النقلية: النص الشرعي قرآناً (فقرة أولى) وسنة (فقرة ثانية).

¹²² الباحثين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص192. يصنف يعقوب الباحثين مصادر القاعدة الفقهية - بعد تبيينه إلى ضرورة الاهتمام بمصدر القاعدة الفقهية الباحثين، مرجع سابق، ص192 - إلى ثلاث زمر: تناول الأولى نصوص الشرع، سواء وردت تلك النصوص على أنها نفسها قواعد فقهية أم استفيد التقييد على ضوئها بطريق الاجتهاد استنباطاً وتعليلاً أو استقراءً. وتتضمن الزمرة الثانية نصوص العلماء والأقوال المخرجة لهم، في حين تناول الثالثة تخريج القواعد الفقهية من تراث العلماء عن طريق الاستقراء، القياس، الاستصحاب، الاستدلال العقلي، الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه، والترجيح عند التعارض.

وسياتي الحديث عن القواعد المستقاة من النصوص مباشرة أو عن طريق الاجتهاد في متن البحث. أما بقية المصادر: كالتقييد عن طريق القياس؛ ومضمونه أن يتمكن الفقيه من مباحث القياس الأصولي أركاناً وشروطاً ومسالكاً لتعليل، فيتكون لديه منهج قياسي يصوغ من خلاله قواعد فقهية، تربط الواحدة منها جملة من الفروع الفقهية التي تجمعها وحدة المناط. مثل قاعدة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه، وقاعدة: المجهول كالمعروف، وقاعدة: الثابت بالبرهان كالناتج بالعيان.. المرجع نفسه، ص ص 131-149.

أو الاستناد إلى الاستصحاب مثل قاعدة: الأصل في الذمة البراءة، وقاعدة: الأصل في الأمور العارضة العدم، وقاعدة: الحق لا يسقط بالتقادم. أو ترد القاعدة مستندة إلى الاستصلاح مثل قاعدة: ما يفضي إلى الحرام حرام، وقاعدة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.. المرجع نفسه، ص ص 150 وما بعدها.

أو الترجيح وإن كان في مضمونه منهجاً، فإنه يعتمد على تغليب أحد الدليلين وتقويته والعمل به دون الآخر، ومثال القواعد المستفاداة باعتماد الترجيح: الأخص مقدم على الأعم، ما لا يدل منه مقدم على ما منه بدل.. المرجع نفسه، ص ص 191 وما بعدها.

الفقرة الأولى: القرآن الكريم مصدر للقاعدة الفقهية

النصوص من الآيات القرآنية التي تعد مصدرا للقاعدة الفقهية أكثر من أن تُحصى، فمنها ما هو دال بنفسه ليكون قاعدة فقهية (أولا)، ومنها ما يُكوّن مادة جاهزة تستقى منها قواعد فقهية (ثانيا).

أولا : النص القرآني مصدرا مباشرا للقاعدة الفقهية

وكون القرآن الكريم مصدرا مباشرا للقاعدة الفقهية يعني: أن ترد الآية في تعبير موجز جامع، فيكون ذلك بالنسبة للفقهاء كلية تشريعية جاهزة الصياغة، كاملة الحبك ناطقة بشرعيتها مثل:

قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الْزَيْنِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج، 78]؛ ومثلها: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة، 185]. ومن ذلك أيضا قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ ﴾ [المائدة، 1]، وقوله: ﴿ لَنْ يُكَفِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا ﴾ [البقرة، 286]، وقوله ﷺ: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ ﴾ [الأعراف، 199]... وغيرها من الآيات الواردة بمثابة المبادئ العامة في القرآن الكريم، والتي هي معين الفقهاء في صياغة القواعد الفقهية الذي لا ينضب.

ثانيا: النص القرآني مصدرا غير مباشر للقاعدة الفقهية

بمعنى أن يرد النص القرآني يحمل حكما عاما صالحا لكثير من الفروع والجزئيات، فُتستفاد القاعدة على ضوئه بطريق الاجتهاد استنباطا وتعليلا أو استقراء. ومن الأمثلة على ذلك:

قاعدة: ”المشقة تجلب التيسير“ مستفادة من قول الله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة، 185]؛ وقوله: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ

عَنْكُمْ ﴿ [النساء، 28]، ... وغيرها من الآيات التي تتضمن معاني اليسر والرحمة والسهولة ورفع الحرج عن المكلفين ومراعاة قدراتهم¹²³.

ومثل ذلك قاعدة: "لا إيثار في القربات" المستنبطة من قوله تعالى: ﴿ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ﴾ [البقرة، 148]، ومن ذلك أيضاً قاعدة "الجزاء من جنس العمل"؛ فهي مُستنبطة من قوله تعالى: ﴿ وَلَنْ لِيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ [النجم، 39]، وقوله: ﴿ وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ ﴾ [البقرة، 193]، وقوله كذلك: ﴿ وَالْجُرُومُ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة، 47] ... وغيرها من الآيات التي شرعت أصل الجزاء وقواعده الكثيرة المقررة لمبدأ الجزاء من جنس العمل.

الفقرة الثانية: السنة النبوية مصدر للقاعدة الفقهية

سارت السنة النبوية على هدي القرآن الكريم، فحوت أحاديثه وجوامع كلمه ﷺ الكثير من المبادئ والقواعد الفقهية التي "كانت بالنسبة للفقهاء كليةً تشريعية جاهزة الصياغة ناطقة بشرعيتها لكونها نصاً تشريعياً"¹²⁴. فكان كلامه ﷺ قواعد كليةً تختزل أحكاماً عديدة؛ ومن نماذج ذلك قوله ﷺ:

¹²³ مثل: قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة، 173]؛ ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة، 280]؛ ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كَيْسَ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [الأحزاب، 5]؛ ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُنْفِرِ قَدْرُهُ ﴾ [البقرة، 236]؛ ﴿ لِيُنْفِئَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ ﴾ [الطلاق، 7]؛ وقد كانت مصدراً مباشراً للفقهاء في صياغة قواعد فقهية أخرى: "الحرج مرفوع"؛ "الضرر يزال"؛ "لا تكليف بما لا يطاق"؛ "الضرورات تبيح المحظورات"...

¹²⁴ الروكي، نظرية التقييد الفقهي، مرجع سابق، ص 87.

« إنما الأعمال بالنيات »¹²⁵. وقوله ﷺ في قاعدة اعتبرت من أمهات القواعد الفقهية الإثباتية: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »¹²⁶. قال الإمام النووي: " هذا حديث قاعدة كبيرة في قواعد أحكام الشرع "¹²⁷.
ومن ذلك حديث: « الولد للفراش »¹²⁸، وحديث: « لا طلاق في إغلاق »¹²⁹، وحديث: « لا وصية لوارث »¹³⁰.. وأحاديث أخرى كثيرة في مجال الأسرة-الأحوال الشخصية-، التي ألبست لبوس الصياغة القانونية؛ فأصبحت مواد قانونية ضمن العديد من التشريعات الأسرية العربية.

الفرع الثاني: القواعد التي مصدرها الاجتهاد

اهتم فقهاء السلف بموضوع القواعد الفقهية صياغة وتخريجاً لما لها من أهمية في كشف وتجليه الأحكام الفقهية، فاجتهدوا في استنباط ذلك من الأصول العامة للشريعة، ومبادئ اللغة العربية ومسلمات المعقول والمنطق، كما جنحوا إلى استقرار الأحكام والفروع الفقهية، لاستخلاص الجامع والرابط بينها، ومن ثمّ تقعيد قواعد تنظم جميع أحكامها، تحصيلنا للفقه الإسلامي من فوضى الاجتهاد، فلم يخرج منهج تقعيد القواعد عن مسلكين؛

¹²⁵ أخرجه البخاري في صحيحه في عدة مواضع؛ منها: كتاب الإيمان، كتاب الحيل؛ ورواه مسلم في كتاب الجهاد. قال ابن القيم: " النبي ﷺ قال كلمتين كفتا وشفنا، ونختهما كنوز العلم... فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عملاً إلا بالنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال ". ابن القيم (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر): إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط1، دار النشر، بيروت، 1977، ج3 ص 123. وقد خرج عليه الفقهاء العديد من القواعد مثل: ((الأمور بمقاصدها))؛ ((لا ثواب إلا بنية))؛ ((العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني)).. وغيرها من القواعد.

¹²⁶ سبق تخريجه.

¹²⁷ النووي (يحيى بن شرف أبو زكريا): شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1972، ج4 ص 301.

¹²⁸ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، (ح/ 6368).

¹²⁹ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (ح/ 2046)، مرجع سابق، ج1، ص ص 659-660.

¹³⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، (ح/ 2596).

المنهج الاستنباطي (فقرة أولى) من النصوص، ومنهج استقرائي (فقرة ثانية) للنصوص. فصاغوا بذلك قواعد كلية بعبارات مختصرة محكمة جمعوا بها ما تفرق من جزئيات الأحكام الفقهية.

الفقرة الأولى: المنهج الاستنباطي

سلك الفقهاء مسلك الاستنباط في تععيد القاعدة؛ فعملوا إلى استنباط الأحكام الكلية من أصولها ومصادرها الشرعية؛ النقلية والعقلية، ثم بعد ذلك تتبعوا تحقق حكمها في الكثير من الجزئيات، فكان تعييدها- في الحقيقة- مستندا إلى الاستنباط والاستقراء معا؛ فالحكم المستنبط من دليل شرعي لا يرقى إلى مستوى القاعدة ويُوصف بأنه كلي إلا إذا أجرى الفقيه استقراء لجزئياته ليعلم ما إذا كان هذا الحكم يستوعب جملة كثيرة منها، أو إنما هو متعلق بواحدة منها بعينها¹³¹.

والاستنباط في الاصطلاح الفقهي والأصولي هو استخراج الأحكام الفقهية من مصادرها المعتبرة، بواسطة قواعد أصولية، كإفادة الأمر للوجوب، والنهي للتحريم... تعين على إعطاء النصوص الشرعية معناها الفقهي المراد¹³²، أي أنه يتعين أن يصار ابتداء إلى دراسة الدليل وأحواله، وما تعلق به من قواعد أصولية، ثم يستنبط القاعدة بعد ذلك.

الفقرة الثانية: المنهج الاستقرائي

الاستقراء لغة: التبع، واصطلاحاً: "تتبع جزئيات كثيرة داخلية في مسمى معنى كلي جامع، فإذا وجد حكم في تلك الجزئيات حكم على ذلك الكلي به"¹³³. وهو بهذا المعنى نوعان:

استقراء تام: ومعناه ثبوت الحكم في كل جزء من جزئيات الكلي، ومجاله العقلية.

¹³¹ الروكي، نظرية التعيد الفقهي، مرجع سابق، ص 581.

¹³² نفسه، ص 71.

¹³³ الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد، المستصفي من علم الأصول، تحقيق: محمد سلسمان الأشقر، ج 1 (ط: 1؛

بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ/1997م) ص 51

ويصطلح عليه أيضاً بالاستقراء المنطقي، ومن حيث الدلالة فهو يفيد القطع¹³⁴.
استقراء ناقص: ومعناه ثبوت الحكم في الكلي لثبوته في أغلب جزئياته، فلا يكون التتبع لكافة جزئيات الكلي، بل يقتصر على تتبع أكثر الجزئيات، وهذا النوع من الاستقراء الناقص هو المراد عند إطلاق لفظ الاستقراء عند الفقهاء؛ ويثبت به الحكم على سبيل الظن، والذي تختلف درجته باختلاف الجزئيات المستقرأة والمتبّعة، وفي ذلك يقول الشاطبي: " إن تلقي العلم بالكلي إنما هو عرض الجزئيات واستقراءها، فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، فهو ليس بموجود في الخارج، وإنما هو متضمن في الجزئيات حسب ما تقرر في المعقولات، فإذا الوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي وقوف مع جزئي شيء لم يتقرر العلم به بعد، دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به"¹³⁵.

والحاصل أن الاستنباط الذي هو أحد مسالك التقعيد الفقهي، إنما يعتمد على القواعد الأصولية، وبذلك فهي سابقة للاستقراء، فالقاعدة الكلية تعتبر كلية ومتضمنة لحكم، والاستنباط هو السبيل لمعرفة الحكم، والاستقراء هو الطريق إلى الكلي؛ أي أن ثمرة الاستقراء في القواعد الفقهية نقل الحكم إلى الكلية بعد استنباطه من الدليل الشرعي الخالد¹³⁶.

¹³⁴ الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص 75.

¹³⁵ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 3 ص 8.

¹³⁶ الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص 97. والقواعد التي أنتجها الفقهاء -اجتهاداً- عبر مراحل تاريخ الفقه الإسلامي لا يمكن أن تدخل تحت حصر، لذلك تقتصر في هذه المساحة التمثيلية على إيراد أهم القواعد الفقهية العامة التي تنطوي على فروع فقهية كثير ومتنوعة من قبيل:

- قاعدة: اليقين لا يزول بالشك: أصلها الحديث المتفق عليه في الرجل الذي شكى إلى النبي ﷺ يُخَيَّلُ إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال ﷺ: « لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، (ح/ 137)؛ ومسلم في صحيحه: كتاب الحيض، باب الدليل على أن من يقن من الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، (ح/ 361)، وقوله ﷺ: « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان»، قال ابن حجر:

نخلص إلى أن تععيد القواعد عن طريق الاستقراء هو: تتبُّع الفقيه للفروع، واستقراء الجزئيات المتشابهة المتجانسة التي يربطها موضوع واحد، فيؤلف بينها بكلام موجز يتضمن حكماً كلياً يجمعها؛ فهو عمل تقني فني يشبه تماماً التقنين.

وكنموذج عن القواعد الاجتهادية نذكر قاعدة: **الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد؛** أن الاجتهاد الأول لا ينقضه اجتهاد ثانٍ، وإلا أدى ذلك إلى الدور والتسلسل، وهذا باطل، كما يؤدي إلى عدم الاستقرار في الأحكام، وزوال الثقة بالحكام، وفتح باب الفوضى

فهو يدل دلالة صريحة طرح الشك والبناء على اليقين.

– قاعدة: **الحدود تدرأ بالشبهات** ومعنى القاعدة: أن الحد إذا حفت به شبهة أسقطته، ولا يقام على المتهم لاحتمال أن يكون غير مترتب في ذمته، وحينئذ يكون توقيعه على المتهم ظلماً وعدواناً. وأصل هذه القاعدة، نص الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ: «**ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم**» أخرجه الترمذي في الحدود. وابن ماجه في الحدود بلفظ: «**ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً**»، وأيضاً: «**إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة**». أخرجه الترمذي في الحدود.

– قاعدة: **الشرط الباطل لا يؤثر في العقد**: معنى القاعدة أن العقد إذا استوفى أركانه وشروطه المطلوبة شرعاً، فإنه يصير منعقداً لازماً، ولا يؤثر فيه بالفساد والبطلان عدم التزام أحد المتعاقدين بما اشترطه عليه الآخر مما هو منافع للشرع، فشروط الغرر كلها في البياعات والنكاحات وسائر المعاملات وشروط الحرام، لا تلزم من اشترطت عليه الخشني، أصول الفيتا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ص 376.. والأصل في تععيد هذه القاعدة قوله ﷺ: «**كل شرط ليس في كتاب الله – يعني شرعه ودينه – فهو باطل وإن كان مائة شرط**». أخرجه أبو داود في العتاق، والترمذي في الوصايا، والنسائي في البيوع، وابن ماجه في العتق.

– قاعدة: **تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة** وقد أوردها القرابي في الفرق بين ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة وبين ما لا ينفذ منها بصياغة مختلفة، فقال: ((اعلم أن كل من ولي ولاية: الخلافة فما دونها، إلى الوصية، لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَفْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ**﴾ [الأنعام، 152]، ولقوله ﷺ: «**من ولي من أمور أمي شيئاً ثم لم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة**

عليه حرام» أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح؛ ومسلم في الإيمان والإمارة. . فيكون الأئمة والولاية معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح أبداً ليس بالأحسن بل الأحسن ضده، وليس الأخذ به بذلاً للاجتهاد، بل الأخذ بضده، فقد حذر الله تعالى على الأوصياء التصرف فيما ليس هو بأحسن، مع قلة الفئات من المصلحة في ولايتهم لخستها بالنسبة إلى الولاية والقضاة، فأولى أن يحجر على الولاية والقضاة في ذلك... انظر: القرابي، الفروق، مرجع سابق، ج4، ص39.

والفساد¹³⁷ ؛ وهذه القاعدة مستنبطة من حديث النبي ﷺ الذي يقول فيه: « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر »¹³⁸.

ووجه الاستنباط أنه ﷺ قد شرع الاجتهاد ورتب عليه الثواب في الخطأ والصواب، وهذا يعني أن العلم بمن أصاب أو أخطأ من المجتهدين ليس في مقدور أحد منهم ، إذ لو كان في مقدوره لكان أولى بالاجتهاد من غيره، ولكن علم ذلك عند الله، وعلى أساس ذلك العلم يكون الثواب، ولما كان المجتهدون لا يعرفون المخطئ من المصيب منهم، كانت اجتهاداتهم سواء من جهة النظر، ولما كانت سواء لم يجوز أن ينقض بعضها ببعض، لاحتمال أن يكون المنقوض أقوى من الناقض¹³⁹.

ويمكن استثمار هذه القاعدة في مجال الاجتهاد القضائي الأسري، بالحكم بأن: "طلاق الثلاث في كلمة واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة" ما دام أنه حكم اجتهادي مبني على المصلحة التي هي إلزام الناس بالثلاث لما أكثروا وبالغوا من إيقاعه بهذا الشكل؛ وما دام الأمر محض اجتهاد من عمر بن الخطاب رضي الله عنه " فهو مذهب له، ومذهب الصحابي لا يقوم حجة على غيره، وما أيده به من سكوت الصحابة لا دليل فيه؛ لأن الإجماع السكوتي ليس بحجة"¹⁴⁰.

" وخاصة أنه-الاجتهاد- صدر من عمر ابن الخطاب مصدر القضاء والزجر، فهو قضاء في مجال الاجتهاد لا يجب على أحد تغييره، ولكنه قضاء جزئي لا يلزم اطراد العمل به"¹⁴¹.

¹³⁷ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص72.

¹³⁸ متفق عليه.

¹³⁹ الروكي، نظرية التععيد الفقهي، مرجع سابق، ص97.

¹⁴⁰ ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير ج2 (لا.ط؛ تونس: الدار التونسية للنشر، 1984م)، ص 417.

¹⁴¹ نفسه، ص 418.. سيما وهو الذي جسد ﷺ هذه القاعدة بقوله: « ذلك على ما قضيناه وهذا على ما نقضي »، وفعلة ؛ فقد قضى في المشتركة - والمشهورة أيضاً بالمسألة العمرية - بعدم تشريك الإخوة لأب في التركة، ثم قضى بعد ذلك بتشريكهم فيها.

المطلب الثاني: القيمة العلمية للقاعدة الفقهية

بما أن للقواعد الفقهية دوراً مهماً في الكشف عن الحكم الشرعي وإلحاق الفروع بالكليات، يصحُّ التساؤل: هل يجوز أن تكون القاعدة الفقهية أو الضابط الفقهي دليلاً شرعياً (فرع أول) يُستند عليه؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هي محددات وضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية (فرع ثان)؟

الفرع الأول : منزلة القواعد الفقهية ضمن مصادر الأحكام الشرعية

المقصود بمنزلة القواعد الفقهية ضمن مصادر الأحكام الشرعية: حجية هذه القواعد، أو بتعبير آخر دليلية هذه القواعد وصحة جعلها أصلاً يستدل به في استنباط الأحكام، ومدركاً يؤخذ به في التعليل والترجيح.

ولما كانت هذه القواعد جهداً بشرياً صياغة وتطبيقاً وتفریعاً، اختلفت الآراء حولها من حيث صلاحيتها للاستدلال؛ ومن ثم قيمتها العلمية في الفتوى والقضاء (فقرة أولى)، ولكل رأي أدلته وحججه (فقرة ثانية)، على أن هذه الأدلة لا تسلم في الغالب من المآخذ والاعتراضات (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى : آراء العلماء في المسألة

تردد العلماء في التعويل على القواعد الفقهية وبناء الأحكام عليها، حتى شاع القول بعدم حجيتها عند البعض من العلماء والباحثين، في حين رأى آخرون أن اهتمام العلماء في مصنفاتهم بالقواعد الفقهية والتفریع عليها والتفريق بينها وبين نظيراتها... يعد مؤشراً على حجيتها، حتى وإن لم تظهر عنايتهم بدراسات وبحوث مستقلة لحجيتها.

ويمكن في هذا السياق تلخيص آراء العلماء في هذه المسألة في ثلاثة أقوال: الأول يرى عدم حجية القواعد الفقهية وعدم جواز الاحتجاج بها كدليل، ذلك أن القاعدة الفقهية لا ترقى إلى مستوى الدليل الشرعي المستقل والمعتبر؛ والثاني عكس الأول، يرى حجية القواعد الفقهية وجواز الاحتجاج والاستدلال بها، وبأنها تصلح لأن تكون دليلاً تعرف به أحكام المسائل المستجدة والنوازل الطارئة ما لم يعارضها أصل مقطوع به من

كتاب أو سنة أو إجماع. أما الثالث فيرى التفصيل؛ بحيث إن القواعد الفقهية التي لها نص شرعي ثابت يدل عليها هي حجة، أما غيرها فهي شواهد يُستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة¹⁴²، ذلك أن فعاليتها مهمة في التطبيقات والنوازل المعاصرة¹⁴³، وتفصيل ذلك كما هو آت:

الرأي الأول: وإليه ذهب الجويني¹⁴⁴ وابن نجيم، إذ يرى بأنه: ((لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط لأنها ليست كلية بل أغلبية))¹⁴⁵، وابن دقيق العيد، كما حكاها ابن فرحون¹⁴⁶.

الرأي الثاني: وبه قال الغزالي كما يفهم من قوله: ((كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع لا يرده أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع فهو مقول به، وإن لم يشهد له أصل معين))¹⁴⁷، والشاطبي حيث يقول: ((كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح يُبنى عليه ويُرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به))¹⁴⁸.

وقد أعلى الإمام القرافي من رتبة القواعد الفقهية، وعدّها في رتبة تالية- من حيث الحجية- للنص والإجماع والقياس الجلي، حيث صرح بنقض حكم القاضي إذا خالف القواعد الكلية قائلاً: " والقاعدة أن قضاء القاضي متى خالف إجماعاً أو نصاً أو قياساً

¹⁴² الندوي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 330.

¹⁴³ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، 1988، العدد 4، ج 3، ص 2635.

¹⁴⁴ الجويني، عبد الملك بن عبد الله أبو المعالي (ت 478هـ)، غياث الأمم في التيات الظلم، (ط: 2، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003) ص 229.

¹⁴⁵ الحموي، غمز عيون البصائر، مرجع سابق، ج 1، ص 371.

¹⁴⁶ ابن فرحون، أبراهيم بن نور الدين، الديقاج المذهب في معرفة أعلام علماء المذهب، تحقيق: مأمون بن محي الدين الجتّان (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م) ص 87.

¹⁴⁷ الغزالي، محمد بن محمد بن محمد أبو حامد المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1400) ص 364.

¹⁴⁸ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 1، ص 37.

جليا أو القواعد نقضناه "149.

الرأي الثالث: وإليه ذهب علي حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية، فقال: ((الأصل في القاعدة الفقهية عدم اعتبارها دليلاً شرعياً مستقلاً في استنباط الأحكام ما لم تكن القاعدة الفقهية نصاً صريحاً من الكتاب أو السنة الصحيحة، فعندها تعتبر دليلاً شرعياً يجب الأخذ به))¹⁵⁰، وذهب الكيلاني¹⁵¹ والباحسين¹⁵² إلى أن القواعد التي تكون مُستفاداً من استقراء النصوص الشرعية، تأخذ حكم القواعد المستنبطة من النصوص الشرعية؛ فهي حجة، وذلك لكثرة الأدلة التي تنهض بمعناها.

أما القواعد المستفاداً من استقراء التراث الفقهي، فإن المعيار الذي ينبغي الاحتكام إليه في صلاحية القاعدة أو عدم صلاحيتها للاستدلال هو مدى سلامة المعنى وصحة المضمون الذي عبرت عنه القاعدة، وحددته وضبطته، ثم النظر في مدى تحقق ذلك المعنى في الوقائع والجزئيات المراد الكشف عن حكمها الشرعي، وتتم دراسة المعنى والمضمون على ضوء الدليل الذي أرشد إليها¹⁵³.

¹⁴⁹ القراني، الفروق، مرجع سابق، ج4 ص 98. ومثل لذلك بما لو حكم القاضي بعدم وقوع الطلاق في المسألة السريجية؛ وهي أن يقول الزوج لزوجته: إذا طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً. فإن حكمه ببقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق ينقض لمخالفته قاعدة الشرط التي هي صحة اجتماعه مع المشروط. قال القراني: "لو قضى القاضي باستمرار عصمة من لزمه الطلاق، بناء على المسألة السريجية نقضناه؛ لكونه على خلاف قاعدة: أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها". الفروق، مرجع سابق، ج1 ص 47؛ ج4 ص 40؛ ج2 ص 107.

والمسألة السريجية: نسبة إلى العباس أحمد بن عمر بن سريح أحد أئمة المذهب الشافعي (ت304هـ). الذي أفتى بعدم وقوع طلاق من قال الرجل لزوجته إن تزوجتك فأنت طالق قبله ثلاثاً؛ وهي من الحيل في باب الطلاق. قال ابن القيم: "وهذه المسألة لم يفت فيها أحد من سلف الأمة ولا أئمتها؛ لا من الصحابة ولا من التابعين، ولا من أئمة المذاهب المتبوعين... وهذا القول لا يجوز تقليده، وابن سريح بريء مما نسب إليه فيما قاله الشيخ عز الدين".

¹⁵⁰ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الجيل، د.ت) ص 11.

¹⁵¹ الكيلاني عبد الرحمن ابراهيم، حجية القاعدة الفقهية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن: مجلة محكمة تصدر عن جامعة مؤتة، العدد الأول 1999، (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية)، المجلد الرابع عشر، ص 86.

¹⁵² الباحسين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 278

¹⁵³ الكيلاني، المرجع السابق، ص 97.

الفقرة الثانية : الأدلة والحجج

أولاً: أدلة المذهب الأول

1 . أن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية وذلك لكثرة المستثنيات التي تضعف حجيتها، ويرد الاحتمال أن يكون الفرع المراد إلحاقه من تلك المستثنيات. ويؤكد على ذلك الريسوني فيقول: " وقد حاولت أن أجد قاعدة فقهية لم ترد عليها استثناءات فما وجدت غير العكس بما في ذلك القواعد الخمس المشهورة... "154؛

2 . أن القواعد الفقهية استقرائية وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء مطمئن له النفوس لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محددة- استقراء ناقص- وبالتالي فهي لا تفيد اليقين، والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد، وهو يحتمل الخطأ، فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة؛

3 . أن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة وجامع ورابط لها، وليس من المعقول أن يُجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع.

ثانياً: أدلة المذهب الثاني

1. إن القاعدة الفقهية كلية، أي أن حكمها ينطبق على جميع جزئياتها، ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات؛

2. إن حجية القواعد الفقهية وصلاحتها للاستدلال إنما جاء من مجموع الأدلة الجزئية لفروع تلك القاعدة، فإذا كان كل دليل جزئي لكل فرع هو حجة بذاته، ويصح به

¹⁵⁴ الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، مرجع سابق، ص 107.

الاستدلال، فاعتبار حجية القاعدة أولى من هذا الوجه؛

3. اعتبار المجتهدين لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص.

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث

حجية القواعد الفقهية تابعة لأصلها ومصدرها. فهناك قواعد مصدرها النص؛ وهذه القواعد لها حجية مصدرها، وتصلح للاستدلال بما شأنها في ذلك شأن النصوص نفسها كانت عامة أو خاصة. وهناك قواعد فقهية أخرى مصدرها الاستقراء أو المصلحة المرسلة... فهذه القواعد حجيتها راجعة إلى حجية مصدرها، فتتبع تلك المصادر في الدليوية.

الفقرة الثالثة : المناقشة والترجيح

القول بعدم حجية القواعد الفقهية بإطلاق، وعدم جواز الاحتجاج بها كدليل لا يستقيم، ذلك أنه ظهر فيما سبق بيانه بأن القاعدة قد تكون نصاً قرآنياً أو حديثياً، فهي قبل أن تكون قاعدة أو تجري مجرى القواعد، دليل شرعي بالاتفاق، فهل إذا جرى النص القرآني أو الحديث النبوي مجرى القاعدة خرج عن كونه دليلاً شرعياً معمولاً به!؟

كما أن ورود الاستثناءات على القاعدة الفقهية لا ينفي عنها صفة الحجية؛ فإن وجود مثل هذه الاستثناءات يظهر مدى الارتباط الوثيق بين علم القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة، فمسائل الفقه راجعة عموماً إلى قاعدة اعتبار المصالح ودرأ المفساد، والمستثنيات إنما شرعت لحفظ المصالح باعتبار المآلات وفقه الموازنات والأولويات، مما يجعل قاعدة جلب المصالح ودفع المفساد قاعدة فقهية ومقاصدية معاً، ولذلك نجد الكثير من العلماء يذكر أن مقاصد الشريعة جزء من مباحث علم القواعد الفقهية.

فالأحكام الاستثنائية من القواعد الكلية شرعت حفاظاً على المصالح أن تنخرم، أو يفضي تطبيق القواعد الكلية إلى نتائج ومآلات لا يرضى الشارع عنها، بل قد تكون على

النقيض مما تقتضيه روح التشريع العام، فتغير الظروف وتجدد الأحوال كان دائماً يدفع الفقهاء إلى العدول عن تطبيق الحكم الكلي (القاعدة) على الوقائع في ظل ما يلابسها من عوارض¹⁵⁵. فإذا كان تعميم القاعدة ينجم عنه مقاصد غير مطلوبة للشارع أو ترتب عنه أضرار ومفاسد تربو على ما كان قد قرر لها الشارع من مصالح حين تشريع الحكم الأصلي ابتداءً، كان الواجب استثناء هذه الحالة من أصل القاعدة الكلية بسبب تغير الزمن أو فساد الحال وتغير مناط المصلحة والمفسدة، فتخرج حينئذ من قاعدتها الأصلية الأولى؛ لتدخل في قاعدة أخرى تناسب الحال الذي اقتضاها¹⁵⁶، قال الشاطبي: " وهذا الموضوع كثير الفائدة عظيم النفع بالنسبة إلى المتمسك بالكليات إذا عارضتها الجزئيات وقضايا الأعيان.. "157.

أما القول بأنه ليس من المعقول أن يُجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع، فالصحيح هو العكس تماماً، لأن كون الدليل الجزئي حجة بذاته يصح الاستدلال به، يستلزم تحقق هذه الحجية في القاعدة الفقهية التي أرشدت إليها مجموع الأدلة الجزئية. تأسيساً على ما سبق يترجح القول بأن القواعد الفقهية دليل شرعي، تستمد حجيتها من مصادر الشرع النقلية والعقلية، كما يأخذ الحكم الجزئي حجيته منها، وأن الاعتماد عليها والاحتجاج بها في العملية الاجتهادية إنما هو استدلال بأصلها ومصدرها. ذلك أن القواعد الفقهية لا ينطبق عليها أنها حكم تجريدي، ولا يتحقق معناها العلمي إلا إذا كانت كذلك.

غير أننا إذا تأملنا فيما بين أيدينا من القواعد الفقهية التي صاغها فقهاء المذاهب وجدنا أن هناك نوعاً آخر من القواعد لم يهتم الفقهاء بإخضاعها للمصادر الشرعية، وإنما كان قصدهم منها أن يجمعوا جملة من الأحكام الفقهية التي يشملها إطار واحد،

¹⁵⁵ انظر: أبو بكر لشهب القواعد الفقهية: الأهمية في التشريع، والتخريج أثناء التفريع، مرجع سابق، ص ص 15/14.

¹⁵⁶ توفيق يحيى أحمد، الاستثناء في القواعد الفقهية وأثره على الفقه والقواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 90.

¹⁵⁷ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، مج 4 ص 12.

ويصوغوا ذلك في عبارة موجزة يسهل بها حفظ تلك الأحكام وتذكرها واستحضارها، وسَمَّوْها- من باب التجوز - قواعد فقهية، فهي لا ترجع إلى مصادر الشرع وإنما لا تختلف عما يصنف بالطريقة التقنية الدستورية، فلا تعدو أن تكون تقنيات فقهية وليست قواعد فقهية¹⁵⁸. والظاهر أن عدم التمييز بين هذين النوعين من القواعد الفقهية أوقع معظم الباحثين في حيرة وارتباك حينما أرادوا أن يحددوا مستوى حجيتها وشرعية العمل بها والاعتماد عليها.

ويمكن إبداء الرأي في المسألة-إذا جاز لنا ذلك- بالقول بأن القواعد الفقهية تمثل حلقة الوصل بين الفقه وأصول الفقه، فهي دليل تبعي اجتهادي؛ وذلك من الناحية النظرية. أما من الناحية التطبيقية: فالقواعد الفقهية تعبر عن أحكام شرعية كلية؛ فهي دليل على المسائل الجزئية المدرجة تحتها.

الفرع الثاني: ضوابط الاستدلال بالقاعدة الفقهية

لما ترجَّح في الفرع السابق حجية القواعد الفقهية وصلاحيتها للاستدلال بها على الأحكام؛ أضحي من الضروري توضيح القيود والضوابط اللازمة لإعمال هذه القواعد، التي ينبغي على المجتهد مراعاتها عند الاستدلال بها؛ حتى يستقيم له البحث والنظر، ويسلم من الزلل عند التطبيق.

فإلى جانب المقومات (الخصائص) التي تتعلق بالقاعدة ذاتها، هناك ضوابط خارجة عن القاعدة الفقهية يجب مراعاتها؛ تتمثل إجمالاً في: موافقة القاعدة الفقهية لمقاصد الشريعة (فقرة أولى)، وعدم تقديمها على دليل راجح عليها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: موافقة القاعدة لمقاصد الشريعة

تحرير هذا الضابط يستلزم إبراز التكامل بين القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة (أولاً)، ثم إيراد تطبيقات لكيفية إعمال القواعد الفقهية مدعومة بمقاصد الشريعة (ثانياً).

¹⁵⁸ انظر: الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص ص 203-206.

أولاً: مراعاة التكامل بين القاعدة الفقهية ومقاصد الشريعة

يتوجب على المُستدِلِّ بالقواعد الفقهية أن يأخذ في الاعتبار مقاصد الشريعة، فإِذَا هَذِهِ الْمَقَاصِدُ عِنْدَ تَطْبِيقِ الْقَاعِدَةِ، فَتَنْضَبُطُ الْقَاعِدَةُ الْفَقْهِيَّةُ بِتِلْكَ الْمَقَاصِدِ، وَتَكُونُ - الْقَاعِدَةُ- عِنْدَ تَنْزِيلِهَا عَلَى الْوَاقِعِ مَحْكُومَةً بِتَوَجُّهَاتِ الشَّرْعِ وَغَايَاتِهِ.

وَفِي بَيَانِهِ لِلصَّلَةِ بَيْنَ الْقَاعِدَةِ الْفَقْهِيَّةِ وَمَقَاصِدِ الشَّرِيعَةِ (الْقَاعِدَةُ الْمَقَاصِدِيَّةُ) يَقُولُ د. عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْكِيْلَانِي: "... إِنْ غَايَتُهُمَا النَّهَائِيَّةُ وَاحِدَةٌ، وَهِيَ الْوَقُوفُ عَلَى حُكْمِ الشَّرْعِ فِي الْوَقَائِعِ وَالْمُسْتَجِدَّاتِ، وَفَقَّ مَا أَرَادَهُ الشَّرْعُ وَابْتِغَاهُ، فَكَلَا الْقَاعِدَتَيْنِ فِي النَّهَائِيَّةِ وَسِيلَةٌ تَسَعَّفُ الْمُجْتَهِدِينَ لِتَبْيِينِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ الَّذِي خَاطَبَ بِهِ اللَّهُ تَعَالَى الْمَكْلُوفِينَ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ بَعَيْنُهُ"¹⁵⁹.

ثُمَّ يَضْرِبُ مِثَالًا بِقَاعِدَةِ "الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ"، وَأَنَّهَا مُتَّفَقَةٌ مَعَ الْقَاعِدَةِ الْمَقْصِدِيَّةِ "لَا يَقْصِدُ الشَّرْعُ التَّكْلِيفَ بِالشَّاقِ مِنَ الْأَعْمَالِ". فَيُوضِحُ " أَنَّ كِلَا الْقَاعِدَتَيْنِ تَوْوَلُ فِي النَّهَائِيَّةِ إِلَى إِعَانَةِ الْمُجْتَهِدِ، أَوْ الْفَقِيهِ لِمَعْرِفَةِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ فِيمَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَنَاطُهَا وَالكَشْفِ عَنْهُ"¹⁶⁰.

وَلَا يَقِفُ ارْتِبَاطُ الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ بِالْمَقَاصِدِ عِنْدَ هَذَا الْحَدِّ، بَلْ إِنَّهَا تَوْمَنُ الْمَسَالِكَ لِلْفَقِيهِ أَوْ الْمُجْتَهِدِ فِي التَّوَصُّلِ إِلَى حُكْمِ الْوَاقِعَةِ مَحَلِّ النَّظَرِ، حَيْثُ يَتِمَكَّنُ عَنِ طَرِيقِ تِلْكَ الْقَوَاعِدِ الْجَامِعَةِ مِنْ رِبْطِ الْفَرْعِ الْفَقْهِيِّ بِمَقْصَدِهِ التَّشْرِيعِيِّ، وَإِدْرَاكِ نِقَاطِ الْجَمْعِ وَالِاخْتِلَافِ بَيْنَ الْفُرُوعِ، وَمِنْ ثَمَّ مَعْرِفَةِ الْعِلَلِ-الْحِكْمِ- وَالْأَسْبَابِ التَّشْرِيعِيَّةِ لِهَذِهِ الْجُمُوعَةِ مِنَ الْأَحْكَامِ الْمُنْدَرِجَةِ تَحْتَ الْقَاعِدَةِ الْفَقْهِيَّةِ.

وَقَدْ أَشَارَ الْعَلَامَةُ بْنُ عَاشُورٍ إِلَى ذَلِكَ حِينَ قَالَ: "فَإِذَا اسْتَقْرَيْنَا عَلَلًا كَثِيرَةً مِثْلَ تِلْكَ فِي كَوْنِهَا ضَابِطًا لِحُكْمَةٍ مُتَّحِدَةٍ، أَمَكَّنَ أَنْ تَسْتَخْلَصَ مِنْهَا حِكْمَةٌ وَاحِدَةٌ فَتَجْزَمُ بِأَنَّهَا مَقْصِدٌ

¹⁵⁹ الكيلاني عبد الرحمن ابراهيم، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضا ودراسة وتحليلا (ط:1؛ الأردن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي - دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1421هـ/2000م) ص ص 67-68.

¹⁶⁰ نفسه، ص 68.

شرعي، كما يستنتج من استقراء الجزئيات تحصيل مفهوم كلي حسب قواعد المنطق¹⁶¹. وهكذا تتضح أهمية اعتبار مقاصد الشرع عند تطبيق القواعد الفقهية بحيث لا يمكن أن يحدث تعارض بين القواعد والمقاصد، وإنما يحدث بينهما تكامل يضمن سلامة الحكم الفقهي للواقعة المطلوب الحكم عليها من خلال القاعدة الفقهية المنضبطة بمقاصد الشرع. ولعل هذا المعنى هو الذي قصده أحد الباحثين لما صرح بأن "الاشتغال بالقواعد الفقهية إنما يعد من ضروب العمل المقاصدي"¹⁶².

ثانياً: تطبيقات لكيفية إعمال القواعد الفقهية مدعومة بمقاصد الشرع

لا يكتمل التصور المنهجي للضابط المتقدم-تكمال القاعدة الفقهية مع مقاصد الشريعة-، من ضوابط إعمال القاعدة، إلا بتلمسه من خلال عرض نموذجين تطبيقيين؛ الأول: قاعدة فقهية مدعومة بمقاصد الشرع تسير في كنفها وتتأيد بها. والثاني: ضابط فقهي تطبيقه يؤدي إلى مناقضة مقصود الشارع.

المثال الأول: قاعدة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"¹⁶³، وهذه القاعدة من قواعد النيات المشتهرة والمهمة ومفادها أن الإنسان يُجازى على قصده السيئ بنقيض ما يبتغي ويصبو إليه، وعدم ترتب آثاره عليه. والقاعدة أوردها المقرري في قواعده¹⁶⁴، وعبر عنها في مناسبة أخرى بقوله: "من الأصول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"، وعنه نقلها الونشريسي. ووردت عند ابن القيم بلفظ: "المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعاً وقدرأ"¹⁶⁵.

¹⁶¹ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 137.

¹⁶² مشعل، محمود اسماعيل محمد، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة (ط:2؛ لا.م: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، د.ت) ص 290.

¹⁶³ المادة 99 من مجلة الأحكام العدلية.

¹⁶⁴ تحت رقم(638)

¹⁶⁵ شمس الدين محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف

قال الإمام الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف: أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع"¹⁶⁶، و قال أيضا: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"¹⁶⁷.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: منع ميراث من قتل مورثه عمدا ليتعجل ميراثه منه،

سعد، ج2 (لا:ط؛ بيروت: دار الجيل، 1973) ص180.

وقد ذكر الفقهاء هذه القاعدة بألفاظ متعدّدة؛ فعبر عنها السبكي بعبارة: "ما ربط به الشارع حكما، فعمد المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم، فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده، أو لا، لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم عليه؟". وهذا معنى قولهم: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بجرمانه"، وهي الصياغة التي اختارها السيوطي، وابن نجيم، ومجلة الأحكام العدلية.

وقال ابن القيم رحمه الله تعالى- في إغاثة اللهفان- مبيّنا أصل هذه القاعدة ونماذجها في الشرع: "وأصل هذا أن الله سبحانه جعل عقوبات أصحاب الجرائم بضد ما قصدوا له بتلك الجرائم، فجعل عقوبة الكاذب إهدار كلامه وردده عليه وجعل عقوبة الغالّ من الغنيمة لما قصد تكثير ماله بالغلول حرمانه سهمه وإحراق متاعه، وجعل عقوبة من اصطاد في الحرم تحريم ما صاده وتغريمه نظيره، وجعل عقوبة من تكبر عن قبول الحق والانقياد له أن ألزمه من الذل والصغار بحسب ما تكبر عنه من الحق، وجعل عقوبة من استكبر عن عبوديته وطاعته أن صيره عبداً لأهل عبوديته وطاعته، وجعل عقوبة من أخاف السبيل وقطع الطريق أن تقطع أطرافه وتقطع عليه الطرق كلها بالنفي من الأرض فلا يسير فيها إلا خائفاً، وجعل عقوبة من ألتذ بدنه كله وروحه بالوطء الحرام إيلام بدنه وروحه بالجلد والرجم فيصل الألم إلى حيث وصلت اللذة، وشرع النبي ﷺ عقوبة من اطلع في بيت غيره أن تقلع عينه بعود ونحوه إفساداً للعضو الذي خان به وأولجه بيته بغير أذنه وأطلع به على حرمة... وهذا باب واسع جداً عظيم النفع فمن تدبره يجده متضمناً لمعاقبة الرب سبحانه من خرج عن طاعته بأن يعكس عليه مقصوده شرعاً وقدرًا دنيا وأخرى". ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج1 (ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، 1395هـ/1975م) ص 360. قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا معلقاً على ذلك: "إن صيغتها التقليدية التي أتت بها المجلة تضيّق نطاق القاعدة فتقصره على سوء القصد المرتبط بالاستعجال. بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير، إذ تشمل كل التصرفات التي تقوم على سوء النية والقصد، ولو تدرّج لها الشخص بوسيلة مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممنوعة". ثم اقترح صياغة جديدة للقاعدة "من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده". المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2 ص 1061.

¹⁶⁶ الموافقات، مرجع سابق، مج3 ص 23.

¹⁶⁷ نفسه، ص ص 27-28.

معاملة له بنقيض قصده؛ وفي ذلك حفظ للنفس؛ التي هي مقصد شرعي في رتبة الضروريات. جاء في منح الجليل: "وعلى عدم إرث القاتل بمراعاة المصلحة؛ إذ لو ورت لأدى لخراب العالم"¹⁶⁸.

ولو ارتدت المرأة بقصد طلاقها من زوجها، لم يقع الطلاق معاملة لها بنقيض مقصودها، وفي ذلك مراعاة لمقصد الشرع في حفظ النسل¹⁶⁹.

المثال الثاني: ضابط: "الوصف متى قرّن بالعدد كان الوقوعُ بذكر العدد"

وهو ضابط في الطلاق المقرون بالعدد، ومعناه: إذا لم يُقرن-المطلق- صيغة الطلاق بالعدد يقع الطلاق بها- يعني الصيغة التي أوقعه بها -، وإن قرنها بعدد يقع الطلاق بذلك العدد لا بنفس الصيغة؛ لما تقرر في الأصول أن صدرَ الكلام يتوقف عليه ما بعده إذا كان في آخره مغيرٌ له¹⁷⁰.

فالمراد بـ الوصف في الضابط: الطلاق، فقوله أنت طالق، متى قرن بالواحدة أو بالثنتين أو بالثلاث كان كلاماً واحداً في الإيقاع¹⁷¹.

وذلك لأن الواقع في الحقيقة عند ذكر العدد مصدر محذوف موصوف بالعدد، تقديره: أنت طالق تطليقة واحدة. فتصير الصيغة الموضوعية لإنشاء الطلاق متوقف

¹⁶⁸ علبش، محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 9 (لا:ط؛ لا.م: دار الفكر، 1409هـ/1989م) ص 690.

¹⁶⁹ انظر: النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، تحقيق: رضا فرحات، ج3 (لا:ط؛ لا.م: مكتبة الثقافة الدينية، د.ت) ص 992.

¹⁷⁰ ينظر: المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح البداية، ج2 (لا:ط؛ لاهور- باكستان:

مكتبة المصباح، د.ت) ص 327؛ ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج3 (ط:3؛ بيروت:

دار المعرفة، 1413هـ/1993م) ص 314؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين (رد المختار على

الدر المختار)، تحقيق ثلة بن الباحثين بإشراف: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح الفرفور، ج9 (ط:1؛ دمشق: دار

الثقافة والتراث، 1421هـ/2000م) ص 229؛ ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير للعاجز

الفقيه، ج3 (لا:ط؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي، د.ت) ص 381.

¹⁷¹ البابري، أكمل الدين محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ج3 (مطبوع مع فتح القدير: دار إحياء التراث العربي)

حكمها، عند ذكر العدد، عليه.

ومن الفروع المدرجة تحت هذا الضابط: إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة ثلاث طلاقات.

ولا شك أن تطبيق هذا الحكم فيه مناقضة لمقصد الشارع من إدامة العشرة الزوجية، والمحافظة على كيان الأسرة، فإن الله ﷻ قصد من تعدد الطلاق التوسعة على الناس؛ لأن المعاشر لا يدري تأثير مفارقة عشيره إياه، فإذا طلق الزوج امرأته، يظهر له الندم وعدم الصبر على مفارقتها، فيختار الرجوع، "فلو جعل الطلقة الواحدة مانعة بمجرد اللفظ من الرجعة، تعطل المقصد الشرعي من إثبات حق المراجعة"¹⁷².

وإلى نفس المعنى أشار ابن رشد، بعد مناقشته لسب الخلاف بين الفقهاء في إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد قائلاً: "... الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية، والرفق المقصود في ذلك؛ أعني في قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق، 1]"¹⁷³. فهو يشير إلى تفويت مقصد اعتبار حضور الزوجة طرفاً في عقد الزواج؛ لأن القول بوقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد يُلغيه.

وبناء على ذلك يكون الحكم الاجتهادي المستند إلى (القاعدة/الضابط) الفقهية منقوضاً إذا لم يُراعَ فيه موافقته لمقاصد الشريعة.

¹⁷² ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، ج2 ص 418. لذلك ذهب إلى القول بأن: "طلاق الثلاث في كلمة واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة وهو الأرجح من جهة النظر والأثر". كما نازع مستند المحتجين بالإجماع-المرعوم- في إيقاعه ثلاثاً من السلف والخلف، فقال: "... وما أيدوه به من سكوت الصحابة لا دليل فيه، لأن الإجماع السكوتي ليس بحجة عند المحققين من الأئمة مثل الشافعي والباقلاني والغزالي والإمام الرازي وخاصة أنه صدر من عمر ابن الخطاب مصدر القضاء والزجر، فهو قضاء في مجال الاجتهاد لا يجب على أحد تغييره، ولكنه قضاء جزئي لا يلزم اطراد العمل به، وتصرف الإمام بتحجير المباح لمصلحة مجال للنظر، فهذا ليس من الإجماع الذي لا تجوز مخالفته".

¹⁷³ ابن رشد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 (ط:6؛ بيروت: دار المعرفة، 1986) ص 61.

الفقرة الثانية: عدم وجود دليل راجح على القاعدة الفقهية

تقرر في ما سبق أن القواعد الفقهية تعتبر أحكاماً شرعية كلية، تندرج تحتها العديد من الفروع والمسائل الجزئية؛ فهي أدلة اجتهادية ظنية تتبع الأدلة القطعية؛ لأنها ناتجة عنها ومرتبطة بها، ويشمل ذلك القواعد الثابتة بالقياس والاستقراء والاستصحاب... وغيرها؛ إذ ليس عند الفقهاء اعتداد بدليل عقلي منفصل عن النص، غير مرتبط به بنوع من الارتباط¹⁷⁴.

وقد أشار الشاطبي إلى ذلك قائلاً: "فما جرى فيها- يعني الأصول- مما ليس بقطعي فمبني على القطعي تفرعاً عليه، لا بالقصد الأول"¹⁷⁵.

وما دامت القواعد الفقهية أدلة اجتهادية ظنية تتبع الأدلة القطعية، فإنها تكون في منزلة أدنى من تلك الأدلة، من حيث قيمتها العلمية، فلا يُصار إليها إلا إذا تعذر الاستدلال بما هو أقوى منها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها¹⁷⁶.

وذلك ما أوضحه الشافعي كما نقله الشوكاني: "إذا وقعت الواقعة للمجتهد، فليعرضها على نصوص الكتاب، فإن أعوزه، عرضها على الخبر المتواتر ثم الأحاد، فإن أعوزه لم يُخض في القياس، بل يلتفت إلى ظواهر الكتاب، فإن وجد ظاهراً نظر في المخصصات من قياس وخبر، فإن لم يجد مخصصاً حكم به، وإن لم يعثر على ظاهر من كتاب ولا سنة نظر إلى المذاهب، فإن وجدها-الواقعة- مُجمعا عليها اتبع الإجماع، وإن

¹⁷⁴ الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص 81.

¹⁷⁵ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج1 ص 22.

¹⁷⁶ الباحثين، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 177. ومثّل لذلك بعدم انطباق "قاعدة الأصل في الميتات التحريم" على السمك والجراد، لمعارضته النص الشرعي-الدليل الجزئي- الذي أفاد حليتهما. قال ﷺ «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالخوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال». والحديث أخرجه الدار قطني من رواية سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم موقوفاً. أنظر: ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علي أبو الفضل، تلخيص الحبير في شرح أحاديث الرافعي الكبير، تعليق: عبد الله هاشم مدني، ج1 (لا:ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1384هـ/1964م) ص ص 25-26.

لم يجد إجماعاً خاض في القياس، ويلاحظ القواعد الكلية أولاً، ويقدمها عن الجزئيات¹⁷⁷.

وفي ذات المعنى يقول الشاطبي: " فلم يبق في الدين قاعدة يُحتاج إليها في الضروريات والحاجيات والتكميليات إلا وقد بينت غاية البيان، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على تلك الكليات موكولاً إلى نظر المجتهد. فإن قاعدة الاجتهاد أيضاً ثابتة في الكتاب والسنة، فلا بد من إعمالها ولا يسع تركها، وإذا ثبتت في الشريعة أشعر بأن ثم مجالاً للاجتهاد، ولا يوجد ذلك إلا فيما لا نص فيه"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أبي حفص سامي بن العربي الأشرى ج2 (ط:1؛ الرياض: دار الفضيلة للنشر والتوزيع، 1421هـ/2000م) ص110.

¹⁷⁸ الشاطبي، الإعتصام، ج2 (لا:ط؛ مصر: المكتبة التجارية الكبرى، د.ت) ص305.

خلاصة الفصل

حاول البحث في هذا المقطع منه الوقوف على حقيقة القواعد الفقهية - كموارد واقعية للاجتهاد الفقهي والقضائي- وتحرير معانيها، وإظهار عناصرها ومقوماتها ودلالاتها، وتتبع تطورها التاريخي، والتفصيل في أهميتها وقيمتها العلمية، فكانت الخلاصات التالية:

1. القواعد الفقهية هي تلك الأحكام الشرعية الكلية التي استنبطها الفقهاء من أدلة الشرع وأدركوا كليتها عن طريق الاستقراء؛ وألّفوا بينها -الأحكام- بكلام موجز يتضمن حكماً كلياً يجمعها؛ فهو عمل تقني فني يشبه تماماً التقنين.

2. فكان تقييدها مستندا إلى الاستنباط والاستقراء معا؛ فالحكم المستنبط من دليل شرعي لا يرقى إلى مستوى القاعدة ويوصف بأنه كلي إلا إذا أجرى الفقيه استقراء لجزئياته ليعلم ما إذا كان هذا الحكم مُطّرداً في جميع أو أغلب تلك الجزئيات.

3. وامتازت بأنّ كلا منها ضابطٌ يضبط فروع الأحكام العملية، ويربط بينها برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها.

4. وقد صيغت في فترات زمنية متفاوتة، وذلك مواكبة للتطورات والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية المتلاحقة.

5. للقواعد الفقهية عناصر علمية أساسية (خصائص ومقومات) تُميزها وتكون منها حقيقتها وتكتسب منها ماهيتها. فبالإضافة إلى الوضوح وإيجاز العبارة وإحكام الصياغة والانسجام مع مقاصد الشريعة، تتميز القاعدة الفقهية بأنها: قضية كلية، تركيبية، عامة ومجردة.

6. الراجح عند العلماء أن القواعد الفقهية أحد الأدلة الشرعية التي يفرع إليها

المجتهد ويتوسل بها في الحكم على القضايا والمسائل الفقهية المستجدة، مع مراعاة ضوابط ومحددات عند الاستدلال.

7. القواعد الفقهية وإن اختلفت في مضمونها عن كل من القواعد الأصولية والقواعد المقاصدية، فإنها كلها تنتهي إلى هدف واحد، وهو تبصير المجتهد بالمسالك التي يتوجب عليها التقيّد بها عند بيان الأحكام، وتقف هذه القواعد جنباً إلى جنب لإسعاف المجتهد بحزمة كبيرة من الأدلة التي تعينه عند النظر والاجتهاد.

8. هناك علاقة بين القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية؛ حيث إن كليهما تعتبر قضايا كلية أو أغلبية، كما أن غايتهما واحدة، وهي الوقوف على مقاصد الشارع في الوقائع والحوادث.

9. هناك تشابه -قد يصل إلى حد التطابق- لا تخطئه عين حتى غير المختص بين الضوابط الفقهية والقواعد القانونية من حيث التجريد والعموم وإحكام الصياغة ومجال التطبيق.

10. خطت القواعد الفقهية في العصر الحديث خطوات متميزة من حيث الصياغة والتطبيق والاعتماد عليها في الدراسات المقارنة والاجتهاد القضائي.

11. ولذلك قال بعضهم: إن حكم دراسة القواعد الفقهية والإمام بها على القضاة والمفتين؛ فرض عين، وعلى غيرهم فرض كفاية.

الفصل الثاني

دور التعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المعاصر

الاجتهاد القضائي في الفكر المعاصر - الشرعي أو القانوني - يعني أن يكون القاضي متمكناً من فهم المسائل الفقهية أو القانونية، ومحيطاً بالمبادئ والمقدمات التي تؤهله لمعرفة أدلة الأحكام القضائية التفصيلية من مصادرها المعتمدة. وتبعاً لذلك فإن القاضي لا يتجاوز حدود التشريع وروحه.

بيد أنه قد تصبح نصوص التشريع وموروثه، بفعل حراك المجتمع وتطوره مُتجاوزة، فيكون لزاماً على القاضي معالجة هذا الأمر بالمواءمة بين نصوص التشريع والتطورات المتلاحقة، بإعطاء النصوص معاني جديدة لمسايرة الوقائع المستجدة؛ مما يعني أن الاجتهاد بهذا المفهوم من مقومات القضاء؛ فكونه قاضياً فهو تلقائياً مجتهد متمكن من إصدار الأحكام القضائية التفصيلية من مصادرها المعتمدة، استناداً لمبادئ وقواعد وضوابط وأسس معينة عامّة.

فالقاضي مُلزم بالباس كل واقعة مرفوعة إليه لبوسها القضائي المنطبق عليها عبر سلطة الاجتهاد؛ فهذه السلطة هي التي تمكنه من مواكبة مختلف التحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية. إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل لا بد أن تصحبها محاذير اجتهادية وقيود منهجية؛ كي لا يختلف اجتهاد القضاة وتتضارب الأحكام الصادرة في نفس الموضوع.

ومن ثمّ فإن ضبط سلطة الاجتهاد القضائي بقيود وضوابط تُراعى في كل عملية استنباط للأحكام من المصدر المعتمد، مطلب تفرضه الغاية من إنشاء خطة القضاء، وضمانة تحفظ من الجموح والوقوع في مهاوي القناعات الداخلية والتأثيرات النفسية؛ التي غالباً لا تنجح في إخفائها مظاهر الحياد المفترض في القضاة؛ سيما في القضايا الأسرية التي

لا يجادل باحث في أن الأحكام الصادرة فيها تتأثر -إلى حد كبير- بالمرجعية المحافظة أو الحداثية للقاضي.

وانطلاقاً من هذه الأهمية العملية للاجتهاد القضائي، يتعين علينا تحديد حقيقته ومعناه (مبحث أول)، التي تدفعنا إلى بحث آليات وقواعد ضبّطه (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول: معنى الاجتهاد القضائي

يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي بحسب المدارس والأنظمة التي نشأ فيها. وبصرف النظر عن طبيعة موضوع الاجتهاد وتكليفه، نحاول أن نقف على المعنى العملي الممارسي للاجتهاد القضائي، بإيراد معناه واستجلاء أهميته (مطلب أول)، ثم تحديد مجاله ونطاقه (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

بغية الوصول إلى تصور واضح لحقيقة الاجتهاد القضائي لا بد من رصد تعريفه عند مختلف المدارس والأنظمة (الفرع الأول)، تمهيدا للوقوف على أهميته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

وذلك يقتضي تتبع مفهومه عند فقهاء الشريعة الإسلامية (فقرة أولى)، وكذا مفهومه في الأنظمة القانونية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية

الاجتهاد القضائي مركب وصفي؛ فالاجتهاد موصوف، ولفظ القضاء صفة، ولكل منهما تعريف خاص يجب الوقوف عليه (أولا) كي نصل إلى التعريف اللقبى لمصطلح الاجتهاد القضائي (ثانيا).

أولا: تعريف الاجتهاد القضائي باعتباره مركباً وصفياً

وذلك يقتضي تفكيك مفردتي هذا المركب: الاجتهاد (1)، والقضائي (2).

1- الاجتهاد

تعريفه لغة (أ) واصطلاحاً (ب).

أ- في اللغة

الاجتهاد لغة: مصدر اجْتَهَدَ، وأصله جَهَدَ، والجهد بفتح الجيم وضمها الطاقة والوسع، والجهد بالفتح: المشقة، والاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود، ولما كان الاجتهاد في اللغة مأخوذاً من الجهد، وهو المشقة والطاقة؛ فإنه يختص بما فيه كلفة ومشقة، فيخرج عنه ما لا مشقة فيه، قال الرازي: "وهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كان، يقال: استفرغ وسعه في حمل الثقل، ولا يقال استفرغ وسعه في

حمل النواة"179 .

وفي حديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، وفيه : « كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله... إلى أن قال: أجتهد رأبي ولا آلو. فضرب النبي صلى الله عليه وسلم صدره، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله »¹⁸⁰ .

ب- في الاصطلاح

لم تتوالف توجهات الأصوليون في تعريفهم للاجتهاد على كلمة سواء، فجاء تصورهم لهذا المفهوم حسب الجوانب التي يراها كل واحد مناسبة لوضع تعريف واضح ومتكامل. ويمكن حصر نظرتهم التعريفية لهذا المصطلح في اتجاهين:

الأول: اتجاه أكثر الأصوليين، الذين ركزوا في تعريفاتهم على أن فعل المجتهد في حد ذاته يُطلق عليه اجتهادا؛ وهم الذين صدّروا تعريفاتهم بلفظ (بذل) أو (استفراغ) الجهد والوسع والطاقة.

ومن هؤلاء: الغزالي الذي ذهب إلى أن الاجتهاد هو " بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة "¹⁸¹ ، والزرکشي؛ الذي عرفه بقوله: " بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط "¹⁸² ، ومن قبلهم الجصاص؛ وتعريفه: " بذل الجهود فيما يقصده المجتهد ويتحراه "¹⁸³ .

¹⁷⁹ الرازي، فخر الدين محمد بن عمر، *الخصول في علم الأصول*، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، ج4 (ط:2؛ بيروت: المكتبة العصرية بصيدا، 1420هـ/ 1999م) ص 1363.

¹⁸⁰ أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592 سنن أبي داود، تعليق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997، ج4 ص 15؛ والترمذي في *جامعه*، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم: 1342.

¹⁸¹ الغزالي، *المستصفى*، تحقيق: سليمان الأشقر، ج2 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1427هـ/ 1997م) ص 382.

¹⁸² الزرکشي، بدر الدين بن محمد بن محمد بن بهادر، *البحر المحیط*، تحقيق: محمد محمد تامر، ج4 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ/ 2000م) ص 488.

¹⁸³ الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، *الفصول في الأصول*، ج4 (لا:ط؛ الكويت: وزارة الأوقاف، د.ت) ص 12.

ونحو ذلك قول الآمدي: " استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يُحس من النفس العجز عن المزيد فيه " ¹⁸⁴ ، والبيضاوي: " استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية " ¹⁸⁵ ، و ابن الحاجب: " استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي " ¹⁸⁶ .

وقد انتُقد مسلكهم بأن تعريفاتهم تقدم صورة واحدة عن عملية الاجتهاد؛ وهو الجانب الوظيفي له؛ وهي عملية الاستنباط، دون التعرض للمهارات التي تؤهل من توافرت فيه لممارسة العملية الاجتهادية. ثم أن هذه التعريفات لم تُضف معنى جديداً على المعنى اللغوي ¹⁸⁷ .

الثاني: تعريف الاجتهاد باعتباره صفة للمجتهد، وهذا الاتجاه لم يحظ بالشهرة والذیوع كالاتجاه الأول، إذ لم يسلك هذا المسلك إلا قلة من الأصوليين. وممن ذهب إلى الاتجاه: محمد تقي الحكيم حيث يرى بأن الاجتهاد: " ملكة تحصيل الحجج على الأحكام الشرعية أو الوظائف العملية، شرعية كانت أو عقلية " ¹⁸⁸ . وأوضح منه ما قاله الشيخ البهائي: " ملكة يقتدر بها على استنباط الحكم الشرعي الفرعي عن الأصل فعلاً أو قوة قريبة من الفعل " ¹⁸⁹ . وهما من فقهاء الشيعة.

ولعل الذي دفعهم إلى تعريف الاجتهاد بـ ((الملكة)) نظرهم إلى أن صاحب الملكة يصدق عليه إطلاق لفظ المجتهد؛ سواء باشر عملية الاستنباط أم لا، بخلاف ((بذل))

¹⁸⁴ الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، ج4 (ط:2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1402هـ) ص 162.

¹⁸⁵ البيضاوي، ناصر الدين قاضي القضاة، منهاج الوصول إلى علم الأصول (لا:ط؛ مصر: مطبعة كردستان العلمية، 1326هـ) ص 103-104.

¹⁸⁶ ابن الحاجب، عثمان بن عمر، مختصر المنتهى مع شرح العضد، ج2 (ط:1؛ مصر: المطبعة الأميرية ، د.ت) ص 289.

¹⁸⁷ شمس الدين، محمد مهدي، الاجتهاد والتقليد: بحث فقهي استدلالي (لا:ط؛ بيروت: المؤسسة الدولية، 1421هـ / 1988م) ص 72.

¹⁸⁸ تقي الحكيم، محمد، الأصول العامة للفقه المقارن- مدخل لدراسة الفقه المقارن- (ط:2؛ لا.م: مؤسسة آل البيت، 1979) ص 563.

¹⁸⁹ نقلاً عن محمد مهدي شمس الدين، الاجتهاد والتقليد: بحث فقهي استدلالي ، المرجع السابق، ص72.

أو ((استفراغ)) اللذان يشعران بعملية الاستنباط فعلا، وهذا ليس من الضروري توفره في المجتهد¹⁹⁰.

ويُبين محمد مهدي شمس الدين المقصود بالملكة عند أصحاب هذا الاتجاه، بأنها المستوى المعرفي الذي يبلغه الممارس للعملية الاجتهادية، حيث يقول: " .. والراجح عندنا أنه لا يعتبر في تحقيق الاجتهاد الذي هو موضوعُ للأحكام الشرعية بلوغ المعرفة عند الفقيه درجة الملكة بالمعنى الفلسفي لهذا المصطلح، بل يكفي في تحققه وترتب آثاره الشرعية عليه صرف المعرفة وإن لم تبلغ درجة الملكة بالمفهوم الذي ذكره لها الفلاسفة وعلماء المنطق "191.

وهذا المسلك (الاتجاه) محل نظر أيضا؛ باعتبار أن الملكة صفة قائمة بالمجتهد، والاجتهاد مصدر الفعل (اجتهد)، وفاعله هو المجتهد، فالاجتهاد هو فعل المجتهد وليس صفة له؛ لأنه لا يكتسب صفة كونه مجتهدا إلا بعد فعل الاجتهاد¹⁹².

والظاهر أن بين الاتجاهين تكاملا وصلة؛ فالمجتهد حتى تحصل له الملكة لا بدّ وأن يمارس العملية الاجتهادية فعلا، وممارسة الاجتهاد تؤدي بالمجتهد إلى أن يصبح الاجتهاد صفة قائمة به؛" فالقاسم المشترك بين الاتجاه الأول (فعل المجتهد) والاتجاه الثاني (صفة المجتهد) هو أن الاجتهاد لا يتأتى إلا ببذل الجهد، سواء من البداية-الاتجاه الأول- أو بعد محاولات وممارسات لهذا البذل والجهد لتصبح صفة ملازمة للمجتهد-الاتجاه الثاني"¹⁹³.

¹⁹⁰ العمري، نادية شريف، الاجتهاد والتقليد في الإسلام (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1425هـ/ 2004م) ص 30.

¹⁹¹ محمد مهدي شمس الدين، مرجع سابق، ص74.

¹⁹² انظر: القحطاني، مسفر بن علي بن محمد، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة: دراسة تأصيلية تطبيقية (ط:1؛ جدّة: دار الأندلس الخضراء، بيروت: دار ابن حزم، 1424هـ/ 2003م) ص 144.

¹⁹³ رحال، علاء الدين حسين، معالم وضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية (ط:1؛ عمّان: دار النفائس، 1422هـ/ 2002م)، ص 56.

2- القضائي

القضائي نسبة إلى القضاء، والقضاء لغة: يدور حول معاني الحكم، الإمضاء والفراغ من الشيء، والإلزام، وأصله القطع والفصل، وهو الحكم والنفذ بإتقان، وأصل القضاء فصل الأمر على إحكام، يقال: قضى يقضي قضاءً فهو قاض إذا حكم وفصل، وهو يأتي في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتماه¹⁹⁴.

قال الكفوي: لقد أكثر أئمة اللغة في معناه (القضاء)، وآلت أقوالهم إلى أنه إتمام الشيء قولاً أو فعلاً¹⁹⁵.

ومادة (قضى) أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه، وإنفاذه لجهته، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام، وينفذها، وسميت المنية قضاءً؛ لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق. وكل كلمة في الباب تجري على هذا القياس¹⁹⁶.

وهذه المعاني اللغوية واضحة في المعنى الاصطلاحي حيث إن القضاء فيه حكم وإمضاء، وإلزام بما يراه القاضي حكماً للمسائل محل النزاع بين المتخاصمين.

أما في الاصطلاح¹⁹⁷ فقد درس علماء أصول الفقه الإسلامي مدلول هذا المصطلح في بحث سابق عن النظم والمدارس القانونية الوضعية، فتعددت عباراتهم في تعريف القضاء، وأن كانت في النهاية ترجع إلى معنى واحد؛ حيث يلاحظ أن هذه

¹⁹⁴ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم الشاذلي (لا. ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، مادة (ق ض ي) ج 5 ص 3665.

¹⁹⁵ الكفوي، أبو البقاء، الكليات، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، ج 4 (ط: 1؛ دمشق: وزارة الثقافة والإرشاد القومي، 1975م) ص 8.

¹⁹⁶ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 5 ص 99.

¹⁹⁷ ينصرف معنى القضاء اصطلاحاً إلى ثلاث مجالات وهي:

- في التوحيد والعقيدة: بمعنى إن القضاء من خصائص الإلهية؛
- في فقه العبادات إتيان العباد بعد وقتها المقدر استدرأكاً لما فات بمعنى قضاء الفوات من العبادات؛
- القضاء بمعنى الحكم بين الناس، وهذا المعنى الأخير هو المعنى في بحثنا.

التعريفات¹⁹⁸ تكاد تتفق على النقاط التالية¹⁹⁹:

¹⁹⁸ ومن هذه التعريفات:

تعريف الحنفية: حيث عرفوه بتعاريف متعددة منها: أن القضاء هو: "إلزام على الغير بينة أو إقرار". انظر: القونوي، قاسم أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: أحمد الكبيسي (ط:1؛ جدة: دار الوفاء للنشر والتوزيع، 1985) ص228. وهذا التعريف غير جامع ولا مانع، إذ يدخل فيه التحكيم والصلح، ولا يشمل كذلك القضاء بغير الشهادة والإقرار مما يكشف الحق ويظهره؛ لأن البينة هنا يراد بها الشهادة والإقرار فقط دون بقية وسائل الإثبات الشرعية. الشريبي، الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، اعتنى به: محمد خليل عيتاني، ج4، (ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1997) ص613؛ كما عرفه ابن عابدين بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص". انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج4 (لا:ط؛ بيروت: دار الفكر، 1992) ص296. ويعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع لاقتصراره على قضايا النزاع والمخاصمة، والقضاء غير ذلك فقد بيت في غير قضايا الخصومة كالحكم بالحجر والوصاية، وغير مانع، إذ يدخله إمكانية الصلح بين الخصمين. وعرفه العيني بأنه: "الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم". العيني، البناية في شرح الهداية، ج8 (ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1990) ص4.

وعرفه المالكية بأنه: "الإخبار بحكم شرعي على سبيل الإلزام". انظر: الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج6 (ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1398 هـ) ص86؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ج1 (ط:1؛ مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، 1986)، ص11. ويعترض على هذا التعريف بأنه يدخل فيه حكم الحكّمين في شقاق الزوجين، وحكم الوالي والمحتسب وغيرهما. كما أن لفظ الإخبار يوحي بأنه خبر محتمل للصدق والكذب، والمقصود على خلاف ذلك، لأن حقيقة القضاء إصدار حكم شرعي على سبيل الإلزام؛ وعرفه ابن عرفة بقوله: "القضاء صفة حكومية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي...". الرصاع، شرح حدود ابن عرفة المسمى الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأحفان والطاهر المعموري (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1993) ص567، فخرج بذلك التحكيم وولاية الشرطة والإمامة؛ الخطاب، مرجع سابق، ج6 ص87. وعرفه الدردير في الشرح الصغير بأنه: "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين وحبس وقتل وجرح وضرب وسب، وترك صلاة ونحوها.. ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى". الدردير، الشرح الصغير - ومعه حاشية الصاوي -، ج2 (لا:ط؛ مصر: طبعة الحلبي، 1952) ص329. فقد جمع عناصر القضاء المتمثلة في الهيئة القضائية، وعنصر المنازعة، وصفة الإلزام. وعرفه ابن عبد السلام من الشافعية بقوله: "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه". مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص479، وهذا التعريف غير مانع إذ يدخل فيه الصلح والإفتاء لخلوهما عن قيد الإلزام.

أما الحنابلة فعرفوه بقولهم: "هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات". ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج10 (لا:ط؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1978) ص03، وهذا التعريف قريب مما عرفه به الشافعية. كذلك عرفه البهوتي بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات". البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع

✓ القضاء هو الإخبار عن حكم الله عَلَيْكُمْ في القضية، وإظهار الحق المدعى به بين الخصمين؛

✓ القضاء فيه إلزام للطرفين؛

✓ هدف القضاء هو فصل الخصومة وقطع النزاع.

ولأن المقصود هنا ليس الاستقصاء؛ بل الوصول إلى تحديد المدلول لمصطلح القضاء بما يتلاءم والغرض من هذا العمل؛ فقد آثرتُ الحد الذي انتهى إليه ابن خلدون في تعريف القضاء بأنه: "منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للنزاع، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"²⁰⁰.

فهذا التعريف ينص على الوظيفة التي شرع القضاء من أجلها، وهو فصل الخصومات حسما للتداعي، على وجه مخصوص يتمتع بالإلزام، ولا يكون ذلك إلا بالرجوع إلى الأحكام الشرعية بما في ذلك الاجتهاد، فنعت "الشرعية" هو قيد يحتز به عن قضاء يحكم بالأعراف الفاسدة أو القوانين الوضعية في الأحكام المدنية والجناية وما جرى مجراها.

وهو أيضا يشمل سائر أنواع القضاء: العادي وقضاء المظالم، وقضاء الحسبة، ويتمثل ذلك في قوله "منصب الفصل" فهو عام يشمل كل وظيفة قضائية يتم الفصل فيها على الوجه الشرعي وعلى هذا سار بعض الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للقضاء، بأنه: "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية"²⁰¹.

(للحجاوي)، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي (لا:ط؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت) ص704 .
ومؤدى هذه التعريفات واحد من حيث أن القضاء يتضمن النظر بين المترافعين، وهو الاجتهاد في الوصول إلى الحكم، حتى إذا غلب على ظنه حكم أخبر به الخصوم، وهذا الإخبار ملزم، لهذا ورد في أغلب التعاريف "على سبيل الإلزام"، وهو كذلك فصل في الخصومة ينتهي به النزاع ويحصل به كل ذي حق على حقه.

¹⁹⁹ الزحيلي، محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 2002) ص61.

²⁰⁰ ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدمة، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، ج1 (ط:1؛ دمشق: دار يعرب، 1425هـ/2004م) ص402.

²⁰¹ الزحيلي، محمد، المرجع السابق، ص60 - 61.

ثانياً: التعريف اللقبى للاجتهاد القضائي

بعد تعريف المفردتين اللتين ركب منهما مصطلح الاجتهاد القضائي، وهما الاجتهاد والقضاء يمكننا تحديد مفهوم المصطلح الجديد المركب منهما على النحو الآتي:
 الاجتهاد القضائي هو: " استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتزويلها على الواقع تزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"²⁰².

وهكذا نخلص إلى الاجتهاد القضائي - بمعناه اللقبى- هو بذل الوسع والجهد العقلي لمعرفة الحكم، وهو على قسمين: اجتهاد في فهم النص، واجتهاد عند عدم وجود النص. كما أنه لا فرق - من الناحية العملية - بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي عموماً، فمتى كان المتصدي للاجتهاد فقيهاً نكون بصدد اجتهاد فقهي، وأما إن تولاه قاض عدّ من قبيل الاجتهاد القضائي؛ بيد أن الفقه الإسلامي يميز بين الاجتهاد الاستنباطي أي تلك العملية التي تنبني على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة²⁰³، وبين الاجتهاد التنزيلي الذي ينتج عن احتكاك الأحكام بالواقع، وخلق قواعد جديدة من خلال تخصيص القواعد العامة لتتلاءم مع وقائع النزاع، وهو ما يطلق عليه "فقه النوازل" كنوع من الاجتهاد كان له دور كبير في اكتساب علم الأصول تحديداً ومقدرة على مسايرة المستجدات²⁰⁴.

فالاجتهاد القضائي يشترك مع مطلق الاجتهاد بأن فيه استفراغاً للوسع والطاقة في تحصيل ظنٍ بحكم شرعي عملي، إلا أن الاجتهاد القضائي اجتهاد مخصوص من حيث إنه

²⁰² زيدان، عبد الكريم نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (ط:3؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000) ص ص 12-

13؛ الريسوني، قطب ، الاجتهاد القضائي المعاصر- ضرورته ووسائل النهوض به- (ط:1 ؛ بيروت: دار ابن حزم، 2007) ص 11.

²⁰³ الزرقا، مصطفى أحمد، الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات، المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد2، سنة 1983، ص ص 7- 8.

²⁰⁴ حسب الله، علي ، دراسات في فلسفة أصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد (لا:ط؛ بيروت، دار الهادي، 2005) ص ص 686-687.

صادر من قاض منفرد أو من هيئة قضائية، كما أنه يكون في واقعة مُتنازع عليها، وهو المقصود في البحث.

الفقرة الثانية : الاجتهاد القضائي عند رجال القانون

وبيان ذلك يقتضي ضبط مفهوم الاجتهاد القضائي من الجانب الفقهي (أولا)،
ومن الجانب القضائي (ثانيا).

أولا : الاجتهاد القضائي فقها

يدل الاجتهاد القضائي في مجال الفقه القانوني على معنيين أحدهما خاص والآخر عام. ويقصد بالاجتهاد القضائي في معناه العام : "مجموع الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم في مسألة قانونية معينة"، وبمعنى آخر هو: "مجموع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم"²⁰⁵، كما يعرف بعض الفقه الاجتهاد القضائي بأنه: " مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"²⁰⁶، سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، فيقال مثلا الاجتهاد القضائي العقاري، أو في القانون عموما، فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص²⁰⁷.

أما المعنى الخاص للاجتهاد القضائي فيقصد به الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية معينة. فإذا كان المشرع يضع قاعدة عامة، فإن الاجتهاد القضائي يتولى تطبيقها على قضية معينة بشكل مخصص، ومن هذا المنظور يشكل الاجتهاد القضائي عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في بعض الحالات الخاصة.

وتبعاً لذلك يعرف الفقه المؤيد لهذا الاتجاه الاجتهاد القضائي بكونه: " مجموع

²⁰⁵ A. de Theu, I. Kovalovszky et N. Bernard « Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit », publications des facultés universitaires, Saint/louis, Bruxelles, 2000, p 33.

²⁰⁶ موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، العدد3، ص16.

²⁰⁷ F. Terré : « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 2006, p :237

الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية²⁰⁸، وبشكل أكثر تحديدا هو: " الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته"²⁰⁹.
مما سبق يتضح بأن الاجتهاد القضائي بشكله القانوني يكاد ينحصر في جانب تطبيق النصوص القانونية والفقهية وتفسيرها، واستخراج حكم النازلة من المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية عند عدم وجود النص القانوني... وتسميته اجتهادا هو تجوز وتسامح في الإطلاق، فالقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة. ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فقط.

ثانياً : المفهوم القضائي للاجتهاد

ينصرف مفهوم الاجتهاد قضاءً إلى " مجموعة المبادئ العامة التي تُستخلص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يُعرض عليها من منازعات للفصل فيها"²¹⁰، وإلى " المسلك الذي يتبعه القضاء في أحكامهم سواء ما تعلق بتطبيق نصوص القانون، أم استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"²¹¹.

وقد يجري لفظ الاجتهاد القضائي على ألسنة الباحثين أو منفذي القانون (قضاء،

²⁰⁸ G.D. Geneviève : « Institutions judiciaires et juridictionnelles », Paris, 1987, p 45.

²⁰⁹ بوبشير محمد أمقران، تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مجلة المحاماة، تصدرها هيئة المحامين بمنطقة تيزي وزو - الجزائر، العدد 2، سنة 2004، ص 53.

²¹⁰ مفتاح عبد الجليل و نجوش مصطفى "دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية أم تطبقها"، مجلة الاجتهاد القضائي: مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 2، مارس 2005، ص 116.

²¹¹ نفسه.

محامين..) ويراد به العمل القضائي؛ أي ما استقر عليه العمل من لدن محاكم الموضوع أو المحكمة العليا (محكمة النقض) ²¹².

وقد يراد بالاجتهاد القضائي: رأي أو توجه قضائي جديد للمحكمة يشكل قطيعة وعدولا عن اجتهادها السابق بخصوص موضوع معين. والمطلوب فيه - من وجهة نظر المشرع الجزائري- أن يصدر من غرف المحكمة العليا (محكمة قانون) مجتمعة، وهو ما يُفهم من نص المادة 18 من القانون العضوي 11-12 في فقرتها الأولى: ((زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي)) ²¹³.

ولعل تحديد معنى الاجتهاد -بالمفهوم القضائي- هو ما أشار إليه المجلس الأعلى حين اعتبر أن ((قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه، لا يشكل اجتهادا قضائيا؛ لأن الاجتهاد القضائي يسن في حالة عدم وجود نص قانوني)) ²¹⁴، وبقوله: ((من المعلوم بداهة أنه حين يكون النص صريحا لا يبقى هناك محل للتأويل والاجتهاد)) ²¹⁵.

الفرع الثاني : أهمية الاجتهاد القضائي

لا أدل على أهمية الاجتهاد القضائي من مقولة "إذا كان التشريع يرتبط بالقانون،

²¹² ينصرف العمل القضائي إلى مطلق السوابق القضائية التي تعبر فيها المحاكم عن رأي فصلا في نازلة معينة. فكل حكم قضائي يعد عملا قضائيا، وليس كل حكم قضائي يعد اجتهادا قضائيا.

²¹³ القانون العضوي 11-12 مؤرخ في 24 شعبان 1432 الموافق 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها. ج.ر.ج.ج، عدد 42 بتاريخ: 29 شعبان 1432 الموافق 31 يوليو 2011، ص9.

²¹⁴ قرار الغرفة الاجتماعية عدد 1 بتاريخ 1980/01/21 مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي (الذي أصبح حسب دستور 2011 يسمى محكمة النقض)، عدد 28 ص 129.

²¹⁵ قرار الغرفة الجنائية عدد 305 بتاريخ 1981/03/30 مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، عدد 27 ص 20. ويكون النص صريحا؛ مانعا من الاجتهاد، إذا دل بلفظه (عبارة) أو فحواه (دلالتة، إشارته، اقتضاؤه، مفهومه المخالف)، كما سيتولى المطلب الثاني من هذا المبحث توضيحه.

فالاكتفاء القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي²¹⁶؛ التي تشير إلى مكانة الاجتهاد القضائي ضمن مصادر القاعدة القانونية (فقرة أولى)، وإلى دوره في تحقيق الأمن القانوني (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مكانة الاجتهاد القضائي ضمن مصادر القاعدة القانونية

على الرغم من اختلاف الفقه²¹⁷، حول مكانة القضاء بين مصادر القاعدة القانونية، بين من يعتبر القضاء مصدراً رسمياً لقواعد القانون، ومن يُعده مصدراً احتياطياً (تفسيرياً)²¹⁸، إلا أن حلول القاضي محل المشرع أمر لا محيد عنه كرسه واقع الحال ؛ لأن الاجتهاد القضائي بالمعنى المعياري الدقيق، هو خلق قاعدة قانونية جديدة، أو تكريس مبدأ قانوني جديد لم يكن موجوداً في النص القانوني أو ظاهراً فيه²¹⁹. لذلك يصبح التوجس من القول إن القضاء مصدر أصلي للقاعدة القانونية، لا معنى له. فإكمال النقص والقصور الذي يعتري النص القانوني تحت لواء الاجتهاد القضائي،

²¹⁶Deumier (P.), Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation. APD, t. 50, 2007, p. 49, spéc. p. 55 et s.

²¹⁷ كبيرة، حسن، النظرية العامة للقاعدة القانونية (لا:ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993)ص214 وما بعدها؛ الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون (لا:ط؛ مصر: مطبعة الحلبي، 1965) ص159 وما بعدها .

²¹⁸ وتبعاً لذلك تنازعت هذه المسألة مدرستين: أولهما المدرسة الأنجلوسكسونية، حيث تعتبره من المصادر الرسمية المباشرة، والتي تعطيه قوة القاعدة القانونية. وثانيهما المدرسة اللاتينية، حيث تعد القضاء من المصادر غير الرسمية أو غير المباشرة، وهو ما سارت عليه اغلب التشريعات العربية. انظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي نصت على: ((يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، وإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة))، وأيضاً نص المادة 3 مدني مصري، والمادة 1 من القانون المدني العراقي،... وغيرهم. وحتى في ظل الفقه الإسلامي يُعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية ليس إلا- على الرغم من أن القضاء كان له دور في هام في بلورة الكثير من الآراء والنظريات الفقهية؛ وتآليف النوازل شاهدة على ذلك-، ولا تكون للاجتهادات القضائية قوة ملزمة إلا في القضايا التي صدرت فيها، إذ يجوز للقاضي أن يعدل على رأي أجداه في حكم سابق، ورسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري دالة على ذلك.

²¹⁹ قرار الغرفة الاجتماعية عدد1 بتاريخ 1980/01/21 الذي جاء فيه: ((قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه، لا يشكل اجتهاداً قضائياً؛ لأن الاجتهاد القضائي يسن في حالة عدم وجود نص قانوني)). مرجع سابق.

لا يختلف - في جوهره - عن تعديل القانون، فإذا نظرنا إلى التشريع - وهو أبرز المصادر الأصلية للقانون - وجدناه يقوم إما بتعديل القانون القائم أو إلغائه أو إكماله، فالتشريع عندما يصدر غالباً، يسد نقصاً في القانون؛ وهو ليس عملاً احتياطياً.

وبالمثل فإن القضاء عندما يخلق قاعدة جديدة في حال غيبة النص في النزاع المعروض عليه، لا يقوم بذلك بعمل احتياطي، وإنما يقوم بعمل أصلي، يقوم به أي مصدر آخر من مصادر القانون²²⁰، وأغلب قواعد القانون هي عبارة عن مبادئ أرساها وطورها القضاء، ومن ثم تلقفها المشرع ليعيد صياغتها ويعطيها إطاراً تشريعياً²²¹.

حتى في ظل النظم التي لا تعتبر الاجتهادات القضائية صراحة من مصادر القانون الرسمية والمباشرة، فإن القواعد التي ينشئها الاجتهاد القضائي، سيما على مستوى قمة الهرم القضائي، تكون لها أهمية تضاهي تلك المصاغة تشريعياً، وتكون لها صبغة الإلزام التي تكون للقاعدة القانونية، فتلتزم بها محاكم الموضوع التزاماً لصدورها عن محكمة النقض أو التعقيب - وهي محكمة قانون -، إذ لا جدوى من مخالفة هذه الاجتهادات؛ لأن المخالفة سيكون مآلها الإلغاء والنقض من لدن محكمة النقض الأعلى درجة عند رفع النزاع إليها²²².

الفقرة الثانية: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني

لا ريب أن الدور القضائي في تحقيق الأمن القانوني، لا يمكن قياس فعاليته إلا من

²²⁰ ينظر: تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 502.

²²¹ الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون، مرجع سابق، ص 104.

²²² ولهذا جرى عمل محكمة النقض الفرنسية على إصدار قرارات تتضمن مبادئ قانونية يصطلح عليها بـ ((القرارات القضائية)) *les arrêts de principe*، يكون لها الإلزام الذي لقواعد القانون. كما يصدر عن محكمة النقض الفرنسية ما يصطلح عليه من لدن الفقه بـ ((القرارات الكبرى)) *les grands arrêts*، وهي القرارات التي تتضمن اجتهادات جديدة مخالفة للسابقة. كما أنه لا تُمنع محاكم الموضوع من أن تطلب رأي محكمة النقض بخصوص واقعة معينة لإنارة طريق المحاكم وهي تنظر في الطلبات.

خلال النظر في مسؤولية القاضي- في ظل انعدام النص-، في ابتكار القاعدة القانونية تحت لواء الاجتهاد القضائي.

وبيان ذلك أنه وفي ظل غيبة النص الملزم لمحاكم الموضوع، يكون اتباع اجتهاد المحكمة العليا (محكمة النقض)، والسير على هدي توجيهها ضرورة واقعية لا مفر منها؛ إذ لا معنى لصدور حكم أو قرار يخالف اجتهاد وتوجه محكمة النقض، لأن مآله سيكون الإلغاء حال رفع النزاع إليها، وذلك يفضي إلى تحقيق الاستقرار القضائي بعدم تغير المراكز القانونية للأطراف في مختلف درجات التقاضي، ويُعزّز الثقة المفترضة في جهاز القضاء، مما يؤول في النهاية إلى تحقيق الأمن القانوني.

وإذا كان الأمر كذلك، يكون حرياً بنا التساؤل عن مدى قدرة الاجتهاد القضائي على تجسيد معالم الأمن القانوني ببلادنا؟ ومشروعية هذا التساؤل ترجع بالأساس إلى إشكال جوهري يتمثل في غياب الاستقرار الذي لا زال يطبع ملامح الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا- التي يفترض أن تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي-، فقد صدرت عنها اجتهادات مختلفة في مسائل متشابهة.

ونذكر على سبيل المثال التحول في الاجتهاد القضائي الذي حصل بخصوص الخلع، وفي هذا مخالفة صريحة للقانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، فبعد أن كانت الزوجة لا تستطيع مخالعة زوجها دون موافقته²²³، أصبح من الممكن للزوجة أن تخالع نفسها بالإرادة المنفردة²²⁴.

²²³ قرار المجلس الأعلى : الصادر في 12/03/1969، مجموعة الأحكام، الجزء الأول، ص ص 170 - 172. ورقم 33652 الصادر في 11/06/1984، م.ق، ع 3، 1989، ص ص 38 - 40. وقرار المحكمة العليا رقم 73885 الصادر في 23/04/1991، ن.ق، ع 52، 1997، ص ص 99 - 101. والمنشور أيضا في م.ق، ع 2، 1993، ص ص 55 - 57.

²²⁴ قرارات المحكمة العليا : رقم 83603 الصادر في 21/07/1992، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خاص، 2001، ص 134 / 137. ورقم 103793 الصادر في 19/04/1994، ن.ق، العدد 51، 1997، ص 96 / 99. ورقم 115118 الصادر في 19/04/1994، ن.ق، ع 52، 1997، ص 106 / 110. ورقم 141262 الصادر في 30/07/1996، م.ق، ع 1، 1998، ص ص 120 - 122. ورقم 216239 الصادر في 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 138 - 141.

وإذا كان تراجع الاجتهاد القضائي مؤكداً بالنسبة للخلع، فإن العديد من المشاكل القانونية التي عرضت على المحكمة العليا قد صدرت بشأنها قرارات قضائية تتضمن حلولاً متعارضة، تثير الشك في مصداقيتها، ويتعلق الأمر على سبيل المثال بمحاولة الصلح بين الزوجين المقررة بموجب المادة 49 من قانون الأسرة، هل يعد إجراءً جوهرياً أم لا؟ ويعتبر هذا التساؤل مشروعاً حين الإطلاع على القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فبعضها قررت أن القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين²²⁵، وألزمت الزوج طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصياً، تحت طائلة رفض دعواه²²⁶. وبعضها الآخر قرر أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهريّة²²⁷، ومعلوم أنه في القضايا الهامة التي تطرح إشكالات قانونية وتؤدي إلى اجتهادات قضائية متضاربة، يجب على المحكمة العليا أن تصدر قرارات مرجعية بالغرف المجتمعة²²⁸.

المطلب الثاني : نطاق اجتهاد القاضي

غني عن البيان أن الاجتهاد القضائي هو الذي ينفخ الروح في النص التشريعي المجرد؛ فيحدد آثاره ويبرز مكتسباته، بل ويكشف عن مكتسبات أخرى عبر سلطة التفسير. وغني عن البيان أيضاً أن اجتهاد القاضي لا يخرج عن حالتين: إما عند غيبة النص،

²²⁵ انظر المادتين 439 ق.إ.م.إ. و 49 ق. أ؛ وقرارات المحكمة العليا رقم 57812 الصادر في 1989/12/25، م.ق، ع 3، 1991، ص ص 71 — 74. ورقم 75141 الصادر بتاريخ 18/06/1991، نفس المجلة، العدد 1، 1993، ص ص 65 — 68. ورقم 401317 الصادر بتاريخ 2006/10/11، نفس المجلة، ع 2، 2007، "عن الوجه الأول"، ص 491. وقد كانت تطبق على محاولة الصلح المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية قبل صدور قانون الأسرة، وكانت المصالحة بالتالي في دعاوى الطلاق اختيارية كغيرها من الدعاوى. راجع قراري المجلس الأعلى: الصادر بتاريخ 1970/10/21، نشرة القضاة، ع 1، 1972، ص 66. ورقم 36962 الصادر بتاريخ 1985/06/03، م.ق، ع 2، 1990، ص ص 65 — 67.

²²⁶ قرار المحكمة العليا رقم 474956 الصادر بتاريخ 2009/01/14، م.م.ع، ع 2، 2009، ص ص 271 — 274.

²²⁷ قرار المحكمة العليا رقم 189311 الصادر بتاريخ 1998/07/21، ن.ق، ع 56، 1999، ص ص 40 — 42.

²²⁸ بوبشير محمد أمقران، تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 53.

فيسد الفراغ التشريعي ويسمى استنباطاً (فرع أول). أو عند غموضه أو قصوره، أو إجماله وإرساله، فيجلب الغموض ويكمل القصور ويوضح الإجمال ويضبط الإرسال؛ ويعد ذلك تطبيقاً وتثريلاً (فرع ثانٍ).

الفرع الأول : الاجتهاد الاستنباطي

الاستنباط لغة: الاستخراج، يُقال: نبط الماء نبع، والنبط: الماء الذي ينبط من قعر البئر إذا حفرت، قال ابن منظور: واستنبطه، واستنبط منه علماً وخبراً ومالاً، استخراجاً، والاستنباط: الاستخراج، واستنبط الفقيه إذا استخراج الفقه الباطن باجتهاده وفهمه²²⁹.

وقال ابن سريج: "وقد علم الجميع بأن النصوص لم تحط بجميع الحوادث، فعرفنا أن الله قد أبان حكمها بغير طريق النص، وهو القياس ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿لَعَلَّمَهُ الْخَيْرَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء، 83] لأن الاستنباط هو الاستخراج وهو بالقياس"²³⁰.

ومن هنا يكون الاستنباط بمعناه الشرعي بذل الجهد الفكري لاستخراج الحكم الشرعي لمسألة من المسائل الفرعية التي يُراد معرفة حكم الله فيها، من جهة القواعد، لا من جهة الأدلة الجزئية المعلومة. وهو -أي الاستنباط- "أعم من القياس؛ لأنه يمكن أن يُراد بالاستنباط استخراج الحكم من دليله: ولهذا يصح أن يُقال لمستخرج الحكم من دلالة النص إنه مستنبط"²³¹.

وهناك من يُوسع من مفهوم الاستنباط بصرفه إلى "... استخراج الدليل على المدلول، بالنظر فيما يفيد من العموم، أو الخصوص، أو الإطلاق، أو التقييد، أو الإجمال، أو

²²⁹ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق [طبعة دار صادر]، ج 7 ص 410.

²³⁰ ينظر: ابن الملقن، سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، مج 33 (ط: 1؛

دولة قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1429هـ/2008م) ص 91

²³¹ الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي، ج 4 (ط: 1؛ الرياض: دار

الصميعة للنشر والتوزيع، 1424هـ/2003م) ص 34.

التبيين في نفس النص، أو نحو ذلك مما يكون طريقاً إلى استخراج الدليل منه²³²، فيكون الاجتهاد الاستنباطي "استخراج حكم جديد في مسألة من المسائل، لم يقل به أحد من السابقين؛ سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة من قاعدة أو أصل فقهي بياناً، أو قياساً، أو بناء على المصلحة المعتبرة"²³³ وهو على صورتين:

الأولى: الاجتهاد في استنباط حكم واقعة ليس في القانون نص عليها، ولا سبق للفقهاء تناولها بذاتها، ولكن يمكن استنباط حكمها من قاعدة أو أصل فقهي، كما لو تركت الزوجة بيت الزوجية، فهل يفوت عليها الحق في طلب التفريق بسبب الهجر؟ أو اختلعت من زوجها، هل يسقط حقها في رفع دعوى نفقة الإهمال قبل الخلع...

والثانية: الاجتهاد في استنباط حكم واقعة يمكن استنباط حكمها، إلا أن القانون قيدها بقيود وقد استجد بالنسبة إلى تلك القيود أمور لم ينص عليها القانون، وذلك

²³² الشوكاني، الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 2 ص 852. لأن النص ينقسم من حيث إفادة ألفاظه للمعنى الذي وضعت له إلى ثلاثة أقسام: (العام، الخاص، والمشارك).

فالعام: هو لفظ وضع لمعنى واحد، إلا أن هذا المعنى يتحقق في أفراد كثيرين غير محصورين، كلفظ (الرجال) فهو لفظ يتحقق في أفراد كثيرين لا يمكن حصرهم أي تحديدهم. أما الخاص: لفظ وضع لمعنى واحد، لكنه يتحقق في فرد واحد (كمحمد أو إبراهيم) أو يتحقق في أفراد لكنهم محصورين (مائة، ألف...). والخاص قد يأتي به الحكم الشرعي مطلقاً عن القيد؛ وهو اللفظ يدل على فرد من أفراد شائعة بدون قيد لفظي. أو مقيداً؛ وهو اللفظ الدال على فرد من أفراد شائعة بقيد لفظي. فيحمل المطلق على المقيد متى اتحدا حكماً سبباً؛ بمعنى أنه قد يأتي اللفظ مطلقاً في النص، ويأتي نفس اللفظ مقيداً في نص آخر. ومن أمثلة ذلك ما جاء في الجملة الأولى من المادة 4 ق.أ ((الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...)). فلفظ رجل وامرأة مطلق، وقد قيدهما المادة 9 مكرر من القانون نفسه، والتي تنص على أنه: ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج...))، وقد قضت المادة 7 من نفس القانون بأن أهلية الرجل والمرأة في الزواج تكتمل ببلوغهما 19 سنة كاملة. فيتعين هنا حمل المطلق في المادة 4 على المقيد في المادة 9 مكرر بما حددته المادة 7؛ لاتحاد هذه النصوص في الحكم والسبب والحكم هنا هو صحة عقد الزواج. والمشارك: لفظ وضع لمعان متعددة، كلفظ (العين) فله معانٍ منها: (عين الماء، عين الإنسان، العين بمعنى الجاسوس، والعين بمعنى السلعة أو النقد...).

²³³ القرضاوي، الاجتهاد المعاصر، ص ص 32-33. ويسمى بالاجتهاد الإنشائي؛ في مقابل الانتقائي الذي هو اختيار أحكام وأقوال من التراث الفقهي الإسلامي". والإنشائي نسبة إلى الإنشاء، وهو الخلق والاختراع والابتداع؛ يقال أنشأه الله: أي خلقه. وأنشأ الشيء إذا اخترعه، وابتدعه، والإنشاء أيضاً: الابتداء. الرازي، مختار الصحاح، ص 174؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 6436.

كاشتراط القانون صدور حكم نهائي بالحبس على الزوج لمدة ثلاث سنوات فأكثر، وقضاؤه في السجن سنة، لجواز طلب الزوجة التفريق للحبس. فلو صدر عفو عام بموجب قانون يخفض عقوبة السجين لمدة أقل من ثلاث سنوات، وطلب الزوج رفض دعوى التفريق المرفوعة ضده لانعدام التأسيس، فحينئذ يجتهد القاضي في قبول طلبه من عدمه، أو التمييز بين حالتي سريان التخفيض هل كان قبل رفع الدعوى أم بعدها... وهكذا.

والاستنباط عبر أقسامه المختلفة بياناً، أو قياساً، أو استصلاحاً، مما شهدت له بالاعتبار قواعد الشريعة الكلية ومقاصدها وقيمها العليا، مطلوب في القضاء، حيث يكون موجّهاً للنصوص ببيان المقصد منها. قال النووي- في شرحه على مسلم- "فالاعتناء بالاستنباط من أكد الواجبات المطلوبة، لأنّ النصوص الصريحة لا تفي إلا بيسير من المسائل الحادثة، فإذا أهمل الاستنباط، فات القضاء في معظم الأحكام النازلة أو في بعضها"²³⁴.

الفرع الثاني : الاجتهاد التطبيقي

الاجتهاد التطبيقي هو اجتهاد في إطار النص، ويتجسد بتفسير النص تفسيراً سلمياً ومناسباً (فقرة أولى)، ثم تحقيق مناطه (تكييفه) بتنزيل الحكم الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الاجتهاد في فهم النص وتفسيره

لا شك بأن تطبيق النص القانوني على الوقائع والقضايا المنظورة، وتكييفها بالشكل الصحيح، مرهون بفهم القاضي معناها فهماً دقيقاً، وسلامة تفسيره للنص القانوني في المقام الأول.

²³⁴ النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج11 (ط:1؛ مصر: المطبعة المصرية بالأزهر، 1349هـ/ 1930 م) ص ص 57-58.

وكما هو معلوم فإن تفسير القانون يرتبط أساساً بالنص الغامض²³⁵، أو المبهم أو الذي يعتريه خفاء في اللفظ أو إجمال في العبارة، بحيث متى كان النص واضحاً جلي المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة إلى تفسير أو تأويل، إعمالاً لقاعدة لا اجتهاد مع النص²³⁶، التي تعتبر من النظريات الراسخة في الفقه والقضاء، غير أنه في بعض الأحيان

²³⁵ فجمهور الأصوليون يقسمون النص الشرعي من حيث الوضوح والغموض - وهو تقسيم ينسحب حتى على النص القانوني ما دام محرراً باللغة العربية -، إلى ثلاثة أقسام:

النص: وهو - كما يرى الغزالي - ما لا يتطرق إليه احتمال أصلاً لا عن قرب ولا بعد، كالخمس مثلاً فإنه نص في معناه لا يحتمل الستة والأربعة. انظر: الغزالي، أبو حامد، **المستصفي في علم الأصول**، تحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، ج1، (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ / 1997م) ص 196. فهو بهذا الاعتبار لا يحتاج إلى اجتهاد في تفسيره.

الظاهر: وقد عرفه الباقلاني بأنه "لفظة معقولة المعنى لها حقيقة ومجاز فإن أجريت على حقيقتها كانت ظاهراً، وإن عدلت إلى جهة المجاز كانت مؤولة". الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، **البحر المحيط في أصول الفقه**، تحقيق: محمد محمد تامر، ج1 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ / 2000م) ص 376. ويمثل العلماء لذلك بمحدث «لا صيام لمن بُيئت الصيام من الليل». فلفظة صيام نكرة في سياق النفي؛ والنكرة في سياق النفي تفيد العموم. فحمل الصيام على وجه العموم، بالقول بوجوب تبئيت النية في كل أفراد الصيام؛ من فرض، ونفل، وقضاء، ونذر: هو **الظاهر**. أما تخصيصه بإخراج بعض الصور منه فهو: **المؤول**، وعلى كل لا يخرج من العموم إلا من قام الدليل على أنه لا يشترط في التبئيت. ينظر: محمد أديب الصالح، **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي** (ط:5؛ لا.م: المكتب الإسلامي، 2008) ص 183.

المُجمل: وقد عرفه الشيرازي بأنه: "ما لا يعقل معناه من لفظه وتفتقر في معرفة المراد منه إلى غيره". الشيرازي ابراهيم بن علي، أبو إسحاق، **اللمع في أصول الفقه** (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ / 1985م) ص 25. وقال القرافي: "المجمل هو الدائر بين احتمالين فصاعداً إما بسبب الوضع المشترك أو من جهة العقل، فكل مشترك مجمل وليس كل مجمل مشترك". **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي، ج1 (لا.ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994) ص 102.

وهو - المُجمل - نفسه **المتشابه** عند الجويني؛ حيث قال: "المختار عندنا أن المحكم كل ما علم معناه وأدرك فحواه، والمتشابه هو المجمل". الجويني عبد الملك، أبو المعالي، **البرهان في أصول الفقه**، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ج1 (ط:4؛ المنصورة- مصر: دار الوفاء، 1418هـ) ص 284.

²³⁶ قاعدة لا اجتهاد مع مورد النص من القواعد الفقهية المهمة، وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة ((لا مساع لا اجتهاد في مورد النص)) -المادة 40 من مجلة الأحكام العدلية-، والمساع في أصله اللغوي يدل على سهولة الشيء وعلى معنى الإباحة ويتعدى بالتضعيف فيقال سوغته أي أجزته وأجتهه. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، **المصباح المنير**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1996، ص 402. والنص في أصل وضعه

قد يكون النص واضحا لا يحتاج إلى تفسير، ومع ذلك يجد القاضي نفسه مجبرا على المرور بمرحلة تفسير النص قبل تطبيقه على الحالة المعروضة عليه، إذا كان النص المذكور يتعارض مع نصوص قانونية أخرى بشكل يستدعي تفسيره باستحضار تلك النصوص، إما باعتبارها مكملة له أو باعتبارها استثناء يرد عليه.

ومهما كانت دواعي التفسير، فإن هناك طرقا يجب أن يسلكها القاضي في عملية التفسير حتى يكون هذا التفسير سليما، سواء بالرجوع إلى طرق التفسير الداخلية (أولا) أو الخارجية (ثانيا).

أولا: طرق التفسير الداخلية

حيث يعتمد القاضي في فهمه للنصوص القانونية على قواعد التفسير التي قررها علماء أصول الفقه الإسلامي - باعتبارها قواعد لغوية حيادية يتوسل بها في تفسير أي نص محرر باللغة العربية²³⁷ -، وهي مُتضمنة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري حيث نصت في الفقرة الأولى منها: ((يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها)).

والمقصود بلفظ النص الحكم المستقى من ظاهر النص هو الحكم الثابت بدلالة

اللغوي الارتفاع [نفسه، ص 135]، وفي الاصطلاح الكتاب والسنة مما لا يحتمل إلا معنى واحدا. فيكون معنى القاعدة: وجوب التزام النص عند وجوده وظهور معناه. والنص الذي لا مساغ للاجتهاد فيه هو الواضح غير المحتمل، أما إن لم يكن كذلك بأن كانت فيه علة من إهمام أو إجمال أو اشتراك، كان الاجتهاد مؤكدا؛ فيجتهد حينئذ لفهم النص.

وبالمفهوم المخالف يكون الاجتهاد في النصوص الشرعية أو التشريعية غير الواضحة المعنى والدلالة واجبا. فيجتهد في فهم النص وتأويله بما يدل على إرادة الشارع والمشرع. فيكون الحكم الكلي لهذه القاعدة: حظر الاجتهاد قانونا، وتحريمه شرعا في النص الواضح الصريح.

ويترتب على ذلك وجوب التمييز بين الاجتهاد في مورد النص الشرعي أو التشريعي الواضح والاجتهاد في فهم النص، فالأول محظور والثاني جائز بل واجب.

²³⁷ السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (لا.ط؛ وهران - الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1984) ص 198.

العبرة، أو لعله العمل بظاهر ما سيق له الكلام. والمقصود بفحوى النص " كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أي ألفاظه، فهو يشمل ما يتناوله النص عن طريق إشارته أو دلالاته أو اقتضائه"²³⁸، أو ما يُستفاد من طريق مفهوم المخالفة²³⁹.

تلك دلالات خمس²⁴⁰ - الاتفاق حاصل عليها- يتعين على القاضي استقصاءها في

²³⁸ الصدة، عبد المعمر فرج، أصول القانون، مرجع سابق، ص 299. وفي السياق ذاته يقول وزابي خالد: "الواقع أن المعنى المُستفاد من روح النص يتحدد-عند فقهاء القانون- عن طريق إشارة النص، وعن طريق دلالاته ومفهومه". **مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون** (ل.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2008) ص 659، فيكون لزاما على القاضي استنطاق النص لمعرفة معانيه الظاهرة الجلية، وتلك المستترة الخفية، أي المأخوذة من روحه ومعناه.

²³⁹ سليم، عصام أنور، المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري (ل.ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1997) ص ص 261-262.

²⁴⁰ وهي: 1- **عبرة النص**؛ والمراد بعبرة النص: صيغته المكونة من مفرداته وجملة. والمراد بما يفهم من عبارة النص: هو المعنى الذي يتبادر فحواه عند سماع الكلام المكون فيه النص، دون عناء أو بحث. و**2- دلالة النص**؛ والمقصود بها: المعنى الذي يُفهم من روح النص أو معقوله. ويسمى الشافية: مفهوم الموافقة؛ ويندرج ضمنها الاستنتاج من باب أولى أو القياس الجلي. ومن نماذج مفهوم الموافقة في ق.أ: ما نصت المادة 66 من أنه ((يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ..)) أي بغير قريب محرم للمحزون والواضح أن المشرع قصد توفير شرط القرابة في حالة كون المحزون ذكراً، والقرابة والحرمية في حال كون المحزون أنثى؛ فيشترط أن يكون هذا الزوج محرماً للبت المحضونة، حتى يتسنى له الزواج بأمرها، لتبقى هذه الأخيرة محتفظة بحقوقها في حضانتها أو حضانتها؛ لأن القانون يجرمها من حضانتها بناتها إذا كانت متزوجة من غير محرم لها، فمن باب أولى مساكنتها لرجل غير محرم لبناتها. و**3- دلالة الإشارة**؛ وإشارة النص: وهو المعنى الذي لا يتبادر فحواه من ألفاظه ولا يقصد من سياقه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من اللفظ. من ذلك ما جاء في المادة 42 من ق.أ ((أقل مدة للحمل ستة أشهر ...)). فهذا الحكم مُستنتج من الجمع بين قوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف، 15] مع قوله ﷻ: ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ [لقمان، 14]. فالحمل والفصال ثلاثون شهراً؛ أي: سنتان وستة أشهر، والرضاعة دون الحمل أربعة وعشرون شهراً؛ ولذلك يكون أقل مدة للحمل 30 - 24 = 6 أشهر؛ يعني أن العامين 24 شهراً، إن أسقطتها من الثلاثين شهراً، بقي ستة أشهر، فحينئذٍ أقل مدة الحمل ستة أشهر.

وهذا الحكم غير مقصود من لفظ الآيتين، بل المقصود في الآية الأولى هو: حق الوالدة وما تقاسيه من الآلام في الحمل وفي الفصال، والمقصود في الثانية: بيان أكثر مدة الفصال(القطام)؛ ولكن لزم منهما: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وهذه دلالة إشارة.

و**4- دلالة الاقتضاء** هي أن يتوقف صدق الكلام وصحته واستقامة معناه على مسكوت عنه يتعين تقديره في الكلام فلا

استمداده للحكم من النص القانوني الواجب التطبيق. ووقع الخلاف في القياس؛ هل يندرج في فحوى النص، فيعد طريقاً لتفسير النص وفهمه من طرق التفسير الداخلية؟ لقد عدّه البعض كذلك - أي: مندرجا في فحوى النص - مُعتبراً أنه "... كما قد يكون تطبيق النص في فحواه بإعمال المعنى المستفاد منه بطريق القياس على الحالة المنصوص عليها فيه لينطبق حكمه على حالة أخرى غير منصوص عليها تشترك مع الحالة الأولى في العلة..."²⁴¹.

والصواب - كما يبدو - أن القياس بمفهومه الأصولي مصدر من مصادر استنباط الأحكام، لا يُصار إليه إلا عند انعدام النص؛ فكيف يستقيم أن يكون من طرق دلالة النص!! والعلة في دلالة النص بيّنة واضحة تفهم بمجرد اللغة، في حين أن القياس الأصولي لا تدرك علة إلا بالاجتهاد بالرأي لحفائها... فأساس دلالة النص لغوي محض. أما القياس فأساسه نشاط عقلي قائم على الاجتهاد بالرأي²⁴²؛ فدلالة النص ثابتة قبل القياس.

ثانياً: طرق التفسير الخارجية

حيث يمكن للقاضي الالتجاء في تفسير النص القانوني إلى طرق خارجية وهي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها و تكون خارجية عن النص، ويكون الأخذ بها على سبيل

يستقيم المعنى إلا بهذا التقدير. من ذلك ما ورد في المادة 2/30 من ق.أ. ((كما يحرم مؤقتاً: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع)) . فيجب تقدير محذوف يقتضيه النص، يتوقف عليه صدق الكلام عقلاً وشرعاً، وهو الجمع بالزواج. 5- مفهوم المخالفة؛ والمقصود بمفهوم المخالفة: إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى لانتفاء قيد ورد بالنسبة للحالة المنصوص على حكمها. ومن ذلك ما ورد في المادة 7 ق.أ. ((تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة)) . ومفهوم المخالفة أنه ليس للقاضي أن يرخص بزواج القاصر إذا لم يثبت أن في زواجه مصلحة له أو حتمت ذلك ضرورة.

²⁴¹ سليم عصام أنور، المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري، مرجع سابق، ص 261.

²⁴² ينظر: الدريني، فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي (ط:3؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1429هـ/2008م) ص ص 249-250.

الاستثناس، لأن الإلزام يخص فقط نصوص القانون. ومن هذه الطرق:

المصادر التاريخية: وهي المصادر التي أخذ منها القانون قواعده واستمد منها أحكامه، فعند الغموض يلجأ القاضي إلى المصدر الذي استقى منه النص حتى يتمكن من تفسير النص.

فيمكن تفسير التشريعات الجزائرية المستقاة من القوانين الفرنسية بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي حيث يعتبر مصدرا تاريخيا لتلك التشريعات. كذلك يمكن الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتفسير النصوص المستمدة من أحكامه فيما يتعلق بقانون الأسرة.

النص الأجنبي للتشريع: فمثلا المعروف أن التشريعات الجزائرية تصدر في الجريدة الرسمية باللغتين العربية والفرنسية، على الرغم من نص المادة 3 من الدستور على أن ((اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية)).

فإذا كان النص الرسمي -وهو النص العربي- غامضا أو مشوها، يجوز للمفسر أن يرجع إلى النص الفرنسي كنص -رسمي مكرر - توخياً لقصد المشرع وطلباً لمعنى النص، لكن دون إلزام.

تقريب النصوص بعضها من بعض: وذلك بأن لا يفسر مادة بمعزل عن المواد الأخرى أو نص بمعزل عن النصوص الأخرى؛ فيستفيد الحكم من أكثر من نص قانوني، لأن اكتمال الفهم السليم لبعض مواد القانون لا يحصل إلا إذا تمت قراءتها في ضوء مواد أخرى مرتبطة بها في المعنى والسياق، فالمواد القانونية يكمل بعضها بعضاً، وإن قراءة القانون بصفة عامة يُراعى فيها الارتباط والتكامل بين نصوصه.

وانطلاقاً من هذا المبدأ المسلم به يمكن أن نفهم من مضمون المادة 19 من ق.أ التي نصها: ((للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات..)) أن المشرع عدَّ "ألا تكون زوجة مُريد التعدد قد اشترطت عليه عدم التزوج عليها" شرطاً من شروط تعدد الزوجات، على الرغم أن المشرع لم يتحدث عن هذا الشرط في المادة 08- المتضمنة

شروط التعدد- ولا في ما يليها من المواد.

الفقرة الثانية : الاجتهاد بتحقيق مناط النص

والمراد بتحقيق مناط²⁴³ النص: هو الاجتهاد في معرفة وجوده في آحاد الصور²⁴⁴.
ويطلق - كما يرى فتحي الدريني- "على مضمون القاعدة التشريعية أو الفقهية أو الأصل الكلي، كما يطلق أيضا على علة الحكم التشريعي الجزئي أي المتعلق بجزئية معينة"²⁴⁵.
فتزليل النصوص على الوقائع لا يتأتى إلا عبر تحقيق المناط، أي التحقق من توافر المعنى الذي يربط بين موضوع الواقعة والحكم الكلي المستفاد من النص. وتحقيق المناط هو الذي قال عنه الإمام الشاطبي: "أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي ويبقى النظر في تعيين محله"²⁴⁶؛ وهو الاجتهاد التطبيقي؛ أي قيام القاضي بتنزيل الحكم الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليه.

ويتضمن الاجتهاد التطبيقي بتحقيق مناط النص مرحلتين:

أولهما: اعتبار الواقع الذي يريد تنزيل النص عليه، قال ابن القيم: "لا يمكن المفتي ولا

²⁴³ المناط لغة: من النوط أي التعليق، تقول: ناط به نوطاً أي علّقه. فهو تعليق شيء بشيءٍ ومنه قولهم: ناط القربة بنياطها، أي عقلها، ونطته به، إذا علقت به، ونيط عليه الشيء، علق به، والمناط هو موضع التعليق. ومنه النياط، وهو عرق غليظ متصل بالقلب من الوتين، إذا قطع مات صاحبه. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق مادة (نوط) ج5 ص 370؛ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق مادة (نوط) ج7 ص 418. وهو في هذا السياق: العلة، فالحكم معلق بها.

ومنه ذات أنواط، وهي شجرة بعينها كان المشركون ينوطون (يعلقون) بها سلاحهم ويعكفون حولها. وفي الحديث: «أن رسول الله ﷺ لما خرج إلى حنين مرّ بشجرة للمشركين يقال لها ذات أنواط يعلقون عليها أسلحتهم، فقالوا يا رسول الله اجعل لنا ذات أنواط كما لهم ذات أنواط، فقال النبي ﷺ سبحان الله هذا كما قال قوم موسى اجعل لنا إلها كما لهم آلهة والذي نفسي بيده لتركبن سنة من كان قبلكم». أخرجه الترمذي في سننه: كتاب أبواب الفتن، باب ما جاء لتركبن سنة من كان قبلكم (ح/2180) ج4 ص 49 وقال عنه -الترمذي- حديث حسن صحيح.

²⁴⁴ الآمدي، الإحكام، مرجع سابق، ج3 ص 302.

²⁴⁵ فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج1 (ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1414هـ/ 1994م) ص

124.

²⁴⁶ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، مج5 ص 12.

الحاكم من الفتوى، والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن، والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما، والثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم تطبيق أحدهما على الآخر²⁴⁷.

ولذلك فإن القاضي لا يعتمد إلى النصوص فيطبقها بشكل آلي، وينظر إلى الواقع بصورة دقيقة، بالنظر في الحال والزمان والمكان والأشخاص. يقول الشاطبي: " والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة؛ فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلا، وقد لا يكون، وكله اجتهاد"²⁴⁸.

والثانية: النظر في مآل التطبيق، بأن يحقق مقصد الشارع أو المشرع من تشريع الحكم.

وقاعدة اعتبار المآلات، وإن كان الإمام الشاطبي أول من خصّها بالدراسة، وعدّ مراعاتها من صفات أهل الرسوخ في العلم؛ حيث يقول في بيان صفة العالم: " إنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات"²⁴⁹، فإن جميع الفقهاء درجوا على العمل بمقتضاها والنص على آثار اعتبارها.

فالقاضي وهو يطبق النص، لا يقطع نظره عن النظر في مآل القضية المعروضة، لو طبق عليها الحكم المستفاد من النص، ولا يقتصر على مجرد تطبيق الحكم متغافلاً عن آثاره وما يؤول إليه.

فلا يقرأ - مثلا - نص المادة 189 من ق.أ. (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة...)، إلا في ضوء قاعدة اعتبار المآلات؛ لأن القول بمنع الوصية لوارث على إطلاقه

²⁴⁷ ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1 ص 87-88.

²⁴⁸ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 5 ص 17.

²⁴⁹ نفسه، ج 4 ص 323.

250 قد يُفضي إلى انخراط مقصد الوصية الذي هو الصلة والإحسان والتكافل والمودة...
فقد تقوم ضرورة تستلزم الوصية لوارث مريض مرضاً مزمنًا، أو مُقعد من ذوي الاحتياجات الخاصة، لا يفي نصيبه من الميراث بحاجته، فتكون الوصية للوارث الذي هذا حاله أولى بالجواز من الوصية لأجنبي.

وعليه يجدر بالقاضي وهو يطبق النص المذكور على الحالة المشار إليها، أن يعمل على حث باقي الورثة على تقدير ظروف ووضع وخصوصية الموصى له، فيقبلونها ويرضون بها (الوصية) لأنها -ببساطة- ليست مبنية على الإضرار بهم.

وليس في ذلك مناقضة لقاعدة "الخصومة ملك لأصحابها"، وأن تدخل القاضي يتنافى مع مبدأ الحيطة المطلوب فيمن ينتصب للقضاء، وإنما يندرج ذلك ضمن الدور الإيجابي للقاضي في حسن سير الخصومة، الذي جاءت بعض نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتدعيمه.

وعلى هذا يكون تحقيق مناط القاعدة معناه: التحقق من أن الواقعة المراد معرفة حكم الشرع فيها داخلة في حكم القاعدة، وهذا يقتضي الفهم الصحيح للواقعة والقاعدة الفقهية معاً؛ حتى لا يدخل تحت القاعدة ما ليس منها؛ وذلك لأن الواقعة -محل نظر المجتهد- التي يسعى للتعرف على حكمها من خلال القاعدة الفقهية، قد تتجاوزها أكثر من قاعدة أو تحف بها ملابسات تجعل إلحاقها بالقاعدة محل نظر؛ ف"الأحكام مع وضوحها تخفى لما في تنزيل الكليات على الجزئيات من الدقة؛ لأن الجزئي الواحد قد يتجاوز به كليان فأكثر"²⁵¹.

فعلى المجتهد أن يبذل جهده في تحقيق مناط القاعدة وتنقيحها، فيحدد الوصف المطرد في أفراد القاعدة ويتحقق من ثبوتها دون سائر الأوصاف الأخرى؛ "لأن النظر في دخول

²⁵⁰ يقول محمد الطاهر بن عاشور: "عقود التبرعات-والوصية منها-قائمة على أساس المواسة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجية جليلة وأثر خلق إسلامي جميل؛ فيها حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء المقترين، وإقامة الجرم الغفير من مصالح المسلمين". مقاصد الشريعة، ص 186.

²⁵¹ البقاعي، إبراهيم بن عمر، نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، ج 1 (لا:ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1995م) ص 435.

الأعيان تحت الكليات، أو دخول نوع خاص تحت أعم منه، لا بد فيه من نظر واجتهاد²⁵²، وإلا أدى ذلك إلى ذلك إلى الزلل وتنكب جادة الصواب في معرفة الحكم في الواقعة المعروضة. وقد أشار التاج السبكي إلى ذلك بقوله: "فالفقيه الحاذق يحتاج إلى تيقن القاعدة الكلية في كل باب، ثم ينظر نظرا خاصا في كل مسألة، ولا يقطع شوفه عن تلك القاعدة حتى يعلم هل تلك المسألة يجب سحب القاعدة عليها، أو تمتاز بما ثبت له تخصيص حكم من زيادة أو نقص، وفي هذا تتفاوت رتب الفقهاء، فكم من واحد متمسك بالقواعد قليل الممارسة للفروع ومآخذها يزل في أدنى المسائل"²⁵³.

²⁵² ابن تيمية، منهاج السنة، دراسة وتحقيق: محمد رشاد سالم، ج 6 (ط: 1؛ الرياض-المملكة العربية السعودية: جامعة

الإمام محمد ج بن سعود، 1406هـ/1986م) ص 414.

²⁵³ السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1 ص 328-329.

المبحث الثاني: أثر القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي

انتهى البحث في جزء سابق منه إلى أن نطاق الاجتهاد القضائي - في الغالب - يكاد ينحصر في إعطاء تفسير سليم للنص - شرعياً كان أو قانونياً - متى كان غامضاً، واستثمار كل طاقته بهدف الوصول إلى المعنى المراد من لدن الشارع أو المقصود من قبل المشرع بما يحقق مصالح الناس، وقلّ ما يجتهد القاضي مستنبطاً قواعد شرعية أو قانونية جديدة؛ فالاجتهاد القضائي إذاً حالتان: اجتهاد في فهم النص، واجتهاد حال غيبة النص أو تكملة النقص الذي يعتريه.

بتعبير آخر، يتدخل القاضي مجتهداً بفهم النص وتفسيره وتحديد مضامينه، والعمل على توضيح غامضه، أو حل مقفله، أو تخصيص عامه، أو تقييد مطلقه، أو بيان مجمله... قبل تنزيله على الواقعة المعروضة عليه، فينقل القاعدة الشرعية أو القانونية من حيز العموم والتجريد؛ وهما أبرز خصائصها، إلى حيز التخصص والتعيين، لتأطير الواقعة محل النظر. والاجتهاد - بهذا المضمون - ركناه الإمام بالنصوص الشرعية أو القانونية محل التطبيق وفقه الواقع، وعمدته الارتباط بالأصل، ومبناه الثبات على المبادئ والمقاصد واستقصاء إرادة المشرع.

لكن لما كانت النصوص ليست على درجة واحدة من إحكام الصياغة؛ أي في كونها ناطقة بمعناها بسهولة ويسر، أو بعد نظر وتدبر، استلزم الأمر تسييج العملية الاجتهادية وضبطها بمنهج علمي معياري رصين، يركز على الكليات والقواعد، حسماً لمهاوي الاجتهادات الشخصية والتأويلات الفردية؛ المؤدية إلى اختلاف الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا المتشابهة من جهة، وتوسيع روافد العمل بالآراء الشاذة والأقوال المهجورة، تذرعا بتعدد الآراء الفقهية في المسألة المنظورة من جهة أخرى.

والبرهنة على أثر القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي تكون من خلال بيان المعنى المقصود من مصطلحي (الضبط والأثر) في سياق موضوعنا (مطلب أول)، تمهيداً لتلمس مدى فعالية القواعد الفقهية في تأطير الاجتهاد القضائي (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: مفهوم الضبط والأثر

حيث نحاول الوقوف على معنى ضبط الاجتهاد القضائي (فرع أول)، ثم الأثر (فرع ثان) كي نتبين مناسبتهما لموضوع البحث.

الفرع الأول: معنى ضبط الاجتهاد القضائي

نعني بضبط الاجتهاد القضائي: القيود هي الواجب استحضارها واعتبارها في العملية الاجتهادية حتى يؤدي الاجتهاد القضائي ثمرته؛ فالضابط مع ما يضبطه كالشرط مع المشروط و الدليل مع المدلول. وذلك يقتضي تقسيم الحديث في هذا الفرع إلى التعرف على المقصود بالضبط (فقرة أولى)، وعلاقة الاجتهاد القضائي بالضبط (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: المقصود بالضبط

أولاً: في اللغة

الضبط في الوضع اللغوي له إطلاقات عدّة منها:

الأخذ بحزم وشدة: قال الرازي: وضبط الشيء حفظه بالحزم وبابه ضرب ورجل ضابط أي حازم²⁵⁴. وضبط الرجل الشيء يضبطه ضبطاً، إذا أخذه أخذاً شديداً؛

التأطير والإحاطة²⁵⁵: يقال: الضابطة: الماسكة والقاعدة جمعها ضوابط؛

اللزوم²⁵⁶: يقال: ضبط الشيء: لزومه لزوماً شديداً؛

الإلتقان: يقال: ضبط (ضبطه) ضبطاً من باب ضرب، حفظه حفظاً بليغاً. ومنه قيل: ضبطت البلاد وغيرها إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقص. وضبط ضبطاً من باب تعب،

²⁵⁴ الرازي، أبو بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح (ط: 1؛ مصر: المطبعة الكلية، 1329هـ) ص 286.

²⁵⁵ الجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج 2 (ط: 3؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1984)، ص 525.

²⁵⁶ الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998) ص 29.

عمل بكلتا يديه فهو أضبط²⁵⁷، وهو ضابط للأمر، وفلان لا يضبط عمله، لا يقوم بما فوض إليه، ولا يضبط قراءته: لا يحسنها.

ثانيا : في الاصطلاح

الضبط في الاصطلاح: إسماع الكلام كما يحق سماعه، ثم فهم معناه الذي أريد به ثم حفظه ببذل مجهوده، والثبات عليه بمذاكرته إلى حين أدائه إلى غيره²⁵⁸.

والضابطة: حكم كلي ينطبق على الجزئيات²⁵⁹.

وهذا التعريف الأخير مشتمل على أغلب المعاني اللغوية، من اللزوم والتأطير والإحاطة والأخذ بحزم وقوة، والإتقان.. فهو مفصح تماما عن المقصود بالضبط في سياق البحث.

أما التعريف الأول، وإن كان أقرب وأنسب لعلم الحديث؛ لأنه ينطبق على ما يعرف عند المحدثين بالتحمل والأداء، إلا أنه يتناسب - إلى حد ما - مع المقصود من توظيف مصطلح الضبط في هذا البحث.

ولذلك كان إطلاق أهل اللغة الضبط على الأخذ بحزم وشدة، يستوعب الإطلاق الاصطلاحي له، وهو لزوم المذاكرة وشدة الحفظ وإتقان الأداء ببذل الجهد، وكذا التأطير والإحاطة، وهذا هو وجه مناسبه وملاءمته لسياق هذا الموضوع، على اعتبار أن دور القواعد الفقهية ينصب على تأطير الاجتهاد ومنهجه؛ "فاستنباط الأحكام الشرعية من مصادرها المعتمدة شرعا لا يكون عن هوى وكيفما اتفق، بل لا بد من مسالك معينة يسلكها المجتهد، وقواعد يسترشد بها، وضوابط يلتزم بمقتضاها، وبهذا يكون اجتهاده

²⁵⁷ القيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير (لا:ط؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1987) ص135.

²⁵⁸ الجرجاني، السيد الشريف، التعريفات، تحقيق: مصطفى أبو يعقوب (ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2006) ص79.

²⁵⁹ البركتي، محمد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م) ص133.

مقبولاً، ووصوله إلى الأحكام الصحيحة ممكناً ميسوراً²⁶⁰.

الفقرة الثانية : علاقة الاجتهاد القضائي بالضبط

في ضوء ما تم تقريره في العنصر أعلاه يكون ضبط الاجتهاد؛ بما فيه الاجتهاد القضائي: معالجة القضايا والنوازل بعيداً عن النظرة التجزيئية، بردها إلى أدوات معرفية وقواعد كلية؛ فيستين القاضي المسلك الذي يسلكه للبحث عن الحل في القضية المعروضة؛ فتجري العملية الاجتهادية على نسق؛ فتتسجم القرارات والأحكام، وتناهى عن المطاعن؛ وتنضبط رقابة محكمة القانون (المحكمة العليا/ محكمة النقض) على المعيب منها بعيد مخالفة القانون، وتتوحد التطبيقات القضائية؛ فيثق المتقاضون في جهاز القضاء وتتعزيز هيبتهم له.

إن أول ضابط يضبط اجتهاد القاضي هو القاعدة القانونية واجبة التطبيق مبنياً (لفظاً) ومعنى (فحوى)؛ فالقاضي في الحقيقة مقلد لأحكام اجتهادية وله أن يستفيد - في سبيل استثمار النص - من النظريات المتكاملة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كنظرية التعسف في استعمال الحق أو نظرية الضرورة ونظرية الظروف الطارئة...

وله أن يتوسل بالمصادر غير المباشرة للقانون متمثلة في العرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، يُحكّمها في تعقب روح النص وغاياته ومراميه، بل لا يُمنع عليه حتى التماس بعض الأحكام من القوانين المقارنة بشرط مراعاة الخصوصية دينياً وعرفاً وقانوناً... وهذه كلها معالم يهتدي بها القاضي في العملية الاجتهادية²⁶¹، حراسة للحقوق ورفعاً للمظالم؛ قياماً برسالة القضاء.

وباعتبار أن الفقه الإسلامي - بكل مذاهبه التي استقرت مدارس ناضجةً للتفقه والإفتاء - هو المصدر الاحتياطي الرئيس في المادة الأسرية، فإن القاضي (المجتهد) إذا لم يُقيد بضوابط تعقل نشاطه الاجتهادي وتضبطه، تسللت إليه الأهواء الشخصية والقناعات

²⁶⁰ زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، (ط:6؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987) ص7.

²⁶¹ تقول هذا -طبعاً- من منطلق السلطة التقديرية المخولة للقضاة بإحالات صريحة من نصوص القانون.

الذاتية، والحكم بالأقوال المهجورة والآراء الشاذة؛ فالقاضي بشر ينفعل ويتحمس ويتعاطف... ويتأثر بالمحيط والوسط الذي يعيش فيه²⁶².

ومن هنا يثار التساؤل والشك عما إذا كان القاضي أثناء عملية الاجتهاد مُحصّناً من الوقوع الإرادي واللاإرادي في هذه المحاذير؟ ومدى تمكن القضاة في الوقت الراهن من تملك أدوات الاجتهاد وآلياته، سيما وأن الأمر متروك لسלטتهم التقديرية، وهذا الإطلاق يؤدي إلى الاختلاف في الاجتهاد للتفاوت في الفهم والاستنباط؟؟؟

يقول الريسوني واصفاً عمل الإمام الشافعي، مُثنياً على دوره: " ... كما خالف [يقصد الشافعي] أصحاب الرأي وأنكر عليهم توسعهم فيه، وشدد النكير على أصحاب "الاجتهاد الذوقي"، فعملية التنظير والتقييد التي أمّها "ابن إدريس" كانت تهدف إلى ضبط اجتهاد أهل الأثر وأهل النظر، ليكون علم أصول الفقه علماً مسكوناً بهواجس

²⁶² صحيح أن القاضي مُطالب بأن يتحلى بزهة الخلق والسيرة المرضية وموضوعية التفكير واستقلال الشخصية، وهي صفات ضرورية لضمان نزاهته وإخلاصه للحقيقة القانونية والواقعية؛ لأن للقضاء آدابه المرعية. فالشروط التأهيلية لمنصب القضاء لا تكفي وحدها لتولّي هذا المنصب. وقد بيّن ذلك ﷺ بقوله: «أفضاكم علي وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل»، فلقد بين ﷺ أن علياً ﷺ متميز عن الصحابة في علم القضاء وأعرفهم بفصل الخصومات، وأخبرهم بمناورات الخصوم، وأقدرهم على استنباط الأحكام للحوادث الجزئية التي تعرض عليه، وأما معاذ ﷺ فهو أفقه الصحابة لمعرفة الحلال والحرام؛ وليس كل من يعرف الحلال والحرام ينتصب للقضاء. الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب السنة، فضائل حباب، (ح/ 154) سنن ابن ماجه، ج 1 ص 102. ينظر: البكر، محمد عبد الرحمن، السلطة القضائية وشخصية القاضي (ط: 1؛ مصر: الزهراء للإعلام العربي، 1988) ص 111.

يقول ابن العربي في شرح هذا الحديث: "قد يكون الرجل بصيراً بأحكام الأفعال عارفاً بالحلال والحرام، ولا يقوم بفصل الخطاب فيها، وقد يكون الرجل يأتي القضاء من وجهه باختصار من لفظه وإيجاز في طريقه بحذف التطويل، وإصابة المقصود". ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد علي البجاوي، ج 4 (لا: ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص 1627. وقال الإمام مالك: "وليس علم القضاء كغيره من العلم"، ويقول أيضاً: "فأما علم القضاء فلعمراً أيبك أنه لنوع من العلم مجرد، وفصل منه مؤكّد غير معرفة الأحكام والبصر بالحلال والحرام". الونشريسي، المعيار، ج 10 ص 79. ويقول ابن فرحون: "لا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب؛ لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ولا أحاط بها الفقيه خيراً، وعليها مدار الأحكام والجاهل بما يخبط خبط عشواء في الظلام". ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 3.

الضبط، هادفاً إلى وضع حد لمظاهر التسبب والاسترسال في الاجتهاد والاستدلال²⁶³. هذا الوصف وإن كان بخصوص الاجتهاد الفقهي، إلا أنه ينسحب على الاجتهاد القضائي أيضاً، باعتبار أنه لا فرق من حيث الحقيقة العلمية بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي؛ فمتى كان المتصدي للاجتهاد فقيهاً نكون بصدد اجتهاد فقهي، وأما إن تولاه قاض عد من قبيل الاجتهاد القضائي.

بل هو في حق الاجتهاد القضائي أكد؛ إذ من شأن الضبط أن يضفي على العملية الاجتهادية الثبات والاستقرار ووحدة التطبيق القضائي المانعة لفوضى الاجتهاد ومصائبه؛ وللأمر علاقة بتحقيق الاستقرار القانوني الذي يعد القضاء ضامناً له.

فالذي يستفاد أن ضبط الاجتهاد القضائي بوضع مسلك منهجي، هو إخراج للممارسة الاجتهادية من طور المزاج والذوق والملكة الفقهية، إلى الطور العملي الموحد الواضح المسالك والمعالم؛ فينضبط - بالتبع - الأساس الذي بمقتضاه تُنقض أحكام وقرارات محاكم الموضوع من لدن محكمة القانون.

ولا يعني هذا القول بأن القضاة لا يلتزمون بضوابط في أحكامهم الاجتهادية؛ فالحق أنهم يخضعون لمناهج - وإن لم يعلنوا عنها-، إلا أن هذه المناهج كانت دائماً مختلفة ومتباينة التزعة، مما يستدعي توحيدها في شكل قواعد موضوعية مُلزِمة، سيما في ظل سياسة التقنين والتنظيم وثقافة المؤسسات المفروضة واقعاً وعملاً، التي لم تعد تسمح إلا بالحكم الواحد والاجتهاد الموحد.

الفرع الثاني: المقصود بالأثر

الأثر في اللغة: في اللغة بقية الشيء والجمع آثار، وخرجت في أثره وفي إثره أي بعده، والأثر بالتحريك: ما بقي من رسم الشيء، والتأثير إبقاء الأثر في الشيء، وأثر الشيء ترك فيه أثراً، والآثار الأعلام، والآثيرة من الدواب العظيمة الأثر في الأرض بخفها

²⁶³ الريسوني، أحمد، الاجتهاد النص - الواقع والمصلحة (ط: 1؛ دمشق: دار الفكر، 2000م) ص 145 وما بعدها.

أو حافرها بيّنة الإثارة²⁶⁴. ومنه قوله تعالى: ﴿سِيمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِنْ أَثَرِ السُّجُودِ﴾ [الفتح، 29]، وهي العلامة الباقية على جبهة الساجد من نتائج السجود²⁶⁵.

وفي الاصطلاح الفقهي: عرف الشريف الجرجاني الأثر بقوله: "الأثر له ثلاثة معان: الأول: بمعنى النتيجة، وهو الحاصل من الشيء، والثاني: بمعنى العلامة، والثالث: بمعنى الجزء. والآثار: هي اللوازم المعللة بالشيء"²⁶⁶.

ومعنى كلامه: أن الأثر هو النتيجة المترتبة على الشيء، حتى لكأن ذلك الشيء علة في وجود النتيجة.

وعليه يمكن أن يُعرف الأثر بأنه حاصل الشيء ونتيجته المترتبة عليه، كذلك هو بقايا الشيء مثل أثر السجود، والجامع بينهما هو البقايا من رسم الشيء. وبهذا يظهر الارتباط الواضح بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للأثر.

وفي الاستعمال الشرعي يطلق الأثر ويراد به معان متعددة تبعاً للحقل الشرعي المستعمل فيه. فيطلق في علم الحديث - مثلاً - على الحديث الموقوف أو المرفوع، على خلاف بين أهل الحديث في ذلك²⁶⁷.

ويطلق الفقهاء لفظ "الأثر" على الحكم، ومن أمثلة ذلك قول الفقهاء: من أحكام الطهارة، أن الماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء منه إذا لم ير لها أثر؛ لأنها تستقر مع جريان الماء، والأثر هنا الرائحة أو الطعم أو اللون²⁶⁸.

كذلك قولهم في تعريف العقد: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في

²⁶⁴ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج4 ص 5.

²⁶⁵ المطرزي، ناصر، المغرب (ط:1؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1979) ص 218.

²⁶⁶ الجرجاني، علي بن محمد، الشريف الحسيني الحنفي، التعريفات، تحقيق: عبد الرحمن عميرة (ط:1؛ بيروت: عالم الكتب، 1407هـ/1987م)، ص 30.

²⁶⁷ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ج1 (لا: ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت) ص 174/175.

²⁶⁸ البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج1 ص 77/79.

المحل²⁶⁹ وذلك الأثر انتقال المبيع إلى المشتري - في عقد البيع مثلا- وقبض البائع الثمن، وهذا في الحقيقة الحكم الذي نتج وترتب على ذلك العقد.

ومن المسائل المتداولة: أثر السفر في تخفيف التكاليف الشرعية، وأثر الإكراه على التصرفات، وأثر الربا في العقود، وأثر الشروط في عقد النكاح، وأثر الخلوة في استقرار كامل الصداق وفي ثبوت النسب... وغيرها وهو كثير .

وبناء عليه يكون المقصود بالأثر في هذه الدراسة النتائج المترتبة على الحكم القضائي الاجتهادي؛ وعلى عملية الاجتهاد القضائي ككل، عندما تُصدّر تأسيسا على القواعد الفقهية.

ويكون أثر القواعد الفقهية في العملية الاجتهادية هنا: النتائج التي تترتب على حصول الاجتهاد وفق هذه القواعد، من حيث ضمان أعلى درجات الدقة والاتقان في العملية الاجتهادية، فيتغير الوضع من حال (الاضطراب والانحراف) إلى حال (الدقة والضبط) نتيجة لخضوع الاجتهاد القضائي لهذه القواعد.

بتعبير آخر تكون تلك القواعد بمثابة الميزان الذي يضبط عملية الاستنباط من النصوص، واستثمارها؛ فيميز الاجتهاد القضائي الصحيح من غيره، شأنه في ذلك شأن علم النحو الذي يضبط الكتابة²⁷⁰.

لأنه وعلى الرغم من الوضوح الظاهري لنصوص القانون، التي هي سند القرارات والأحكام القضائية، إلا أن لكل فهمه لهذه النصوص؛ فهناك فهم ظاهري يقف عند مباني النص وعتباته، لا ينفذ إلى المقاصد ولا يستشرف المآلات²⁷¹، وهناك فهم مقاصدي غائي باحث عن المعاني والغايات مُحكِّمٌ للمقاصد والمآلات. وبين هذا وذاك تتسع مساحة

²⁶⁹ حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1 (لا:ط؛ بيروت: دار الجيل، 1991) ص 106.

²⁷⁰ انظر: السدلان، صالح، القواعد الكبرى وما تفرع عنها (ط:1؛ الرياض: دار المنسية، 1417هـ) ص21.

²⁷¹ يمثل ملتمز مدرسة الشرح على المتون (المدرسة التقليدية)، التي تقوم على التقيّد بلفظ النص التشريعي تقيدا تاما وعدم الخروج عليه مطلقا، على أن يبحث القاضي عن نية المشرع الذي أصدر التشريع في الزمن الذي أصدره فيه، والتي تبدو من خلال عبارات النص. فهو (القاضي) مطبق أعمى - إذا جاز هذا التعبير - لنصوص القانون.

الاختلاف في الفهم²⁷².

وبما أن الخلاف المذكور ليس اختلافا علميا محضا، وإنما هو نتيجة عملية منطقية، يترتب عليها تباين وتضارب الاجتهادات القضائية، مع أن إرادة المشرع واحدة؛ فلا معنى لوجود اختلاف في فهم معاني مفردات النصوص القانونية؛ مما يستلزم الاستنجاذ بالقواعد الفقهية؛ باعتبارها ضوابط تحدد دلالة الألفاظ الفقهية، وعلاقة الفروع بالأصول، وارتباط الحكم بالعلة وجودا وعدما... إنها باختصار مبادئ تنقاد لها الأحكام التفصيلية في انضباط تام لا يعتريه انحراف.

المطلب الثاني: فعالية القواعد الفقهية في تأطير الاجتهاد القضائي

لا ريب أن عناية الفقهاء بالقواعد الفقهية واهتمامهم بها، لم يكن الغرض منه إحصاء تلك القواعد وعدّها تيسيرا لحفظها فحسب؛ وذلك لأن أهمية هذه القواعد تتجاوز ذلك بكثير، إلى درجة أنها تصبح مسلكا من مسالك الاجتهاد؛ باعتبارها تمثل حلقة الوصل بين أصول الفقه والفقه (فرع أول)؛ فهي تبعث الطمأنينة في نفس المجتهد في أن اجتهاده مبنيٌّ على قاعدة كلية معتبرة في الشريعة، فإذا تأيدت بمقاصد الشريعة (فرع ثان) كان ذلك أدعى إلى التوسل بها في العملية الاجتهادية وترجيح الأحكام المؤسسة عليها عما سواها من الآراء الاجتهادية.

وتلك هي، المحددات (حلقة وصل بين الفقه وأصول الفقه؛ وجسر بين أصول الفقه ومقاصد الشريعة)²⁷³ التي أكسبت هذه القواعد خاصية الضبط، وبذلك ينكشف لنا

²⁷² كما تقر به المدرسة التاريخية في التفسير التي تنادي بالتوسع والجرأة في تفسير النصوص، مراعاة لظروف وأوضاع المجتمع ومسايرة لضرورات التطور؛ لأن النصوص لا يجب أن تجمد عند إرادة واضعها الأصلي، وإنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره وسيره.

²⁷³ خلص إلى ذلك نور الدين الخادمي بعد أن أسهب في بيان علاقة القواعد الفقهية بالمقاصد، حيث قال: "وبيان صلة المقاصد بهذين العلمين [يقصد علم أصول الفقه، والقواعد الفقهية؛ فقد صرح بهذا سابقاً] يبرز تكامل الشريعة وتناغم علومها ومباحثها، وتناسق أحكامها وفروعها ومبادئها، وهي تحقق معنى ثراء الإسلام وخلوده وصلاحه، وتجلب صلاح الحياة، وسلامة الكون وسعادة الإنسان في الدارين". الخادمي نور الدين، المقاصد الشرعية وصلاتها بالأدلة الشرعية والمصطلحات الأصولية (ط: 1؛ لا.ك: دار إشبيليا للنشر والتوزيع، 1424هـ/2003م) ص 111.

وجه مساهمة القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي (فرع ثالث).

الفرع الأول: القواعد الفقهية حلقة الوصل بين أصول الفقه والفقه

هذا هو المحدد الأول الذي يجعل من القواعد الفقهية من أبرز ضوابط الاجتهاد القضائي، وللتدليل على ذلك أحاول أن أسوق بعض الشواهد النظرية (فقرة أولى)، أتبعها بتطبيقات قواعدية (فقرة ثانية) عاكسة لما تم تقريره في الفقرة الأولى من تلاحم بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية.

الفقرة الأولى: ترابط القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

إذا كان الأمل المنشود من هذا البحث هو تجلية أهلية التقعيد الفقهي لتأطير الاجتهاد القضائي وتدقيق مسالك الاستدلال فيه، بشكل يضمن استقراره وتوحيده، فإن ذلك لا يستقيم بدون سوق وإيراد الشواهد الدالة على ذلك من أقوال العلماء²⁷⁴ – المتقدمين منهم والمعاصرين – المتمرسين في القواعد الفقهية، المتلمسين لخصوبتها وإنتاجها للفروع الفقهية، من ذلك:

قال ابن نجيم واصفاً "القواعد الفقهية" بأنها: "أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد"²⁷⁵. وعن أهميتها -القواعد الفقهية- تحدث التاج السبكي قائلاً: "حق على طالب التحقيق، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق، أن يُحكّم قواعد الأحكام، ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتمّ نهوض... أما استخراج القوي وبذل الجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها، ونظم الجزئيات من دون فهم مآخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبية، ولا

²⁷⁴ لعل قائل يقول منتقداً أو مقترحاً، أن هذه المعلومات ما هي إلا امتداد لفضل وأهمية التقعيد الفقهي؛ فيكون موقعها الطبيعي في المقطع والجزء المنعقد لذلك من البحث، ويبدو ذلك منطقياً ووجيهاً-ظاهرياً-، لكن من يسترسل مع تدرج وانسياب أفكار البحث، يقتنع بأن موقعها هنا أليق وأنسب بالنظر إلى قرب المسافة بينها وبين ما يتفرع عنها من تطبيقات.

²⁷⁵ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 11.

حامله من أهل العلم بالكلية²⁷⁶.

وقال الشهاب القرافي بعد تقسيمه الشريعة إلى قسمين أصول وفروع، وأصولها إلى قسمين أيضاً: أحدهما أصول الفقه، والثاني القواعد الفقهية: " والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقى تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقيه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف..²⁷⁷ .

وقال في الذخيرة: "... وأنت تعلم أن الفقه وإن جل، إذا كان متفرقا تبددت حكمته، وقلت طلاوته، وبعدت عن النفس طلبته، وإذا رتبت الأحكام مخرجة على قواعد الشرع مبنية على ما أخذها، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها²⁷⁸ . وفي موضع آخر: " إن كل فقه لم يُخرَج على القواعد فليس بشيء²⁷⁹ .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: " ونحن نذكر قاعدة جامعة في هذا الباب لسائر الأمة فنقول لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية ترد إليها الجزئيات ليتكلم بعلم وعدل ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات وجهل وظلم في الكليات فيتولد فساد عظيم²⁸⁰ .

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: "لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تُمسك بها، وتبرز من خلالها العلل الجامعة وتعين

²⁷⁶ السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1 ص 10.

²⁷⁷ القرافي الفروق، مرجع سابق، المقدمة.

²⁷⁸ القرافي، الذخيرة، ج 1 (لا: ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994) ص 36.

²⁷⁹ نفسه، ج 1 ص 55.

²⁸⁰ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مج 19 ص 203.

اتجاهاتها التشريعية "281.

وبعد سرد عدد لا بأس به من القواعد الفقهية صرح الدكتور وهبة الزحيلي في خاتمة بحثه²⁸² بالقول: "هذه نماذج من القواعد الفقهية الكلية أو الفرعية بعد أن تبلورت صياغتها في القرن الرابع الهجري، يستضاء بها في ربط فروع الأحكام العملية، ويحتج بها في الجدل الفقهي في مجال الدراسات المقارنة، وحسم الخلاف في الرأي، ما دامت تدلّ على وحدة المناط، ووجه الارتباط بين الفروع، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها. فيكون حصاد التقعيد في كلّ زمان ومكان حصاداً طيباً وجامعاً لطوائف من الفروع الفقهية في عبارات موجزة، وذلك يساعد على تأصيل الفقه وتطبيقاته ومعرفة مدى السداد فيه، ولا يقلّ ذلك عن أهمية أصول الفقه في استنباط الأحكام الشرعية، وأمثالها في قواعد النحو واللغة والمنطق، وغير ذلك من الضوابط، فضلاً على النظريات العامة".

ويقول الدكتور محمد الروكي: "والاهتمام بالقواعد الفقهية على مستوى تجريدها من مظاهرها، ثم دراستها وربطها بفروعها، يعتبر خطوة مهمة وأساسية في تعميق البحث الفقهي وتطوير منهجه في عرض المادة الفقهية، والعمل على النهوض بالفقه الإسلامي إلى مستوى التنظير وتأصيل فروعه ومجاورة المنهج التقليدي التجزيئي الذي ألفناه في عرض مادته، والذي يعتمد طريقة الأبواب والفصول، ويقوم - أساساً - على الانطلاق من الجزئيات"²⁸³.

ونحنم بإحدى التوصيات التي خلصت لها ندوة تطور العلوم الفقهية، التي جاء فيها: "المنظومة الأصولية ابتعدت شيئاً فشيئاً عن واقع الحياة، بسبب مبالغتها وتركيزها على الجانب البياني اللغوي؛ ولذلك تأتي أهمية القواعد الفقهية لتطوير هذه المنظومة بما يتواءم مع حركة الحياة، لملامسة القواعد الفقهية حركة المجتمع، وإدراكها لمقاصد الشرع من

²⁸¹ الزرقا، أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 950 .

²⁸² الزحيلي، وهبة، ظهور القواعد الفقهية من منظور مقارن، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري - القواعد الشرعية أمودجا -، مسقط، عُمان، 12-15 ذي القعدة 1424هـ / 5-7 يناير 2004م (ط:4؛ سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 1433هـ/2012م) ص20.

²⁸³ الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص18.

دون الإخلال بالآلة اللغوية، أو إهمال القواعد الأصولية²⁸⁴.

وبناء عليه يجوز القول بأن المنظومة القواعدية المتمثلة في القواعد الفقهية، مُصممة لضبط الاجتهاد القضائي أساساً؛ فأكثر هذه القواعد لها ارتباط بقواعد أصول الفقه، ومقاصد الشريعة؛ وهما صمام الأمان في توحيد مناهج النظر والاستدلال الفقهي. إنها بحق محصنات من شأنها أن تنير سبيل المجتهد في استخلاص مبادئ قانونية جديدة لم تسعفه في تجليتها نصوص القانون المصاغة.

الفقرة الثانية : تطبيقات القواعد الفقهية الأصولية

نحاول في هذه الفقرة إيراد بعض القواعد ذات الطبيعة المزدوجة (أصولية - فقهية)، كنماذج تطبيقية مُفصحة على أثرها في الاجتهاد القضائي من حيث ترشيده وضبطه.

القاعدة الأولى: إذا تعارض المقتضي والمنع قدم المنع²⁸⁵

تعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية الأصولية التي تتجلى تطبيقاتها في العديد من أبواب الفقه ومعناها أنه: متى كان للتصرف الواحد محاذير تستلزم منعه، وكان له مسوغات تقضي بتجويزه، فقد تعارضاً ويرجح منعه؛ لما فيه من درء للمفسدة المقدم على جلب المصلحة. قال الزرقاني: "أنه متى تعارض مانع ومبيح، قدم المنع لأنه أحوط"²⁸⁶.

والمراد من تقديم المنع على المقتضي: رعايته والعمل به دون المقتضي؛ فتقديمه هنا من حيث الرتبة والاعتبار لا من حيث الزمن، لكن إذا تأخر المقتضي، فإن العبرة به لا بالمنع؛ لأن المقتضي ألغاه ونسخه. فالرجعة والزواج يبطلان الطلاق الواقع قبلاً..

كما تعتبر أيضاً من المرجحات المهمة التي يحتاج إليها القاضي ومطلق المجتهد، فبينة طلاق الهالك لزوجته قبل وفاته مقدم على بينة كونها لا تزال في عصمته، والبينة المثبتة

²⁸⁴ توصيات ندوة: تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري - القواعد الشرعية أنموذجاً -، مرجع سابق، ص 283.

²⁸⁵ ذكرها الزركشي، المنشور في القواعد، ج 1 ص 348؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1 ص 267؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 144.

²⁸⁶ الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3 (ط: 1؛ بيروت: دار الإمام مالك، 1511هـ) ص 322.

لمرض الواهب مرض الموت مقدمة على تلك المثبتة لصحته.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: إذا أفادت شهادة بنكاح امرأة، وبينه بالطلاق أو الخلع قبل الموت-والزوج ميّت-، والمرأة تطلب الإرث، فيرجح اعتبار الطلاق أو الخلع -وهو مانع من الإرث- على بينة النكاح المقتضي لثبوت الإرث، مع أن النكاح أسبق زمنياً من الطلاق أو الخلع المانع من الإرث²⁸⁷.

القاعدة الثانية: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان²⁸⁸

هذه القاعدة تنتمي إلى حرم القواعد الأصولية، ولها تطبيقات واسعة في الفروع الفقهية، وهي تدل على أن الأحكام تتغير بتغير عللها وملابساتها وواقعها، ولذلك ربطت الشريعة أطراد الأحكام بالعلل دون ربطها بوقائع ثابتة.

ولأجله غدا لازماً تغير الأحكام بتغير الزمان؛ فالأحكام الشرعية هي تنظيم يتوخى مصالح العباد أفراداً وجماعات في العاجل والآجل؛ فهي-الأحكام- تدور مع عللها وجوداً وعدمها وتغيّراً، تحقيقاً للغاية من تشريعها، وحتى لا تفضي إلى عكس ما شرعت لأجله، فتغدوا متجاوزة من الوقائع لا ضابطة لها.

"ولقد أثبت التاريخ أن الكثير من الفقهاء عدلوا عن فتاوى وأحكام كانت لهم في بعض المواطن وأفتوا على خلافها، ليس لأنهم تبينوا الصواب بعد الخطأ، أو الدليل بعد عدمه، أو وهبوا الفطنة بعد الغفلة، بل لتغير الظروف وتباين الأوضاع، وذلك تحقيقاً لمبدأ الاجتهاد الذي يقوم أساساً على الرؤية الواضحة والرصد الدقيق للثوابت والمتغيرات

²⁸⁷ ينظر: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية، ص 222 .

يُفسر المقتضي بالأمر الطالب للفعل المتضمن المصلحة، والمانع بالأمر الدافع للمفسدة. أما مدلولهما عند الأصوليين: فإن المانع هو المقابل للمقتضي، وينقسم إلى قسمين: مانع الحكم: وهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط، مستلزم لحكمة مقتضاه، بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، كالقتل المانع من الميراث، فإنه وصف وجودي ظاهر منضبط يستلزم وجوده بقاء نقيض حكم السبب. مانع السبب: وهو كل وصف يخل وجوده بحكمه لسبب يقينا، كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب. انظر: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج 1 ص 185.

²⁸⁸ القاعدة (المادة) 39 من مجلة الأحكام العدلية. والمادة رقم 28 من مشروع قانون المعاملات المالية (القانون المدني) العربي الموحد (1984): جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، الإدارة العامة للشؤون القانونية، إدارة التشريع والبحوث، اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية.

المحيطة بمحل الاجتهاد²⁸⁹.

فالظروف الجديدة المحيطة بالواقعة محل الاجتهاد لا يمكن إلغاؤها أو التقليل من أثرها في الحكم، لأنها قد تخرج الواقعة عن مناطها العام إلى مناط خاص تتحكم في صياغته الظروف الجديدة، ويترتب على ذلك أن الحكم الاجتهادي إنما يستمر بذاته وصفته إذا تطابقت الظروف الملازمة له، ولا يمكن أن يستمر عند اختلافها وتغيرها وذلك حتى نضمن تحقق المقصد التشريعي للحكم.

ولعل من تطبيقات هذه القاعدة الاجتزاء بقبول شهادة عامة الناس عن شهادة العدول، ذلك أن في الوقوف عند شهادة العدول ورد ما دونها مفسدة ظاهرة لعدم إمكانية وجود العدول في كل مكان، ولحدوث وقائع قد يحضرها غير العدول فيحذر تحصيلها وإثباتها بشهادتهم، وإلا ضاعت الحقوق وتزعزعت المراكز، وأهدرت الدماء؛ فيُعدل عن العدالة المطلقة (شهادة العدول) إلى العدالة النسبية المفترضة في عامة الناس. ويجب التنبيه إلى أن المتغير، نتكلم عن المتغير في علم النفس و الاجتماع و الاقتصاد ، هي في الأحكام الشرعية أو القضائية هو الوسائل الموصلة إلى جلب المصالح ودرء المفساد؛ لأنها حددت الغايات والمقاصد وتركت الوسائل المحققة لها طوع إيمان المجتهدين، ولكل زمان رجاله ووسائله.

القاعدة الثالثة : من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه²⁹⁰

وهذه القاعدة مندرجة ضمن أصل سد الذرائع المعتمد، ذلك أن موارد الأحكام-في الاعتبار الأصولي- على ضربين: مقاصد وهي التي تحوي المصالح والمفاسد، ووسائل وهي السبل المفضية إليها، وهي تأخذ حكم ما أفضت إليه من تحليل وتحريم ومقتضى القاعدة أن من استعجل الحصول على منفعة وضع لها سبب محدد أو موعد معين قبل تحققهما؛ أي قبل تحقق موجباته أو حلول أجله يعاقب بالحرمان منه؛ لأنه استعجل ولم ينتظر

²⁸⁹ بن حرز الله، عبد القادر، ضوابط اعتبار المقاصد في مجال الاجتهاد وأثرها الفقهي (ط:1؛ الرياض-السعودية:

مكتبة الرشد، 1428هـ/2007م) ص5.

²⁹⁰ القاعدة (المادة) 99 من مجلة الأحكام العدلية.

حدوث الموجب أو تحقق السبب أو حلول الأجل. وذلك سدا لذريعة الفوضى بالتوسل بأمور ظاهرها الإباحة والحل إلى مقاصد وغايات حقيقتها الفساد وغمط الحقوق. وهكذا فإن كل من سعى إلى تعطيل وإبطال مقصود الشارع، فإنه يعاقب بنقيض قصده. فالوسيلة المفضية إلى إبطال ونقض مقصود الشارع تكون باطلة؛ فالوسيلة- المشروعة طبعاً- تأخذ حكم الغاية، قال القرافي: "اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح" ²⁹¹.

ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة منع الوصية للوارث لمظنة المحاباة، إذ قد يقصد الموصي محاباة بعض الورثة على حساب الآخرين- وهو مقصد فاسد- فيعامل بنقيض هذا القصد شرعاً، كما جاء في المدونة الكبرى: "قلت: أرأيت إن أوصى لوارث وغير وارث، فقال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما وارث ومعه ورثة؟ قال: قال مالك: أما نصيب الوارث من ذلك فباطل يرد إلى جميع الورثة، وأما غير الوارث فله نصيبه" ²⁹². وهكذا تضبط هذه القاعدة ترتيب الجزاء على من استعجل حقا شرعياً أو قانونياً قبل توفر موجباته وأسبابه المتوقف عليها، المتمثل في المعاملة بنقيض قصده وخلاف إرادته، منعا للاعتداء على الحقوق واستعجال الحصول عليها وهي لا تزال بذمة الغير.

القاعدة الرابعة : الأصل في التصرفات حسن النية

وحاصل هذه القاعدة أن التصرفات تحمل على حسن النية حتى يثبت غير ذلك بدليل معتبر، وذلك حفاظاً على استقرار الأوضاع القانونية، واستصحاباً لأصل عدالة الإنسان المسلم.

وتتمثل أهمية تطبيقات هذه القاعدة على المستوى القضائي في تحديد كون مدعي عدم حسن النية هو الملزم بالإثبات باعتباره مدعياً خلاف الأصل الثابت، بينما يعفى من تقرر قرينة حسن النية لمصلحته من الإثبات. وعملاً بهذه القاعدة غداً مبدأ حسن النية

²⁹¹ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2 ص 332.

²⁹² نفسه، ج2 ص 307.

قرينة قانونية وقضائية مفترضة لا ينقضها إلا حدوث ما يثبت عكس ذلك²⁹³.

والمحكمة قد تستنتج سوء نية أحد الأطراف من خلال إتيانه ومباشرته أفعالاً معينة، أو تلفظه بأقوال في مجلس القضاء، أو دل على ذلك ظاهر الوثائق المستدل بها، أو من خلال فحص المستندات - عرفية كانت أو رسمية- المودعة ملف الدعوى، ولها أن تستشف ذلك من دلالات أو سياقات معينة تدل دلالة يقينية على سوء نية أحد أطراف الخصومة.

هذه طائفة من القواعد- وغيرها كثير- سقت للتمثيل والتطبيق بالقدر الذي يحصل به إيضاح الفكرة وتبيينها، وإلا فإن الاستقصاء يطول؛ وليس هو المقصود في حد ذاته.

الفرع الثاني : القواعد الفقهية مسلك للكشف عن مقاصد الشريعة

وهذا هو المحدد الثاني الذي يؤهل القواعد الفقهية لأن تكون مسلكاً ضابطاً للاجتهاد القضائي. وعن علاقة القواعد الفقهية بالمقاصد بين نور الدين الخادمي²⁹⁴ كثرة مواطن الاشتراك والاتفاق بينهما (فقرة أولى)، حتى لكأنهما يتطابقان؛ فيتلاشى الفرق بينهما (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مساحات الاشتراك بين القواعد الفقهية والمقاصد

المتبع للقواعد الفقهية يلحظ أن موضوعاتها مختلفة ومتنوعة، فمنها ما هو مختص بمقاصد الشريعة، ومنها ما هو عام، ومنها ما يتعلق بمسائل فقهية فرعية²⁹⁵، مما يؤكد الصلة الوطيدة للقواعد الفقهية بالمقاصد؛ بيان ذلك:

²⁹³ فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية: " حسن النية مفترض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه " طعن رقم 55 لسنة 24 جلسة 1967/6/22. يراجع القرار في: حسن الفكاهي وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها عام 1931، الإصدار المدني، 1991، ج1 ص 747.

²⁹⁴ الخادمي، نور الدين، المقاصد الشرعية وصلاتها بالأدلة الشرعية والمصطلحات الأصولية (ط: 1؛ ل.ك: دار إشبيلية للنشر والتوزيع، 1424هـ/2003م) ص ص 111-114.

²⁹⁵ ينظر: أرشوم، مصطفى بن حمو، القواعد الفقهية وأثرها في فقه المقاصد، تدوة تطور العلوم الفقهية، مرجع سابق، ص 139.

أولاً: اشتراكهما في الفروع والجزئيات

وهو ما ذهب إليه الطاهر بن عاشور لما قال: "... أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع الجزئيات المتعددة بمعرفة الترابط بينها، ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها"²⁹⁶.

ثانياً: اشتراكهما في العموم والتجريد

فقد تقدم في أحد تعريفات القاعدة الفقهية أنها قضية كلية تعبر عن حكم عام، يُتعرّف بها أحكام الجزئيات التي يتحقق فيها مناط هذا الحكم العام، وهذه السمة الكلية التي تتصف بها القاعدة الفقهية؛ نجدها متحققة في القاعدة المقاصدية، بل هي إحدى أهم خصائصها، ولا غرور في ذلك؛ لأن من سمات القاعدة أن تكون كليةً في تناولها للجزئيات الداخلة تحت موضوعها، وإلا لم تستحق وصفها بالقاعدة، ويُقصد بالكلية أنها لا تختص بشخص دون شخص، ولا بحال دون حال، ولا بموضوع دون موضوع؛ أي عامّة²⁹⁷.

ثالثاً: اشتراكهما في الغاية والهدف

والأمر الآخر الذي يجمع بين القاعدة الفقهية والقاعدة المقاصدية؛ أن غايتهما النهائية واحدة، وهي الوقوف على حكم الشارع في الوقائع والمستجدات وفق ما أراده الشارع وابتغاه، فكلاً القاعدتين في النهاية وسيلة تسعف المجتهد؛ لتبيين الحكم الشرعي الذي خاطب به الله ﷻ المكلفين فيما لا نص فيه بعينه.

فالغاية النهائية -مثلاً- من القاعدة الفقهية "المشقة تجلب التيسير" مثلاً متفقة مع القاعدة المقاصدية "لا يقصد الشارع التكليف بالشاق من الأعمال"²⁹⁸؛ ذلك أن كلا من هاتين القاعدتين تؤول في منتهاهما إلى إعانة المجتهد أو الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي فيما يتحقق فيه مناطها، والكشف عنه. وهكذا أغلب القواعد الفقهية وتحديد القواعد الكلية الكبرى منها.

²⁹⁶ بن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 6.

²⁹⁷ الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 67.

²⁹⁸ القاعدة ذكرها الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 107.

ويتضح هذا بجلاء عند تطبيق القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها مثل: "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"... وغيرها من القواعد الجامعة التي تعد قواعد مقاصدية، مما دفع د. الكيلاني إلى القول- بعد أن ذكر عددا من هذه القواعد-: ". فهذه القواعد وإن كانت أدرجت ضمن القواعد الفقهية، إلا أنها عند التحقيق ذات صبغة مقصدية، ذلك أنها تكشف لنا قصد الشارع في كيفية إقامة المصالح، واعتماده مبدأ الموازنة بينها عند التعارض، إضافة إلى كونها تستند إلى أدلة كثيرة ترشد إليها وتنهض بها، الأمر الذي يجعلها في رتبة العموم المعنوي الذي تمتاز به القاعدة المقصدية"²⁹⁹.

الفقرة الثانية : انسجام القواعد الفقهية والقواعد المقاصدية

لا يستقيم الحديث عن القواعد الفقهية كضوابط للاجتهاد القضائي الصحيح بمعزل عن مقاصد وأسرار التشريع؛ ذلك أن العديد من القواعد الفقهية هي في الحقيقة عبارة عن مقاصد شرعية معتبرة.

ولئن تم الحديث في جزئية سابقة من هذا البحث عن تمييز القاعدة الفقهية عن القاعدة المقاصدية؛ ما قد يُوهم الفصل والاستقلالية بينهما، فإن ذلك لا يعني البتة الفصل المطلق بين القواعد الفقهية ومقاصد الشريعة، وإنما هي استقلالية نسبية اقتضتها الضرورة المنهجية، وإلا فإن الاستدلال والنظر الأصيل (الاجتهاد) وفق القواعد الفقهية هو القائم على مراعاة مقاصد الشريعة.

وما أكثر القواعد الفقهية ذات المنحى المقاصدي، الشاهدة بأن المقصد الشرعي للقواعد الفقهية متفق مع المقصد الشرعي للأحكام الشرعية. فمثلا قاعدة "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" وهي من أمهات القواعد الفقهية التي يقوم عليها الفقه الإسلامي كله؛ وهو ما حمل الإمام الشافعي على اعتبار الحديث³⁰⁰ الذي صيغت منه القاعدة، أنه وحده يشكل

²⁹⁹ الكيلاني، قواعد المقاصد، مرجع سابق، ص 74.

³⁰⁰ يقصد حديث: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى الرسول ﷺ (ح/1)؛ وكتاب: النكاح، باب: من هاجر أو عمل خيرا لتزويج امرأة (ح/5070).

ثلث العلم، ويندرج في سبعين بابا من أبواب الفقه³⁰¹، تدرج تحتها قواعد فقهية كثيرة تتعلق بالمقاصد والنيات في العقود والتصرفات، من ذلك: "التصرفات إذا كانت دائرة بين جهات شتى؛ لا تنصرف لإحداها إلا بنية"، وقاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"... وغيرهما.

ومن ذلك قاعدة "الضرر يُزال" والتي عدّها العلماء مقصدا شرعيا كليا وقاطعا³⁰²...، وكذلك قاعدة "تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة" فقد اعتبرها العلماء ضربا من ضروب مقصد جلب المصالح، أو وجها من وجوه القاعدة المقصدية المعروفة بكون الأحكام مشروعة لمصالح العباد في المعاش والمعاد³⁰³.

الفرع الثالث : وجه مساهمة القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي

تلخيصا لما تم بسطه في الفرعين أعلاه نستطيع التأكيد - وباطمئنان - على أن للقواعد الفقهية مساهمة محققة في انضباط الاجتهاد القضائي والاجتهاد في الشرعيات عموما، تنأى به عن الفوضى والارتجالية وتجعله قائما على الرؤية الواضحة، لأنها؛ أي القواعد الفقهية:

أولا: ضبطت الفروع والمسائل الفقهية، والتي لا يمكن الاستغناء عن الرجوع إليها عند الافتاء والاجتهاد والقضاء؛ ذلك أن هؤلاء إنما يبلغون حكم الشرع. وبما أن هذا الشرع منضبط تحكمه قواعد، لا بدّ من الرجوع إلى تلك القواعد؛ وبهذا فتحت بابا

³⁰¹ ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة د.ت) ص5. وقد وضع الإمام أحمد بن حنبل ذلك حيث اعتبر أن أصول الإسلام بنيت على ثلاثة أحاديث، وهي حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه «إنما الأعمال بالنيات»؛ وحديث عائشة-رضي الله عنها- «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد» الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على جور فالصلح مردود، وفي كتاب البيوع، باب النجش. وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السنة، باب لزوم السنة؛ وحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه «الحلال بين والحرام بين»، أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، وكتاب البيوع، ومسلم في المساقاة، وأبو داود والترمذي والنسائي في البيوع، وابن ماجه في الفتن.

³⁰² الخادمي، المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية والمصطلحات الأصولية، مرجع سابق، ص 114.

³⁰³ نفسه.

واسعا في الاجتهاد؛

ثانيا: استغرقت مجموعات واسعة من الأحكام، فلا حاجة إلى استقصاء الجزئيات المتناثرة في الكتب، ولا إلى استقراء النصوص كلما ظهرت حاجة إلى معرفة فرع من الفروع؛ فهي وليدة الأدلة الشرعية؛ النقلية والاجتهادية؛

ثالثا: ثم إن المتأمل في جملة تلك القواعد يجد أن بعضها يرتد إلى قواعد العدل والإنصاف والمنطق السليم، وقانون الطبيعة، ككون الأصل في الأشياء الإباحة، وأن الأصل في الكلام الحقيقة، والأصل في الذم البراءة من التكاليف والإلتزامات...

رابعا: عملت على انحسار مجال الفتاوى المذهبية المتعصبة الضيقة؛ "فإن اعتماد القواعد الفقهية دوران في فلك الأفكار ولباها، لا في عالم الأشكال ورسومها"³⁰⁴.

خامسا: أبرزت رصانة المنهج العلمي للفقهاء الإسلاميين؛ فلا مدخل فيه لحظوظ النفس والهوى؛ فالتقعيد الفقهي يدور مع الحجة والدليل، وترجيح أرشد الأقوال، وانتقاء أعدل الآراء بالنظر إلى ما يسندها من أدلة النقل وقواعد المنطق والعقل؛

سادسا: جسدت-بعض القواعد- قيم التسامح وفكر التقارب والتعايش، يقول الندوي- في معرض حديثه عن قاعدة "يُستحب الخروج من الخلاف"-: "... هذه قاعدة مهمة ينبغي التمسك بها؛ لأن مآلها الاحتياط في الدين، وجلب المحبة والتأليف بين القلوب عن طريق نبذ الخلاف في مسائل الخطب فيها يسير؛ فإذا كان ترك بعض المستحبات يؤدي إلى المصلحة وردم الخلاف لزم تركها؛ كما ترك النبي ﷺ تغيير بناء البيت لما رأى في إبقائه تأليفا للقلوب؛ وكما أنكر ابن مسعود على عثمان-رضي الله عنهما- إتمام الصلاة في السفر، ثم صلى خلفه متمما، وقال: "الخلاف شر"، وفي رواية: "إني لأكره الخلاف"³⁰⁵.

سابعا: وختاما: لن نكون مبالغين إذا قلنا بأن القواعد الفقهية تحل مؤقتا محل القوانين

³⁰⁴ الإدريسي عبد الواحد، القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة (ط: 1؛ السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع - القاهرة: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 1425هـ/2004م) ص 500.

³⁰⁵ الندوي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 373.

في تنظيم القضايا التي لم يشملها التقنين بعد؛ حيث أن من دوافع التقنين: ضمان استقرار المراكز القانونية؛ بتقريب القاعدة القانونية من المخاطب بها (المتقاضي)؛ فيعرف حقوقه وواجباته، فيسهل ذلك مهمة المُطبِّق للقانون (القاضي ومن في حكمه)؛ فيتحقق الأمن والاستقرار القانوني.

وهذا المعنى متوفر في القواعد الفقهية، دلت عليه الشواهد والمؤيدات النظرية التي حاول البحث استقصاءها لبيان الأهمية العلمية والعملية للقواعد الفقهية، وتدل عليه نتائج أبحاث أكاديمية، أشار إلى البعض منها أحد الباحثين بقوله³⁰⁶: " أذكر أن طالبا أمريكيا من أصل عربي كتب قبل سنوات أطروحةً عنوانها التقريبي "هل كان يمكن للمتخصصين والشهود العدول توقُّع الحكم الذي سيصدره القاضي المالكي في خصومة معينة أمامه في فاس في القرن الثامن الهجري"؟؟ حاول الطالب الإجابة عن هذا السؤال الكبير، من خلال كتب الفتاوى والنوازل، ثم مختصرات المذهب ثم أفضى به البحث إلى كتب القواعد الفقهية، وكان جوابه بالإيجاب.

³⁰⁶ رضوان السيد، القواعد الأصولية والفقهية وضوابطهما، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية: القواعد الشرعية، ط4، 1433هـ/2012م، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية- سلطنة عمان، ص47 .

خلاصة الفصل

في نهاية هذا الفصل الذي راهن على أهمية منظومة القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي؛ باعتبارها محصنات من شأها أن تنير سبيل المجتهد(القاضي) في استخلاص مبادئ قانونية جديدة لم تسعفه في تجليتها نصوص القانون المصاغة، يمكن تسجيل النقاط التالية:

1. للاجتهاد - بصرف النظر عن طبيعة موضوعه - تعريفات عدة؛ تدور كلها حول بذل الجهد والوسع لمعرفة الحكم من دليله.
2. فكان الاجتهاد القضائي تبعا لذلك هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها المحددة.
3. فالإجتهاد القضائي إذن حالتان: اجتهاد في فهم النص، واجتهاد حال غيبة النص أو تكملة النقص الذي يعتريه.
4. والاجتهاد -بهذا المضمون- ركنه الإمام بالنصوص الشرعية أو القانونية محل التطبيق وفقه الواقع، وعمدته الارتباط بالأصل، ومبناه الثبات على المبادئ والمقاصد واستقصاء إرادة المشرع.
5. الواقع إن إطلاق وصف الاجتهاد على الممارسة القضائية إنما هو من باب التجوز، ذلك أن مهمة القاضي في أغلب الأحيان تطبيق النص القانوني الذي يتقدمه إعطاء تفسير سليم له متى كان غامضا. فهو بذلك استثمار لطاقة النص يروم إعطاء النص -محل الاجتهاد- المعنى المراد من لدن المشرع بما يحقق العدالة والإنصاف.
6. ضبط سلطة الاجتهاد القضائي بقيود وضوابط تُراعى في كل عملية استنباط للأحكام من المصدر الاحتياطي، مطلب تفرضه الغاية من إنشاء خطة القضاء، وضمانة تحفظ من الجموح والوقوع في مهاوي القناعات الداخلية والتأثيرات النفسية؛ التي غالبا لا تنجح في إخفائها مظاهر الحياد المفترض في القضاة؛

سيما في القضايا الأسرية التي لا يجادل باحث في أن الأحكام الصادرة فيها تتأثر - إلى حد كبير- بالمرجعية المحافظة أو الحداثية للقاضي.

7. للقواعد الفقهية أثر واضح في تبلور العقلية القادرة على التجميع والتأصيل للمسائل الفقهية المتناثرة؛ لذلك فإن تسلح القاضي بها في العملية الاجتهادية مطلوب، لأنها:

أ- أحاطت بالأحكام، فلا حاجة إلى استقصاء الجزئيات المتناثرة في الكتب، ولا إلى استقراء النصوص كلما ظهرت حاجة إلى معرفة فرع من الفروع؛ فهي وليدة الأدلة الشرعية؛ النقلية والاجتهادية. كما أن بعضها يرتد إلى قواعد العدل والإنصاف والمنطق السليم، وقانون الطبيعة؛

ب- تمنع فوضى الاجتهاد في تفسير وتطبيق النصوص القانونية ومصائبه، وتساعد في منهجته بآليات وضوابط ومسالك محددة لا يجيد عنها المجتهد، فلا يضل ولا يُضِلُّ؛

ج- تحقق مبدأ الاستقرار القانوني لمعرفة القواعد الفقهية المطبقة في ساحة الخصومة القضائية تسير على هديها الأحكام وتنقاد لها من غير اضطراب.

8. المقصود بفعالية القواعد الفقهية في العملية الاجتهادية: النتائج التي تترتب على حصول الاجتهاد وفق هذه القواعد، من حيث ضمان أعلى درجات الدقة والاتقان في العملية الاجتهادية، فيتغير الوضع من حال (الاضطراب والانحرام) إلى حال (الاستقرار والضبط) نتيجة لخضوع الاجتهاد القضائي لهذه القواعد.



فعالية التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المستند
إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري



الفصل الأول

مبررات ربط الاجتهاد القضائي الأسري بالتقعيد الفقهي

الفصل الثاني

التطبيقات القواعدية في المسائل التي لم يُنص عليها
في قانون الأسرة

ملهيّد

لا شك أن القاضي حينما يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 من ق.أ التي تحيل عليها -أي أحكام الشريعة الإسلامية-، فإنه لا يطبقها باعتبارها قواعد دينية، وإنما باعتبارها قواعد قانونية شأنها في ذلك شأن التشريع إن كان موجوداً، فيصطدم بقواعد قانونية مستقاة من مذاهب شتى، تحتم عليه أن يؤمّن لقضائه مسلكاً اجتهادياً يسعفه في الوصول إلى الحل الأنسب ببسر، ويجنبه مزلق التردد والتخير بين الآراء الفقهية المتعددة المفضية إلى التخبط والاضطراب، وينأى به عن المطاعن والنقض.

هذا المسلك يقوم رأساً على القواعد الفقهية، لما لها من تشابه ملحوظ - لا تحطئه حتى عين غير المختص - بالقواعد القانونية، بل لا غرو أن بعض القواعد القانونية في قانون الأسرة الجزائري هي في حقيقتها قواعد فقهية ألبست لبوساً قانونياً، وفق حقائق ومعطيات تاريخية، مما يجعل الدعوة إلى ربط الاجتهاد القضائي الأسري بها ما يبررها (فصل أول) ويبرهن على مدى الاستفادة منها في ترشيد الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة.

ثم أن اختبار التطبيقات القواعدية فيما لم يُنص عليه في ق.أ (فصل ثانٍ) أفضى إلى تقرير أن القواعد الفقهية هي مفاتيح الحل في المسائل المرسلة في هذا القانون وكذا النوازل المستجدة، وأن التوسل بها وتطبيقها في ساحة الخصومة القضائية الأسرية يضمن فعالية الاجتهاد القضائي ومنهجته.

الفصل الأول

مبررات ربط الاجتهاد القضائي الأسري بالتقعيد الفقهي

ينعقد هذا الفصل لتبرير الدعوة إلى ربط الاجتهاد القضائي الأسري بالقواعد الفقهية، تفعيلاً لنص الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 ق.أ)، من خلال التطرق إلى التكامل المنشود كشفه والتدليل عليه بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية المحتواة في قانون الأسرة.

ويتطلب الإمام بمحتويات هذا الفصل التركيز على إبراز أبعاد القواعد الفقهية في قانون الأسرة (مبحث أول)، ومراعاة هذه القواعد في فقه القضاء الأسري (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول

أبعاد القواعد الفقهية في قانون الأسرة الجزائري

تتجلى أبعاد القواعد الفقهية في قانون الأسرة الجزائري في سد ثغراته (مطلب

أول)، وتحقيق وحدة نظامه القانوني (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: سد ثغرات هذا القانون

الثغرات القانونية والاختلالات التشريعية في ق.أ كثيرة ومتنوعة، وأوجه القصور التشريعي فيه جليّة وواضحة سواء من حيث الصياغة والأسلوب (فرع أول) - كنتيجة للصناعة القانونية الهزيلة البعيدة عن الأسلوب المتين المحكم والدقيق-، والتي ترتب عنها نقائص تشريعية من حيث المحتوى والمضمون (فرع ثانٍ) كشفت بأن العديد من المسائل والأحكام في هذا القانون إما منظّمة بشكل مختصر مُخلٍ بحاجة لتتيميم وتفصيل أو غير مُنظّمة أصلاً بحاجة للتحديد، وذلك للحاجة الماسة إلى معرفة موقف المشرع منها.

الفرع الأول : ثغرات القانون من حيث الصياغة والأسلوب

التدليل على أن العديد من نصوص ق.أ ومواده صيغت بأسلوب يشوبه القصور والغموض والإبهام، نتج عنه اختلالات تشريعية في هذا القانون برمتها، يكون من خلال ملاحظات إجمالية (فقرة أولى)، وأخرى تفصيلية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : أوجه القصور التشريعي إجمالاً

يمكن إيراد أهم الملاحظات الإجمالية بخصوص القصور التشريعي في نصوص قانون الأسرة من خلال الآتي:

أولاً: قلة مواد وقصر حجمه (224) مادة فقط، وبالتالي هي غير مستوفية لكافة المسائل والأحكام الأسرية، بخلاف تشريعات أسرية عربية أخرى. فعلى سبيل المثال تضمنت مدونة الأسرة المغربية 400 مادة، ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية 314 مادة، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي 363 مادة، والكويتي 347 مادة... .

ثانياً: قلة التعديلات الواردة عليه: فعلى الرغم من مرور أكثر من ثلاثين سنة على

تطبيقه، لم يشهد إلا تعديلا واحدا (سنة 2005)، مع قيام مبررات ودواعي تدخل المشرع بالتعديل والتحين، تحقيقا لوحدة التطبيق القضائي؛ وبخاصة تقنين المسائل المرسلة المختلف فيها التي يكثر النزاع حولها في الواقع العملي، مثل دور الولي في عقد النكاح، وشروط الشاهدين فيه، وأثر التدليس (إخفاء العيوب من طرف أحد الزوجين) عليه... وغيرها من المسائل.

ثالثا: انحسار دائرة المسائل المشمولة بالتقنين: حيث يمكن رصد سريع عابر لنصوص مواد وفقراتها أن منهج الصياغة الذي اعتمده المشرع في هذا القانون متسم - غالبا - بالإجمال والإبهام، وعدم استيفاء لكثير من المسائل المهمة والمؤثرة، كذلك كثرة المسائل المرسلة؛ فما أغفل أكثر مما نص عليه، بل حتى تلك الأحكام المقننة فيه ورد أغلبها بأسلوب يُعوزه البيان والتفصيل وصياغة تستعصي على التفسير والتأويل.

رابعا: عدم إيراد التفاصيل اللازمة في العديد من المسائل. من أمثلة ذلك: إغفال النص على طبيعة التفريق القضائي بناء على طلب الزوجة (م/53 من ق.أ) هل هو فسخ أم طلاق؟ وهل هو طلاق رجعي أم بائن؟، وأثر الخلع على الحقوق المالية للزوجة (م/54 من ق.أ)، وضوابط العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (م/53 فقرة 2)، وأصناف ذوي الأرحام (م/168 من ق.أ)؛ إذ اقتصر المشرع على ذكر الصنف الأول منهم وأغفل بقية الأصناف الأخرى... .

خامسا: إلغاء المشرع لبعض الأحكام بموجب الأمر 05-02 دون أن يأتي بديل يبين موقفه من تلك المسائل الملغاة، نجد ذلك مثلا في نص المادة 20¹ التي ألغت الوكالة

¹ حررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي: ((يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة)) .

الخاصة في عقد الزواج، أو المادة 30² التي ألغت من المحرمات من النساء مؤقتاً التي تزيد عن العدد المرخص به شرعاً؛ موهمة بأن الزواج بالخامسة جائز...

سادساً: من ذلك أيضاً إلغاء المادة 39 من ق.أ³ التي ألغت المقتضى الموجب لإرضاع الأم ولدها(بند2)، والتي كانت توجب في بندها الأول على الزوجة طاعة زوجها باعتباره رئيس العائلة. وليس مهماً - في هذا السياق طبعاً- دوافع المشرع ومبرراته لإلغاء هذا الحكم بقدر أهمية نتائجه وآثاره المتمثلة في تعطيل حكم آخر مرتبط معه في المعنى والسياق، وهو النشوز المنصوص عليه في المادة 55 من ق.أ. كسبب للتفريق بين الزوجين، وتعويض الناشز منهما الآخر المتضرر؛ بحكم أن نشوز الرجل يماثل نشوز المرأة من حيث هو ترفع عن حسن المعاشرة، واستعلاء عن القواعد والحدود التي وضعها الله ﷻ لضمان صلاح مؤسسة الزواج.

و نشوز الرجل محدد ومنضبط بعدم تأدية الزوج لواجباته، وإساءة العشرة. قال الإمام ابن العربي: "وعليها الطاعة...وعليه-أي الزوج- أن يبذل المهر والنفقة، ويحسن العشرة، ويحجبها، ويأمرها بطاعة الله تعالى، ويرغب إليها شعائر الإسلام من صلاة وصيام"⁴. وقال الجصاص- في معنى المعاشرة بالمعروف- " أن يوفيهما حقها من النفقة

² حررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي : ((يحرم من النساء مؤقتاً: المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة، والمطلقة ثلاثاً، والتي تزيد عن العدد المرخص به شرعاً...)).

³ حررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي : المادة 39 : يجب على الزوجة:

1. طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة؛

2. إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم؛

3. احترام والدي الزوج و أقاربه.

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن ، مرجع سابق، ج 1 ص 415-416.

والمهر والقسم⁵.

فإن أدى الزوج ما عليه من حقوق والتزامات، " فأوفى المرأة حقها في الصداق المعجل (م/9 مكرر و15 و16 ق.أ)، وحقها في النفقة الزوجية (م/74 وما يليها من ق.أ)، وحقها في المسكن الزوجي المستقل عن أهل الزوج (م/72 و78 ق.أ)، وكذا حقها في حسن المعاشرة (م/36 ق.أ المعدلة)؛ أصبحت الطاعة الزوجية واجبة على الزوجة شرعا (م/222 ق.أ) ⁶ تحت طائلة النشوز.

فمفهوم الطاعة الزوجية مدخل مهم في تحديد مقتضيات نشوز الزوجة، الذي يترتب عليه سقوط حقوقها الزوجية، مثل ما أشار إليه قرار للمحكمة العليا: ((... أن الزوجة امتنعت عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام نهائية، فإن موقفها هذا يعتبر نشوزا منها وبالتالي فإن الزوجة الناشز تفقد حقوقها الزوجية من النفقات وغيرها))⁷، وقرار آخر: ((متى كان من المقرر شرعا- أن سقوط النفقة على الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض))⁸.

⁵ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن. ضبط نصه وخرج آياته: عبد السلام محمد علي شاهين، ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م) ص 132.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 532.

⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا(المجلس الأعلى سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1986/03/05 ملف رقم (41718)، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق.

⁸ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1984/07/09، ملف رقم (33762)، م.ق، 1989، ع4، ص 119.

سابعاً : تشريع مقتضيات جديدة دون تفعيل؛ فبموجب المادة(3 مكرر) من قانون الأسرة تم الارتقاء بجهاز النيابة العامة في قضايا الأسرة، من مجرد طرف ثانوي منضم إلى طرف أصلي رئيسي في الخصومات العائلية. ويعكس هذا - بجلاء - طبيعة الخيارات السياسية والاجتماعية التي عوّل عليها المشرع، والتي تلتقي حول مقصد حماية الأسرة ومن ثمّ حماية المجتمع.

لكن لم يوضح هذا القانون أساليب تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة، ولا نطاق وحدود هذا التدخل، ولم يُنظم الاختصاصات والصلاحيات المسندة لجهاز النيابة العامة في قانون الأسرة⁹، ولم يُشير إلى الوسائل والأدوات المتوفرة لإنجاح هذه الاختصاصات والمهام. لأنه بدون الكشف والفهم لهذه الاختصاصات لا يمكننا تقييم فعالية هذا الدور الجديد المسند للنيابة العامة، لا سيما في ظل انعدام المذكرات التوضيحية لهذا القانون.

الفقرة الثانية : نماذج من أوجه القصور التشريعي تفصيلاً

من أهم الملاحظات التفصيلية التي تدعو إلى ضرورة إعادة النظر في الصياغة الفنية للعديد من نصوص ق.أ- وإلى أن يتحقق ذلك، لا مناص من الاسترشاد بالقواعد الفقهية في تكملة قصور نصوص هذا القانون، وتبليّة معانيها؛ فهي عمدة القاضي وعدّته، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب - نسوق:

أولاً: المادة 4 التي عرفت عقد الزواج بالقول: ((الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...)) لم تشر إلى واحدة من أهم خصائصه، "الديمومة

⁹ اللهم إلا بعض الأدوار التي نص عليها ق.إ.م.؛ مثل تطبيق المقتضيات الخاصة بانحلال العلاقة الزوجية، وذلك من خلال حضورها في الدعاوى المتعلقة بالطلاق، تحت طائلة الطعن في الحكم القضائي الصادر في غيابها طبقاً للمادة 438 من هذا القانون.

والتأييد¹⁰. فرمما فتحت هذه الصياغة الباب للاستنتاج بأن زواج المتعة- المبني على التأقيت- جائز، وقد جاء حكم الشرع بـ " أن النكاح يُعقد للأبد ولا يجوز فيه الأمد"¹¹، و "إن الدخول في عقدة النكاح على التوقيت والتأجيل يقربه من عقود الإجازات والأكرية، ويخلع عنه ذلك المعنى المقدس الذي ينبعث في نفس الزوجين من نية كليهما أن يكون قرينا للآخر ما صلح الحال بينهما"¹².

ثانيا: صرحت المادة 6 من ق.أ في فقرتها الأولى بأن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، بينما سمحت فقرتها الثانية بالجمع بين الفاتحة بالخطبة والعقد في مجلس واحد، واعتبرت ذلك زواجا مكتملا بإنجاز أركانه المنصوص عليها في المادة 9 مكرر.. كل ذلك دون تحديد للطبيعة القانونية للفاتحة؟ وما المقصود بالفاتحة أساسا في عرف هذا القانون؛ هل المقصود مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة للتبرك؟ أم المقصود خطبة النكاح التي تُتلى في مجلس العقد الشرعي (العربي)؟

ثالثا: تثير صياغة الفقرة 2 من المادة 08 ((يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة...)) إشكالا، حيث تتحدث عن إخبار الزوجة السابقة، ولم تتحدث عن الزوجات السابقات، فهل هذا يعني أن موافقة الزوجة الأولى على الزوجة الثانية هي موافقة ضمنية على الزوجة الثالثة والرابعة؟ أو أن التعدد مسموح به في حدود زوجتين فحسب!؟

¹⁰ مثلا: عرفت المادة 4 من مدونة الأسرة المغربية الزواج بالقول: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام".

¹¹ ابن العربي، أبو بكر، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تح: د. محمد عبد الله ولد كريم، ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1992) ص 722.

¹² ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 160.

رابعاً: في السياق ذاته يُفهم من صياغة المادة 8 في فقرتها الثالثة أن المشرع جعل ترخيص القاضي بتعدد الزوجات جوازياً عند تحقق شروطه المنصوص عليها وليس وجوبياً ((يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد...)).

أي أن رئيس المحكمة (القاضي) بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة الأولى وكذا المرأة المقبل على الزواج منها، ويُثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير شروط ونية العدل، تبقى له السلطة التقديرية بالإذن بالزواج للمتزوج من عدمه، وهذا يجعل القاضي قاضياً على الحق لا قاضياً به.

خامساً: ازدواجية المصطلحات في التعبير عن حكم واحد في مادة واحدة: حيث نصت المادة 17 ((في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو رثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين)).

سادساً: تعرض المشرع في المادة 47¹³ لطرق انحلال الرابطة الزوجية بصياغة توحي بانحصارها في الطلاق والوفاء، والأمر ليس كذلك، بدليل أنه - المشرع - نص على الفسخ كطريق آخر لانحلال الرابطة الزوجية (م/ 8 مكرر 1، م/33).

سابعاً: استعمال المشرع مصطلحات غير منسجمة مع المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية الأخرى، كما هو الشأن في نص المادة 116 التي عرف فيها الكفالة بأنها: ((التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتم بعقد شرعي)).

¹³ التي نصها: ((تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة)).

فالأكد أن المشرع لم يكن قصده من عبارة : "وتتم بعقد شرعي" اشتراط الشكلية لقيام عقد الكفالة ؛ لأن الشكلية في منظور القانون الجزائري تعني الكتابة الرسمية أو العرفية؛ فهناك العقد الرسمي، والعقد العرفي، أما العقد الشرعي فلا وجود له في المنظومة القانونية. فيكون المقصود بالشرعي في نص هذه المادة: "المنسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية".

ثامنا: من ذلك أيضا عبارة " المبرر الشرعي " الواردة في المادة 8، التي تحتل على الأقل معنيين، أحدهما: السبب الشخصي، أو السبب الموضوعي الدافع للزوج إلى التزوج على زوجته، مثل مرضها أو إصابتها بعاهة حائلة دون المعاشرة والاستمتاع أو الإنجاب أو... والآخر القيود والشروط التي طلب الشارع توفيرها من مريد التعدد¹⁴.

وكان حريا بالمشرع التعبير عن بلفظ "المبرر القانوني" انسجاما مع المنشور الوزاري 84-102 الصادر في 1984/12/23 المتضمن تفسير وتطبيق المادة 8 من قانون الأسرة الذي حصر المبررات المبيحة لزواج التعدد في المرض المزمن والعقم¹⁵.

تاسعا: لم يتحرر المشرع - في العديد من المواطن- الانسجام الواجب مراعاته بين مواد هذا القانون المرتبطة في المعنى والسياق، أو المرتبطة بنصوص قوانين أخرى، وأن المواد القانونية يكمل بعضها بعضا، وإن صياغة القانون بصفة عامة يُراعى فيها هذا التكامل والانسجام.

¹⁴ وإن كنا نجزم بكل يقين أن المعنى الأول هو المقصود من عبارة " المبرر الشرعي " ، بدليل أن المشرع نص على القيود والشروط الشرعية بعبارة: "وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية " عطفاً على عبارة "المبرر الشرعي " ، مما يعني أن قصده كان إضافة معنى جديد لا التأكيد على معنى سابق؛ فالتأسيس أولى من التأكيد.
¹⁵ محدة، محمد، سلسلة فقه الأسرة، ج1 (ط:2؛ لا.م: لا.ن، 1994) ص ص 393-394.

من ذلك - مثلاً - نص المادة 32 من ق.أ.¹⁶ التي عدلت بالأمر 05-02، أُقحم دون أن يكون منسجماً مع نص المادة 35¹⁷ من نفس القانون. بيان ذلك أن المادة الأولى حكمت ببطالان الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج والعقد معاً؛ في حين ألغت الثانية الشرط المنافي، وجعلته غير لازم، وصححت العقد.

ومن ذلك أيضاً: مساواة المشرع بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه وحكمه ببطالانها مطلقاً في نص المادة 85 من ق.أ.¹⁸، في حين أن السفيه ناقص الأهلية فقط؛ ونقصان الأهلية يترتب عليه البطلان النسبي (القابلية للإبطال) وفقاً للمادة 43 من ق.م.¹⁹.

عاشراً: من نماذج الصياغة المعيبة في ق.أ. أن بعض نصوصه يناقض بعضها بعضاً، بل تناقض أحكام الشريعة الإسلامية أحياناً.

فوفقاً لنص المادة 49 من ق.أ. ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر(3) ابتداء من رفع الدعوى)) يكون المشرع قد نفى اعترافه بأي طلاق يقع خارج ساحة القضاء، بعد أن سبق له

¹⁶ ونصها: ((يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)).

¹⁷ التي جاء فيها: ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً)) . ولعل الوفاء لمذهب الإمام مالك؛ الذي يرى كراهية الاشتراط في عقد الزواج هو الذي أربك المشرع في التعبير عن الحكم بالمعنى المنصوص عليه فقهاً. فمذهب المالكية كراهية الشروط التي لا تنافي العقد ولا تناقضه، وأنها تُلغى ولا تلزم، ففي مختصر ابن الحاجب: " .. وما لا يناقضه يُلغى، فإن كان لها فيه غرض مثل ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من بلد أو بيت فمكروه، قال مالك: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك، وليس بلازم ". ابن الحاجب، عمر جمال الدين، جامع الأمهات (ط: 1؛ دمشق - بيروت: دار اليمامة للطباعة، 1419هـ / 1998م) ص 278.

¹⁸ ونصها: ((تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه)).

¹⁹ ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون)).

الاعتراف بحق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة في المادة 48 في عبارة "ويتم بإرادة الزوج"، ما يفرغ هذه العبارة من محتواها؛ فلا وجود لهذه الإرادة من الناحية العملية، لأن الطلاق لا يكون إلا بحكم من القضاء.

ومعلوم أن إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق بحكم قضائي نهائي يصدره القاضي، يندرج ضمن الطلاق البائن بينونة صغرى في الفقه الإسلامي²⁰، الذي من أهم آثاره: انحلال الرابطة الزوجية بصورة نهائية، بحيث لا يمكن التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما أثناء العدة؛ لانتفاء سبب التوارث بينهما، كون الزوجين أصبحا أجنبيين عن بعضهما، ولو كانت الزوجة تعتد من هذا الطلاق فالعبرة بأنه بائن. لكن المشرع جعل الطلاق البائن سببا في التوارث في نص المادة 132 ((إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث))، وفي هذا مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ونكاد نجزم بأن نية المشرع لم تكن فرضاً قيداً قانونياً مؤداه أن واقعة الطلاق لا يمكن أن تنشأ إلا بحكم القاضي به؛ لأن الأصل في الطلاق أن يقع نافذاً ناجزاً منتجاً لآثاره فور تلفظ الزوج به، وإنما كانت إرادته متجهة فقط لجعل الطلاق تحت رقابة القضاء، حفاظاً على تماسك الأسرة، وضمناً لحق الزوجة والأولاد.

أو لعل إرادة المشرع من إخضاع الطلاق لرقابة القضاء، أتجهت إلى وجوب الإشهاد على الطلاق عملاً برأي ابن حزم²¹. وذلك اعتماداً على أن الطلاق في الفقه

²⁰ الطلاق البائن بينونة صغرى عند الفقهاء أربع صور: طلاق الحاكم أو القاضي، والطلاق على مال (الخلع)، وانتهاء عدة المطلقة رجعيًا من غير إرجاعٍ للزوجة، وطلاق غير المدخول بها. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 9 ص 407.

²¹ في قوله: "وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل، متعدداً لحدود الله تعالى...". في إشارة

الإسلامي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يتم بإرادة الزوج المنفردة²².

يؤكد هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها ((أن الطلاق بالتراضي ليس حكما ولا يمكن وصفه بالابتدائية أو النهائية كما لا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا بالتزوير))²³. حيث اعتبرته مجرد إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق.

وفي قرار آخر ((اعتبرته -الطلاق بالتراضي- صلحا بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بينهما بالتراضي حيث لا يتعدى دور المحكمة والقاضي الإسهاد على هذا الاتفاق فقط))²⁴.

الفرع الثاني : ثغرات القانون من حيث المحتوى والمضمون

صور ومناسبات القصور التشريعي من حيث المحتوى والمضمون في ق.أ كثيرة، وموضوعاتها متعددة، أسفرت عن تفاحش المسائل المرسله في هذا القانون؛ بل حتى تلك الأحكام المقننة فيه ورد أغلبها في مواد مجملة تحتاج إلى البيان والتفصيل، أو غامضة مبهمه تستعصي على التفسير والتأويل، ما يجعل الدور الاجتهادي لقاضي شؤون الأسرة متعاظما ومجاله متسعا. من هذه المسائل مثلاً:

إلى قول الله ﷻ: ﴿ وَأَشْهُدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّكَاةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق، 2]. ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 251.

²² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (ط:4؛ بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005) ص 232.

²³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2000/05/23، ملف رقم (243943)، م.ق، ع.خ، 2001، ص 112.

²⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/06/03، ملف رقم (259475)، ن.ق، 2006، العدد 58، ص 191.

المسألة الأولى : موقف المشرع من توثيق عقد الزواج

لم يحسم المشرع موقفه من الشكلية في عقد الزواج (التوثيق)؛ هل هي مطلب لانعقاده؟ أم وسيلة في إثباته؟ ذلك أن الزواج المنصوص عليه في المادة 6 فقرة 2 من ق.أ.²⁵، هو عقد ينقصه الشكلية (التوثيق) امتثالا للنظام العام الذي ألزم به المشرع في نص المادة 18²⁶ التي أوجبت توثيق عقد الزواج، وأن يتولى ذلك الموثق أو موظف مؤهل قانونا، وكذلك في نصوص مواد قانون الحالة المدنية²⁷.

واعتراف المشرع بالزواج الذي ينقصه التوثيق (الزواج العرفي)، وجعله في مركز واحد مثل الزواج المستوفي لشرط التوثيق تماما، هو ذريعة للتحايل على القانون بالقانون، وذلك لمواجهة بعض القيود؛ كقيد التعدد، ورفض طلبات الزواج بالقاصرات من قبل القضاء...

والدليل على ذلك أن أقسام شؤون الأسرة تستقبل يوميا أعدادا معتبرة من طلبات إثبات الزواج العرفي، حيث يتقدم الزوجان أمام القضاء معترفين بأنهما كانا يتعاشران معاشرة الأزواج، مدعين اعترافهما بشهادة شهود غالبا ما يكونون من أفراد العائلة أو من الأصدقاء، فلا تملك المحكمة إلا أن تصدر حكما بثبوت الزوجية بأثر رجعي، وتبعا لذلك ثبوت نسب المولود الذي قد يكون في الأصل ثمرة علاقة غير شرعية أو جريمة اغتصاب...

²⁵ في نصها: ((غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون)).

²⁶ ونصها: ((يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين (9 و9 مكرر) من هذا القانون)).

²⁷ من ذلك - مثلا - المادة 71: يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج ((.

وارتباطا بأهمية القواعد الفقهية في هذا السياق، يجوز القول بأن القاعدة الفقهية الكبرى "لا ضرر ولا ضرار" ذات التطبيقات الواسعة في الفقه الإسلامي، وما يندرج تحتها من قواعد أقل شمولاً منها، بإمكانها أن تُضفي قوةً الشرط الشرعي على توثيق عقد الزواج.

فتطبيق القاعدة على هذه المسألة يُفضي إلى اعتبار جميع أنواع الزيجات الجائزة شرعاً صحيحة ما لم يكن فيها ضرر أو إضرار بالآخرين، فإن شأها ضرر كانت بخلاف ذلك.

والاعتراف بالزواج الذي تنقصه الرسمية (التوثيق) يترتب عليه ضرر بالغ للزوجة أولاً؛ حيث تكون عرضة للإنكار عند التنازع أو موت الزوج، ولربما أتهمت في عرضها فامتدت إليها ألسنة السوء بالطعن في شرفها والريبة في علاقتها، والمسلم لا يضع نفسه موضع التهمة والشك.

وإن غاب عنها هذا الزوج وطالت غيبته وانقطعت أخباره، لا يكون بمقدورها طلب التطلق لغيبة الزوج²⁸، وحينئذ تبقى معلقة، لا هي متزوجة تنعم بحياتها مثل سائر الزوجات، ولا هي حرة تستطيع أن تتزوج بآخر.

وليت الأمر يتوقف عند هذا الحد، فإن طُلقت - لا قدر الله - قبل توثيق الزواج فقدت حقوقها في النفقة والمسكن ومؤخر الصداق، لأن المشرع جرّد الطلاق الذي يتلفظ به الزوج من كل قيمة قانونية، ولم يعترف إلا بالطلاق الصادر بحكم من المحكمة (م/49 ق.أ). وليس بخافٍ ما يتعرض إليه الأولاد ثانياً من مخاطر عند السعي لإثبات نسبهم وإدخالهم ضمن الورثة الشرعيين عند وفاة الزوجين أو أحدهما.

²⁸ وذلك طبقاً لنص م/53 فقرة 5 من ق.أ.

وهذه الأضرار والمفاسد ينبغي منعها ووضع حد لها؛ لأن الضرر في كل الشرائع السماوية والوضعية مدفوع بالاستناد إلى قاعدة "الضرر يُزال".

صحيح أن "الضرر لا يُزال بمثله"، ولكن في حال تزامن الأضرار وانعدام التوفيق بينهما فإن معيار التفاضل يكون على أساس دفع أعلى الأضرار أو المفاسد وإن وقع أدناها والحال ذاته مع المصالح، إذ في حال تزامنها يتم تحصيل أعظم المصالح وإن فات أدناها؛ فـ "يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ويقدم النفع العام على النفع الخاص"، و "إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر"، فهذا هو الأساس الذي بنيت عليه الشريعة الإسلامية: جلب المصالح وتحصيل المنافع قدر الإمكان وألا يقع التفويت في شيء منها، أما إذا تزامنت وتعذر تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض، كانت الأولوية لأهمها وأشدها طلبا للشارع.

وبناءً عليه، فلئن أصبح الزواج الموثق في هذا العصر هو الأصل، أي الصورة القانونية الصحيحة لعقود الزواج، تكون كل الروابط الزوجية التي تتم دون خضوعها للرسمية (التوثيق) مُجرّمة لا يعترف بصحتها إلا في حالة الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

المسألة الثانية : حكم الصداق في الطلاق قبل الدخول بسبب من الزوجة

نص المشرع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة، وهو: حالة الطلاق قبل الدخول ((تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول))، دون تمييز بين ما إذا تمّ الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، ومن غير بيان لشروط استحقاق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول.

وقد اتفق الفقهاء على وجوب نصف المهر للزوجة بالفرقة قبل الدخول، ... إذا كان المهر مسمى حين العقد، وكانت التسمية صحيحة والفرقة جاءت من قبل الزوج²⁹.

هذا يعني أن الفقهاء أوجبوا - كي تستحق الزوجة نصف المهر - أن تقع الفرقة قبل الدخول بسبب من الزوج عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا كَلَّمْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة، 237]. أما إذا كانت الفرقة بسبب من الزوجة فإنها لا تستحق شيئاً.

وقد صاغ فقهاء الحنابلة هذا الحكم في ضابط: "كل فرقة قبل الدخول من قبل المرأة يسقط بها مهرها"³⁰. قال ابن رجب في تعليل هذا الضابط: "الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لإزالة ضرر حاصل، فإذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين على الآخر إلى ما بذله سليماً كما خرج منه، فلا حق له في غيره، بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر، فإنه يحصل به للمرأة انكسار وضرر فيجبره الشارع بإعطائها نصف المهر"³¹.

المسألة الثالثة : مصير الزواج في حالة ردة الزوج

ألغى المشرع الأسري النص على الردة كسبب موجب لفسخ الزواج والتفريق بين الزوجين في نص المادة 32 ((يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى

²⁹ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص 293.

³⁰ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7 ص 211.

³¹ ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 332.

ومقتضيات العقد³²). مما يجعل التساؤل عن حكم الزواج في هذه الحالة في ق.أ.جدياً ومُلحاً.

وتؤكد جدية هذا التساؤل كون النص بهذه الصياغة وضع قاضي شؤون الأسرة - باعتبار أن فسخ عقد الزواج بيد السلطة القضائية - في حيرة من أمره؛ هل يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية لاستمداد حكم هذه المسألة تطبيقاً لنص الإحالة (م/222 ق.أ)؟ أم يستنبط الحكم بالقياس على حكم الردة بالنسبة إلى الميراث؟ أي ما دام أن المشرع الأسري عدّ الردة مانعا من موانع الميراث تكون من موانع الزواج من باب أولى؟

أم يتكلف في تأويل نص المادة 30 من ق.أ. ((يحرم من النساء مؤقتاً:.... زواج المسلمة مع غير المسلم))، بالقول بأن عدم إسلام الزوج مانع للزواج بالمسلمة ومبطل له ابتداءً، فيكون باطلاً دوماً وانتهاءً³³؟

وردة الزوج في الشريعة الإسلامية مُوجبة للتفريق بينه وبين زوجته في الحال إذا كان قبل الدخول، والخلاف بين الفقهاء حول طبيعة الفرقة التي تقع في الردة بعد الدخول، هل هي طلاق أم فسخ؟ ومتى تحصل الفرقة؟ هل تقع الفرقة في الحال أم تتوقف على انقضاء العدة؟

وحكم هذه المسألة من القواعد الفقهية - التي هي ملاذ القاضي وفق ما يدعو إليه

³² حررت في ظل القانون رقم 84-11: ((يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج)).

³³ كما ذهب إلى ذلك الأستاذ تشوار، جيلالي "ومن ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردة مانعا من موانع الميراث، فأولى أن تكون مانعا من موانع الزواج". حق الأشخاص في اختيار ديانتهم وموقف الدساتير والقوانين المغاربية للأسرة منه. م.ج.ع. ق.إ.س، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع03، 2010، ص 277.

البحث- يندرج تحت قاعدة : "الرّدّة مُحِبطة للعمل السابق"³⁴، أي يترتب عليها بطلان العمل- والزواج عمل- وفساده في الدنيا والآخرة؛ فلا قيمة ولا وجود له في الدنيا ولا ثواب عليه في الآخرة.

وضابط : "اعتبار الدين في الكفاءة أصلاً".

الكفاءة (مصدر) من المساواة والمماثلة وكل شيء ساوى شيئاً فهو مكافئ له. والكفاء: النظير³⁵. والكفاءة في الزواج هو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسيها ودينها ونسبها وبيتها وغير ذلك³⁶، أو هو كون الزوج نظير الزوجة.

والمعنى: أن المعتبر ضابطاً في كفاءة الرجل للمرأة هو الدين؛ إذ أنه الضابط الذي يُعوّل عليه، وبه وردت نصوص الشرع. يقول الإمام ابن القيم " فالذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبار الدين في الكفاءة أصلاً وكمالاً فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر ولم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة أمراً وراء ذلك، فإنه حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث ولم يعتبر نسباً ولا صناعة ولا غنى ولا حرية فجوز للعبد القن نكاح الحرة النسبية الغنية إذا كان عفيفاً مسلماً"³⁷.

المسألة الرابعة : ميراث المطلقة طلاقاً بئناً في مرض الموت

أغفل المشرع الجزائري النص في قانون الأسرة على حكم طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه - كالمحكوم عليه بالإعدام مثلاً -، وعلى إرث طليقته؛ هل تستحق

³⁴ القاعدة 372 من قواعد المقرري، مرجع سابق، ج 2 ص 577.

³⁵ مختار الصحاح، مرجع سابق، ج 1 ص 239.

³⁶ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 1 ص 139.

³⁷ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5 ص 159-160.

الإرث أم لا تترث؟ ما يجعل المسألة مندرجة في دائرة "المسائل المرسلة" ، يتعين استمداد حكمها من أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بنص الإحالة (م/222 ق.أ).

ومعلوم أن طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي واقع بلا خلافٍ سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، وترثه ما دامت في العدة من طلاق رجعي³⁸ ، واختلف في ميراث المطلقة فيه - مرض الموت - طلاقاً بائناً إلى أقوال:

- لا ميراث لها لانقطاع آثار الزوجية³⁹؛
 - ترثه ما دامت في عدتها فقط ولا ترث بعد العدة⁴⁰؛
 - ترثه ما لم تتزوج⁴¹؛
 - ترثه مطلقاً أثناء وبعد انقضاء العدة سواء تزوجت أو لم تتزوج⁴².
- ويتبين بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي أن المحكمة العليا قضت بوقوع الطلاق في مرض الموت، واستحقاق المطلقة الإرث ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها-لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث- ، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود⁴³.

ويعد هذا دليلاً حاسماً على توظيف الاجتهاد القضائي الأسري للقواعد الفقهية

³⁸ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7 ص 452.

³⁹ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج10 ص 218؛ ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، مج4 ص 340-341.

⁴⁰ المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج2 ص 291؛ ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج9 ص 196؛ أطفيش، شرح كتاب النيل، مرجع سابق، ج7 ص 497.

⁴¹ ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج9 ص 196.

⁴² ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، مج17 ص 264؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 248.

⁴³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم(179696)، م.ق. 2001، ع.خ، ص 98.

واستحضرها في تعليل الأحكام والقرارات، ومؤشرا على الاعتداد بها كأداة لفهم قانون الأسرة واستنباط الأحكام منه.

المسألة الخامسة : النظام القانوني للعان

لم يتعرض المشرع الأسري في ق.أ إلى اللعان كطريق لنفي النسب بالتفصيل الكافي، فلم يذكر شروطه ولا آثاره، واقتصر على الإشارة إليه في نص المادة 41 ((ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة))، ثم عدّه - بالذکر- في المادة 138 ((يمنع من الإرث اللعان والردة)) من موانع الميراث، وهو ما يعني ضمنا أنه اعتبر اللعان طريقا حصريا لنفي النسب وفقا لنص الإحالة الوارد في المادة 222.

والجدير بالذكر أن بعض مسائل اللعان كانت محل اضطراب الاجتهاد القضائي، فبعدما تبنت المحكمة العليا اجتهادا يوجب التعجيل باللعان معللة ذلك بأن ((من المبادئ الشرعية، أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا...))⁴⁴، تراجعت عن ذلك وبررت بأن ((.. من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام))⁴⁵، وأن ((مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل))⁴⁶.

⁴⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1985/02/25، ملف رقم(35934)، م.ق. 1989، ع1، ص 83؛ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/07/16، ملف رقم(76343)، م.ق. 1991، ع3، ص 75.

⁴⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم(99000)، م.ق. 2001، ع.خ، ص 64.

⁴⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/12/25، ملف رقم(296020)، م.ق.

ومعلوم أن مسألة وقت نفي الولد باللعان خلافية في الفقه الإسلامي. فلا لعان عند الحنفية قبل الولادة (وضع الحمل) إلى سبعة أيام عند أبي حنيفة، وإلى نهاية فترة النفاس عند صاحبيه⁴⁷.

ويجب التعجيل باللعان عند المالكية، ونفي الحمل على الفور إذا علم به، ولا يؤخره إلى حين وضع الحمل على المشهور، فإن لم يفعل بلا عذر لم يكن له نفيه بعد الولادة⁴⁸.

وللشافعية في المسألة قولان: فيحوز أن يلاعن لنفي نسب الحمل قبل وضعه على الفور، وله أن ينتظر الوضع إذا لم يتيقن الحمل، ولا يؤخر ذلك إلا لعذر في القول الجديد، وفي القديم روايتان: إحداهما جواز تأخير اللعان إلى ثلاثة أيام، والأخرى له النفي متى شاء ولا يسقط إلا بإسقاطه⁴⁹.

واختلف الحنابلة في صحة نفي الحمل قبل وضعه، واشتروا التعجيل باللعان وفق ما جرت به العادة من غير تراخٍ إلا لعذر⁵⁰.

تلك نماذج وعيّنات لم يكن القصد من إيرادها حصر الاختلالات التشريعية في ق.أ، ولا استقصاء المسائل المرسلة، وإنما الاقتصار على القدر الذي تتوضح به الفكرة وتبين؛ لأن حصر واستقصاء المسائل التي تُبرز الصعوبة التي يجدها قاضي شؤون الأسرة

2004، ع1، ص 289.

⁴⁷ انظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل علي عبد الموجود، ج5 (ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ / 2003م)، ص55.

⁴⁸ ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، مج17 ص ص 216 وما بعدها.

⁴⁹ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3 ص 499 وما بعدها.

⁵⁰ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج11 ص 160-162.

والعبء الكبير والمسؤولية الجسيمة التي تقع عليه، في مهمة تحقيق الاستقرار القانوني في مجال المنازعات المتعلقة بالأسرة تحت راية هذا القانون⁵¹ أمر يطول، لا تسمح به مساحة هذا المقطع من البحث.

ويجدر -على ضوء ما تم تحليله- بقضاة شؤون الأسرة اللجوء إلى القواعد الفقهية ملء الفراغات الناتجة عن سكوت النصوص حماية لحقوق المتقاضين في ظل هذا القانون، بحيث يكونون واثقين منها مطمئنين عليها وعلى مصيرها وأنه لا توجد ثغرات وفراغات تهدد تلك الحماية، لأن القواعد الفقهية تسدها وتملؤها في كل الأحوال.

المطلب الثاني : تحقيق وحدة نظامه القانوني

المقصود بأهمية القواعد الفقهية في تحقيق وحدة النظام القانوني للتشريع الأسري، هو إبراز كيف تُسهم هذه القواعد في تحقيق الانسجام المُفترض بين قواعده القانونية

⁵¹ أسند القانون الجزائري التدخل القضائي في القضايا المتعلقة بالأسرة لقسم شؤون الأسرة (القاضي الأسري)؛ حيث أناط به الاختصاصات التالية:

- النظر في الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية والحلال الرابطة الزوجية وتوابعها؛
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة؛
- دعاوى إثبات الزواج والنسب؛
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة؛
- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم (م/423 ق.إ.م.إ.).

كما يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر (م/424 ق.إ.م.إ.)، ويمارس صلاحيات قاضي الاستعجال ويمكنه الاستعانة بأهل الاختصاص في المجال الطبي والاجتماعي أن يلجأ إلى الاستشارة كالأستعانة بطبيب نفسي لمعرفة أسباب نفور الزوجين من بعضهما (م/425 ق.إ.م.إ.). وإلى جانب تلك المهام، أناط قانون الأسرة الجزائري بقاضي شؤون الأسرة مهاماً أخرى ذات صبغة قضائية تتمثل في البت والفصل في الطلبات المتضمنة:

- الإذن بزواج الفتى أو الفتاة دون بلوغ سن الزواج (م/7 ق.أ.)؛ - الإذن بتوثيق الزواج (م/22 فقرة 3 ق.أ.)؛ - يتولى زواج القاصر في حالة عدم وجود وليه الشرعي، بحيث يمكنه أن يحصل على إذن بالزواج من رئيس المحكمة باعتبار القاضي ولي لمن لا ولي له (م/11 فقرة 2 ق.أ.).

وتوضيح تماسكها وترابطها والتوفيق بين أحكامها ومقتضياتها القانونية في مناسبات التعارض بين هذه القواعد القانونية الملحوظة في القانون، كما هو الشأن - مثلاً - بالنسبة للشقاق المستمر واشتداد الخصام بين الزوجين (فرع أول) كأحد أسباب التطلق؛ هل هما مفهومان متطابقان أم متباينان؟ وما تأثير ذلك على إجراء الصلح (فرع ثانٍ) الذي اعتمده المشرع كإستراتيجية لحماية الأسرة.

الفرع الأول: الشقاق المستمر واشتداد الخصام بين الزوجين... تطابق في المفهوم أم تباين

أدرج المشرع الأسري بموجب التعديل الذي عرفته المادة 53 من ق.أ سببا جديدا من أسباب التطلق، نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة المذكورة: ((يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: ... 8- الشقاق المستمر بين الزوجين...))، الأمر الذي يصبح معه التساؤل عن مفهوم الشقاق المستمر الوارد في هذه المادة مُلحاً؛ فهل هو الشقاق (الخصام الشديد) الذي نصت عليه المادة 56؟ (فقرة أولى) أم هو شقاق من نوع خاص؟ باعتبار أن نظرية التطلق للشقاق تفرض بعث حكيمين، وهو ما لم يُشر إليه المشرع في المادة 53 فقرة 8 (فقرة ثانية)، وفيم تكمن الفوارق التشريعية بينهما (فقرة ثالثة)؟

الفقرة الأولى : مفهوم الشقاق المستمر المنصوص عليه في المادة 53 فقرة 8 من قانون الأسرة

لم يُعرّف المشرع الشقاق المستمر بين الزوجين في نص هذه المادة (أولاً)، ما يستوجب استنباطه مما ذهب إليه الاجتهاد القضائي (ثانياً).

أولاً : تعريف الشقاق المستمر في قانون الأسرة

الشقاق لغة : مشتق من الفعل : (شق) ، ويأتي على عدة معان منها: الصدع، والخلاف، والعداوة، والشَّقُّ الصدع في عود، أو حائط، أو زجاجة، شقه يشقه شقاً فانشق، وشققه فتشقق، والشقاق تشقق الجلد من برد أو غيره في اليدين والوجه، وقال الأصمعي: الشقاق في اليد والرجل من بدن الإنسان، والحيوان⁵². وفي لسان العرب: المشاقَّة والشُّقاق: غلبة العداوة والخلاف، شاقه مشاقَّةً وشقاقاً: خالفه. وقال الزجاج في قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ الصَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ ﴾ [الحج، 53] الشقاق العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين، سمي ذلك شقاقاً لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه⁵³.

وليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء غير أن المفسرين تناولوه بتعريفات تُقارب بل تكاد تنطبق على تعريفه في اللغة، فقليل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق، وهو الجانب فكأن كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشق على صاحبه فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة⁵⁴.

أما في الاصطلاح القانوني فيعرف بأنه "الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين

⁵² ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، مرجع سابق، ج2 ص491؛ الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج1 ص144.

⁵³ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة (شقق)، ج10 ص183.

⁵⁴ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2 ص143.

لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية في الحال و المال⁵⁵.

وكما ذكر آنفا لم يعرف قانون الأسرة الشقاق المستمر، واكتفى بالنص عليه كسبب من الأسباب التي تتيح للزوجة طلب التطلق، الأمر الذي يدعو إلى تبني التعريف الشرعي عملا بنص الإحالة (م/222 من ق.أ).

ثانيا : تعريف الشقاق المستمر طبقا للاجتهاد القضائي

اعتبرت المحكمة العليا كل نزاع أسري مستحکم تطالب فيه الزوجة بحق من حقوقها الزوجية، شقاقا مستمرا، يُخول لها اللجوء للقضاء وتأسيس طلب التطلق عليه.

فالمفهوم القضائي للشقاق المستمر ينطبق على الإخلال المتكرر بالحقوق والواجبات الزوجية من قبل الزوج، وبخاصة في حالة صدور حكم قضائي يلزمه بأداء تلك الحقوق. وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في عديد القرارات الصادرة عنها، من بينها القرار الذي جاء فيه: ((من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطلق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين ... ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون))⁵⁶.

55 وزارة العدل والحريات المغربية، الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية - سلسلة الشروح والدلائل، ع1، 2004، ص 71.

⁵⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ: 15/06/1999، ملف رقم (224655)، اجتهاد قضائي، 2001، ع.خ، ص 129.

وأكدته قرار مشابه ورد فيه: ((من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنها إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن))⁵⁷.

الفقرة الثانية : الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة

تنص المادة 56 من ق.أ. على أنه : ((إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعيّن القاضي الحكّمين، حكّما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكّمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين)).

وتحليل هذا النص (أولا) يمكننا من الوقوف على شروط الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين (ثانيا) .

أولا : تحليل نص المادة 56 من قانون الأسرة

يُوضح النص أعلاه بأنه في حال استحكام النزاع والخلاف بين الزوجين (الشقاق) دون إمكانية تحديد من المتسبب فيه، وإثبات الضرر الواقع على الآخر، يعين قاضي شؤون الأسرة حكّمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لمحاولة التوفيق بين

⁵⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1996/09/24 ملف رقم (139353)، م.ق، 1997، ع 2، ص 96.

الزوجين، على أن لا تتعدى مهمتهما مدة شهرين.

ويمكننا تلخيص أحكام هذه المادة في العناصر التالية:

- أشار المشرع - ولو بطريق غير مباشر- إلى تعريف الشقاق بأنه "الخصام الشديد بين الزوجين الذي لا يثبت فيه الضرر". أي الخلاف المستحکم الذي طال أمده دون قصد الإضرار، بأن يكون نتيجة لعدم الانسجام والتكافؤ بين الزوجين في طريقة التفكير وإدراك الأمور وتقدير العواقب، أو تباين وجهات النظر في معالجة المشاكل والخلافات..؟

- وهو ما يترتب عليه أن الدعوى لا تُكَيَّف على أنها دعوى شقاق إلا إذا لم يثبت الضرر؛

- يعين القاضي حكمين للإصلاح بينهما تحت إشرافه؛

- ينحصر دور الحكمين في التوفيق بين الزوجين (الإصلاح)، والتخفيف من استحکام الخلاف؛

- بعث الحكمين لا يكون إلا بعد فشل مهمة القاضي الإصلاحية، أي بعد محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي؛

- وهذا يعني بأن اللجوء إلى الحكمين هو خطوة مُكملة لما قام به القاضي من محاولات الصلح؛

- لا إشارة في منطوق هذه المادة إلى التطبيق في حالة استمرار الخصام، ولا إلى ما يُلزم القاضي بالحكم بالتطبيق في حال فشل الحكمين في مهمتهما.

- لا إشارة فيها كذلك إلى ضوابط ومحددات استمرار الشقاق بين الزوجين:

● هل يعتبر عدم ثبوت الضرر وفشل القاضي في الصلح وإصرار الزوجة على

التطبيق أثناء سير الدعوى محددات (معايير) لاستمرار الخلاف واستحکامه؟

وإذا كان كذلك فلماذا لم يُشر إليه المشرع مباشرة، أي ينص صراحة إلى إمكانية لجوء الزوجة إلى دعوى الشقاق في حالة عجزها عن ثبوت الضرر الذي ادعته وإصرارها على التطلق⁵⁸؛

● أم أن تكرار رفع الدعوى يُعد استمراراً للخصاص المترتب عليه التطلق؟
وحيث أن يكون حرياً بالمشرع الأسري الجزائي سلوك مسلك نظيره المصري بالإشارة مباشرة إلى حالة تكرار الشكوى تفادياً للإلحاح والغموض⁵⁹.

ولعل هذا الفرض الأخير هو الذي تؤيده الممارسة القضائية، إذ بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أن الاجتهاد القضائي تبني معيار تكرار الخصومات القضائية بين الزوجين لإثبات الشقاق لما صرح بأنه ((يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين. لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطلق))⁶⁰.

وفي قرار آخر : ((حيث أن القاضي ارتأى إلى تطبيق الطرفين للخلاف أو الشقاق وليس للضرر المعتبر شرعاً ويتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة استندت إلى الخلاف الحاصل بين الطرفين والشقاق المستمر بينهما والذي انجرت عنه عدة خصومات قضائية، ورتبت على ذلك فك الرابطة الزوجية القائمة بين الطاعن والمطعون

⁵⁸ على غرار مدونة الأسرة المغربية م/100 ((إذا لم تثبت الزوجة الضرر أو أصرت على طلب التطلق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق)).

⁵⁹ ((إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينها فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً...)). م/6 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

⁶⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ : 2012/07/14، ملف رقم (624622) م.م.ع ، 2012، ع2، ص 227.

ضدها))⁶¹.

ثانيا : شروط الشقاق الموجب للتفريق بين الزوجين

أوضح نص المادة 56 من ق.أ أن المشرع اشترط في الشقاق الموجب للتفريق ثلاثة شروط: اشتداد الخصام واستمرارية (1) وعدم ثبوت الضرر (2) وفشل مهمة الحكّمين في التوفيق بين الزوجين (3).

1. اشتداد النزاع بين الزوجين واستمراره

فالشقاق بالمعنى المبين في الفقرة أعلاه لا يشمل كل خلاف بين الزوجين من الخلافات البسيطة العادية التي هي ملازمة للتعايش في إطار مؤسسة الزواج، وإنما يعني ذلك الخلاف المستحکم الذي يحتاج إلى تدخل وسطاء لحلّه؛ حيث "إذا أشكل الأمر بين الزوجين، فلم يعلم هل الضرر منها أو منه، بأن ادعت الضرر وتكررت شكاؤها ولم يثبت ذلك. أو ادعى كل منهما الضرر، وتكررت منه الشكوى، ولم يكن له بينة... ثم إن استمرّ الإشكال والنزاع بعث الحاكم حكّمين.."⁶².

2. عدم ثبوت الضرر

لأن ثبوت الضرر يوجب على القاضي مناقشة دعوى التطلاق بناء عليه؛ أي تأسيساً على الضرر، طبقاً لما قرره الفقرة 10 من المادة 53 من ق.أ التي مكّنت الزوجة من رفع دعوى التطلاق بسبب ((كل ضرر معتبر شرعاً))، وهو ما أكدّه اجتهاد المحكمة

⁶¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ : 2014/09/11، ملف رقم (0984821)، غير منشور.

⁶² بن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته (ط:3؛ بيروت: مؤسسة المعارف، 1426هـ/2005م) ج3 ص 335.

العليا في العديد من القرارات؛ منها: ((... وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون))⁶³.

وما دام المشرع الأسري سكت عن تعريف الضرر وأنواعه ومقداره ودرجته، وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إعمالاً لنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق.أ؛ حيث أطلق الفقهاء لفظ الضرر على " الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً"⁶⁴. وعلى كل ما يؤذي الإنسان سواء كان أذى جسمياً أو شعورياً، فكل منهما يؤدي إلى إلحاق مفسدة بالإنسان⁶⁵.

3. فشل محاولات الحكّمين في التوفيق بين الزوجين

إذا تبادى الخلاف بين الزوجين، وكل واحد منهما يرى ويصير أن الحق معه، عيّن القاضي حكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة للسعي في الإصلاح بينهما.

فمهمة الحكّمين هو إنهاء الشقاق والتزاع من خلال محاولات إصلاح ذات البين في أجل لا يتعدى الشهرين، فإن وقع الإصلاح عن طريق الحكّمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن وفقاً للمادة 448 من ق.إ.م.إ.

⁶³ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1989/12/25 ملف رقم (57812)، م.ق، 1991، ع3، ص 71.

⁶⁴ ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2 ص990؛ الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص 23؛ مواقي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، ص 97؛ بوساق، محمد، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 28.

⁶⁵ فقد ذهب الفقهاء الأقدمون إلى أن الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، وهو نقيض النفع، وفي نيل الأوطار: "... والضرر: أن تضربه وتتفع أنت به". الشوكاني، نيل الأوطار، ج5 ص 312.

فإذا تعذر على الحكّمين تسوية النزاع بطريقة ودية وإصلاح ذات البين بين الزوجين، تستأنف دعوى التّطليق مسارها العادي، ويقدم كل طرف مستنداته ودفعه أمام القاضي الذي يحكم بالتّطليق بناء على ما توصل إليه واقتنع به.

الفقرة الثالثة : الفوارق التشريعية بين الشقاق المنصوص عليه في المادة 53 فقرة 8 والمادة 56 من قانون الأسرة

تتجلى أهم الفوارق التشريعية بين الشقاق المنصوص عليه في المادة 53 فقرة 8 والمادة 56 من قانون الأسرة في:

أولاً : الشقاق المنصوص عليه المادة 56 هو الشقاق المأخوذ من الشريعة الإسلامية. وهو مفهوم مشترك بين الزوجين، قد يكون في شكل نزاع متبادلٍ بينهما ولا يظهر فيه من منهما المعتدي على الآخر، وقد يكون من أحدهما، ويسمى حينئذ -بعد ثبوته- نشوزاً.

بينما الشقاق الوارد في نص المادة 53 فقرة 8 هو سبب من أسباب التّطليق الخاصة بالزوجة.

ثانياً : توجب المادة 56 اللجوء إلى التحكيم تطبيقاً للقاعدة العامة للتّطليق للشقاق المأخوذة من قول الله ﷻ ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ بَرِحَا إِصْلَاحًا يُوقِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: 35]. "فالآية دالة على وجوب بعث الحكّمين عند نزاع الزوجين النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق"⁶⁶.

بينما لم توجب المادة 53 فقرة 8 من ق.أ على القاضي بعث الحكّمين إذا أسست

⁶⁶ ابن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج 5 ص 46.

الزوجة دعوى التطلاق على الشقاق المستمر.

ثالثاً : نظرياً يكون لجوء الزوجة إلى دعوى الشقاق المستمر (م/ 53 فقرة 8 ق.أ) أسهل وأكثر مصلحة من مطالبتها بالتطلاق للشقاق (الخصام والخلاف الذي طال أمده بين الزوجين) المنصوص عليه في المادة 56 من ق.أ؛ باعتبار أن هذه المادة لا تشير إلى التطلاق في حالة استمرار الخصام، كما أن ظاهر لفظها (منطوقها) لا يلزم القاضي بالحكم بالتطلاق حتى وإن فشل الحكمان في مهمتهما.

وليس بخاف أن المقصد من بعث الحكّمين في الشريعة الإسلامية هو محاولة التوفيق والإصلاح بين الزوجين، بعد التعرف على أسباب الشقاق، ودعوتهما إلى تركها، وليس التفريق؛ لأن التطلاق حل وليس هدفاً.

بل قد ذهب الإمام ابن العربي إلى أن من واجبات الحاكم (القاضي) أن يبعث الحكّمين حتى قبل أن يرتفع أحد الزوجين إليه بالشكوى فقال: " لا يكفي بعث الحكّمين عند الجهل بأيهما الظالم من المظلوم، بل إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكّمين ولا ينتظر ارتفاعهما، لأن ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له"⁶⁷.

ومتى كان كذلك تنعدم أي جدوى من أحكام هذه المادة (أي م/56 من ق.أ)، ما لم يتم دمج الفقرة 8 من المادة 53 ق.أ فيها، وهو ما تقتضيه نظرية التطلاق للشقاق.

الفرع الثاني : الصلح الأسري .. المقتضيات القانونية والممارسة القضائية

مبدئياً يجب التمييز بين الصلح الذي يقوم به القاضي الأسري بعد تلفظ الزوج

⁶⁷ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1 ص 543.

بالطلاق والذي يجد أساسه في نص المادتين 49 و50 من ق.أ (فقرة أولى)، وبين الصلح الذي يأمر بإجرائه في دعوى التطليق للشقاق المستند إلى المادة 56 من ق.أ بتعيين حكّمين يقومان به (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مبدأ وجوبية الصلح في الطلاق والتطليق

يكتسي الصلح أهمية بالغة في التشريع والنظام القضائي الجزائريين⁶⁸، لأنه يُنهي النزاع بين أطرافه بحلول ودية، وفي أسرع الآجال وبأقل التكاليف، ويحافظ على العلاقات العائلية، لذلك فمن أبرز السلطات المخولة للقاضي الأسري هو تدخله الإصلاحي في القضايا المتعلقة بالأسرة، من خلال إجراءات الصلح.

فآلية الصلح في القضايا المتعلقة بالأسرة من أهم الوسائل التي وضعها المشرع بيد القضاء لرأب الصدع بين طرفي العلاقة الزوجية. ولا يعد إجراءً شكلياً روتينياً، وإنما إجراءً جوهرياً (أولاً) لابد للقاضي من القيام به قبل الفصل في الدعوى، ولا يتعامل معه كشكلية ضرورية يقتضيها النص القانوني أو الرقابة القضائية (ثانياً).

أولاً: محاولات الصلح إجراء جوهري

إن مبدأ وجوبية الصلح نصت عليه المادة 49 من ق.أ وحددت له آجالاً لا يصح أن تتجاوز ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، كما يُستفاد من عموم نص المادة 439 من ق.إ.م.إ. ((محاولات الصلح وجوبية...)).

⁶⁸ تجب الإشارة إلى أن تكييف الصلح في قانون الأسرة الجزائري يختلف عن تكييفه في القانون المدني الذي يعتبره عقداً مسمى. يبرز ذلك من خلال التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري للصلح في المادة 459 من ق.م.ج: " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه". متناولاً أحكامه ضمن الفصل الخامس من الباب السابع: العقود المتعلقة بالملكية، من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود من القانون المدني.

وتأسيسا عليه يعتبر الصلح الأسري إجراءً جوهريا واجبا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية⁶⁹، سواء تعلق الأمر بالصلح الذي يقوم به القاضي مباشرة، أو الذي يجريه الحكمان تحت إشرافه -الصلح والتحكيم عند الشقاق-، يتعين على القاضي اتّباعه وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه⁷⁰.

وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ من خلال العديد من قراراتها التي أكدت فيها على أن عدم قيام قضاة الموضوع بإجراءات الصلح بين الطرفين يعد خرقا للقانون يبرر نقض الحكم المطعون فيه⁷¹. وبـ ((إن محاولة الصلح تتم وجوبا أمام المحكمة فقط))⁷²؛ بل هي من النظام العام، كما أشار إلى ذلك قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: ((... بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفلت القرار المنتقد بتطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيق القانون ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه))⁷³.

⁶⁹ تشوار، حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التلطيق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 10، 2010، ص121.

⁷⁰ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص357.

⁷¹ ملف رقم (75141) بتاريخ 1991/6/18، م.ق، 1993، ع1، ص65؛ ملف رقم (103637) بتاريخ 1994/4/19؛ ملف رقم 216850 بتاريخ 1999/02/16.

⁷² القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم (372130). م.م.ع، 2007، ع2، ص463.

⁷³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ : 2012/06/14، ملف رقم (687997) غير منشور.

ثانيا : الأثر المترتب عن تخلف محاولات الصلح

الصلح إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وعليه يكون المحرر القضائي المتضمن محاولات الصلح شرط لصحة الحكم بالطلاق، وليس وسيلة لإثباته⁷⁴،.. لأن محاولة الصلح من مقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني، ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل⁷⁵.

وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في العديد من القرارات، منها: ((من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز الزوجة يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون))⁷⁶. وفي قرار آخر: ((حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه، وإحالته على نفس المحكمة))⁷⁷.

وفي قرار حديث ((... فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم

⁷⁴ زودة عمر، طبيعة الأحكام يانها الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2003، ص31.

⁷⁵ المرجع نفسه، ص 35.

⁷⁶ القرار الصادر ع بتاريخ: 1989/12/25 ملف رقم (57812)، مذكور سابقا.

⁷⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ : 1994/01/18، ملف رقم (96688)، ن.ق، 1997، ع 50، ص 80.

بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيق القانون ومخالفاً له الأمر الذي يستوجب نقضه ((⁷⁸.

الفقرة الثانية : إجراءات التحكيم في التطبيق للشقاق

أوجبت المادة 56 من ق.أ.⁷⁹ على القاضي الأسري بعث حكّمين عند اشتداد الخصام بين الزوجين، مهمتهما السعي لإصلاح ذات البين؛ فهو صلح بواسطة الحكّمين تحت إشراف القاضي يعتمد عليه في تكوين تصور متكامل عن حالة العلاقة بين الزوجين المتنازعين، محاولاً استخلاص من يتحمل المسؤولية منهما في حل الرابطة الزوجية حتى لا يأتي حكمه معيباً كما أشار إلى ذلك قرار المحكمة العليا ((... لكن متى لم يحدد قاضي أول درجة في حكمه القاضي بالطلاق بين الطرفين مسؤولية الطلاق لأي من الزوجين، فإن ذلك الحكم يصبح مشوباً بعيب قانوني باعتبار أنه كلما تم الحكم بفك الرابطة الزوجية يتعين قانوناً تحديد مسؤولية أي من الزوجين تسبب في انحلال العلاقة الزوجية، الشيء الذي يجعل الوجه المثار وجيهاً يتعين الالتفات إليه ((⁸⁰.

بيد أن ما يعاب على المشرع إغفاله ذكر شروط تعيين الحكّمين، أو حتى معايير

⁷⁸ القرار الصادر بتاريخ : 2012/06/14، ملف رقم (687997) مذكور سابقاً.

⁷⁹ وهو ما أكدته المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: ((إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة)). غير أنه كان ينبغي على المشرع استعمال عبارة "يجب" بدل "جاز" كي ينسجم النص الإجرائي مع النص الموضوعي، ويزول التضارب اللفظي بين حكم المادة 56 من ق.أ. التي أوجبت بعث الحكّمين؛ والوجوب تنفي مع السلطة التقديرية للقاضي، وبين حكم الجواز الذي يجعل تعيين الحكّمين سلطة تقديرية للقاضي.

⁸⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ : 2007/01/17، ملف رقم (376803) غير منشور.

ترشيحهما لهذه المهمة ما عدا كونهما من أهل الزوجين⁸¹، ولا طبيعة مهمتهما، وماذا لو اختلفا في حكمهما؟ وما مدى اعتبار رضا الطرفين بتولية الحكّمين؟ وما هي المواصفات القانونية المطلوبة في التقرير الذي يرفعانه إلى القاضي في نهاية عملهما؟ وما مدى حجّيته؟... وغيرها من التفاصيل التي تتطلب تحريراً فقهيّاً تفعيلاً لنص الإحالة المقرر في نص المادة 222 من ق.أ.

ولأن القاضي محتاج إلى معرفة كل تلك التفاصيل قِياماً بواجب الصلح بين الزوجين وفق أحكام الشريعة الإسلامية، لا سبيل له من غير التوسل بالقواعد الفقهية؛ فهي الكفيلة بتبصيره بالمؤهلات المطلوبة في الحكّمين اللذين ينتدبهما لهذه المهمة (أولاً)، وطبيعة عملهما وحدود مهمتهما (ثانياً)، وتكشف له قيمة وحجّية قرار التحكيم (ثالثاً).

أولاً : الشروط الواجب توفرها في الحكّمين

التحكيم⁸² نوع من التصالح إلى حدّ المخاطرة ببعض الحقوق أو كلها، تضعف فيه

⁸¹ وهو ما كان سبباً في تعطيل هذا النص؛ فـ" من خلال التربص الميداني لاحظنا أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكّمين ويكتفون بجلّسات الصلح فقط، ومرّد ذلك إلى الغموض الكبير الموجود بالمادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكّمين والمهمة المسندة إليهما إضافة إلى حجّية التقرير المعد من قبلهما والوقت المناسب للقيام بالتحكيم. ورغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة خاصة في طريقة تعيين الحكّمين، وكيفية استدعائهما، وكذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.. كل هذا يدفعنا إلى القول بوجوب تدخل المشرع لإزالة الغموض وإعادة الحياة لهذه المادة". راجع: شريف حسين، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج والمخاللة، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 (2005/2008)، ص 88.

في حين نصت قوانين عربية على شروط الحكّمين، على غرار قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 126 فقرة ج بقوله: ((يشترط في الحكّمين أن يكونا عدلين قادرين على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي اثنين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح)).

⁸² التحكيم مصدر من الفعل (حكّم)، قال ابن فارس: الحاء والكاف والميم أصل واحد، هو المنع من الظلم. وحكمت بين القوم: فصلت بينهم، فأنا حاكم وحكم. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة (حكّم)؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة (الحكّم)؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة (حكّم).

الضمانات المتوفرة في القضاء، من حيث الركون إلى أفراد لم تتأكد فيهم حيدة القضاء واستقلاله، لأجل ذلك فصل الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في مَنْ يُنتدب لمهمة الإصلاح بين الزوجين بسبب الشقاق. من تلك الشروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء (1)، ومنها ما هو محل خلاف بينهم (2).

1. شروط الحكمين المتفق عليها عند الفقهاء

اتفق الفقهاء على ذكر عدد من الشروط الواجب توافرها في الحكمين، وهي: الإسلام، والتكليف وهو البلوغ والعقل، والعدالة، والفقه بالمهمة التي انتدبا من أجلها. جاء في تفسير الرازي: "قال الشافعي رضي الله عنه: المستحب أن يبعث الحاكم عدلين، ويجعلهما حكمين"⁸³.

وفي روح المعاني للآلوسي: "... رجل، عدل، عارف، حسن السياسة والنظر في المصلحة"⁸⁴.

وفي تيسير التفسير: "... رجلا عدلا عارفا بدقائق الأمور يصلح للحكومة والإصلاح"⁸⁵.

وجاء في المدونة: "ليست المرأة من الحكام والصبي والعبد ومن هو على غير دين

والتحكيم اصطلاحاً "اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهاما بفصل خصوماتهما ويقال له: الحَكْم والمُحَكَّم". البركتي، التعريفات الفقهية، مرجع سابق، ص53. وهو نفس تعريف مجلة الأحكام العدلية في المادة 1790: التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهاما بفصل خصوماتهما ودعواهما، ويقال لذلك حَكْم ومُحَكَّم.

وواضح أن التعريفات تناولت مفهوم التحكيم بوجه عام؛ والتحكيم الأسري مندرج تحتها، وإن كان ذا طبيعة خاصة؛ لأن المشرع هو من تولى تنظيمه، ولا يجوز القيام به أو مباشرته إلا بعد أن تأذن به السلطة القضائية.

⁸³ الرازي، فخر الدين، التفسير الكبير المسمى بـ (مفاتيح الغيب)، ج10 ص93.

⁸⁴ الآلوسي، روح المعاني، مرجع سابق، ج5 ص26.

⁸⁵ أطفيش، محمد بن يوسف، تيسير التفسير للقرآن الكريم، ج2 (طبعة سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة،

(1981) ص319.

الإسلام⁸⁶.

وفي المنتقى: أن شروط صحة كونهما حكيمين: الإسلام، والبلوغ، والحرية، والذكورة، فإن عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما... وأن يكونا من أهلها، وأن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكما به، وعدلين ليؤمن جورهما⁸⁷.

وفي مختصر خليل: "وبطل حكم غير العدل وسفيه وامرأة وغير فقيه بذلك"⁸⁸.

وفي البحر الزخار: "وشروط الحكمين: الحرية، والتكليف، والإسلام، والتمييز بين الحق والباطل، ليمكنهما الحكم بالقسط"⁸⁹.

2. شروط الحكمين المختلف فيها

بناء على النقول المتقدمة يتضح أن الفقهاء اختلفوا في شرطي: الذكورة⁹⁰ والحرية، فاشتراطهما بعضهم، ولم يذكرهما البعض الآخر في جملة ما قرروه من شروط.

واختلفوا أيضا في بعث حكم واحد، وفي مدلول قوله تعالى ﴿حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِمَا﴾ [النساء: 35] هل هي على سبيل التغليب أم على

⁸⁶ التنوخي، سحنون بن سعيد، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ / 1995 م) ص 367.

^{87 87} الباجي، سليمان بن خلف بن سعيد، أبو الوليد، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه، ج4 (ط:1؛ مصر: مطبعة دار السعادة، 1332هـ) ص ص 113-114.

⁸⁸ الجندي، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، صححه وعلق عليه: الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، (ط:2؛ دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004 م) ص 116.

⁸⁹ ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مرجع سابق، ج4 ص 90.

⁹⁰ فلم يشترط بعض الفقهاء الذكورة في الحكمين، كما يفهم من كلام ابن جزري ضمنا في قوله: "عادة القضاة أن يبعثوا امرأة مُسنة عوض الحكمين، قال بعض العلماء: وذلك لا يجوز لأنه مخالف للقرآن العظيم". القوانين الفقهية، ص 237.

سبيل الحصر والتقييد؛ بمعنى هل يجوز أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين؟... وغيرها من الفروع التي لا يسع البحث رصدها.

ثانيا : طبيعة مهمة الحكمين وحدودها

حصر المشرع الجزائري مهمة الحكمين في محاولة الإصلاح بين الزوجين فقط، وأن يطلعا القاضي على توصلا إليه، بما في ذلك الإشكالات والصعوبات التي تعترضهما أثناء تنفيذ مهمتهما (م / 447 من ق.إ.م.إ.). فإن نجحا في التوفيق بين الزوجين أثبتنا ذلك في محضر يصادق عليه القاضي (م / 448 من ق.إ.م.إ.)، وإن فشلا أعاد القضية إلى الجلسة واستمرت الخصومة (م / 449 من ق.إ.م.إ.).

ويعد تحجيم دور الحكمين من لدن المشرع، وقصره على محاولة الإصلاح بين الزوجين، دون استقصاء أسباب الخلاف بينهما وتحديد المسيء منهما والمتسبب في الشقاق..، مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي نص فقهاؤها على:

أولاً: إن أناب الزوجان ورجعا، لكن خاف الحكمان أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي، فإن يكن ما اطلعا عليه في الماضي يخاف منه التماذي في المستقبل فرقا بينهما⁹¹.

ثانياً: إن تعذر على الحكمين الإصلاح بين الزوجين، لم يخرج الأمر عن الاحتمالات الثلاثة⁹²:

1. إن تبينا (الحكمان) تحقيقا أن الإساءة من الزوج فقط طلقا عليه بلا خلع، أي بلا مال

⁹¹ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1 ص 424.

⁹² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2 ص 345.

يأخذانه منها لظلمه.

2. وإن كانت الإساءة من الزوجة فقط، ائتمناه عليها وأمره بالصبر وحسن المعاشرة، أو خالعا له بنظرهما في قدر المخالغ به ولو زاد على الصداق إن أحب الزوج الفراق، أو علما أنها لا تستقيم معه.

3. وإن حصلت الإساءة من كل منهما- ولو غلبت من أحدهما على الآخر-، أو جهل الحال، فيكون للحكمين:

أ. التفريق بلا بدل إن لم ترض بالمقام معه؛

ب. أو أن يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له، وعليه الأكثر؛ أي أكثر من الصداق.

والجدير بالتنويه أن بعض التشريعات الأسرية العربية قننت هذه الأحكام في نصوص قانونية صريحة؛ كما فعل المشرع الكويتي⁹³ -مثلا-، أو ضمنا؛ كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي⁹⁴.

⁹³ حيث استمد نص المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية من تلك الأحكام؛ فجاء نصها: ((إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1. فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق أو كان كل منهما طالبا، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق؛
2. إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة؛
3. إذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة؛
4. إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل)).

⁹⁴ وذلك في نص المادتين: 95 من مدونة الأسرة: ((يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع. إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانه إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة)).

والمادة 97 فقرة 1: ((في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق

ثالثاً : حجية قرار التحكيم

1. حجية قرار التحكيم في قانون الأسرة

لا يوجد نص في قانون الأسرة يدل على حجية حكم الحكّمين في دعاوى التطلق للشقاق بين الزوجين⁹⁵، على الرغم من أن قرارهما له أهمية وشأن في الموضوع. غير أن ما يسترعي الانتباه هو تمييز قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين حجية محضر الصلح الذي يُشرف عليه القاضي، وحجية محضر الصلح الذي يقدمه الحكّمان.

فقد نصت المادة 443 من ق.إ.م.إ على أن : ((يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيذياً)).

في حين لا تحظى القرارات التحكيمية في هذا النوع من الدعاوى إلا بحجية نسبية؛ فتصبح واجبة النفاذ بإعطائها الصبغة القضائية من قِبل المحكمة التي انتدبت الحكّمين عند نجاح مهمة الصلح فقط، كما نصت عليه المادة 448 من ق.إ.م.إ ((إذا تم الصلح من طرف الحكّمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن)).

وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر)).

⁹⁵ وكان على المشرع أن يحدد موقفه من طبيعة عمل الحكّمين وقيمة قرارهما على غرار قوانين عربية؛ من ضمنها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مثلاً؛ حيث أشار في المادة 121 منه: ((1- يقدم الحكّمان إلى القاضي قرارهما مسبباً متضمناً مدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما إلى الآخر. 2- يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكّمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما، أو ضم إليهما حكماً ثالثاً يرجح أحد الرأيين، وتحلف المحكمة الحكم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة. 3- على القاضي تعديل حكم الحكّمين فيما خالف أحكام هذا القانون)).

أما عند فشل مهمة الحكّمين، فلا يكون لقرارهما أية حجية، وتنتهي مهمتهما عند هذا الحد، ويصدر القاضي الحكم الذي يراه مناسباً⁹⁶.

2. حجية قرار التحكيم في قانون الأسرة

إن القراءة المتأنية للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا في موضوع الشقاق المستمر بين الزوجين تُبين بأن اجتهاد هذه الأخيرة لم يشترط اللجوء للتحكيم بين الزوجين، كي يعتمد على التقرير الذي يحرره الحكّمان في مناقشة دعوى التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين؛ بل ذهبت إلى أن ((جلسة الصلح لا علاقة لها بقواعد الإثبات ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان وما اختلفا بشأنه أو أقرا به))⁹⁷، فلا أثر ولا ذكر ولا حتى إشارة لقيمة تقرير الحكّمين في اجتهاد المحكمة العليا إلا من باب الحكاية؛ فلم تلزم قضاة الموضوع باللجوء إلى الحكّمين، ولم تُنصّ على تفعيل هذا الإجراء، وإنما أخذت بتفسير ضيق للشقاق المستمر يقتصر على لجوء الزوجة للقضاء لحل نزاع أسري طال أمده سبب

⁹⁶ ويكون هذا الحكم - طبعاً - قابلاً للاستئناف - حتى لو لم يستأنفه أحد طرفي النزاع - من النيابة العامة طبقاً للمادة 3 مكرر من ق.أ، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح النيابة العامة أدواراً رئيسية في تطبيق مقتضيات الخاصة بالحلل العلاقة الزوجية وذلك من خلال حضورها في الدعاوى المتعلقة بالطلاق تحت طائلة الطعن في الحكم القضائي الصادر في غيابها طبقاً للمادة 438 من ق.إ.م.إ. ((يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه. ويجوز له تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط))، إلا أن صفتها أثناء هذا التدخل ليست كمدعية أو مدعى عليها وإنما كساهرة على التطبيق السليم لأحكام القانون وتفعيل نصوصه.

بل قد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه ((من المقرر قانوناً أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لإجراء جوهرى وانتهاكاً لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام. و لما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قضى بالطلاق دون إبلاغ الملف إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا خرقوا أحكام المادة 141 من ق.إ.م.إ.)). قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/02/03 ملف رقم (34762)، م.ق، 1989، ع4، ص 108.

⁹⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ: 2011/09/15، ملف رقم (654972) مجلة المحكمة العليا، 2011، ع2، ص 294.

ضررها لها⁹⁸.

3. حجية قرار التحكيم في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء اختلفوا في الحجية التي يتمتع بها قرار التحكيم؛ تبعا لاختلافهم في تكييف مهمة الحكّمين. ويمكن تلخيص اتجاهاتهم في هذه المسألة ضمن الأقوال الثلاثة الموالية:

القول الأول: الحكّمان حاكمان، وهو قول جمهور العلماء⁹⁹، من المالكية¹⁰⁰ والشافعية في الراجح عندهم كما ذكر النووي¹⁰¹، وقول للحنابلة¹⁰².

ومقتضى هذا الرأي أن قرار الحكّمين إذا صدر ملزما لطرفي النزاع ولا يجوز للقاضي نقضه؛ أي: أن قرار التحكيم يرقى إلى مرتبة الأحكام القضائية، فلا ينقضه إلا ما ينقض الحكم القضائي، "لأن ولاية الحكّمين شعبة من القضاء في قضية خاصة ينفذ حكمهما فيما فوّض إليهما من أمر الزوجين ولا ينفذ حكمهما في غير ذلك"¹⁰³.

ولذلك صاغ الفقهاء العديد من القواعد والضوابط الفقهية المعبرة على هذا المعنى،

⁹⁸ انظر مثلا: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1996/09/24 ملف رقم (139353)، مذكور سابقا.

⁹⁹ نسبه إلى الجمهور ابن عبد البر كما في تفسير ابن كثير، ج 1 ص 493.

¹⁰⁰ الباجي، المنتقى، مرجع سابق، ج 4 ص 113؛ الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2 ص 344.

¹⁰¹ الشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي رحمته الله (لا: ط؛ مصر: مطبعة البابي الحلبي، دت) ج 2 ص 89-90.

¹⁰² ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8 ص 168.

¹⁰³ ابن فرحون، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 1 (ط: خاصة؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1423هـ/2003م) ص 17.

مثل قاعدة « حكم المحكم كحكم القاضي »¹⁰⁴ ، وضابط « الحكمان عند الشقاق حاكمان »¹⁰⁵ ، فلهما الحق في أن يحكما بما يريانه من التسوية والجمع والتفريق بين الزوجين، وأيضا ضابط « الحكم من له ولاية الحكم والإلزام »¹⁰⁶ .

وقريب من هذا ما جاء في نص المادة 1849 من مجلة الأحكام العدلية ((إذا عُرض حكم المحكم على القاضي المنسوب من قبل السلطان فإذا كان موافقا للأصول صدقه وإلا نقض))¹⁰⁷ .

القول الثاني: هما وكيلان، وهو مذهب الحنفية¹⁰⁸ ، والإباضية¹⁰⁹ ، والزيدية¹¹⁰ ، وقول نُقل عن المالكية¹¹¹ ، وهو أحد أشهر قولي الحنابلة¹¹² ورواية عند الشافعي¹¹³ .

¹⁰⁴ القاعدة 210 من معجم القواعد الفقهية الإباضية، ج1 ص 478.

¹⁰⁵ ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص 169.

¹⁰⁶ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5 ص 190.

¹⁰⁷ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ج7 ص 356. يضيف شارح المجلة - علي حيدر- إذا كان الحكم موافقا للأصول صدقه القاضي المعين من قبل السلطان إذ أنه لا فائدة من نقض حكم موافق للأصول والفائدة من تصديقه؛ لأنه إذا ما عرض هذا الحكم مرة ثانية على قاض آخر يخالف اجتهاده ورأيه، فليس من حقه نقضه، وقبول القاضي لحكم المحكم هو بمتزلة الحكم ابتداء من القاضي، وعدم موافقة حكم المحكم للأصول يكون من وجهين؛ الأول أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب من المذاهب، والثاني: أن يكون حكم المحكم موافق لمذهب أحد المجتهدين، إلا أنه غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عرض عليه حكم المحكم وبهذه الحالة ينقض القاضي ذلك.

¹⁰⁸ الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2 ص 213-232؛ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج7 ص 25.

¹⁰⁹ أطفيش، تيسير التفسير للقرآن الكريم، مرجع سابق، ج2 ص 319.

¹¹⁰ ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، مرجع سابق ج4 ص 89.

¹¹¹ التسولي، علي بن عبد السلام، أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ / 1998 م) ص 309؛ العدوي على الخرشبي، ج4 ص 9.

¹¹² ابن قدامة، المغني، ج8 ص 167؛ مجموع فتاوى ابن تيمية، مرجع سابق، مج32 ص 25؛ ابن القيم، زاد المعاد،

ومقتضى هذا القول أن الحكّمين لا يملكان الفرقة بين الزوجين إلا برضاها، فالحكّم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك، لأن الوكيل مأذون ليس بحكّم، والوكيل لا يسمى حكّمًا في لغة القرآن، ولا في لسان الشرع، ولا في العرف العام ولا الخاص¹¹⁴.

القول الثالث : هما شاهدان، وهو قول عند المالكية، " فطريق الحكّمين الشهادة عند الحاكم بما علما، فلا ينفذ طلاقهما إلا إذا رضي به الحاكم ونفذه"¹¹⁵.

ومفاد هذا الرأي أن قرار الحكّمين لا يُلزم القاضي في شيء، وقد يحكم بنقيض ما اقترحاه.

فأنت ترى بأن المشرع أسلمَ القضاة في هذه المسائل - وهي نماذج فقط- إلى قواعد متعددة ومتعارضة، تهدد الأحكام والقرارات الصادرة عنهم بالنقض والإبطال؛ ما لم ينضبط المسلك الاجتهادي الذي يلتزمون به في مقاربتهم التنزيلية لهذه القواعد، بقواعد رصينة مُحكمة، تضمن توحيد الرؤى لدى مختلف محاكم الموضوع، وترجم فلسفة القانون إلى واقع.

هذه القواعد التي ينبغي أن تُسيجَ بها العملية الاجتهادية هي قطعا القواعد الفقهية؛ لما تبين لها من إسهام في تحقيق الانسجام بين تلك القواعد القانونية التي تشوبها ضبابية أو

ج5 ص 190.

¹¹³ المهذب، المرجع سابق، ج2 ص 70؛ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3 ص 261.

¹¹⁴ ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية، مرجع سابق، مج32 ص ص 25-26؛ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5

ص 190.

¹¹⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 ص 345؛ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج4 ص

تشقّها تضاربات، وتوضيح تماسكها وترابطها بما يعمل على تحقيق مقاصد التقنين وبخاصة العدل والأمن. العدل في أن تصل الحقوق إلى أصحابها، والأمن في شعور الكافة بأن هذه الحقوق مرعية ومحمية.

المبحث الثاني

مراعاة القواعد الفقهية في فقه القضاء الأسري الجزائري

البحث عن مدى مراعاة فقه القضاء الأسري الجزائري للقواعد الفقهية يكون من خلال الكشف عن وجوه تعامل التشريع والقضاء الأسري الجزائري مع القواعد الفقهية، باعتبارها تمثل زبدة وخلاصة الفقه الإسلامي؛ المصدر التاريخي لقانون الأسرة والاحتياطي فيما لم ينص عليه.

وتلمّس ذلك والوقوف عليه يكون من خلال: نصوص قانون الأسرة وشروحه والدراسات الفقهية حوله (المطلب الأول)، ومن خلال استدلال قضاء الأسرة وتطبيقاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول : شخوص القواعد الفقهية في قانون الأسرة الجزائري

في سياق الحديث عن مُسوِّغات وأسباب ربط الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 من ق.أ بالقواعد الفقهية، يتعين عرض نماذج تطبيقية تعكس تأثير هذا القانون بتلك القواعد، حيث إنه ومن خلال فحص نصوص هذا القانون، ومن منطلق ما ورد في المرجعية الفكرية له، يمكن بصَرِّ العديد من الإشارات التي تعد الدليل الحاسم على تأثير هذا القانون بالقواعد الفقهية (فرع أول)؛ سواء في صياغة نصوصه أو في مضامينها، أو عند الشراح والباحثين في نطاق هذا القانون (فرع ثان).

الفرع الأول: نماذج تطبيقية في تأثير قانون الأسرة بالقواعد الفقهية

لعل الناظر في قانون الأسرة، المستقرئ لنصوصه لن يعدم شواهد لقواعد فقهية مصاغة في شكل نصوص قانونية (فقرة أولى)، أو تطبيقات لها من غير بيان لأصلها الذي ترجع إليه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مواد قانونية حقيقتها قواعد فقهية

لا تُجانب الصواب إذا قلنا إن بعض المواد والنصوص في قانون الأسرة هي في حد ذاتها قواعد أو ضوابط فقهية، فإذا تأملنا نص المادة 27 ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)) أو نص المادة 189 ((لا وصية لوارث)) هذه كلها تمثل قواعد فقهية قبل أن تجري مجرى الصياغة القانونية...

ومن جهة أخرى نقف على العديد من النماذج الدالة على تأثير قانون الأسرة بالصياغة التقعيدية، فمثلا عندما عرفت المادة 109 من ق.أ المفقود بأنه: ((الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم))،

قال الشيخ الزرقا بعد أن ذكر القاعدة الفقهية: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» ..
وكما في مسألة المفقود وهو الغائب غيبة منقطعة لا يعرف موته أو حياته فإنه يعتبر حيا
في نفسه أي في دفع استحقاق الغير إلى أن يثبت موته حقيقة بالبينة أو حكما بأن يقضي
القاضي بموته¹¹⁶.

كذلك نصت المادة 10 من ق.أ في فقرتها الثانية: ((ويصح الإيجاب والقبول من
العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة))، وهو مطابق للقاعدة
الفقهية: «الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان»¹¹⁷.

أيضا نصت المادة 135 ق.أ ((يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أو صافهم:

1. قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا؛
2. شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه؛
3. العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية ((.

وهذه المادة تنطبق عليها القاعدة الفقهية: « من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب
بجرمانه ».

جاء في المادة 35 من ق.أ ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط
باطلا والعقد صحيحا))، وهو تطبيق للقاعدة: « كل شرط ليس في كتاب الله فهو
باطل »¹¹⁸ ومعنى كتاب الله: شريعته. والشواهد من هذا القبيل كثيرة ومتنوعة.

¹¹⁶ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، بيروت، 1409 هـ - 1989م، ص ص 87، 91.

¹¹⁷ نفسه، ص 351،

¹¹⁸ أصل هذه القاعدة حديث «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مَائَةً شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ،

كذلك ما ورد في صدر المادة 64 ((الأم أولى بحضانة ولدها)) يكاد يكون مطابقاً لضابط: « الأم أحق بالحضانة من غيرها وإن تزوجت ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون » وقد جاء الضابط بلفظ آخر عند ابن القيم وهو: ولاية التربية والحضانة والكفالة للأم دون الأب، ولا تسقط بالزواج في المطلق، يفهم ذلك من قوله: "أن الزوج إذا رضي بالحضانة وآثر كون الطفل عنده في حجره لم تسقط الحضانة وهو مبني على أصل: أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج فإذا آثر الزوج ذلك وطلبه وحرص عليه زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة والمقتضى قائم فيترتب عليه أثره، يوضحه أن سقوط الحضانة بالنكاح ليس حقاً لله، وإنما هو حق للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضي من له الحق جاز"¹¹⁹.

ثم إن مادة الإحالة في ق.أ (م، 222)، التي تُلزم القاضي في حال عدم وجود النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه في القضية المنشورة أمامه، الرجوع إلى الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية، تُعد سبباً في حد ذاتها موجبا للتنويه بقيمة ومكانة القواعد الفقهية في هذا القانون، ودعوة إلى الاعتماد عليها وإعمالها- وإن كانت الإشارة إلى ذلك ضمنية-، لأن معرفة القاضي بأحكام الشريعة الإسلامية تحتم عليه الإمام بالقواعد الفقهية والقواعد الشرعية عموماً؛ فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب..

فالرجوع المنهجي المنضبط لأحكام الشريعة الإسلامية واجب، وسيلته الإحاطة بالقواعد الفقهية النازمة لأحكام فروع المسائل الفقهية؛ فتكون واجبة بالتبع "... وأن كل

وَشَرَطُ اللَّهِ أَوْتَقُّ « أخرج البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل: (ح/2060)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: (ح/3779)، بلفظ: « مَا كَانَ مِنْ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ... » .

¹¹⁹ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص 464.

وسيلة لا يتأتى تحقيق الواجب إلا بها جلبا للمصالح أو درءا للمفاسد فهي واجبة بالتبع¹²⁰.

الفقرة الثانية : مواد قانونية هي تطبيقات لقواعد فقهية

العديد من المواد والنصوص في قانون الأسرة هي في الأصل تطبيقات لقواعد فقهية، فمثلاً مضمون المادة 17 من ق.أ التي تنص على: ((في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين)) . ما هو إلا تطبيق للقاعدتين: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »؛ و« البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل ».

كذلك ما جاء في المادة 77 من ق.أ ((تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث))، فمحتوى هذا النص مأخوذ من القاعدة الفقهية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، يقول الشيخ الزرقا: "ومن تطبيقاتها- أي القاعدة المذكورة-: وجوب النفقات في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم وأرحامهم من النسب المحتاجين"¹²¹.

¹²⁰ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج2 ص 33.

يمكن أن نستدل على هذه النتيجة أيضا بما جاء في المادة 2 من دستور 1996 من أن: " الإسلام دين الدولة"، وكذا المادة 58 منه: " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع" فاستجابة لهذه المقترحات الدستورية استند المشرع في تقنينه لقانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية، فقد ورد في دياحة المشروع التمهيدي للقانون: (اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية : القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد، وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل).

¹²¹ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 199.

ومن ذلك المادة 33 ((إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل)).

فص هذه المادة تطبيق لقاعدة « مراعاة الخلاف » التي اقتص بها المالكية، ومعناها: " إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه. فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يحكم بفسخ ذلك العقد، ولا يبطلان تلك العبادة لوقوعهما على موافقة دليل له في النفس اعتبار" ¹²².

ولذلك فإن المالكية وإن كان الأصل عندهم أن عقد الزواج بدون ولي عقد فاسد يجب فسخه قبل الدخول إلا أنهم راعوا مذهب الحنفية وصححوا العقد بعد الدخول، قال ابن عبد البر: " فأما ما يَجْتَهَدُ فيه الرأي، وفيه الاختلاف، فلا يُفسخ (...) ويشبهه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتا، وإن لم يتناول، ولكنه احتاط في ذلك" ¹²³.

والأمر نفسه ينطبق على ما نصت عليه المادة 113 من ق.أ ((يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)) . فهذا الحكم الوارد في هذه المادة من تطبيقات قاعدة: « الغالب كالحق ».

والحق هو ما كان ثابتا قطعا و يقينا كأغلب الحالات العادية للوفاة، والغالب هو ما كان ثبوته بغلبة الظن كالمفقود حال الغرق والزلازل ونحوهما من الحالات التي يغلب فيها احتمال الوفاة. وإنما يعطى الغالب حكم المحقق قياسا. ولا يُصار إلى الحكم المذكور

¹²² الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار المغرب الجامع المغرب لفتاوي علماء افريقيا والأندلس والمغرب، ج6 (لا:ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1995) ص 388.

¹²³ ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، ج5 ص 395.

إلا بعد الاستظهار بما يدل على الغيبة الطويلة التي تكون مظنة الوفاة أو الفقد الذي يغلب على مثله الهلاك... وبعد البحث والتحريات يصبح الغالب كالمحقق ويصدر الحكم بموت الغائب والمفقود.

الفرع الثاني : إعمال التقييد الفقهي عند شرح قانون الأسرة

اتجهت عناية الفقهاء والدارسين لإعمال القواعد والضوابط الفقهية في المؤلفات الخاصة بشرح قانون الأسرة الجزائري، والاستناد عليها في شرح نصوصه والاستشهاد بها في تأصيل ما يتعلق به من أحكام بصورة عامة، مما يعد دليلا على ما يمكن أن تتمتع به من مكانة وما يمكن أن يضاف إليها من حجية في هذا القانون، ومن ذلك وعلى سبيل المثال:

ما ذكره الأستاذ بلحاج العربي بمناسبة معالجته لمسألة المحرمات من النساء، حيث قال: "من خلال دراسة المواد المتعلقة بالمحرمات من النساء م: 23- 31 ق.أ نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يوضح مسألة الوطء المحرم أو الزنا كسبب من أسباب التحريم للزواج... وأمام سكوت المشرع فإننا نرجع إلى المادة 222 من ق.أ ونرى العمل بجرمة المصاهرة بالزنا في عصر ملؤه الفتن وضعف الوازع الديني والأخلاقي، وهذا لتكملة الفقرة 1 و2 من المادة 26 من ق.أ احتياطا للدين..."¹²⁴.

وهذا استثمار للقاعدة الفقهية: « يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة

أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة »¹²⁵.

¹²⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري (لا:ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013) ص336-

.337

¹²⁵ القاعدة الخامسة، ذكرها القرافي في الفرق السابع والخمسين والمائة بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح، أنوار البروق في أنواع الفروق.

وكما هو معلوم اختلف الفقهاء في اعتبار الوطاء المحرم كالزنا ونحوه سببا محرما للزواج. قال شيخ الإسلام بن تيمية: "وإنما تنازع العلماء في الزنا المحض، هل ينشر حرمة المصاهرة؟ فيه نزاع مشهور بين السلف والخلف، التحريم قول أبي حنيفة وأحمد، والجواز مذهب الشافعي، وعن مالك روايتان"¹²⁶.

وقد صاغ هذا الخلاف في ضابط فقهي: الزنا هل ينشر حرمة المصاهرة؟ وأورده بهذه الصيغة الاستفهامية التي تنبئ عن كونه من الضوابط المذهبية التي يختلف تطبيقها تبعاً لمذاهب الفقهاء.

ولقد جرى الفقه المالكي في الراجح من الروايات بعدم التحريم، لأن ماء الزنا لا حرمة له، ولا يكون الصهر بالزنا. قال الإمام مالك: "أما الزنا فإنه لا يجرم شيئاً من ذلك"¹²⁷، وقال الدردير: "وفي نشر حرمة الزنا خلاف، المعتمد منه عدم نشر الحرمة"¹²⁸.

وفي رواية مرجوحة عن الإمام مالك ما ورد في سؤال سحنون لابن القاسم: "قلت: أرأيت إن زنا بأم امرأته، أو بابنتها أتحرّم عليه امرأته في قول مالك؟ قال: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها. وهذا خلاف ما قال لنا مالك في موطنه، وأصحابه على ما في الموطأ ليس بينهم فيه اختلاف وهو الأمر عندهم"¹²⁹.

وصورة المسألة إذا زنا رجل بامرأة، فهل تحرم عليه أمها وإن علت وابنتها وإن

¹²⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مج 32 ص ص 140 - 142.

¹²⁷ مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مج 3 (ط: 1؛ أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425هـ/2004م) ص 764.

¹²⁸ انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ص 351.

¹²⁹ سحنون، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2 ص 277.

نزلت، ويحرم عليها أبوه وإن علا وابنه وإن نزل؟ أما سبب الخلاف فهو الخلاف في كلمة "النكاح"، هل هي حقيقة في العقد أو في الوطاء أو مشتركة بينهما؟ فمن قال: إنها حقيقة في العقد مجاز في الوطاء، لم يقل بتحريم المصاهرة بسبب الزنا، ومن قال: إنها حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، أو مشتركة بينهما، أثبت تحريم المصاهرة بالزنا¹³⁰.

كذلك ما جاء عن الأستاذ بن شويخ في المسائل المتعلقة بالمهر والمنازعات التي تحدث بين الزوجين أو ورثتهما بشأنه؛ وهي متشعبة ولا يمكن حصرها، من ذلك الاختلاف في تسمية المهر، أو في مقداره، والاختلاف في قبض كله أو بعضه، والاختلاف في متاع البيت "... إلا أننا يمكن أن نقول بأنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات، كتقديم البينة بالكتابة، الشهود، القرائن وتطبيق القاعدة المعروفة « البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، والمسألة تقديرية للقاضي في النهاية يحكم فيها للزوج أو للزوجة حسب طبيعة الأشياء. فمن الأشياء ما لا يصلح سوى للنساء، فيقضى لها بها ومن الأشياء ما يختص بها الرجل دون النساء فيقضى له¹³¹.

فقد صرح بقاعدة وأشار إلى أخرى وهي: « استعمال الناس حجة يجب العمل

بها»، حين قرر بأن المولى عليه في المتاع المتنازع عليه بين الزوجين هو عرف البلد.

كذلك في معرض توجيهه لبعض أدلة الذين يرون بأن تعدد الزوجات ممنوع قال: "وعندما أباح الله تعالى التعدد في الزواج، اشترط فقط العدل بين الزوجات، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [النساء، 3] ثم يعود القرآن فينفي هذه

¹³⁰ ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2 ص 34.

¹³¹ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429 هـ - 2008 م، ص 80.

الاستطاعة في العدل حيث يقول تعالى: ﴿وَلَسْتَ تَسْتَطِيعُونَ أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّفَةِ﴾ [النساء، 128].

إن هذا الأمر قد دفع البعض إلى القول بأن التعدد غير جائز، لأن هناك تعارضا في حكم الآية الأولى والثانية. وهو يدل على أن الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الاستطاعة وضدها، وهو ما يعني أن الله تعالى لم يبيح تعدد الزوجات.

لو سلمنا بهذا الكلام فلن يستطيع أحد من المسلمين الزواج لأن العدل مفروض حتى ولو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط¹³².

هناك بعض القواعد التي تحكم هذا التوجيه، مثلاً قاعدة: «العدل واجب في كل حال»¹³³. وهذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية لأنها تدخل في جميع أبواب المعاملات من البيع والإجارة والوكالة والوصايا والنفقات والهبات والحقوق الزوجية وغيرها.

فالعدل هو قوام العالمين، والله أرسل رسله وأنزل كتبه على العدل، قال ابن القيم رحمه الله: " فالشرع مبناه على العدل فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وقد حرم الله سبحانه الظلم على نفسه وجعله محرماً بين عباده، والعقود كلها مبناها على العدل بين المتعاقدين، عقود المعاوضات، والمشاركات، جائزها ولازمها"¹³⁴.

¹³² بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 107 - 108.

¹³³ ذكر هذه القاعدة ابن تيمية، انظر: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مج 30 ص 330؛ ووردت عند ابن القيم بلفظ آخر: "الأصل في العقود العدل" انظر: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 2 ص 7.

¹³⁴ ابن القيم، الفروسية، تحقيق: مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان (ط: 1؛ السعودية: دار الأندلس، 1414هـ / 1993م) ص 173.

المطلب الثاني: استدلال القضاء الأسري بالقواعد الفقهية

لا ريب أنه من الصعوبة بمكان إصدار حكم بخصوص تعامل القضاء الجزائري مع القواعد الفقهية، من حيث الاستشهاد بها في بناء وتأسيس الأحكام والقرارات، ذلك أنه ليس هناك ما يُلزم القضاة وهم يستدلون بأحكام الفقه الإسلامي، بإيراد النصوص أو القواعد المستند عليها نصاً، وإنما يكتفون - في الغالب - بالاستدلال بالمعنى المُستقى منها مباشرة أو بالواسطة، بتصرف قليل أو كثير، وذلك بحسب سياق الاستدلال وأهمية وسائل الإثبات وأوجه الدفع المثارة.

غير أن من يُرجع البصر في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا - مثلاً -، يجد أن مجال إعمال القواعد الفقهية في ساحة الخصومة القضائية الأسرية واسع جداً، وأن تعويل القضاة وتوسلهم بهذه القواعد في تأسيس وبناء الأحكام يكاد يكون آلياً وتلقائياً (فرع أول) لكونها الأقرب في الصياغة إلى النص القانوني.

كما أن الرجوع إلى الأحكام الشرعية الواردة في المصادر الفقهية والاستشهاد بأقوال هؤلاء الفقهاء، سواء في تسبيب القرارات أو في التعليل والترجيح (فرع ثان)؛ وهي في النهاية مضامين لقواعد وضوابط فقهية، يعتبر دليلاً على القيمة العلمية للقواعد الفقهية في قانون الأسرة.

الفرع الأول: استدلال قضاء الأسرة المباشر بالقواعد الفقهية

أدرك قضاة شؤون الأسرة في الجزائر القيمة العلمية للقواعد الفقهية فأسسوا عليها العديد من اجتهاداتهم القضائية، واعتمدوا عليها في تسبيب القرارات وفي التعليل والترجيح. والنماذج على ذلك كثيرة، نورد منها:

قاعدة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر

أولاً: شرح القاعدة

تعد هذه القاعدة من القواعد الأساسية في الإثبات وهي مستقاة من قول الرسول ﷺ: «لو يعطي الناس بدعواهم، لادّعى أناس دماء رجال وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»¹³⁵.

والبينة: مشتقة من بَانَ مصدر بَيَّنَّ، إذا ظهر وانكشف¹³⁶، وهي "اسم لما يبين الحق ويجليه، وتطلق أيضا على الشهادة"¹³⁷.

والمدعي هو من تجرد قوله عن أصل أو عرف يصدقه عند دعواه¹³⁸.

واليمين لغة لفظ مشترك يدل على معان عدة منها اليد اليمنى ومنها الحلف والقسم¹³⁹. وفي الاصطلاح الفقهي "تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق"¹⁴⁰.

فيكون المعنى الكلي لهذه القاعدة أن كل من ادّعى على غيره حقا وجب عليه إثبات دعواه، بالاستظهار بالبينة حال إنكار المدعى عليه، فإن لم يُقَم البينة لم يبق أمام المدعى عليه غير الحلف.

¹³⁵ سبق تخريجه

¹³⁶ الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص 996.

¹³⁷ ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 67.

¹³⁸ الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 265.

¹³⁹ الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 939.

¹⁴⁰ الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص 332.

ثانيا: التطبيق القضائي

أكدت المحكمة العليا على أنه ((من المقرر قانوناً أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات " البينة على المدعي واليمين على من أنكر ". ومتى تبين - في قضية الحال - أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال، دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني))¹⁴¹.

قاعدة: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد

أولاً: شرح القاعدة

يفيد حكم هذه القاعدة منع التلاعب بالأحكام الشرعية أو القانونية، وإبطال التصرفات التي تخفي حيلة ممنوعة، إذ المتحايل يعامل بنقيض مقصوده.

وقد اعتمد أئمة المالكية على هذه القاعدة في تعليل الكثير من الأحكام، من بينها مسألة المرتدة هروبا من زوجها، فالمرتبة عن ردتها في الأصل إنهاء العلاقة الزوجية لقوله ﷺ: **﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾** [الممتحنة، 10]. ولكن إذا كان مقصود الزوجة التحايل للتخلص من زوجها فإن طلاقها لا يقع أخذاً بنقيض مقصودها الفاسد كما هو وارد عن الإمام مالك " إن ارتدت الزوجة تريد فسخ نكاحها فلا يكون طلاقاً

¹⁴¹القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم (216836)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص245.

وتبقى على عصمته¹⁴².

ثانيا: التطبيق القضائي

طبقت المحكمة العليا حكم هذه القاعدة وصرحت بذلك، لما قضت بوقوع الطلاق في مرض الموت، واستحقاق المطلقة الإرث ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود¹⁴³.

قاعدة: الولد للفراش

أولاً : شرح القاعدة

وهي من جملة القواعد الفقهيّة المشهورة. وهي مستقاة من حديث رسول الله

ﷺ: « الولد للفراش وللعاهر الحجر »¹⁴⁴.

والولد - ذكراً كان أو أنثى - اسم للنطفة المتولدة من صلب الرجل المستقرة في رحم المرأة المكتملة الخلقة بنفخ الروح فيها.

أمّا الفراش فهو ما يفرش لنوم أو لغيره، وهو هنا كناية عن الزوج الشرعي أو

¹⁴² عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص 365.

¹⁴³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم(179696)،

اجتهاد قضائي غ.أ.ش 2001، ع خاص، ص 98.

¹⁴⁴ الحديث من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، قالت: « كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه. قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص، وقال ابن أخي قد عهد إليّ فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة. ثم قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر ». ثم قال لسودة بنت زمعة - زوج النبي صلى الله عليه وسلم - احتجني منه لما رأى من شبهه بعتبة. فما رآها حتى لقي الله تعالى ». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، (ح/ 2035)، ص 408.

المالك، باعتبار أن من هو زوج شرعاً أو كان مالكا لها، له حق أن ينام معها فيه شرعاً ويستمتع بها وتستمتع به.

ومعنى القاعدة أن الولد يُنسب إلى صاحب الفراش الذي هو الزوج -وهو الأصل في انتساب الولد- أو السيد الذي يستمتع بأمته؛ فهو مخصوص به وليس لأحد غيره حق فيه.

والمدار في تحقق الفراش علاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة سواء بالعقد الصحيح أو الفاسد - وهو المختلف في صحته - ، وكذا نكاح الشبهة، فإن حكمه حكم النكاح الصحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عنه.

ثانياً: التطبيق القضائي

عوّلت المحكمة العليا على هذه القاعدة واعتمدت عليها في تعليل القرارات والأحكام القضائية إلى حدّ ترجيحها حتى على ما أثبتته العلم من دليل مغاير كالخبرة الجينية (أو ما يسمى بالبصمة الوراثية ADN) في العديد من القرارات، لما أكدت بأن قاعدة "الولد للفراش وللعاهر الحجر" لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعاً لنفي النسب، على الرغم من أن النص القانوني يستوعب هذه الوسيلة من وسائل الإثبات فليس هناك ما يمنع القاضي من اللجوء إلى التحليل العلمي، كفحص الأنسجة، حسب أحكام المادة 40 من ق.أ في صياغتها الجديدة في الفقرة 2 ((يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب)).

وتكريساً لهذا التوجه أشارت المحكمة العليا في قرار لها ((من المقرر شرعاً أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومن المقرر قضاءً أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام. ومتى تبين - في قضية الحال - أن ولادة طفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن

الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة. وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات نسب الطفل طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن))¹⁴⁵.

كذلك أشارت في قرار آخر ((من المقرر شرعاً وقانوناً أنه متى ولد الطفل من زواج شرعي ومسجل بالحالة المدنية ولم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحاً))¹⁴⁶. وفي قرار مماثل نقرأ ((يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب))¹⁴⁷.

قاعدة: إحياء الولد

أولاً : معنى القاعدة

المتفحص لأحكام النسب في الفقه الإسلامي يجد أنها قائمة على مبدأ الاحتياط، حيث إن الفقهاء لا يترددون في إلحاق النسب بأدني الأسباب، " فالأصل عند أبي حنيفة وصاحبيه أن النسب يخاطر في إثباته أو يحتال لإثباته ما أمكن "، وذلك طبقاً للقاعدة الشرعية القائلة " بحمل المرأة على الصلاح وإحياء للولد وحفظ له من الضياع ". وفي هذا ما يدل على مدى تشوّف الشارع لاتصال الأنساب وعدم انقطاعها صيانة للمولود وحماية له من الضياع.

¹⁴⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 1997/07/08، ملف رقم (165408)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص 67.

¹⁴⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 2004/02/25، ملف رقم (309543)، ن.ق، ع 65، 2010، ص 307.

¹⁴⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 2009/10/15، ملف رقم (605592)، م.م.ع، ع 1، 2010، ص 245.

ثانيا: التطبيق القضائي

عولت المحكمة العليا على هذه القاعدة في ثبوت النسب حقا للولد وإلحاق الولد بأبيه ما أمكن، يدافع به عن نفسه من الضياع، حيث ورد في حيثيات قرار: ((من المقرر شرعاً انه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، والبينة، وشهادة الشهود، ونكاح الشبهة، والأنكحة الفاسدة والباطلة، تطبيقاً لقاعدة "إحياء الولد" لأن ثبوت النسب يعد إحياءً له ونفيه قتلاً له...))¹⁴⁸.

وفي نفس السياق وحول ما إذا كان الإقرار والشهادة الكتابية المدلى بها أمام الموثق يعتد بها في إثبات الزواج، أو في إثبات آثاره القانونية، استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على: ((أن النسب يثبت بالإقرار، لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار: " ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة..". كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد...))¹⁴⁹.

ضابط: لا توارث بين المسلم والكافر

يقرر هذا الضابط حالة من الحالات التي ينتفي فيها التوارث وهي اختلاف الدين بين الوارث والمورث، فقد " أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم؛ لقوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء، 141]، ولما ثبت

¹⁴⁸ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم (172333)، م.ق، ع 1، 1997، ص42.

¹⁴⁹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم (289545)، م.م.ع، ع 2، 2004، ص373.

من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»¹⁵⁰.

وقد أورد هذا الضابط ابن حارث الخشني بلفظ: "لا توارث بين المسلم والكافر البتة، ولا بين الحر والعبد ولا بين رجلين اختلفت مللتهما وإن جمعهما جميعاً مفارقة الإسلام"¹⁵¹، وصاغه الإمام المقرئ بقراءة "كل ملتين فلا توارث بينهما.." ¹⁵².

وحكم الضابط ألا توارث بين المسلم والكافر، المسلم هنا وارث والكافر مورث، ولا بين الكافر والمسلم، الكافر وارث والمسلم مورث، لقيام المانع وهو اختلاف الدين.

ثانياً : التطبيق القضائي

من القرارات التي أخذت فيها المحكمة العليا بضابط "لا توارث بين المسلم والكافر" القرار الذي جاء فيه: ((من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في ق.أ ومن الثابت شرعاً أن " لا يرث الكافر المسلم والمسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئاً " . ولما تبين - من قضية الحال - أن الطاعن لم يعتنق الإسلام، ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما مثل ما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن))¹⁵³،

¹⁵⁰ ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2 ص 352. والحديث أخرجه البخاري عن أسامة بن زيد في كتاب

الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم رقم 6383، ج 6 ص 2484؛ ومسلم في الفرائض. (52/11)

¹⁵¹ الخشني، أصول الفتيا، مرجع سابق، ص 233 .

¹⁵² المقرئ، محمد بن محمد بن أحمد الكليات الفقهية، تح: محمد أبو الأحناف، (ط:1؛ لا.م: الدار العربية للكتاب، 1997)، الكلية 508 ص 199.

¹⁵³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1995/07/25، ملف رقم (123051)، م.ق، العدد 1، 1996، ص 113.

الفرع الثاني : الإستدلال الضمني بالقواعد الفقهية في قرارات المحكمة العليا

يتبين باستقراء مجموعة من قرارات المحكمة العليا أن القضاء الجزائي في المسائل الاجتهادية في قضايا الأسرة، غالبا ما يلجأ إلى كتب المتأخرين من المالكية، كرسالة بن أبي زيد القيرواني ومختصر خليل بن اسحاق وتحفة ابن عاصم... .

ورجوع القضاة إلى الأحكام الشرعية الواردة في تلك المصادر الفقهية والاستشهاد بأقوال الفقهاء فيها؛ وهي في النهاية مضامين لقواعد وضوابط فقهية، يعد آليا وتلقائيا استدلال بالقواعد الفقهية ذاتها، ومن نماذج ذلك:

قاعدة : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والأشكال والمباني

أولا : معنى القاعدة

تعتبر قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" من القواعد المدرجة تحت قاعدة "الأمور بمقاصدها"؛ إحدى القواعد الفقهية الخمس الكبرى.

وهي من قواعد التعبير عن الإرادة، إلا أن السؤال المطروح يتمثل في المقصود من الإرادة؟ هل الإرادة الباطنية أم الإرادة المتوصل إليها انطلاقا من الألفاظ؟ الواضح أنه "لا يُعتد بالإرادة الباطنية، فالمقاصد والمعاني التي يُعتد بها هي التي تُستخلص من العبارات والصيغ المستعملة، أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية... وأن أهم قاعدة في تفسير العقود.. هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية أحد المتعاقدين" ¹⁵⁴.

¹⁵⁴ السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6 (لا.ط؛ بيروت: مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، دت) ص30.

فالمقاصد المعنية في هذا الإطار هي التي تحددها القرائن اللفظية¹⁵⁵، كما يراد بها المقاصد العرفية التي اصطلح عليها الناس في تخاطبهم، فهي معتبرة في تعيين جهة العقد، والفقهاء يجيزون حمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه ما لم يخالف الشرع¹⁵⁶.

ثانيا : التطبيق القضائي

قضى الاجتهاد القضائي بصحة الوصية غير المفرغة في الشكل الرسمي استنادا إلى هذه القاعدة الفقهية، حينما اعتبر بأن وجوب التسجيل للوصية وتحرير عقد بذلك أمام الموثق الوارد في المادة 191 من قانون الأسرة لا يترتب على عدم القيام به بطلان الوصية، وإنما يعتبر ذلك مخالفة إدارية فقط لا تأثير لها على صحة الوصية، ففي قرار المحكمة العليا: ((من المقرر أن الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر يحول دون استطاعة الموصي إعداد وصيته طبقا للمادة 191 فقرة 02. ولما ثبت - في قضية الحال - أن الطاعنة استطاعت أمام المحكمة والمجلس تلبية جميع الشروط المتمثلة في وجود وصية شفوية وإثبات المانع القاهر وتقديم نسخ من عقد الملكية وقدمت شهودا أمام المحكمة أثبتوا ذلك فإن قضاة المجلس قد خالفوا نص تلك المادة عندما اشترطوا إفراغ الوصية في الشكل الرسمي وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 191 فقرة 1، ذلك أن الوصية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات في حالة وجود مانع قاهر، مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال))¹⁵⁷.

وحيث إن موجبات بطلان الوصية واردة في منطوق المادة 201 من قانون

¹⁵⁵ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص184.

¹⁵⁶ الزوقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص55.

¹⁵⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 413209 بتاريخ 2008/01/16، م.ق،

2008، العدد2، ص303.

الأسرة، ومفهومة من نصوص المواد: 186، 188 من نفس القانون، كما أن المادة 191 سألقة الذكر لا تقرر حالة خاصة للبطلان، وإنما شرعت إجراء توثيقاً يفرض على الموصين التصريح بالوصية أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي. وتأسيساً عليه فإن الإخلال بشرط التوثيق لا أثر له في صحة الوصية.

قاعدة : ما بُنيَ على باطل فهو باطل

أولاً : معنى القاعدة

المراد من هذه القاعدة أن ما بُنيَ على أصل باطل يكون كل ما ينجر عنه باطلا بطبعه، وعكس ذلك أن ما كان أساسه صحيحاً فهو صحيح كذلك¹⁵⁸.

وتفيد القاعدة بأن المَعول عليه في الشريعة الإسلامية أنه لا يمكن الجمع بين التصرفات ذات الصفات المتناقضة والمتغايرة، فلا يجتمع حلال بحرام، ولا فاسد بصحيح ولا يثبت أحدهما إلا بارتفاع الآخر؛ وهذا يعني منع إنشاء الصحيح عن الفاسد أو الفاسد عن الصحيح.

ثانياً : التطبيق القضائي

استأنست المحكمة العليا بمضمون هذه القاعدة، إذ جاء على لسان قضائها التصريح بعدم ثبوت نسب المولود الذي يكون ثمرة لفراش زوجية باطل، وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، لأن ما هو باطل لا يمكن أن يُؤسس عليه ما هو صحيح. ((ومتى تبين- في قضية الحال - أن الزواج وقع على امرأة ما زالت في عدة الحمل، وأن الحمل

158 البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج10 ص 439.

وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹⁵⁹.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، بأن إثبات وتسجيل الزواج العرفي يتوقف على ثبوت قيام عقد الزواج على الوجه الشرعي، وتكريسا لهذا التوجه أشارت في قرار لها: ((متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن أبي زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان ثابتا- في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود، لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع¹⁶⁰)).

قاعدة : الضرر يزال

أولا : معنى القاعدة

تقرر هذه القاعدة بأن من أهم أهداف الشريعة وأعظم مقاصدها¹⁶¹، دفع الضرر

¹⁵⁹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 139825 بتاريخ 19/05/1998، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، 2001، ع.خ، ص 73.

¹⁶⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 24/09/1984، ملف رقم (34438)، م.ق، ع 1، 1990، ص 64.

¹⁶¹ قال الناظم: والدين جاء لسعادة البشر ❁ ولانتفاء الشر عنهم والضرر

وتوقيه، وهي تعني: وجوب إزالة الضرر؛ لأنه ظلم وحرام شرعا. والضرر منهي عنه قبل وقوعه لقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، أما في حالة وقوعه الواجب دفعه وإزالته إعمالا لقاعدة "الضرر يزال"، والإزالة مقيدة بقاعدة الضرر لا يزال بمثله ومن باب أولى ألا يكون بما هو أكبر من الضرر الواقع¹⁶².

ثانيا : التطبيق القضائي

استأنست المحكمة العليا بمضمون هذه القاعدة في:

1: تكريس حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج، ففي أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: ((من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل: "ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه". ومتى تبين - في قضية الحال - أن القضاة لما قضوا بأن للزوجة الحق في المعاش المستقل عن أهل الزوج دون السكن المستقل، فإنهم خالفوا القانون؛ لأن للزوجة الحق شرعا في السكن المستقل عن أهل الزوج، ولهذا يتعين نقض القرار المطعون فيه))¹⁶³.

2: عدم اعتبار مطالبة الزوجة بسكن مستقل عن أهل الزوج مساس بالطاعة الواجبة عليها تجاه زوجها، وأن عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية شريطة توفير مستقل لها عن أهل الزوج لا يعد نشوزاً فـ ((من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج. والثابت - في قضية الحال - أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا

¹⁶² قال المقري: "إذا تقابل محظوران، أو مكروهان، أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما". القواعد، مرجع سابق، ج2 ص 456.

¹⁶³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، بتاريخ 19/05/1998، ملف رقم (189339)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص216.

عن أهله مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية. وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون. مما يستوجب رفض الطعن))¹⁶⁴.

وفي قرار آخر: ((من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج وذلك لقول خليل: " ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه ". ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطاعن يعتبر الزوجة غير طائعة له وخرجت من البيت من تلقاء نفسها، رغم أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجته لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل، وعليه فإن القضاة بقضائهم بأن رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية يكون بسكن مستقل للزوجة عن أهل الزوج طبقوا صحيح القانون))¹⁶⁵.

وواضح أن تعليل المحكمة العليا لقرارتها بقول خليل المشار إليه في القرارين السالفين، إنما هو استئناس واستثمار للقاعدة الفقهية "الضرر يزال".

3: تحديد مفهوم ومعايير الضرر المعترف شرعاً الموجب للتفريق بين الزوجين¹⁶⁶، حيث اعتبرت قرارات المحكمة العليا الضرر قائماً إذا: لم يوفر الزوج السكن اللائق، أو أهمل

¹⁶⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم (213669)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع.خ، 2001، ص219.

¹⁶⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 1999/02/16، ملف (218754)، اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع.خ، 2001، ص222.

¹⁶⁶ كما هو معلوم أقر ق.أ مبدأ التطبيق للضرر في نص المادة 53 منه في الفقرة 10 بقول المشرع " وكل ضرر معترف شرعاً" هكذا بإطلاق ودون حصر لنوع الضرر سواء أكان جسدياً (مادياً) أو نفسياً (معنوياً)، ودون تحديد لدرجة الضرر من حيث الشدة أو الخفة، أو من حيث وقوع الضرر دفعة واحدة أو بشكل متكرر، إنما الفاصل في ذلك كله هو السلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يحدد ويقدر الضرر موضوع الدعوى. وبناء عليه نجد أن سلطة القاضي التقديرية يمكن أن يكون لها الأثر في الحكم باعتماد القواعد الفقهية، وإمكانية الاستناد عليها في تنزيل معيار وضابط الضرر على القضية المنشورة أمامه.

النفقة الشرعية¹⁶⁷، أو أساء معاشره الزوجة عن طريق إهانات خطيرة شتما أو سبا أو ضرباً أو إغراضاً عنها بقصد الإيذاء¹⁶⁸، أو قسوة المعاملة، أو ترك البيت الزوجي، أو تخرب من الواجبات المترتبة عن عقد الزواج، أو عدم قدرة الزوج على الدخول (الوطء)¹⁶⁹ أو الإنجاب¹⁷⁰... وقد صدرت عن المحكمة العليا عشرات القرارات في هذا الموضوع.

¹⁶⁷ ((المبدأ: تطبيق أسبابه: ضرر بين - عدم دفع نفقة لمدة تزيد على شهرين - سبب مرر للتطبيق. من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مرراً لطلبها التخليق عن زوجها وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقات بعدهما الطلاق من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية)). القرار الصادر بتاريخ: 1984 / 11 / 19، ملف رقم (34791)، م.ق، 1989، ع3، ص

¹⁶⁸ كما في القرار: ((من المقرر قانوناً أنه يجوز تخليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة طلبت التخليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التخليق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتخليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)). القرار الصادر بتاريخ: 1998/07/21، ملف (192665)، الاجتهاد القضائي لعرفة.أ.ش، ع.خ 2001، ص 116.

¹⁶⁹ كما في القرار الصادر بتاريخ: 1996/04/23، ملف (135435)، المبدأ: طلاق قبل الدخول - طلب التخليق مع التعويض - استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً. ((من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التخليق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت - في قضية الحال - أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها، ويرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن)).

¹⁷⁰ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 1999/02/16: ((من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التخليق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التخليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتخليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً)). ملف (213571)، الاجتهاد القضائي لعرفة.أ.ش، ع.خ 2001، ص 119.

قاعدة: كل فرقة من طلاق أو فسخ بعد الوطء ولو في الدبر أو استدخال الماء المحترم
توجب العدة

أولاً: معنى القاعدة

تقرر هذه القاعدة بأن المرأة إذا طلقت قبل أن يمسه (بجامعها) زوجها أو يدخل
بها فليس عليها عدة لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ
كَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب، 49]، ولأن "تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم
ولإظهار خطر النكاح والبضع"¹⁷¹.

والحكم المتوصل إليه بمفهوم المخالف لهذه القاعدة أن الفرقة (الطلاق أو الفسخ)
التي لم يتحقق فيها وطء (جماع) ولا استدخال ماء الرجل (المني) لا توجب العدة، لأن
الاعتداد قُيِّدَ بالجماع وولوج ماء الرجل لرحم المرأة، ولما انتفى القيد انتفى الحكم.

ثانياً: التطبيق القضائي

راعت المحكمة العليا هذه القاعدة واستدلت بمفهومها المخالف (مفهوم الصفة)¹⁷²
في صياغة مبدأ قضائي مفاده: ((من المقرر شرعاً أنه "تستوجب العدة للمرأة المطلقة
والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها". ولما كان ثابتاً - من
قضية الحال - أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج

¹⁷¹ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج4 ص 139.

¹⁷² والمقصود بمفهوم الصفة: "أن يدل اللفظ المقيد بوصف، على ثبوت نقيض الحكم الموصوف للمسكوت لانتفاء ذلك
الوصف عنه". الإيجي، عضد ابن عبد الرحمن، شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب، ج3 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب
العلمية، 2004) ص 170.

ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون))¹⁷³.

وهكذا، وبناء على ما تمّ تحليله في هذا المبحث نستخلص درجة إحاطة القواعد الفقهية بقانون الأسرة، وتضمّن موادّه و نصوصه لها، وإشارات شُرّاحه، وخضوع قضائه لها في قراراته بالنص الصريح في البعض من القرارات تارة وبالإشارات تارة أخرى، خصوصاً القواعد الكبرى كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، و "الأمر بمقاصدها" و "العادة محكمة"، وما يتفرع عنها من قواعد كقاعدة "استعمال الناس حجة يجب العمل بها" .. وغيرها.

¹⁷³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1996، ملف رقم (137571)، م.ق، ع 2، 1997، ص 93.

خلاصة الفصل

أفضت معالجة قضايا هذا الفصل إلى العديد من النتائج، أهمها:

1. سلب ق.أ من الزوج حق رئاسة الأسرة وقيادتها، وبهذا الصنيع يكون قد عمل على تدنى مستوى القوامة وإضعاف حق الطاعة والتوجيه فيصبح دور الزوج في الأسرة مُهمَّشاً.
2. وكان على المشرع - حفاظاً على ترابط الأسرة وتماسكها - أن يُعزِّز توازن الحقوق والواجبات بين الزوجين، لا أن ينحاز لطرف على حساب الطرف الآخر؛ لأن القانون هو قانون للأسرة وليس قانوناً للمرأة.
3. التحكيم نوع من التصالح إلى حدّ المخاطرة ببعض الحقوق أو كلها، تضعف فيه الضمانات المتوفرة في القضاء، من حيث الركون إلى أفراد لم تتأكد فيهم حيده القضاء واستقلاله؛ لأجل ذلك وجب التدقيق في الشروط الواجب توافرها في الحكّمين وتبيين طبيعة عملهما وحدود مهمتهما.
4. الحكّمان عند الشقاق حاكمان؛ فلهما الحق في أن يحكما بما يريانه من التسوية والجمع والتفريق بين الزوجين.
5. يُفترض أن إجراءات التطلاق للشقاق تمثل الملاذ الأخير للزوجة التي لم تفلح في إثبات الضرر في دعوى التطلاق؛ إذ بمجرد عدم نجاح مهمة الحكّمين في الإصلاح والتوفيق بينهما تطلقها المحكمة، وإن لم تنص على ذلك المادة المذكورة أعلاه صراحة.
6. الناظر في قانون الأسرة، المستقرئ لنصوصه لن يعدم شواهد لقواعد فقهية مصاغة في شكل نصوص قانونية، أو تطبيقات لها من غير بيان لأصلها الذي ترجع إليه.

7. إعمال القواعد الفقهية في ق.أ واقع ومُشاهد وإن كان غير منصوص عليه مباشرة في متنه.

8. استثمار القواعد الفقهية في ساحة الخصومة القضائية الأسرية واسع جدا، وتعويل القضاة وتوسلهم بهذه القواعد في تأسيس وبناء الأحكام أضحي آليا وتلقائيا لكونها الأقرب في الصياغة إلى النص القانوني.

9. إحاطة القواعد الفقهية بقانون الأسرة الجزائري، وتضمن مواده ونصوصه لها، وخضوع قضائه لها في أحكامه قراراته، يبرر ربط الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة بالقواعد الفقهية.

الفصل الثاني

التطبيقات القواعدية في المسائل التي لم يُنص عليها في قانون

الأسرة

ليس المقصود من هذا الفصل تتبع مسائل وأحكام قانون الأسرة كما هو مرتب ومنصوص عليه مادة مادة، وإنما الغرض منه بحث وإثارة بعض المسائل التي لم ينص عليها في القانون، وقال فيها الاجتهاد القضائي-المحكمة العليا- كلمته، باقتباس الحلول المناسبة لها مما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للإحالة عليها من المادة 222 من ق.أ. (مبحث أول).

وتماشيا مع التحولات التي عرفها المجتمع الجزائري تم تضمين قانون الأسرة بعض مقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق المرأة والطفل التي صادقت عليها الجزائر، حيث تم تعديل وإلغاء وإضافة وإدراج أحكام ومواد، اتسمت صياغة البعض منها بالضبابية المؤدية إلى التردد والتهيب من الجزم بموقف المشرع منها (مبحث ثانٍ).

وانطلاقا من مركز القواعد الفقهية في تنظيم الروابط الأسرية- كما هو مقرر في الفصل الأول من الباب -، لا مناص من استعانة القاضي الأسري بها؛ كونها تمثل مدخلا مهما، وطريقا أساسيا من طرق تيسير سبل الفهم السليم للنص القانوني وحسن تطبيقه، ذلك أن ربط النص القانوني بمصدره المادي، يساعد القاضي في تلمس روح ومقاصد النص، وهو ما ينعكس إيجابا في البداية على مستوى فهمه، وفي النهاية على مستوى تطبيقه وتنزيله على الوقائع الماثلة أمامه.

المبحث الأول

المسائل المُرسلة في قانون الأسرة بين الاجتهاد القضائي والقواعد

الفقهية

نبتغي في هذا المبحث تحليل توجّه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) المستند إلى المادة 222 من ق.أ من خلال طائفتين من المسائل: مسائل اجتهدت فيها المحكمة العليا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنها لم تستقر على اجتهاداتها في تلك المسائل؛ فما لبثت أن عدلت وتراجعت عن البعض منها؛ مخالفة بذلك المقتضيات الدستورية التي تلزمها بالعمل على توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى محاكم الموضوع؛ واطاعة أياها أمام اجتهادين متناقضين فأيهما أولى بالإتباع؟ (مطلب أول).

ومسائل أُخر تضمنتها مواد قانونية من ق.أ مرسلّة، متشابهة؛ من حيث الدلالة على إرادة المشرع منها؛ مما يثير الكثير من الإشكالات عند تطبيقها (مطلب ثان).

محاولين - في الطائفتين من المسائل - التدليل على أهمية القواعد الفقهية، كمسلك اجتهادي يسعف القاضي في الوصول إلى الحل الأنسب بيسر، ويجنبه مزلق التردد والتخير بين الآراء الفقهية المتعددة، وتفادي الاستمرار في أي تحبط على مستوى التطبيق.

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الأسري: الاضطراب المشهود.. والانضباط المنشود

تمت الإشارة آنفا إلى أن اضطراب الاجتهاد القضائي في المادة الأسرية أمر واقع ومُشاهد؛ ذلك أن المحكمة العليا نفسها والتي يفترض فيها توحيد الاجتهاد القضائي، أصدرت اجتهادات مختلفة في مسائل متشابهة، أحاول في هذا المطلب دراسة بعض منها - كعينة- في فرعين: الأول يخصص لمسائل متعلقة بأحكام انعقاد الزواج وإنشائه، والثاني لنماذج مندرجة ضمن آثار عقد الزواج.

الفرع الأول: تطبيقات قضائية لمسائل لم يستقر عليها اجتهاد المحكمة العليا في باب انعقاد الزواج وإنشائه

لما كان الزواج من العقود التي تترتب عليها آثار وحقوق عديدة، كثبتت النسب والحضانة والميراث والعدة، ووجوب الصداق والنفقة، وحرمة المصاهرة..، اهتم الفقهاء بتفصيلات مسائل الإشهاد عليه أكثر من الاهتمام بالشهادة في الأموال، حتى يكون إثباته على أكمل وجوه التوثيق وأصحها، وهو ما أغفل تفاصيله المشرع الأسري.

لأجل ذلك نقتصر في هذه المساحة التطبيقية على مسألتين اثنتين من مسائل الشهادة في الزواج (فقرة أولى)، نختم معالجتهما بإبراز دور القواعد في تحقيق استقرار الاجتهاد القضائي في هذا الموضوع- الشهادة في الزواج-؛ لمعرفة القواعد الفقهية المطبقة فيها، التي تسير على هديها القرارات والأحكام وتنقاد لها من غير اضطراب (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : عرض وتحرير المسألتين

المسألة الأولى: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج

نصت المادة 9 مكرر من ق.أ. ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، ...)).

فباستثناء شرط التعدد - المستفاد من لفظ "شاهدان" الوارد في نص المادة - لم يتعرض المشرع الجزائري لباقي الشروط المستوجبة في شهود عقد الزواج؛ ما يتحتم معه الرجوع إلى مدونات الفقه الإسلامي، عملاً بنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق.أ.

المذاهب الفقهية في المسألة

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هناك خلافاً بين الفقهاء في صفة من تصح شهادته في عقد الزواج: فقد اتفقوا على شروط يجب توافرها في الشهود؛ هي: العقل والبلوغ، والتعدد، وفهم كلام المتعاقدين، والإسلام إن كان الزوجان مسلمين، وأجاز الحنفية شهادة الذميين إن تزوج المسلم من ذمّية، وكذا شهادة الذميين بعضهم على بعض¹⁷⁴.

واشترط جمهور الفقهاء من المالكية¹⁷⁵، والشافعية¹⁷⁶، والحنابلة¹⁷⁷ الذكورة

¹⁷⁴ المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح البداية، ج2 (لاط؛ باكستان: مكتبة المصباح، د.ت) ص 306.

¹⁷⁵ ففي الموطأ: « عن أبي الزبير المكي؛ أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أُتِيَ بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة؛ فقال: هو نكاح السر ولا أحيزه، ولو كنت تُقَدِّمُ فيه لرجمت » كتاب النكاح، جامع ما لا يجوز من النكاح. ومعناه: لو سبقني أحد وقال بالرجم في مثل هذا النكاح لرجمت أنا فاعله أيضاً؛ تعبيرا عن شدة إنكاره لهذا النكاح. ويقول الصادق الغرياني: "فقد اشترط الله تعالى في الشهود العدالة فقال: ﴿ وَمَنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة، 281] والكافر والفاسق ليسا من أهل العدالة والرضا، فلا يُوثق بشهادتهما، كما أنه لا يوثق بشهادة الصبي، ولا غير العاقل". الغرياني،

والعدالة، وخالفهم الحنفية فقالوا بجواز شهادة الرجل وامرأتين، كما صححوا الزواج بشهادة غير العدول¹⁷⁸.

أما شهادة النساء منفردات على عقد الزواج فلا تصح، ولا ينعقد الزواج بشهادتهن. قال ابن شهاب الزهري: "مضت السنة أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق"¹⁷⁹.

اجتهاد المحكمة العليا

اتجهت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن ((الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين فلا تقبل فيه شهادة رجل مع اليمين ولا شهادة رجل مع امرأتين))¹⁸⁰، وفي السياق ذاته أيد المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) قراراً صادراً عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 1986/06/01 قضى بعدم وجود زواج تخلف فيه شرط الشهادة؛ وهي شهادة عدلين ذكرين، مُقررًا - المجلس الأعلى - رفض دعوى الطاعنة التي أعطاها - أي المجلس - فرصة عساها أن تثبت الزواج الذي تدعيه، إلا أنها لم تثبت ذلك بشهادة

الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 1423هـ/2002م) ص 573-574؛ وانظر: علي بن أحمد الصعيدي العدوي، حاشية العدوي، ج 2، (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1997م)، ص50؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج2. (ط:1؛ لا.م: دار الفكر، 1418هـ / 1998م)، ص345.

¹⁷⁶ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج2. (ط:3، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1425هـ / 2004م) ص 241.

¹⁷⁷ موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، ج9، (ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1417هـ / 1997م)، ص366.

¹⁷⁸ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 3 ص ص 402-403.

¹⁷⁹ رواد عبد الرزاق في المصنف، مرجع سابق، ج 8 ص 329 .

¹⁸⁰ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/12/15، ملف رقم (43889)، م.ق، ع 2، 1993، ص37.

الشهود، سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا¹⁸¹.

غير أن المحكمة العليا لم تستقر على هذا الاجتهاد؛ فأثبتت في قرار حديث الزواج العرفي بشهادة رجل وامرأتين؛ ((حيث أن شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا وقانونا.))¹⁸².

المسألة الثانية: شهادة الأقارب في عقد الزواج

وهي مسألة متفرعة عن المسألة الأولى، تناولها الفقهاء تحت عنوان "شهادة عمودي نسب الزوجين والولي في النكاح".

فالملاحظ أن المشرع لم ينص-أيضا- على شهادة الأقارب في الزواج، وهذا نقص لا يستقيم معه الفهم السليم للنص؛ ومن ثم تطبيقه تطبيقا صحيحا، إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها صاحبة الولاية في كل ما لم يُنص عليه في ق.أ.

المذاهب الفقهية في المسألة

اختلف العلماء فيما إذا كان شاهدا عقد الزواج¹⁸³ من فروع أو أصول الزوجين،

¹⁸¹ انظر: القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/11، ملف رقم (55706)، م.ق.، ع 1، 1992، ص 48.

¹⁸² القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/02/14، ملف رقم (381880)، م.م.ع، ع 2، 2007، ص 483.

¹⁸³ وينبغي التنبيه في هذا السياق إلى أن الفقهاء بحثوا مسألة شهادة الفروع والأصول في النكاح كمسألة خاصة، وليست المسألة متعلقة بمطلق الشهادة- الشهادة في الأموال والدماء-؛ فكما هو متفق عليه، القرابة والعداوة تقدحان في الشهادة، وكل ما يجز الشاهد به نفعاً للمشهود له أو دفعاً للضرر عنه، يجعل الشهادة مردودة غير مقبولة، ولم يخالف في ذلك- شهادة الأقارب في غير الزواج- إلا الإمام أحمد في رواية عنه، والمعتمد في المذهب عدم قبولها. انظر: المغني، مرجع سابق، ج9 ص 350-351.

أو كانا من فروع أو أصول الموجب للنكاح - الولي-، فمذهب الحنفية¹⁸⁴، والصحيح عند الشافعية¹⁸⁵، ووجه في مذهب الإمام أحمد، انعقاد النكاح بشهادة عمودي نسب الزوجين أو عمودي نسب الولي.

ولا ينعقد النكاح بشهادة عمودي نسب الزوجين أو عمودي نسب الولي عند المالكية¹⁸⁶، والحنابلة¹⁸⁷، وفي رأي للشافعية¹⁸⁸.

اجتهاد المحكمة العليا

ذهبت المحكمة العليا(المجلس الأعلى) في قرار لها إلى القول بعدم انعقاد الزواج بشهادة الأب لابنه: ((وإذا كان الزواج يقوم إثباته على شهادة شاهدين رجلين ليس من بينهم والد الزوج الذي لا تُقبل شهادته لابنه))¹⁸⁹، وإلى عدم جواز أن يكون الولي أحد

¹⁸⁴ قال الكاساني: "ولو زوج الأب ابنته من رجل بشهادة ابنه، وهما أخوا المرأة، فلا يُشك أنه يجوز النكاح". بدائع الصنائع مرجع سابق، ج3 ص 404؛ وجاء في الفتاوى الهندية: "والأصل في هذا الباب أن كل من يصلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً".

¹⁸⁵ الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3 ص 144.

¹⁸⁶ قال العدوي- في معرض مناقشته لمسألة شهادة كل من يصح أن يكون ولياً للزوجة - : "ليس المراد بالولي من يباشر العقد، بل من له ولاية النكاح، ولو تولى العقد غيره بإذنه، وكذا لا تصح شهادة هذا المتولي، لأنها شهادة على فعل النفس". حاشيته العدوي على شرح الخرشي؛ وفي نفس السياق جاء في الفواكه الدواني: "والمراد مطلق ولي لا خصوص المباشر لعقد نكاحها".

¹⁸⁷ فالقاعدة عند الحنابلة أن الشهود إذا كانوا من غير عمودي النسب (وهم أصول وفروع الزوجين) جازت شهادتهم ما لم يكن الشاهد ابناً للولي. قال في مطالب أولي النهي - عند كلامه عن تصح شهادتهم-: "من غير أصل وفرع الزوجين أي: من غير عمودي نسب الزوجين والولي، فلا تصح شهادة أبي الزوجة أو جدّها فيه ولا ابنتها وابنه فيه، وكذا أبو الزوج وجده ابنة وابن ابنة، وإن نزل للتهمة، وكذا أبو الولي وابنه". الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج5 (ط:2؛ دمشق: المكتب الإسلامي، 1415هـ - 1994م) ص ص 81-82.

¹⁸⁸ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 5 (طبعة خاصة؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1423هـ/2003م) ص 392.

¹⁸⁹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/02/29، ملف رقم (48184)، م.ق، ع 1، 1991، ص 49.

الشهود: ((المبدأ: لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج))¹⁹⁰.

لكنها-المحكمة العليا- عدلت عن هذا التوجه بالتصريح بقبول شهادة الأقارب في عقد الزواج؛ معتبرة أنه ((من المقرر قانوناً أنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج، الطلاق، الوفاة))¹⁹¹، و((أن شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة(الزوجة) هي مقبولة شرعاً وقانوناً))¹⁹².

الفقرة الثانية : توظيف القواعد الفقهية في المسألين

اتنهي البحث في الفقرة السابقة إلى أن القاضي الذي ينظر في زواج مطعون في صلاحية شهوده، يجد نفسه أمام اجتهادين قضائيين متضاربين؛ فيحترار أيهما يختار لقضائه؟

ولا شك أن توسّله- القاضي- بالقواعد الفقهية في معالجة نازلته تلك، يُجنّبه مخاطر التردد والمجازفة في اختيار الرأي الفقهي الأنسب، ويجعل قراره مسبباً تسبباً كافياً، محصناً من الطعن فيه بعيب مخالفة القانون.

ذلك أن هذه القواعد - كما مرّ بيانه- استغرقت مجموعات واسعة من الأحكام، فلا حاجة إلى استقصاء الجزئيات المتناثرة في الكتب، ولا إلى استقراء النصوص كلما ظهرت حاجة إلى معرفة فرع من الفروع؛ وما يترتب على ذلك من تشتيت للذهن بين الآراء الفقهية المختلفة، وإهدار للوقت في التنقيب والتفتيش في المدونات الفقهية؛ المطولات منها

¹⁹⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم (600991)،

م.م.ع، ع 2، 2011، ص 274.

¹⁹¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم (179557)،

م.ق، ع 2، 1998، ص 79.

¹⁹² ملف رقم (381880) مذكور آنفاً.

والمختصرات... فهي - القواعد الفقهية - وليدة الأدلة الشرعية؛ النقلية والاجتهادية.

ولأن الشهادة في الزواج تختلف عن مطلق الشهادة، بفارق الاستعداد القبلي لتحملها- إذ الغالب أن يحضر الشاهد الواقعة المشهود فيها بصفة تلقائية وعارضة-، اهتم الفقهاء بوضع قواعد محكمة تحيط بكافة متعلقات الشهادة، تحصينا لها من القوادح، وصيانة للحقوق والأعراض. أهم تلك القواعد:

1. قاعدة: شهادة الرجلين العدلين حجة كاملة يجوز الإثبات بها في جميع الحقوق¹⁹³؛

2. قاعدة: الشهادة منوطة بالعدالة والأهلية التامة¹⁹⁴

فقد جمعت هاتان القاعدتان أهم الشروط المتعلقة بالركن¹⁹⁵ الأول من أركان الشهادة؛ أي الشاهد. وهي: الذكورة، والتعدد، والأهلية التامة، والعدالة.

¹⁹³ ابن جزى، محمد بن أحمد أبو القاسم، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: أ.د محمد بن سيدي محمد مولاي (ط:) ص 470.

¹⁹⁴ القاعدة 284 من معجم القواعد الفقهية الإباضية ج1 ص 646. وأصل هذه القاعدة قول الله ﷻ: ﴿ وَأَشْهُدُوا ذُرِّيَّ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق، 2]. وقوله ﷻ: « لَأَنْكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدِيَّ عَدْلٍ »، الذي أخرجه ابن حبان في صحيحه (ح/4075) وغيره و صحَّحه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته، مج 2 (ط:3؛ بيروت-دمشق: المكتب الإسلامي، 1408هـ/1988م) ص 1254، (ح/7557).

¹⁹⁵ ذلك أن أركان الشهادة خمسة: الشاهد، والمشهود له، والمشهود به، والمشهود عليه، والصيغة. الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص426. فحتى يكون الشاهد أهلا للشهادة بوجه عام يجب أن تتوفر فيه شروط، هي: الإسلام، والعقل، والبلوغ، والحرية، والتيقظ، والعدالة، وعدم التهمة، السمع في الوقائع الكلامية، البصر في الوقائع الحركية.. ابن جزى 468-470 بتصرف. وجاء في تبصرة الحكام: "قال ابن راشد: وللشاهد في شهادته حالان: حال تحمُّل الشهادة وحال أدائها، فأما حال تحملها فليس من شرط الشاهد إلا كونه على صفة واحدة، وهي الضبط والتمييز، صغيرا كان أو كبيرا، حرا كان أو عبدا، مسلما كان أو كافرا، عدلا كان أو فاسقا. وأما حال أدائها فمن شرط جواز شهادته أن يجتمع فيه خمسة أوصاف، متى عَرِيَ عن واحد منها لم تجز شهادته، وهي: البلوغ والعقل، والحرية، والإسلام، والعدالة. زاد ابن راشد: والمروءة. واختلف في الرشد. وزاد ابن راشد: وأن يكون من أهل التيقظ والسلامة من التغفل". ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1 ص 184.

وقد أفادت القاعدتان أن الأصل في الشهادة: شهادة الرجلين العدلين المؤهلين لأداء الشهادة، وتضمنتا حكما بجواز الإثبات بها في جميع الحقوق سواء الحقوق المالية، أو الأحوال الشخصية، أو الحوادث والوقائع¹⁹⁶ . . .

3. قاعدة: شهادة الرجل والمرأتين حجة في المال وما يؤول إلى المال¹⁹⁷

قال ابن جزى في معرض حديثه عن مراتب الشهادة: " والثالثة: شهادة رجل وامرأتين. وذلك في الأموال خاصة، دون حقوق الأبدان، والنكاح، والعق، والدماء، والجراح، وما يتصل بذلك كله"¹⁹⁸.

4. قاعدة: شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع¹⁹⁹

ووردت بلفظ: شهادة الإنسان على فعل نفسه باطلة، وهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة عامة هي: التهمة قاذحة في التصرفات إجماعاً²⁰⁰.

وقد تضمنت القاعدة حكماً يسري على حال شهادة الشاهد في أمر لا يجوز له الشهادة فيه؛ لانتفاء الحياد الذي هو المقوم الرئيس في الشاهد، لشبهة النصرة والمساندة في القرابة أو الصداقة، أو الرغبة في الإضرار بالعدو والكيد له والنكاية فيه.

وتفريعاً على هذه القاعدة تُردّ شهادة الشاهد المنتفع بشهادته جلباً لمغرم أو دفعاً لمغرم، فلا تقبل شهادة الأب لولده، كما لا تقبل شهادة الولد لأبيه، كما إذا شهد الولي

¹⁹⁶ طبعاً يُستثنى من ذلك الوقائع التي اشترط فيها الشارع نصاباً عددياً محددًا كالزنا.

¹⁹⁷ ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 470.

¹⁹⁸ نفسه.

¹⁹⁹ الحسيني، محمد حمزة، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية (لا: ط؛ دمشق: مطبعة حبيب افندي خالد،

1298 هـ) ص 10.

²⁰⁰ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج 4 ص 43.

في الزواج، فإن شهادته لا تصح..²⁰¹.

غير أنه توجد حالات معينة تُقبل فيها شهادة الأقارب لاستحالة اطلاع غيرهم على الواقعة المشهود فيها، كما هو الشأن في موضوع التطليق للضرر الواقع على أحد الزوجين... وغيرها من الوقائع التي تحدث من وراء جدر وأستار، يتعذر على غير أخص الأقارب الاطلاع عليها.

5. قاعدة: كل ما تعذرت مشاهدته أو مشاهدة أسبابه جازت الشهادة فيه بالاستفاضة²⁰²

تدل هذه القاعدة على صحة الاعتماد على الشهادة بالسماع، وهي أن يستفيض الخبر ويصبح مشهوراً بين الناس، ومنها: الشهادة على الزواج عن طريق الشهرة؛ فإذا استفاض زواج رجل من امرأة، أي اشتهر وتواتر جاز لمن لم يحضر الزواج أن يشهد بناء على الشهرة والاستفاضة.

وإلى ذلك ذهب المحكمة العليا حين قررت ((أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين...))²⁰³.

²⁰¹ ابن القيم، إعلام الموقعين . وتجوز عند المالكية - خلافاً لباقي المذاهب - شهادة الأخ لأخيه، التي تقبل متى فاق أقرانه في العدالة. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، ج1 (لا:ط؛ دار الفكر، لا.ن، 1974م) ص 507.

²⁰² انظر: ابن قدامة، المغني، تح: د.عبد الله بن عبد المحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو، ج14 (ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1417هـ / 1997م) ص ص 141-143.

²⁰³ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، ملف رقم (53272)، م.ق.

6. الضابط الفقهي: "كل من يصلح أن يكون قابلاً للعقد بنفسه انعقد النكاح بشهادته، وكل من يصلح أن يكون ولياً في النكاح يصلح أن يكون شاهداً فيه"²⁰⁴ المقرر عند فقهاء الحنفية، بناءً على أصل عندهم: أن الشهادة من باب الولاية؛ فكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة²⁰⁵.

والضابط يفيد اشتراط الحنفية في شهود النكاح الحرية والتكليف، ولم يعتبروا فيهم العدالة ولا وصف الذكورة؛ أما العدالة، فلأن الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف؛ لأن له أن يزوج نفسه وعبدته وأمته، فيكون من أهل تحمل الشهادة وإن لم يكن من أهل أدائها، لأن كلا من التحمل والولاية القاصرة لا إلزام فيه.

وأيضاً الفسق لا يُخرج صاحبه من أن يكون أهلاً للإمامة والسلطنة، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قل من خلا من الفسق، (...) ومن ضرورة كونه أهلاً للإمامة كونه أهلاً للقضاء؛ لأن تقلد القضاء يكون من الإمام، ومن ضرورة كونه أهلاً للقضاء كونه أهلاً للشهادة²⁰⁶.

أما وصف الذكورة فلعموم قوله تعالى ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾

ع 3، 1990، ص 82؛ والقرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15/12/1986، ملف رقم (43889)، م.ق، ع 2، 1993، ص 37.

²⁰⁴ نور الدين أبو الحسن علي بن سلطان محمد القاري، فتح باب العناية بشرح النقاية، اعتنى به: محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم. ج 2 (ط 1؛ بيروت - لبنان: شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1418هـ/1998م) ص 8؛ وقال في الإيضاح: "الأصل عندنا أن من ملك قبول النكاح لنفسه انعقد النكاح بحضوره". شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا، الإيضاح في شرح الإصلاح. تحقيق: د. عبد الله داود خلف الحمدي ود. محمود شمس الدين أمير الخزاعي، ج 1 (ط 1؛ بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، 1428هـ/2007م)، ص 291.

²⁰⁵ انظر: المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج 2 ص 306.

²⁰⁶ نفسه؛ وانظر: ابن الهمام، كمال الدين، فتح القدير للعاجز الفقير، ج 3 (لا.ط؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي،

د.ت.)، ص 112

[البقرة، 282]، ولأن ما بينى عليه أهلية الشهادة موجود، وهو المشاهدة والضبط والأداء؛ إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، والثاني يبقى، والثالث يحصل العلم للقاضي، والنساء في ذلك كالرجال، ولهذا يقبل إخبارهن في الأخبار، وهي ملزمة للأمة، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجر بضم الأخرى إليها، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، والنكاح مما يثبت مع الشبهات²⁰⁷.

فهذه القواعد والضوابط هي التي تُفَعَّل مادة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في ق.أ. (م/222)؛ باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية لفظ عام يستغرق كل المذاهب والآراء الفقهية التي استمدت فقهها من مصادر التشريع في الشريعة الإسلامية.

فيكون المقصود بـ "أحكام الشريعة الإسلامية" في النص القانوني المذكور: القواعد والضوابط الفقهية، سعياً لتوحيد التطبيق القضائي.

الفرع الثاني: تطبيقات قضائية لمسائل لم يستقر عليها اجتهاد المحكمة العليا في باب انحلال الزواج وآثاره

على شاكلة ما تمت معالجته في الفرع السابق، نحاول -وبنفس المنهجية تقريبا- إيراد عينات من مسائل آثار انحلال الزواج، تعبر عن التوجه القضائي المتذبذب للمحكمة العليا (فقرة أولى)، ثم تحليل ذلك التوجه والتعقيب عليه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تحرير المسائل

اعتبر الاجتهاد القضائي الأسري بعض قضايا الحضانة من النظام العام²⁰⁸؛ وذلك لأن

²⁰⁷ المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج 2 ص 306؛ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 6 ص 449.

²⁰⁸ حيث نقرأ في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا: ((فإن قضاة الموضوع كان عليهم قبل أن يمنحوها الحضانة أن يراعوا ما إذا كانت مصلحة الطفلين تتوفر عند أم ذات أخلاق سيئة، كما أن اقتصار القضاة على التصريح

الحضانة حق للمحزون بالدرجة الأولى، فكانت مسؤولية القاضي كفالة هذا الحق ووقاية الطفل من الإهمال الذي قد يحصل إذا لم يتوفر الحاضن على الظروف الكفيلة بتمكين الطفل من التمتع بهذا الحق على أكمل وجه.

وبناء عليه وقع اختيار مسألتين من مسائل الحضانة كتطبيقات قضائية؛ هما:

المسألة الأولى: الانتقال بالمحزون: هل يسقط الحق في الحضانة؟

الأصل في مكان الحضانة بلد الأبوين الذي يقيمان فيه عادة، وقد يحصل -لأي سبب من الأسباب- انتقال من له حق الحضانة ورغبته بنقل المحزون معه، ما يحول بين الوالد الآخر وبين رؤيته لابنه فترة ما؛ لصعوبة الزيارة أو بعد المسافة أو تعقد إجراءات السفر...

وقد عالجتها المادة 69 من ق.أ هذه الحالة، فنصت على أنه: ((إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مراعاة لمصلحة المحزون)).

فالمشرع ترك مسألة إسناد الحضانة وإسقاطها في حالة الانتقال بالمحزون إلى بلد أجنبي²⁰⁹ لتقدير القاضي؛ الذي يتعين عليه التحقق مما هو أليق بالحفاظ على مصلحة

بأسبقية الأم دون ربطها بالفائدة ذات الصلة بالنظام العام فيه مخالفة للقواعد الشرعية موجبة لنقض القرار)). القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/01/09، ملف رقم (31997)، م.ق، ع 1، 1989، ص 73.

²⁰⁹ الظاهر أن المشرع يستوي عنده الانتقال إلى بلد أجنبي مسلم أو غير مسلم؛ فيظل المستقر في بلد أجنبي غير مسلم متمتعاً بحق الحضانة طالما لم تثبت ردته عن الديانة الإسلامية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: ((لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي))). القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/09/10، ملف رقم (457038)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008، ص 313. لكن؛ وانطلاقاً من دقة الصياغة المطلوبة في النصوص القانونية، ومراعاة لانسجام بين موادها؛ سيما تلك المرتبطة ببعضها في المعنى والسياق، كان على المشرع التمييز بين البلاد الأجنبية المسلمة، والبلاد الأجنبية غير المسلمة في نص هذه المادة، انسجاماً مع نص المادة 62 التي ألزمت بأن ينشأ المحزون على دين أبيه؛ وهي تقصد بذلك

المحزون، دون أن يسُنَّ له ضوابط أو معايير يهتدي بها في ترجيح الرأي الذي يراه أنسب لصالح المحزون.

وفي ظل هذا الفراغ، وانطلاقاً من مقتضيات الإحالة في ق.أ. (م/222)، يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ لاقتباس ضوابط فقهية كفيلة بتوضيح كل ما من شأنه أن يراعي مصلحة المحزون على الوجه المعبر المقصود شرعاً.

المذاهب الفقهية في المسألة

بحث الفقهاء مسألة الانتقال بالمحزون والسفر به من بلد الحضانة إلى بلد آخر، فميزوا بين حالتين: إما أن يكون سفر استيطان واستقرار، وإما أن يكون سفراً مؤقتاً كحج أو تجارة أو علاج أو قضاء عطلة...

وهذا الأخير خارج عن حدود مسألتنا؛ لأن الانتقال الذي قصده المشرع هو الإقامة الدائمة المستمرة؛ وهذا ما تعنيه عبارة "أن يستوطن".

وسفر الاستيطان والاستقرار بدوره لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يتجاوز الموطن الذي انتقل إليه مسافة القصر (مكان بعيد): فالفقهاء في هذه الحالة رأيان:

الرأي الأول: الحضانة للأب مطلقاً، وبه قال المالكية²¹⁰ والشافعية²¹¹ والمشهور عند

الدين الإسلامي طبعاً. فالمواد القانونية في أي نص يكمل بعضها بعضاً، فوجب أن يُراعى فيها هذا الارتباط والتكامل أثناء الصياغة.

²¹⁰ الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2 ص 531.

²¹¹ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9 ص 106.

الحنابلة²¹². ويشترطون لذلك شروطاً:

- أن يقبل الولد غير أمه إن كان مولوداً، أو غيرها - الأم - ممن لها حق الحضانة²¹³؛
- ألا يريد الحاضن بذلك السفر الإضرار بالوالد الآخر (التعسف في استعمال حق الحضانة)، فإن قصد بسفره الإضرار لم يُجَب إليه²¹⁴؛
- أن يكون البلد وطريقه آمنين، فإن كانا أو أحدهما مخوفاً فلا تجوز المخاطرة بالمحضون²¹⁵.

الرأي الثاني: وهو مذهب الحنفية²¹⁶؛ ومفاده: إن كان المسافر الأب بقيت الحضانة للأم إن كان المحضون عندها، وإلا فللأب السفر به، وإن كان المسافر الأم انتقلت الحضانة للأب بشرطين:

- أن لا يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها؛
 - زواجها في ذلك البلد. وما لم يتحقق الشرطان، لا تثبت لها ولاية النقل.
- الحالة الثانية:** أن يكون الانتقال دون مسافة القصر (مكان قريب): وللفقهاء أيضاً في هذه الحالة قولان:

القول الأول: الأم أحق به مطلقاً سواء كانت هي المقيمة أو المنتقلة، وهو قول

²¹² ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8 ص 242.

²¹³ سحنون، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5 ص 358.

²¹⁴ المغني، المرجع السابق.

²¹⁵ الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 2 ص 531؛ المغني، المرجع السابق.

²¹⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 217-218.

المالكية²¹⁷، وأحد الرأيين عند الشافعية²¹⁸، ورأي عند الحنابلة²¹⁹.

القول الثاني: السفر القريب كالسفر البعيد، فيكون الأب أحق به، وهو أصح الرأيين عند الشافعية²²⁰، وهو المنصوص عليه عند الإمام أحمد²²¹.

اجتهاد المحكمة العليا

لم يستقر موقف المحكمة العليا على اجتهاد ثابت في هذه المسألة؛ ففي اجتهاد قديم قررت بأن بُعد المسافة أكثر من ستة بُرد (120 كلم تقريبا)²²² مانع من إسناد الحضانة، ولم تفصل في ما إذا كان الانتقال بالمحزون أكثر من هذه المسافة، داخل التراب الوطني أم خارجه، ولا في ما إذا كان البلد المنتقل إليه موطننا للحاضنة من عدمه.

فـ ((من المستقر عليه فقها وقضاء أن بُعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحزونين لا يكون أكثر من ستة برود... ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحزونين تزيد عن ألف كيلومتر، فإن قضاة المجلس

²¹⁷ سحنون، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج5 ص 358.

²¹⁸ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9 ص 106.

²¹⁹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص 242.

²²⁰ روضة الطالبين، المرجع سابق.

²²¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق.

²²² حكاية لرأي المالكية الذين يقررون بأن من شروط استحقاق الحضانة: "عدم سفر الولي عن المحزون سفر نقلة، ستة بُردٍ فأكثر. فإن أراد الولي السفر المذكور كان له أخذ المحزون من حاضنته". بن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج4 (ط:5؛ بيروت - لبنان: مؤسسة المعارف، 1428هـ/2007م) ص 295. "إذا انتقلت الحاضنة إلى بلد آخر بعيد عن ولي المحزون مسافة 72 ميلا فأكثر، سقطت حضانتها كذلك، لأن المحزون يحتاج إلى رقابة وليه، ولا تتأتى له الرقابة عليه إذا انتقلت به إلى بلد آخر بعيد عنه". الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ج3 ص 159. (و1 ميل = 1.609344 كلم، و 72 ميل = 115.872768 كلم).

بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²²³.

وفي نفس السياق ذهب قرار آخر إلى إسقاط الحضانة عن الأم المقيمة في بلد أجنبي بقوله: ((تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر))²²⁴، وهو ما أكده قرار مُشابه جاء فيه: ((من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تُسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها لأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيد عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة))²²⁵.

لكن سرعان ما تراجعت المحكمة العليا عن موقفها السابق إلى القول بأنه: ((يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم))²²⁶، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك لما قررت أن ليس فقط الاستيطان في بلد أجنبي لا يسقط حق الحضانة، بل حتى الحصول على جنسية ذلك البلد الأجنبي لا يسقطه ((لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة، طالما لم تثبت ردّها عن الدين الإسلامي))²²⁷.

²²³ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/09/22 ملف (43594)، ن.ق، ع 44، 1988، ص 175.

²²⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/12/26، ملف رقم (273526)، م.ق، ع 1، 2004، ص 264.

²²⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/07/13 ملف (341320) ن.ق، ع 62، 2008، ص 385.

²²⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم (426431)، م.م.ع، ع 1، 2008، ص 271.

²²⁷ ملف رقم (457038) مشار إليه آنفاً.

المسألة الثانية : ارتكاب الفاحشة: هل يُسقط الحق في الحضانة؟

لم يُفصّل المشرع الجزائري في الشروط الضرورية التي يجب توافرها في الحاضن²²⁸، مكتفيا بإجمالها في الفقرة 2 من المادة 62 من ق.أ في عبارة: ((على أنه يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك)) ، الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها -المصدر الاحتياطي الوحيد- فيما لم ينص عليه ق.أ.

المذاهب الفقهية في المسألة

بالإضافة إلى شروط أخرى²²⁹ اتفقت المذاهب الفقهية²³⁰ على أن يكون المتولي

²²⁸ في حين خصصت مدونة الأسرة المغربية بابا كاملا - الباب الثالث- فصلّ فيها المشرع شروط استحقاق الحضانة؛ حيث نص في المادة 173 على شروط الحاضن وهي: الرشد القانوني لغير الأبوين؛ الإستقامة والأمانة؛ ، والقدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدمرسه؛ عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده. كذلك فعل المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 58: " يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أميننا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يخص من النساء، وأن يكون محرما بالنسبة للأنتى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرما للمحضون أو أوليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول، ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت وليه عليه في آن واحد".

²²⁹ فقد أفاض الفقهاء في الحديث عن شروط استحقاق الحضانة وأسهبوا في تفصيلها؛ فاشترطوا شروطا عامة يجب توفرها في الرجال والنساء، وأخرى خاصة بالنساء، وثالثة خاصة بالرجال. فعين ضمن الشروط العامة: الإسلام، والبلوغ والعقل، والأمانة في الدين والخلق، والقدرة الجسدية على تربية المحضون ورعايته، السلامة من الأمراض المعدية و الخطيرة. أما الشروط الخاصة بالرجال فهي: أن يكون الرجل محرما للمحضونة إذا كانت أنثى، وزاد المالكية أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة؛ زوجة أو أمة أو مستأجرة أو متبرعة... أو غيرهن من النساء الصالحات لرعاية الطفل. وبخصوص الشروط الخاصة بالنساء: عدم زواج المرأة؛ على خلاف بين المذاهب في هذا الشرط، أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون، وإن لا تنتقل به إلى بلد يعجز معه الأب أو الولي زيارته ومراقبته.

²³⁰ قال الحنفية: " تثبت الحضانة للأم إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة... والحاصل أن الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فيتزع منها". وقال المالكية: " وشرط الحاضن ذكرا أو أنثى الأمانة؛ أي : أمانة الحاضن ولو أبا أو أمّا، في الدين؛ فلا حضانة لفاسق، كشرّيب الخمر ومشتهر بزنى ولهُو مُحْرَم". وقال الحنابلة: " ولا حضانة لفاسق؛ لأنه لا يوفي الحضانة حقها". وفي

لحضانة طفل-ذكرًا كان أو أنثى- مأموناً في دينه، مستقيماً في سلوكه، متزهاً عمّا يوجب فسقه؛ فالفاسق لا حضانة له على الطفل؛ لأن الحضانة نوع من الولاية، ومن ثبت فسقه وتفريطه في أمر الولاية سقطت ولايته.

اجتهاد المحكمة العليا

باستقراء قرارات المحكمة العليا في هذه المسألة، يتبين الموقف المتذبذب لها في إسقاط الحضانة بسبب الفسق والفجور وفساد الأخلاق عموماً، وبسبب ارتكاب جريمة الزنا على وجه التحديد.

فقد قضى قرار صادر عن المجلس الأعلى بأن ((من المقرر شرعاً أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معاً. وللحكم بخلاف هذا المبدأ استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها))²³¹.

ليؤكد ذلك في قرار مماثل جاء فيه: ((من المقرر فقها وقانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن

المهذب للشيرازي "ولا تثبت لفسق؛ لأنه لا يوفي الحضانة حقها، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق؛ لأنه ينشأ على طريقته". الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تح: د. محمد الزحيلي ج4 (ط:1؛ بيروت: الدار الشامية- دمشق: دار القلم، 1417هـ/1996م) ص640. فأنت ترى أنهم اتفقوا على اشتراط الاستقامة والأمانة في الدين (عدم الفسق) في الحاضر، وإنما اختلفوا في التفاصيل المتعلقة بحدّ ودرجة الفسق المانع من استحقاق الحضانة.

²³¹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (31997)مذكور سابقاً. وسبب قضاءه بالقول: " كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها لهما يسقط حق أمها في الحضانة كذلك، لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها لا تقدر أيضاً على كبح جماح الحوضون ومراقبته وتربيته التربية النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معاً".

ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²³² ((

وقد دأبت المحكمة العليا على إسقاط الحضانة بسبب جريمة الزنا بصفة خاصة، متى ثبت ارتكابها من قبل الحاضن، ومن ذلك ما جاء في قرار لها: ((من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ²³³ ((

لكن المحكمة العليا لم تثبت على هذا المسار المنطقي لاجتهادها، ملمحة إلى إمكانية العدول عنه، حينما جاء في إحدى حيثيات قرار لها بأن ((جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه²³⁴ ((، لتعدل عنه صراحة في اجتهاد حديث بقولها: ((يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون²³⁵ ((

²³² القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/05/22، ملف رقم (53578)، م.ق.ع 4، 1991، ص 99.

²³³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/09/30، ملف رقم (171684)، اجتهاد قضائي، ع خاص، 2001، ص 169.

²³⁴ انظر القرار السابق، ملف رقم (171684).

²³⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم (564787)، م.م.ع، ع 2، 2010، ص 262.

الفقرة الثانية : تحليل المسائل والتعليق على القرارات القضائية الواردة فيها

تلك كانت عينات من اجتهادات المحكمة العليا في مسائل استندت فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بموجب نص الإحالة المنصوص عليه في المادة 222 من ق.أ، نحاول في هذه الفقرة إبداء الرأي حولها (أولاً)، تمهيدا لقراءتها في ضوء القواعد الفقهية (ثانياً).

أولاً : متابعة الاجتهادات القضائية

استندت المحكمة العليا - بالنسبة للمسألة الأولى - في استمداد الحكم الواجب التطبيق، في أغلب القرارات الصادرة في المسألة إلى الرأي المشهور في المذهب المالكي، إما تصريحاً أو موافقة، أو نقلاً وحكاية من غير تحليل ولا تدخل أو متابعة؛ من قبيل التركيز على حكمة الرأي الفقهي ومقاصده ومراميه مثلاً، أو مقارنته وموازنته بآراء فقهية أخرى لتبين رجحانه من عدمه...

فعلى سبيل المثال: ضابط (سته بُرد) الوارد في قرار المحكمة العليا كان منسجماً مع معطيات الظرف والوضع الذي صدر فيه الرأي الفقهي؛ في زمن كان السفر سيراً على الأقدام أو الدواب، ثم إن المعيار الوحيد الذي يمكن بواسطته تحديد سفر النقلة من سفر قضاء الحاجة هو المسافة؛ وكان مُراد الفقهاء قطعاً من خلال إيرادهم لهذا الضابط القول بضرورة أن يكون محل ممارسة الحضانة قريباً من موطن الوالد الآخر بقدر كافٍ، يمكنه من المشاركة في تهذيب المحضون وممارسة الرقابة عليه بسهولة ويُسر.

فمدار سقوط الحضانة وعدم سقوطها؛ بسبب الانتقال والسفر، مرتبط بمدى إمكانية إشراف المحضون له على أحوال وأمر محضونه أو عدمها، فلا معنى للتعليل بهذا الضابط في زمن غدا فيه العالم قرية صغيرة بفضل ثورة الاتصالات والمواصلات.

وكان حرياً بالمحكمة العليا أن تعلق إسقاط الحضانة بطبيعة السفر؛ هل هو مأمون؟ أم

تحفه مخاطر؟ وحال الطريق الذي يسلكه أثناء السفر، وحال البلد الذي يريد أن يتزل فيه.. ، وليس إطلاق الأحكام دون نظر إلى صفات مهمة تؤثر في أصل المسألة؛ فمعالجة مسائل الحضانة في أصلها تدور حول مصلحة المحضون كما هو مقرر قانوناً.

أما بالنسبة للاجتهادات القضائية المتعلقة بالمسألة الثانية، وافقت المحكمة العليا في القرارات الثلاثة الأولى رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة؛ وهو القول بأن الفسق مانع من الحضانة. ووافقت في القرارين الأخيرين رأي الحنفية الذي يدل على أنه ليس كل فسق مسقطاً للحضانة، وأن الفسق المُسقط هو الفسق الذي يخشى عليه من ضياع المحضون وتأثره، والمسألة متروكة لنظر القاضي وتقديره.

ثانياً : قراءة الاجتهادات القضائية في ضوء القواعد الفقهية

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن إسناد الحضانة في ظل ما يناقضها (الانتقال بالمحضون - والسلوك المنحرف) لم يحصرها القانون في تشريع جامد، وإنما ربط تحديدها بمفهوم توجيهي هو "مصلحة المحضون".

ومصلحة المحضون مسألة موضوعية، أوكلها القانون لاجتهاد القاضي، تقتضي منه اختيار وترجيح أحسن وأفضل الحلول بالنسبة له إذا تعددت الحلول، وتعليل حكمه تعليلاً كافياً حتى تتمكن محكمة النقض (المحكمة العليا) من بسط ما لها من رقابة على حسن تطبيق القانون.

فكان لكل وجهته ونظره في تقدير تلك المصالح، طالما أن المشرع لم يضع معايير أو محددات تسعف القاضي في تقرير ما يراه أنسب لصالح المحضون؛ ومن هنا ينشأ الاختلاف الذي قد يصل -أحياناً- إلى حدّ التناقض، كما وقفنا عليه في اجتهادات المحكمة العليا.

وإزاء هذا التناقض في التطبيقات القضائية، وجب على المشرع التدخل بتقنين شروط إسناد الحضانة، وتبيين ما أورده مُجَمَّلاً بشأن الأهلية اللازم توفرها في الحاضن قانوناً، حسماً للتضارب في الآراء والأحكام؛ مما ينعكس بالسلب على تقدير مصلحة المحضون.

وإلى أن يتحقق المأمول يتعين على المحكمة العليا أن تقوم بواجبها في توحيد الاجتهاد القضائي؛ بإلزام قضاة الموضوع بمسلك موحد في اجتهادها المبنية على المادة 222 من ق.أ. وكي يحصل ذلك ينبغي عليها-المحكمة العليا- أن تستقر هي ذاتها على اجتهاد ثابت في هذه المسألة وغيرها من المسائل الخاضعة لولاية أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قعدوا مجموعة من الضوابط التي يجب أن يعتمدها القاضي أو المفتي لوضع مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، من بينها:

1. ضابط: مبنى الحضانة على الشفقة؛

2. ضابط : ولاية الحضانة مُستفَادة من قِبَل الأمهات؛

3. ضابط : جنس النساء في الحضانة مقدم على الرجال؛

قال السمرقندي: "الحضانة تُبنى على الشفقة والرفق بالصغار وذلك من جانب النساء أوفر وهن بالتربية أعلم"²³⁶.

قال ابن شاس: " الحضانة ولاية وسلطنة، لكنها بالإناث أليق، لزيادة الشفقة، فالأم أولى من الأب، وإن كانت المؤونة على الأب"²³⁷.

وقال النووي: "هي نوع من ولاية وسلطنة؛ لكنها بالإناث أليق لأنهن أهدى إلى

²³⁶ السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ/1984م) ص

229.

²³⁷ نفسه.

التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال²³⁸.

"فالْحِضَانَةُ تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها للنساء؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر"²³⁹.

وتقديم النساء على الرجال يكون عند اتفاق جهة القربة، واستواء الدرجة من المحضون، فحينها تقدم الأنثى على الذكر، كالأُم؛ فهي مقدمة على الأب، والجدّة على الجد... وكل أنثى كانت في درجة ذكر قدمت عليه

4. ضابط: التفريط والعدوان يُسقط حق حضانة الحاضن للطفل؛

4. ضابط : يُقدم الأقدَر في الحضانة والأكثر قياما بالبر والعدل والواجب.

يقول ابن تيمية: " ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا ولا تخيير أحد الأبوين مطلقا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا، بل مع العدوان والتفريط لا يقدم من كان كذلك على البر العادل المحسن القائم بالواجب والله أعلم"²⁴⁰.

نعتقد بأن الاعتماد على هذه الضوابط من لدن القاضي وتحكميها في ظل غياب تعريف قانوني لمفهوم "مصلحة المحضون" أو توجيهات لتحديده، يضمن لقراره القضائي كل وسائل التعليل والتسبيب، على الأقل على مستوى الشروط الواجب توفرها في

²³⁸ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9 ص 98.

²³⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5 ص 205.

²⁴⁰ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مج3 ص 132. وعبر ابن القيم عن هذا الضابط بقوله: "لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل الحسن في الحضانة". وفرّع عليه بالقول: "متى أحلّ أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله والآخر راع له فهو أحق وأولى به". زاد المعاد، ج5 ص 475-476.

الحاضن.

أما بالنسبة لبقية العوامل الضامنة لمصلحة المحضون، والمتعلقة بنوعية علاقاته مع المحيط الذي تعود العيش فيه، والوسط المدرسي الذي يرتاده... يستنجد القاضي بأهل الخبرة في جمع المعطيات اللازمة قبل البت في تحديد ما يضمن مصلحة المحضون؛ لأن هذه الاعتبارات فنية تربوية ونفسية واجتماعية، لا تستند إلى المنظومة القانونية.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الأسري بين محدودية النص ومحاذير النقص

إذا كان من المتفق عليه فقها وقضاء، وجوب الالتزام بالنص القانوني في المادة الأسرية متمثلاً في ق.أ. ابتداءً، ثم مقتضيات الفقه الإسلامي على سبيل الاحتياط، تمسكاً بقاعدة الإحالة الواردة في المادة 222 من ق.أ. فإن من المتفق عليه أيضاً أنه حتى مع وجود النص القانوني، فإنه قد لا يشفي الغليل في العديد من الأحيان والمناسبات، إما لغموضه أو لنقص فيه، أو عدم تقنين المسائل المختلف فيها فقهاً، أو شمول بعض أحكام المسألة الواحدة بالتقنين والسكوت عن أخرى..

وهذا-مما لا شك فيه- يؤثر بالسلب على العملية الاجتهادية، بحيث تتجاذبها اتجاهات قضائية مختلفة، تورث اختلافاً وتبايناً في التطبيق القضائي؛ وبالتالي تتعرض الأحكام والقرارات للمطاعن والمثالب، ما لم تتوحد موارد النظر والتريل والاجتهاد.

ذلك ما نحاول أن نتبينه من خلال تطبيقات تُساق -كأمثلة يُقاس عليها غيرها-، متبوعة بإبراز دور القواعد الفقهية كضوابط تحكم الاجتهاد القضائي فيها، وترسم له مساراً واضحاً مُنضباً، لمسائل مندرجة ضمن عناصر إنشاء عقد الزواج (فرع أول)،

وأخرى ضمن مسائل انحلاله (فرع ثان).

الفرع الأول : تطبيقات قضائية مندرجة ضمن مسائل إنشاء عقد الزواج

تنصبّ هذه التطبيقات على مسألتين:

المسألة الأولى: أثر العدول عن الخطبة على الصداق

نصت المادة 5 من قانون الأسرة في فقرتيها 3، 4: ((لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته)).

فقد عالج هذا النص أثر العدول عن الخطبة على الهدايا، فحكم برد عين المال المهدي، وإن استهلك فقيمه، وأغفل أثر العدول عن الصداق²⁴¹، ومن جهة أخرى سكت عن تحديد ما يُعدُّ من الهدايا وما يُعد من الصداق عند التنازع.

المذاهب الفقهية في المسألة

لا خلاف بين الفقهاء في أن المهر يجب رده في حال العدول عن الخطبة إلى الزوج، سواء كان العدول من طرف الخاطب أو من طرف المخطوبة ؛ لأن المهر أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، وحق من حقوق الزوجة. والخاطب إذا دفعه في أثناء الخطبة فعلى سبيل إتمام الخطبة بعقد الزواج، وما لم يتم الزواج وجب رد المهر إلى الخاطب في حال العدول عن الخطبة؛ لعدم تعلق حق المخطوبة به إذ لم تصبح زوجة، ويد المخطوبة عليه يد أمانة،

²⁴¹ انظر مثلا المادة 9 من مدونة الأسرة المغربية ((إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه)).

وحكمه حكم الوديعة. فإن كان المهر مثلياً استرد مثله، وإن كان قيميّاً استرد عينه إن كان قائماً، وقيّمته إن هلك أو استهلك²⁴².

الاجتهاد القضائي في المسألة

استقر اجتهاد المحكمة العليا - في حدود ما أمكن الاطلاع عليه من قرارات- على أنه في حال انقضاء الخطبة بالعدول عنها، وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه، وجب على المخطوبة أن ترد ما قبضته عينا إن وجد، أو قيمته إن استهلك، بغض النظر عن أسباب العدول، ولا حق لها في الاحتفاظ به ما دام الزواج لم يتم. وفي هذا السياق أيدت المحكمة العليا حكماً مطعوناً فيه أمامها لم يكرس هذا التوجه، وقضت بعدم استحقاق المخطوبة التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه رغم إصرار الخاطب على البناء بها، نصفَ الصداق؛ فلا يعقل أن تطالب بنصف الصداق وأن يكون لها الحق فيه، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل قد طبق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون تطبيقاً سليماً²⁴³.

القواعد الفقهية في المسألة

أولاً: مصير الصداق في حالة العدول عن الخطبة

هناك بعض القواعد والضوابط تحكم هذا النص منها قاعدة: ((إذا بطل الأصل يصار إلى البديل))، فيقصد بهذه القاعدة أنه متى تعذر على الإنسان ما يجب عليه أدائه

²⁴² الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 (ط:2؛ دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1405هـ/1985م) ص 26.

²⁴³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 13/07/1993، ملف رقم (92714)، م.ق، ع 1، 1995، ص 128.

يصار إلى بدله . وعليه إن تعذر على المخطوبة رد عين المال الذي دفعه الخاطب لها بسبب استهلاكه فإن لها أن ترد بدله؛ فإن كان مثليا ردت مثله، وإن كان قيمياً ردت قيمته، والعكس.

وانطلاقاً من نصوص الإحالة التي تلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وبناء أحكامه عليها، يمكن للقاضي الذي ينظر في نزاع من هذا القبيل، إكمال النقص في هذه المسألة بالاعتماد على القواعد الفقهية؛ بإعمال ضابط: " ما يعد من المهر يلزم برده عند العدول عن الخطبة بغض النظر عن العادل"، لأن المهر من آثار عقد الزواج وحيث لم يتم العقد فلا مهر، والحكم بوجوب رد المال المحسوب من جملة المهر للخاطب عيناً أو قيمة بغض النظر عن كون العدول تم من جانبه هو أم من جانبها.

ثانياً: تحديد ما يعد من الهدايا وما يُعد من الصداق

ذكرنا آنفاً -بناء على الضابط الفقهي- أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة، فعلى المخطوبة أن ترد ما أخذته من الصداق، سواء أكان العدول عن الخطبة باتفاقهما أو من أحدهما. فترد إليه عينه إن كان قائماً، فإن لم يكن قائماً ردت إليه مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان قيمياً؛ لأن الصداق لا يجب إلا بالعقد، وما دام العقد لم يتم بحدوث العدول، فإن الصداق يبقى ملكاً له، وبالتالي يحق له استرداده من غير اعتبار لمن تم فسخ الخطبة من جهته، وذلك لأن الصداق من متطلبات الزواج الذي لا يتم إلا بالعقد، وليس من متطلبات الخطبة.

لكن المسألة التي تثير الإشكال هي عند قيام التزاع بين الخطيبين حول ما قدمه لها من حلي وملايس ونقود ... وهل هو على سبيل الهدية؟ أم الصداق؟ فتأخذ حينئذ كل حالة منهما حكماً يختلف عن الآخر تخريجاً عن القاعدتين الآتيتين:

1. قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والقاعدة متفرعة عن القاعدة العامة "العادة محكمة". وعليه يكون العرف فاصلاً في تحديد ما يعد هدية وما لا يعد، وإن كان ما قدمه لها على سبيل الهدية وفق ما يدعيه أحدهما، أو صداق وفق ما يدعيه الآخر، وما له من أثر في إعادته أو مثله أو قيمته عند تلفه أو استهلاكه.

2. قاعدة: البيئة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل

المراد بالظاهر الأصل، فالبيئة تقام لإثبات خلافه، واليمين لإبقاء الأصل على ما كان عليه، وفي هذه المسألة اليمين تشرع في حق من يتمسك بأصل أن هذا المال -حسب العرف- هدية أم أنه صداق. فالقول قول من يتمسك بالأصل مع يمينه، وفي المقابل فإن من يدعي خلاف الظاهر لا يُصدق ولا تقبل دعواه بدون بيئة تشهد له، وأما الذي يتمسك بالظاهر فإنما يتمسك بأصل مشهود له بالاعتبار فيصدق بيمينه لإبقاء هذا الأصل، فلو قال الخاطب هو من الصداق وقالت هو هدية، فالقول قوله مع يمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بتقديمه هدية، ولها فيما جرى به.

المسألة الثانية: أثر الخلوة الصحيحة في الصداق

نصت المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري على حالتين تستحق فيهما الزوجة الصداق كاملاً. الأولى: الدخول؛ والثانية: وفاة الزوج. وفي حالة الطلاق قبل الدخول تستحق نصف الصداق؛ والدخول هو الفاصل بين استحقاق الزوجة المطلقة قبله كامل الصداق أو شطره (نصفه)²⁴⁴.

²⁴⁴ أورد المشرع في ق.أ لفظ الدخول في سبع مواد أخر، وعبر عنه في مادة ثامنة بالبناء. حيث يثير هذا اللفظ إشكالا في ستة مواد، ولا أثر له في المادتين الأخيرين، بيان ذلك كما يلي:

1- المادة 8 مكرر ((يُفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر ترخيصاً من القاضي...)). فللدخول هنا أثر في تصحيح عقد الزواج عند التعدد بدون ترخيص من القاضي، عملاً بالمفهوم المخالف؛ إذا دخل بها أصبح العقد صحيحاً.

ولا يخفى أن لفظ الدخول في الفقه الإسلامي-المصدر التاريخي لقانون الأسرة الجزائري، والاحتياطي الوحيد فيما لم ينص عليه- يصدق على الوطء وعلى الخلوة الصحيحة²⁴⁵، مما يثير إشكالا عن المقصود بالدخول في نص هذه المادة؟ هل هو الدخول الحقيقي(الجماع أو الاتصال الجنسي)؟ أم الدخول الحكمي(الخلوة)؟ بتعبير أدق: ماذا يرتب المشرع الجزائري على الخلوة الصحيحة(الدخول الحكمي)، من حيث إتمام الصداق أو تشطيره؟

أولاً: المذاهب الفقهية في المسألة

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تملك الزوجة الصداق جميعه بعقد النكاح الصحيح ملكاً غير مستقر، ويستقر لها نصفه بكل فرقة من زوج قبل الدخول، ويستقر كاملاً بأحد

2- المادة 17 ((في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو رثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين)) .

نلاحظ أن المشرع أورد في نص المادة لفظ الدخول مرادفاً للفظ البناء؛ ما يدعو للغرابة والتساؤل عن جدوى ازدواجية المصطلحات في التعبير عن حكم واحد...ومهما كان قصد المشرع، فإن الدخول في هذه المادة له تأثير على المراكز القانونية في دعوى النزاع في الصداق؛ فمن كان مُدَّعٍ قبل الدخول، ينقلب مدعى عليه بعده.

3- المادة 26 فقرة 2 ((المحرمات بالمصاهرة هي: 1- 2- فروعها [أي الزوجة] إن حصل الدخول بها...)). وهذه صياغة قانونية للضابط الفقهي: "العقد على الأمهات يحرم البنات والدخول بالبنات يحرم الأمهات". فالدخول فاصل في إباحة زواج الزوج بفروع زوجته؛ فإذا طلقها أو ماتت قبل الدخول جاز له نكاح فروعها.

4- المادة 33 فقرة 2 ((إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)) . أي أن وصف العقد وحكمه يتحدد بالدخول؛ قبله: باطل، وبعده: يصح بصداق المثل.

5- المادة 34 ((كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده...)). وقد صرح المشرع بأن لا أثر للدخول؛ فالزواج بإحدى المحرمات باطل دخل بها أم لم يدخل بها.

6- المادة 58 ((تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء...)). فانتفاء الدخول يعني انتفاء العدة.

7- المادة 74 ((تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه...)). المفهوم المخالف: إذا لم يدخل بها أو تدعوه للدخول بيّنة فلا نفقة لها.

8- المادة 130 ((يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء)) . ولا تأثير للدخول في التوارث بين الزوجين؛ بل يثبت بمجرد العقد.

²⁴⁵ والخلوة الصحيحة هي اجتماع الزوجين بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من الاستمتاع الكامل، بحيث يأمنان دخول أحد عليهما، وليس بهما أو بأحدهما مانع طبيعي أو حسي أو شرعي يحول دون الاستمتاع.

أمور ثلاثة²⁴⁶:

- موت الزوج؛
- الوطاء في الفرج؛
- الخلوة الصحيحة؛

وهذه الأخيرة- الخلوة الصحيحة- محل خلاف بين الفقهاء، حكاه ابن رشد في قوله: "واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت... واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول الميسر أم ليس ذلك من شرطه، بل يجب بالدخول والخلوة، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور؟ فقال مالك والشافعي وداود: لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن الميسر؛ وقال أبو حنيفة: يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون مُحْرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً، وقال ابن أبي ليلى: يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً"²⁴⁷.

وقال ابن تيمية: "مذهب الإمام أحمد في الذي يستقر به الصداق، أن يستحل منها ما لا يباح له بدون النكاح"²⁴⁸.

اجتهاد المحكمة العليا

اعتبرت المحكمة العليا في اجتهادها أن انتقال الزوجة مع زوجها واختلاطه بها دخولاً فعلياً-حقيقياً- تترتب عليه الآثار الشرعية، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول²⁴⁹، وأن

²⁴⁶ ينظر: ابن رشد -الجد-، المقدمات والمهدات، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب، ج1(ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ)، ص537؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 (لا:ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، د.ت)، ص300؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3 ص520.

²⁴⁷ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 (ط:6؛ بيروت-لبنان: دار المعرفة، 1402هـ/1982م) ص22.

²⁴⁸ أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، قاعدة في العقود- مطبوع باسم: نظرية العقد (لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص247.

²⁴⁹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم (74375)، م.ق، ع 1، 1993، ص61؛ وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 02/10/1989، ملف رقم (55116)، م.ق، ع 1، 1991، ص33.

((الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا))²⁵⁰.

كما اعتبرت مرافقة الزوجة لزوجها بمثابة شاهد حاسم على الخلوة المعبر عنها بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء؛ توجب جميع الصداق المسمى باتفاق الفقهاء²⁵¹؛ بل عدت القضاء بخلاف ذلك خرقا لأحكام الشريعة؛ إذ ((من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة))²⁵².

دور القواعد الفقهية في المسألة

أما وقد تقرر في عنصر سابق من هذا البحث أن القواعد الفقهية تضبط الاجتهاد في تنزيل وتطبيق النص القانوني بضوابط ومحددات تمنع فوضى الاجتهاد والتهيه وسط الأقوال والفروع الفقهية؛ مما يعنى أن التوسل بها في استنتاج إرادة المشرع المستقاة من نص هذه المادة، عبر آلية التفسير أمر منهجي وواجب؛ فالوسائل (القواعد الفقهية) التي لا يتحقق الواجب (التفسير السليم للنص القانوني، ليأخذ طريقه إلى التطبيق) إلا بها فهي واجبة بالتبع.

وهكذا فإن الخلوة الصحيحة تندرج في لفظ الدخول الوارد في المادة 16 من قانون الأسرة، وتأخذ حكم الدخول الحقيقي، عملاً بقاعدة: ”الخلوة حكمها حكم الدخول“²⁵³؛ أي يترتب عليها ما يترتب على الدخول من آثار، وقاعدة ”ما قارب الشيء يُعطي حكمه“²⁵⁴، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا تقارب أمران يسرى عليهما نفس

²⁵⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم (289545)، م.م.ع، ع 2، 2004، ص 373.

²⁵¹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم (35107)، م.م.ق، ع 2، 1990، ص 55.

²⁵² القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/05/09، ملف رقم (49283)، م.م.ق، ع 2، 1992، ص 44.

²⁵³ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7 ص 191.

²⁵⁴ وهي القاعدة 88 من قواعد المقرري، حيث وردت بلفظ: ((اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقائه على أصله)) ج 1 ص 313. وانظر: عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول

الحكم؛ سواء تعلق ذلك بالأحكام الموضوعية أو بالإجراءات أو الآجال، وقاعدة: "كلّ كلامٍ معناه أوسع من اسمه فالحكم لمعناه"²⁵⁵، فالدخول يطلق على الاتصال الجنسي(الجماع) حقيقة، وعلى الخلوة الصحيحة مجازاً؛ فتلحق به في الحكم صيانة للأعراض واحتياطاً في الفروج.

واعتماداً على قاعدة: "يتقرر[يتأكد] المهر كله بأحد ثلاثة أشياء: (الأول)الوطء (والثاني) الخلوة ممن يمكن الوطء (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول"²⁵⁶. وإعمالاً للضابط: "إذا حصل شيء من مقاصد النكاح استقر المهر"²⁵⁷؛ الذي معناه: أن استقرار ملك الزوجة لكامل المهر مشروط باستباحة الزوج منها ما لا يباح له بدون النكاح؛ "وهذا يحصل بالوطء في الفرج ودون الفرج، وبالمباشرة في غير الفرج، وبالخلوة المختصة بالنكاح"²⁵⁸.

إن أهمية القواعد الفقهية - وفق ما تناولناه في الباب الأول من البحث - أكسبتها- علاوة على ما امتازت به من خصائص علمية- مكانة وقيمة قضائية وفائدة عملية، مكّنت من الاستناد إليها والاستفادة منها في مجال تفسير النصوص، ونطاق تطبيق القانون، ومثلت ضماناً حقيقياً لتوحيد منهج التفسير تحقيقاً للعدالة ومنعاً للاضطراب والاختلاف العائد على التقنين بالإبطال.

الفرع الثاني: تطبيقات مندرجة ضمن مسائل انحلال الزواج

وهي مسائل كثيرة ومتعددة، نقتصر على مسألتين:

الفتيا لأبي حارث الحشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1422هـ/ 2001م، ص 241.

²⁵⁵ وهي القاعدة رقم 97 من قواعد المقرري، مرجع سابق، ج 1 ص 322.

²⁵⁶ القاعدة 155 من قواعد ابن رجب. انظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت) ص 330.

²⁵⁷ ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص 243.

²⁵⁸ نفسه ص 247.

المسألة الأولى : تأثير أنواع الطلاق باعتبار الألفاظ ومدى موافقته لأمر الشرع ومخالفته في وقوعه

تناول المشرع الجزائري أحكام الطلاق في الباب الثاني من قانون الأسرة المعنون بـ"انحلال الزواج"، لكنه لم يميز بين ما يعد طلاقاً صريحاً وبين ما يعتبر طلاقاً بالكناية؛ ولا بين الطلاق السني والطلاق البدعي²⁵⁹.

وبما أن الصلح إجراء جوهري يتعين على القاضي مباشرته قبل الحكم في دعوى فك الرابطة الزوجية كما هو مقرر قانوناً²⁶⁰، تُصبح إثارة وبجث هذه التفاصيل من لدن القاضي الأسري، مسألة على درجة كبيرة من الأهمية، سيما وقد أصبح استخدام الطلاق بغير الطريقة التي شرعها الله سبحانه وتعالى يؤدي إلى مشاكل كبيرة تعصف بالأسرة واستقرارها.

²⁵⁹ حيث قررت أحكام ق.أ في المادة 47 منه بأن ((تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة))، فيما تضمنت المادة 48 صور وقوع الطلاق، وهي: الطلاق بإرادة الزوج الطلاق، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة. وهذا يعني أن المشرع يطلق اسم (الطلاق) على كل أنواع الفرق التي تنحل بها الرابطة الزوجية، على الرغم من أن الفقه مستقر على صرفه إلى الفرقة الحاصلة بإرادة الزوج فقط. لكن هذه النصوص لم تُشير إلى صيغة الطلاق ولا إلى الألفاظ التي يقع بها، ولم تُلزم القاضي بالتحري عن ما إذا كان المُطلق تلفظ بالطلاق في فترة الحيض أم الطهر، والمدة الفاصلة بين التلفظ بالطلاق ورفع الدعوى... وغيرها من التفاصيل المؤثرة على ترتيب آثاره (الطلاق).

وينقسم الطلاق - كما هو معلوم - باعتبار موافقته لأمر الشرع أو مخالفته لذلك إلى قسمين: القسم الأول : طلاق السنة وهو نوعان: نوع يرجع إلى الوقت، وهو أن يطلق الرجل امرأته المدخول بها في طهر لم يصبها فيه، أو بعدما يبين حملها إن كانت حاملاً، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها. ونوع يرجع إلى العدد، وذلك بأن يطلقها طليقة واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها. القسم الثاني: طلاق البدعة، وهو نوعان أيضاً:

نوع يرجع إلى الوقت، وهو أن يطلق زوجته المدخول بها وهي حائض، أو في طهر جامعها فيه. ونوع يرجع إلى العدد، وهو أن يُنبعها طليقة بعد طليقة أخرى، أو يطلقها ثلاث تطبيقات بلفظ واحد. وهذا القسم الأخير محرم إيقاعه، سواء ما كان منه راجعاً للوقت أو للعدد.

²⁶⁰ طبقاً للمادة 49 من ق.أ: ((لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر (3) ابتداء من رفع الدعوى))، والمادة 439 من ق.إ.م.إ: ((محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية)).

وإزاء هذا الفراغ التشريعي المتمثل في إغفال التفرقة بين الطلاق بلفظ صريح والطلاق بالكناية في ق.أ.²⁶¹، وبين الطلاق السني والطلاق البدعي، تنعقد الولاية لأحكام الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها المعنية بتأطير المسائل غير المنصوص عليها في ق.أ.

المذاهب الفقهية في المسألة

أولَى فقهاء الشريعة الإسلامية عناية بالغة للألفاظ والصيغ التي يقع بها الطلاق، لخطورة ما يترتب عليها من أحكام؛ وفرقوا بين الألفاظ التي تجعل الطلاق نافذا بإطلاق، والألفاظ التي تجعل نفاذه متوقفاً على نية المتلفظ (المُطلِّق)، كذلك فرقوا بين الطلاق السني والطلاق البدعي.

وألفاظ الطلاق من حيث وقوعه وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

اللفظ الصريح: وهو ما كان ظاهر المراد لغلبة الاستعمال، وتنحصر صيغته في الألفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الأصلية (الطاء واللام والقاف)، كطلقتك وأنت طالق...

الكناية الظاهرة: وهي الألفاظ والعبارات التي لا تُستعمل عرفاً إلا في الطلاق، كأنت عليّ حرام أو أنتِ بته...

²⁶¹ انظر مثلاً: المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية السوري: ((أولاً : الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً))؛ والمادة 84 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: ((يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية. وبالألفاظ الكنائية - وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره - بالنية))؛ أو المادة رقم 103 من قانون الأحوال الشخصية (2005/28) لدولة الإمارات العربية المتحدة ((1- لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق. 2- لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق. 3- لا يقع بالطلاق المتكرر أو المقترن بالعدد لفظاً أو كتابة أو إشارة إلا طلقة واحدة. 4- لا يقع الطلاق المضاف إلى المستقبل)).

ويقوم مقام اللفظ الصريح الكتابة المستبينة، وإشارة الأخرس...

أما المستوى الثالث من الألفاظ المستعملة في الطلاق، فهي الكناية الخفية، والتي يقصد بها اللفظ الذي لا يدل على إرادة الطلاق لغة ولا عرفاً كقوله: اذهبي، انصرفي، الحقي بأهلك، أو لا حاجة لي بك. ويتوقف وقوع الطلاق بها قضاءً على أمرين:

● نية الزوج إيقاعه؛

● دلالة الحال من غضبٍ أو مذاكرة طلاق.

ومن المقرر فقهاً أن كل لفظ يحتمل الطلاق إذا نُويَ به الطلاق كان طلاقاً. فلزم أن يُستفسر الزوج عن مقصوده، لكن إذا كانت هناك حالة ظاهرة تفيد مقصوده من إيقاع الطلاق فإن القاضي يعتبرها ولا يصدقه في إنكار مقتضاها؛ فدلالة الحال أقوى من النية لكونها ظاهرة والنية باطنة، وأما فيما بينه وبين الله ﷻ فيُصدق إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال.

لكن هل يلزم من تحريم الطلاق عدم وقوعه؟

خلافاً لجمهور العلماء²⁶²، يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الطلاق المحرم غير واقع لمخالفته أمر الله ورسوله، وفي ذلك يقول: "الطلاق مما أباحه الله تارة وحرمه أخرى، فإذا فعل على الوجه المحرم لم يكن لازماً نافذاً كما يلزم ما أحله الله ورسوله...". ويقول: الطلاق الحرام لا يلزم، كما لا يلزم النكاح الحرام²⁶³. ووافق شيخ الإسلام في هذا القول ابن حزم²⁶⁴، ومن المتأخرين الشوكاني²⁶⁵، وتلميذه صديق حسن خان²⁶⁶،

²⁶² جمهور الفقهاء - ومنهم الأئمة الأربعة - يقولون بوقوع الطلاق البدعي ونفاذه.

²⁶³ كما نقله عنه ابن القيم. زاد المعاد، مرجع سابق، ج5 ص 221.

²⁶⁴ ابن حزم، المحلى بالآثار، ج9 (لا: ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت) ص 302.

²⁶⁵ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، خرّج أحاديثه وعلق عليه: عصام الدين الصّبّاطي، ج6 (ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث، 1413هـ/1993م) ص 313.

وأحمد شاكر²⁶⁷.

فيرى هؤلاء أن كل طلاق محرم فهو باطل غير نافذ، ولا يترتب عليه ما يترتب على الطلاق الصحيح من آثار. وقريب من هذا الرأي قول الإمام أحمد في إحدى الروايات عنه أن من حرّم زوجته عليه كفارة يمين²⁶⁸.

القواعد الفقهية في المسألة

وفي ظل عدم النص على التفريق بين الطلاق السني والطلاق البدعي في ق.أ، وانعدام السوابق القضائية - في حدود ما أمكنني الاطلاع عليه من اجتهادات المحكمة العليا- يتعين القول بضرورة سد هذا الفراغ بإعمال القواعد والضوابط الفقهية (م/222 ق.أ)؛ ومن ذلك القاعدة التي وضعها ابن القيم: ((ما كان مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة))²⁶⁹؛ لأن الله تعالى شرع الطلاق مرة بعد مرة. والقاعدة معناها أن الأحكام الشرعية التي وردت في نصوص الشريعة وجاء الأمر فيها بإيقاعها مرة بعد مرة لا يجوز للمسلم المكلف أن يوقعها مرة واحدة.

ولعل هذا الحكم أنسب مع ق.أ الذي لا يعتد إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها (م/ 51 ق.أ)، "والسبب في ذلك هو أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم كما سبق وأن رأينا، وهو يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة

²⁶⁶ الروضة الندية شرح الدرر البهية، تح: محمد صبحي حسن حلاق، ج2 (ط:2؛ بريطانيا: دار الأرقم-الرياض: مكتبة الكوثر، 1413هـ/1993م) ص 119 .

²⁶⁷ نظام الطلاق في الإسلام (ط:2؛ لا.م: مكتبة السنة، 1998) ص 65 .

²⁶⁸ ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج8 ص303.

²⁶⁹ إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3 ص33؛ زاد المعاد، ج5 ص244. حيث وافق شيخه ابن تيمية في القول بأن الطلاق بلفظ الثلاث في مجلس واحد لا تقع به إلا طلقة واحدة.

كبري²⁷⁰.

ونفس التوجه استقر عليه التطبيق القضائي حين أكد على إن إنشاء الطلاق لا يكون إلا بحكم قضائي: ففي قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا) جاء فيه ((أن الرابطة الزوجية لا تحل إلا بالطلاق الذي لا يكون إلا بحكم كما نصت عليه المادة 48 من نفس القانون))²⁷¹.

المسألة الثانية: العلاقة بين متعة المطلقة والتعويض

لم ينص المشرع الجزائري على حق المرأة المطلقة في المتعة المقررة لها شرعا، سواء وقع الطلاق تعسفيا أم بالتراضي بين الزوجين، مستغنيا عن ذلك بإقرار مبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في الطلاق، مما يفسح المجال للتساؤل هل التعويض عن الطلاق التعسفي يعد أمرا مستقلا عن ما شرعه الإسلام من متعة؟ أم إن المتعة نفسها يمكن اعتبارها تعويضا؟ (أولا).

ويتفرع عن هذه المسألة إشكال آخر، يتعلق بكيفية وعناصر تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي (ثانيا).

أولا : التمييز بين المتعة والتعويض

نص ق.أ في المادة 53 منه على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق التعسفي، لكنه لم يحدد معيار التعسف الذي يُصبح معه الطلاق - وهو حق للزوج - موجبا للتعويض؛ فهل يمكن اعتبار المتعة المقررة في الشريعة الإسلامية بمثابة تعويض؟

²⁷⁰ بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مرجع سابق، ص 185.

²⁷¹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم (57812)، م.ق، ع 3، 1991، ص 71.

1. المتعة في الفقه الإسلامي

المتعة اسم للمال الذي يدفعه الزوج لزوجته لمفارقتها إياها. والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَمِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة، 236]، وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة، 241]، وقوله: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب، 49].

وقد اختلف الفقهاء في حكم المتعة بناء على الاختلاف في فهم هذه الآيات، فالجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة. وذهب ابن حزم وابن جرير الطبري إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك المدخول بها أو غير المدخول بها، سُمِّيَ لها مهر أم لا، للعموم الوارد في الآيات المتقدمة؛ "فعم وعك كل مطلقة ولم يخص، وأوجبه حقا لها على كل متق يخاف الله تعالى" ²⁷².

ثم اختلف الجمهور بعد ذلك فقال الشافعية إن المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سُمِّيَ لها مهر لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعُنَّ وَأُسَرِّحُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب، 28]، وكان ذلك في نساء دخل بهن ²⁷³، ولقوله أيضا "ومتعوهن" "أنه أمر، والأمر يقتضي الوجوب... وقوله "حقا على المحسنين" وهو تأكيد لإيجابه ²⁷⁴، وذهب إلى هذا القول أحمد في رواية عنه ²⁷⁵.

وقال مالك وأصحابه: المتعة مندوب إليها في كل مطلقة دخل بها، أما التي لم

²⁷² ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10 ص 3.

²⁷³ الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 4 ص 220.

²⁷⁴ الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1 ص 428.

²⁷⁵ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8 ص 48.

يدخل بها وقد فرض لها، فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها²⁷⁶، وعللوا ذلك بأن الله تعالى قال فيها **”حقا على المتقين“**، **”حقا على المحسنين“**، ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين²⁷⁷.

وذهب الحنفية²⁷⁸، وأحمد في رواية ثانية²⁷⁹ إلى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يُسَمَّ لها مهر في العقد، وما عداها من النساء يندب تمتيعهن، ورد الجصاص على المالكية بقوله: **”إن قيل: لما خص المتقين والمحسنين بالذكر في إيجاب المتعة عليهم، دل على أنها غير واجبة، لأن الواجبات لا يختلف فيها المتقون والحسنون وغيرهم، قيل له: إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيداً لوجوبها، وليس تخصيصهم بالذكر نفيًا لإيجابها على غيرهم، كذلك قوله تعالى **”حقا على المتقين“**، **”حقا على المحسنين“** غير ناف أن يكون حقاً على غيرهم، وأيضاً فإننا نوجبها على المتقين والمحسنين بالآية ونوجبها على غيرهم بقوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾، وذلك عام في الجميع بالاتفاق، لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين والمتقين أوجبها على غيرهم²⁸⁰.**

وقد رجح القرطبي القول بالوجوب لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله تعالى **”متعوهن“**، وإضافة الإمتاع لمن بلام التملك في قوله **”للمطلقات متاع“** أظهر في الوجوب منه في الندب، وقوله **”حقا على المتقين“** تأكيد لإيجابها لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله²⁸¹. وعلل الفقهاء وجوب المتعة بتعليقات منها: أنها وجبت جبراً لحاظر المرأة المنكسر بالطلاق، وتعويضاً لها عن الأسى الذي لحقها، قال ابن رشد: **”المتعة إنما أمر بها تطيباً لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم وتسلية لها عن الفراق“**²⁸²، وفيها أيضاً

²⁷⁶ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3 ص 200.

²⁷⁷ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1 ص 217.

²⁷⁸ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3 ص 314؛ والشافعي في القديم. انظر: المهذب، مرجع سابق، ج4 ص 220.

²⁷⁹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص 48.

²⁸⁰ الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1 ص 428.

²⁸¹ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3 ص 200.

²⁸² ابن رشد (الجد)، المقدمات والمهدات، ج1 ص 548.

قطع لما تتداوله الألسنة عن سبب طلاقها، أن ذلك ليس إليها، فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة، ويكون هذا المتاع بمثابة الشهادة لتراحتها، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها، لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة.²⁸³

2. المتعة في التطبيقات القضائية (اجتهاد المحكمة العليا)

تجدر الإشارة- مبدئيا- إلى أن الاجتهاد القضائي الجزائري أخذ برأي الجمهور على أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم²⁸⁴، يقول ابن حارث الحشني: "كل مطلقة بعد الدخول فلها المتعة إلا المختلعة والملاعنة والمبارئة والمفتدية"²⁸⁵ ومن ثمّ اعتُبر القضاء بما يخالف هذا المبدأ نقضاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة، وقد ورد ذلك في عديد القرارات، منها: ((... من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية))²⁸⁶.

وفي قرار آخر ((.. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطبيق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية))²⁸⁷.

وقد تباينت الاجتهادات القضائية الصادرة عن القضاء الأسري الجزائري في التكييف القانوني للمتعة، هل تعد أثرا من آثار انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق؟ أم هي تعويض عن الطلاق التعسفي؟

²⁸³ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، مرجع سابق، ج3 ص 430.

²⁸⁴ الموطأ، ص 392؛ المدونة، ج2 ص 332؛ ابن حزي، القوانين الفقهية، ص 238.

²⁸⁵ أصول الفتيا، ص 196، نقلا عن: عزيزة عكوش، مرجع سابق، ص 400.

²⁸⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/11/21، ملف (51614)، م.ق، ع 4، 1990 ص 67.

²⁸⁷ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/12/29، ملف (43860)، م.ق، ع

2 1993 ص 41.

فذهب اجتهاد قضائي إلى أن المتعة تمنح بوصفها تعويضا، إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في طلاقها، كما جاء في إحدى حيثيات قرار المجلس الأعلى ((... وإذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض))²⁸⁸.

فإذا لم يثبت للقاضي وجه التعسف في الطلاق، فإن المطلقة لا تستحق المتعة - وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا-، ((لأنه من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية. ولما كان ثابتا في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة))²⁸⁹.

في حين سلك اجتهاد آخر مسلكا يتيح إمكانية القضاء للمطلقة بتعويضين: تعويض عن الطلاق التعسفي (المتعة)، وتعويض ثانٍ عن الضرر الذي لحقها وتحصل عليه برفع دعوى مستقلة، وهو ما نفهمه من قرار المحكمة العليا: ((إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق... لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و 124 من القانون

²⁸⁸ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1985/04/08، ملف (35912)، م.ق، ع 1، 1989 ص 89.

²⁸⁹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/01/27، ملف (39731)، م.ق، ع 4، 1993، ص 39.

المدني. وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من القانون المدني* أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 فعلياً أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك))²⁹⁰.

ثانياً : عناصر تقدير مبلغ التعويض

لا نجد في نصوص ق.أ تحديداً لمبلغ التعويض في حالة الطلاق التعسفي، ولا حتى تحديداً لأدنى أو أقصى قيمة له، أسوة ببعض التشريعات العربية²⁹¹، مما يضطرنا إلى محاولة استخلاص معايير تحديده من خلال التطبيقات القضائية (1)، ومقارنة ذلك مع المعايير التي يمكن الوقوف عليها من خلال القواعد الفقهية، تفعيلاً لنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق.أ الأمر بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (2).

1. تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي في اجتهادات المحكمة العليا

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد أن الاجتهاد القضائي مستقر

* ألغيت بموجب القانون 10-05

²⁹⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 22 / 02 / 2000، ملف رقم (235367)،

م.ق، ع 1، 2001، ص 275.

²⁹¹ كالمشرع السوري الذي ينص في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على أنه ((...جاء للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حاله، ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة لأمتالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال))، أو المشرع الأردني الذي ينص في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية على أنه ((إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز نفقتها عن سنة...)). أو المشرع المغربي في المادة 84 من مدونة الأسرة: ((تشمل مستحقات الزوجة : الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه)).

على أن تحديد مبالغ التعويض خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، الذين يملكون تقدير بينات الأطراف، وعلى ضوءها تنشأ قناعاتهم. ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه ((من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل))²⁹². وفي قرار آخر قضت بأن ((تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم))²⁹³.

لكن الإشكال المطروح هو كيفية تقدير هذا التعويض، وعلى أي أساس، هل بالرجوع إلى الفقه الإسلامي عملاً بمقتضيات الإحالة؟ أم تحكيم القواعد العامة في القانون المدني وتطبيق المادة 124 مكرر²⁹⁴؟ أم أن القاضي يقدر التعويض بالنظر إلى حال كل من الزوج والزوجة ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في تقدير النفقة؟ أم يمكنه الاستئناس بالقانون المقارن²⁹⁵؟

²⁹² القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/6/1991، ملف رقم (75029)، م.ق.، 1992، ع 1، ص 65.

²⁹³ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/07/2006 ملف رقم (368660)، م.ق.، ع 1، 2006، ص 487.

²⁹⁴ والتي تنص على أنه: ((يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة)).

²⁹⁵ ويمكن أن نسجل بهذا الخصوص تطبيقات كثيرة في هذا الموضوع، من ذلك ما قرره محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية من أن الأصل في التعويض "أن يكون بتراضي الطرفين عليه، أما إذا تعذر التراضي على التعويض بينهما فيقدر بالإخبار من قبل خبراء ينتخبهم الطرفان إن أمكن وإلا انتخبتهم المحكمة". قرار استئنائي شرعي أردني رقم 20245، القرارات الشرعية الاستئنافية في الأحوال الشخصية، الشيخ أحمد علي داود، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1420هـ - 1991م.

كذلك نص القانون المغربي على أن تقدير مبلغ التعويض تعتمد فيه المحكمة على العناصر الواردة في المادة 84 من مدونة الأسرة أعلاه وهي:

في الحقيقة هذه الاحتمالات نوردتها من باب الحصر المنطقي للمعايير التي قد يفزع إليها القاضي، ما دامت المسألة ترجع لتقديره واجتهاده، وإلا فإن استمداد الحكم لمعالجة الفراغ التشريعي في ق.أ، دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لا ينهض على أساس قانوني سليم؛ ففي ما عدا المسائل التي أحال فيها القانون إلى قوانين خاصة²⁹⁶، ينعقد الاختصاص لأحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادتين: 1 و222 من ق.أ.

2. تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي بإعمال القواعد الفقهية

من المؤكد أن إعمال القواعد الفقهية في هذه القضية كفيل بتبيين المسالك والأطر التي تعتبر فيها ممارسة حق الطلاق مشروعاً غير مُتعسف فيها " لأن ذلك يجعل طريقه القضائي مستتبيناً ظاهر المعالم، غير معقد ولا غائم، ووجه العدالة ومنطقها بارزاً"²⁹⁷.

1. فترة الزواج: فقد تطلق المرأة وهي في سن متأخرة من العمر بعد طول مدة قضتها في الحياة الزوجية، وفي هذا ما لا يخفى من الضرر الذي سيلحقها مادياً ومعنوياً، ما يوجب الرفع من مبلغ التعويض بمقدار ذلك الضرر. ينظر: محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج2 ص 62.

2. الوضعية المالية للزوج: من يُسرٍ وإعسارٍ ووسط، الدخل الشهري، مستواه المعيشي... وغيرها من المؤشرات المفصلة عن وضعيته المادية.

3. أسباب الطلاق: لمعرفة من المسؤول عن فصم الرابطة الزوجية، فينبغي أن يتقيد استعمال الزوج لحق الطلاق، بوجوب مطابقته للحكمة التشريعية التي دعت إليه، ومن جهة أخرى يجب ألا يُهمل القاضي الضرر الذي تتسبب فيه الزوجة لزوجها المُطلق، كقيامها بممارسات لا أخلاقية تقلق راحته بكثرة المشاكل التي تثيرها من حوله، أو مطالبته بمستوى من الإنفاق فوق طاقته... وغيرها من التصرفات والوقائع التي قد تكون هي الدافع الأساسي للطلاق.

4. مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق: وحصول التعسف من عدمه إنما يتحقق باعتماد معيارين: أحدهما شخصي أو ذاتي، وذلك بتقدير الدوافع الشخصية الباعثة على الطلاق، والثاني معيار مادي أو موضوعي، وذلك بالنظر إلى الضرر الناجم عن واقعة الطلاق بغض النظر عن قصد المُطلق. ويلزم التنبيه إلى أن المبالغة في مراعاة الأضرار الناتجة عن التعسف، قد تؤدي إلى حرمان المكلفين من مباشرة حقوقه أو التضييق عليهم في ممارستها، وكذا الانحراف بالتعويض عن غايته وهي جبر الضرر .

وكل عنصر من هذه العناصر لم يتحقق ولم يرق دليل أو قرينة على وجوده يستبعد من دائرة الاعتبار في تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي.

²⁹⁶ فقد أحال على القانون المدني في المواد: 82، 83، 86، 181، 221؛ وعلى قانون الحالة المدنية في المادتين: 21 و12؛ وعلى قانون التوثيق في العقارات في المادة 206.

²⁹⁷ الزرقا مصطفى أحمد، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي (ط:2؛ عمان - الأردن:

والقواعد الفقهية في هذا المجال كثيرة ومتنوعة؛ منها قاعدة "الضرر يزال" فكل ضرر وقع يجب أن يدفع ويرفع، وقاعدة "الضرر يُدفع بقدر الإمكان" بحيث يكون التعويض جابراً لكل الضرر ما أمكن... وغيرها من القواعد التي سبق ذكرها في هذا المعنى.

المبحث الثاني

مرجع قضاة شؤون الأسرة في القضايا الفقهية المستجدة

يتولّى هذا المبحث إثارة ودراسة بعض المسائل التي نُسخت أحكامها بموجب تعديل ق.أ (مطلب أول) وقضايا أخرى مستجدة تطرح نفسها بإلحاح في الحقل القضائي الأسري، لم ينص عليها صراحة ق.أ، ولم يبحثها الفقهاء الأقدمون (مطلب ثان)، محاولا التدليل بأن القواعد الفقهية؛ باعتبارها تشكل منظومة قانونية متكاملة، تُعد مرجعا للقضاة، في هذه المسائل ومثيلا لها، تؤمن للمجتهد مسالك النظر وتقدير الرأي الأصح للفصل في القضية المنشورة أمامه، وتغنيه عن متاعب الانتقاء والتخير بين الآراء والمذاهب الفقهية المختلفة؛ سيما أن المشرع الأسري لم يلتزم مذهبا بعينه.

المطلب الأول: الولاية في الزواج بين المفهوم القانوني والوظيفة الاجتماعية

الولاية في الزواج سلطة على النفس ذات بعدين : الأول منهما-وهو الأساس- قانوني يعبر عن استيفاء مقتضى قانوني من مقتضيات العقد (ركن أو شرط صحة)، والبعد الآخر اجتماعي-وهو نتيجة للبعد الأول- يمس الفتاة المقبلة على الزواج فيحميها من التورط في زواج يسبب لها المتاعب وربما يجلب لها ولأسرتها التعاسة وخيبة الأمل؛ فالعائلة بممارستها للولاية إنما تحمي سمعتها ومركزها الاجتماعي بفرض رقابتها على زواج بناتها؛ فالولاية تبعا لهذا البعد مظهر وتعبير عن التضامن الاجتماعي.

والظاهر أن المشرع الأسري الجزائري تاه في التوفيق أو التلفيق بين تجاذبات هذه الثنائية، ففترّم -بموجب التعديل الأخير لـ ق.أ - مركز الولي في عقد الزواج وهمشه، فانحرف بذلك عن نظام الولاية الذي يجعل من الولي عنصرا أساسيا في انعقاد الزواج وصحته.

وعليه، يغدو إحياء البحث عن نظرة هذا القانون للولاية في الزواج (فرع أول)، ومدى حدود سلطة الولي فيه (فرع ثان)، لفهم وتحليل موقفه المستجد منها، أمرا مطلوباً ومبرراً.

الفرع الأول : نظرية الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المقصود بنظرية ولاية التزويج في هذا المقام: مفهومها القانوني الذي تدل عليه حقيقتها من تعريف وأقسام وشروط وتكييف (فقرة أولى)، ثم تأصيل هذا المفهوم عند الفقهاء (فقرة ثانية)، انطلاقاً من القواعد الفقهية التي يدعو البحث إلى الاعتصام بها. بموجب نص الإحالة المقرر في نص المادة 222 من ق.أ، لتكميل قصور نصوص هذا القانون وفك غوامضها.

الفقرة الأولى : المفهوم القانوني للولاية في الزواج

تصور مفهوم الولاية في الزواج يقتضي إيراد تعريف الولاية وأقسامها (أولاً)، وتفصيل شروطها وتكييفها (ثانياً).

أولاً : تعريف الولاية في الزواج وأقسامها

نظم المشرع الأسري أحكام "الولاية في الزواج" في القسم الثاني من الباب الأول من كتاب الزواج، تحت عنوان: "أركان الزواج"، ضمن المواد: 9 مكرر²⁹⁸، و11²⁹⁹، و13³⁰⁰ من ق.أ.، لكنه خلا من نص يشير فيه إلى تعريف الولاية في الزواج (1)، أو يتطرق فيه إلى ذكر أقسامها بشكل وواضح (2) وهذا خلل لا يتأتى معه الفهم السليم لتلك النصوص؛ وبالتالي تطبيقها، إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقاً لنص الإحالة (م/ 222 من ق.أ.).

1. تعريف الولاية

الولي في اللغة: مشتق من الوَلَّى، وهو القرب والدُّنو، يقال: جلس مما يليني، أي يقاربي. والولاية - بالفتح والكسر-: النصرة والمحبة³⁰¹. قال ابن الأثير: "وهو [الولي] اسم يقع على جماعة كثيرة، فهو الرب، والمالك، والسيد، والمنعم، والمعتق، والناصر، والمحب، والتابع، والجار، ... فيضاف كل واحد إلى ما يقتضيه، وكل من ولي أمراً أو قام

²⁹⁸ المادة 9 مكرر : ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج)).

²⁹⁹ المادة 11 : ((تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإحلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له)).

³⁰⁰ المادة 13 : ((لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها)).

³⁰¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج6 ص 141.

به فهو مولاه ووليه³⁰².

وانطلاقاً من هذه المعاني اللغوية عرف بعض الباحثين من الفقهاء والأساتذة - الولاية بشكل عام - بأنها: " تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم. أو القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد"³⁰³، وبأنها: " سلطة تمكن صاحبها من مباشرة عقود وتصرفات تترتب عليها آثارها دون توقف على رضا الغير"³⁰⁴...

وغيرها من التعريفات.

ولذلك كان المراد بالولي اصطلاحاً يختلف بحسب موضع وروده؛ فالولي في الزواج: " من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام"³⁰⁵. لأن المرأة لا تتولى عقد نكاحها بنفسها، فإن القرآن الكريم يضيف عقد النكاح على المرأة للرجال قال تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُولُهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة، 219]، وقال أيضاً: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة، 230]، وفي الحديث: « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...»³⁰⁶.

³⁰² ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري أبو السعادات، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي وظاهر أحمد الزواوي، ج5 (لا:ط؛ باكستان: أنصار السنة المحمدية، د.ت) ص 227.

³⁰³ انظر: بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: الزواج والطلاق، ج1 (لا:ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م) ص 118؛ شهبون، عبد الكريم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (الزواج- الطلاق - الولاية ونتائجها)، ج1 (لا:ط؛ الرباط: دار النشر والمعرفة، 1987م) ص73؛

³⁰⁴ انظر: الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج (ط:4؛ دمشق: دار الفكر المعاصر، 1418هـ/1997م) ص 6690؛ حسب الله، علي، الزواج في الشريعة الإسلامية (ط:1؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1971م) ص 126؛ شلي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام (ط:4؛ بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983م) ص271.

³⁰⁵ الرصاع، محمد الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام بن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1993م) ص 241.

³⁰⁶ أخرجه الترمذي في جامعه، باب ما جاء لانكاح إلا بولي (ح/1101)، الجامع الكبير، مرجع سابق، ج2 ص 392.

2. أقسام الولاية

الولاية في الزواج عند الفقهاء نوعان : ولاية إجبار: وهي ولاية حتم واستبداد، وتسمى بالولاية الكاملة، وهي الولاية على القاصرة؛ لصغر أو عته أو ضعف العقل المُفضي إلى العجز عن إدراك معاني العقد وآثاره.. فالولي شرط³⁰⁷ في نكاح هؤلاء، ويستبد بإنشاء العقد عليهن.

ولا يُفهم من انفراد الولي بإنشاء عقد الزواج الملزم لموليته، عدم اشتراط رضاها؛ بل لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها، بkra كانت أو ثيبا، وقد ترجم الإمام البخاري لباب الولاية في صحيحه بقوله ”باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها“، وعلق ابن حجر على هذه الترجمة بقوله: الترجمة معقودة لاشتراط رضا المُزوَّجة بkra كانت أو ثيبا، صغيرة كانت أو كبيرة، وهو الذي يقتضيه ظاهر الحديث، لكن تستثنى الصغيرة من حيث المعنى، لأنها لا عبارة لها³⁰⁸.

ولاية اختيار: وهي ولاية ندب واستحباب، وهي الولاية على البالغة العاقلة، بkra كانت أو ثيبا، فيستحب لها تفويض أمرها إلى وليها ليباشر إنشاء عقد زواجها، حتى لا تنسب إلى التبجح والوقاحة المنافية لفطرة المرأة.

وقد تبنت العديد من التشريعات الأسرية العربية³⁰⁹ هذا التقسيم، على اختلاف

³⁰⁷ وعند المالكية ركن، كما أشار إلى ذلك ابن عاصم في التحفة : (المهر والصيغة والزوجان : ثم الولي جملة الأركان).

³⁰⁸ ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج9 ص 98. يشير إلى حديث أبي هريرة الذي صدر به البخاري الباب، وهو قوله ﷺ «لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، ولا تُنكح البكر حتى تُستأذن».

³⁰⁹ انظر مثلاً "المادتين: 29 فقرة أ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ((أ- الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتتمام الخامسة والعشرين ..))، والمادة 30 منه: ((الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها. واستثناء من الفقرة السابقة يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيق الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه))؛ والمادة 18 ((مع

بينها - تبعا لاختلاف الفقهاء- في مناط الإجماع؛ هل هو الصغر أم البكارة، وفي مناط الاختيار؛ هل الثبوت أم الرشد. بينما ألغى المشرع الجزائري ولاية الإجماع (م/12 الملغاة بالأمر 05-02)، وركز على الولاية الاختيارية فممنع أن تُزوج المرأة دون إذنها وموافقتها وإن كانت صغيرة (قاصراً)³¹⁰.

ثانيا : شروط الولاية وتكييفها

1. شروط الولي في الزواج

أغفل المشرع ذكر الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى عقد الزواج³¹¹، اللهم إلا ما كان من إشارات غير مباشرة، عندما عدّ كمال الأهلية (19 سنة) شرطاً من شروط الزواج (م/7 من ق.أ)، وحوّل الراشدة مباشرة عقد الزواج (م/ 11 فقرة 1 من ق.أ). فبموجب هذه الإشارات جعل القانون الأهلية والرشد شرطاً لصحة تصرفات الشخص في شؤونه وشؤون غيره.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاقتباس الصفات المستوجبة في الولي

مراعاة المادة (10) من هذا القانون، يأذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة سنة شمسية من عمرها...)) و كذا المادة 19 ((لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثماني عشرة سنة)) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.. وغيرهم.

³¹⁰ انظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 40.

³¹¹ على غرار العديد من التشريعات العربية، كما هو الأمر بالنسبة للمشرع الإماراتي المادتين 32 و 33 من قانون الأحوال الشخصية، ونصهما: المادة رقم 32 ((الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابناً ثم أماً ثم عمّاً، فإذا إستوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة))؛ المادة رقم 33 ((يشترط في الولي أن يكون ذكراً، عاقلاً، بالغاً، غير محرم بحج أو عمرة، مسلماً أن كانت الولاية على مسلم)) . وتقابلهما المادتين 14 و 15 من قانون الأحوال الشخصية الأردني. المادة رقم 29 قانون الأحوال الشخصية الكويتي: ((أ- الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتتمام الخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبه فالولاية للقاضي. ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكراً كان أو أنثى. ب- يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها)). أ و الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ((الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلاً ذكراً رشيداً والقاصر ذكراً كان أو أنثى وليه أبوه أو من ينيبه)).

الذي يستبد بإنشاء عقد الزواج على موليته أو ينوب عنها في إبرامه، نجد بأن الفقهاء اتفقوا على اشتراط كمال الأهلية في من يتولى عقد الزواج؛ بأن يكون عاقلاً، بالغاً، مسلماً³¹²، حراً. فتخلف أي شرط من تلك الشروط في من له حق الولاية يكون سبباً من أسباب سلب الولاية عنه وانتقالها إلى من يليه في المرتبة.

واختلفوا في العدالة: فقال الشافعية في القول الراجح عندهم³¹³ والحنابلة في إحدى الروايتين والظاهرية³¹⁴ إن العدالة شرط في ثبوت الولاية.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في القول الثاني إلى القول بأنها ليست شرطاً في ثبوت الولاية، لأن مدار الولاية وأساسها هو القرابة والشفقة ورعاية المصلحة وهما لا يزولان بالفسق³¹⁵.

واختلفوا أيضاً في الذكورة: فلا تصح ولاية المرأة عند جمهور الفقهاء من المالكية³¹⁶ والشافعية³¹⁷ والحنابلة والظاهرية؛ لأنها لا عبارة لها³¹⁸. فالمرأة قاصرة على حد

³¹² ويُعبر الفقهاء عنه باتحاد الدين بين الولي والمولى عليه؛ فلا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة وكذلك لا ولاية لمسلم على كافر أو كافرة، وتثبت للكافر ولاية التزويج على الكافرة ولو اختلف دينهم، ولا ولاية لمرتد على أحد.
³¹³ كمال الدين إمام، محمد، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي (ط: 1؛ بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1996) ص 109.

³¹⁴ النووي، المجموع، مرجع سابق، ج 5، ص 410؛ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9 ص 459
³¹⁵ عبد الفتاح محمود إدريس، حكم ولاية الفاسق (بحث فقهي مقارن) (ط: 1؛ لا. م. لا. ن، 1993) ص 82.
³¹⁶ واستثنى المالكية من ذلك المرأة إذا كانت مالكة أو وصية أو معتقة لذكر حيث لها في الأقوال الثلاثة أن تلي التزويج على المشهور، الخطاب مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 5، ص 64؛ أبو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 142.

³¹⁷ لكن استثنى الشافعية المرأة إذا تسلطت على الإمامة فان حكمها ينفذ ويصح تزويجها، محمد الشريبي الخطيب، ج 3، مرجع سابق، ص 154.

³¹⁸ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9 ص 459، الشافعي الأم، مرجع سابق، ج 5 ص 20، محمد الشريبي الخطيب، ج 3، مرجع سابق، ص 155، ابن قدامه، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 356.

قولهم حيث تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، فمن باب أولى ألا تثبت لها ولاية على غيرها.

وخلافاً لذلك، ذهب الحنفية إلى أن للمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عن الغير إما بالولاية أو الوكالة³¹⁹.

واختلفوا كذلك في الرشد، وخلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، وسلامة حاستي السمع والبصر لديه.

2 . التكييف الشرعي والقانوني للولي في الزواج

وقف النظر الفقهي من مسألة تكييف الولاية في الزواج موقفاً متبايناً، عبر عنه العلامة ابن رشد بقوله: "اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي؛ وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز؛ وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب"³²⁰.

وقد رصد بعض الباحثين أقوال وآراء هؤلاء العلماء ودرسها وانتهى إلى القول: ".. بعد هذه الرحلة مع أصحاب الآراء في الولي في النكاح، والأدلة التي استدلوا بها على هذه الآراء؛ ومناقشة هذه الأدلة، فإنه يتبين لنا أن أولى الآراء بالاختيار هو ما يراه جمهور العلماء من أن الولي ركن من أركان عقد النكاح لا يصح النكاح إلا به، ولا تملك المرأة تزويج نفسها، ولا تزويج غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت

³¹⁹ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4 ص 196.

³²⁰ ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2 ص 8-9.

ذلك لم يصح النكاح³²¹.

والظاهر أن الخلاف لفظي بين من يرى أن الولي ركن، وبين يراه شرط صحة (لا يعتبر العقد بدونه موجودا؛ من شروط الانعقاد)، ما دام لا يؤثر في النتيجة؛ لأن اعتبار الولاية شرطا يؤدي إلى نفس الجزاء القانوني على اعتبارها ركنا في الزواج³²².

وخرّج ابن رشد على رواية ابن القاسم بأن الولاية سنة، "وذلك أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي،...فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة"³²³.

واعتبر المشرع الأسري الجزائري الولاية شرطا لصحة الزواج (م/ 9 مكرر ق.أ)، في موافقة ظاهرية لرأي جمهور الفقهاء؛ لأنه خالف هذا الرأي في الأثر المترتب على تخلف الولي في الزواج (م/33 فقرة 2 ق.أ). بمعنى لا هو وافق مذهب الجمهور، ولا مذهب الحنفية الذين يجعلون من الولي شرط تمام وكمال لا يؤثر على الانعقاد شرط نفاذ³²⁴.

ثم ميّز ق.أ في مسألة الولي بين المرأة الراشدة والمرأة القاصر على النحو المفصل في الجدول (الملحق 1)، فكان تكييفه للولاية في الزواج متذبذبا فـ"لم يعتمد مذهب الحنفية

³²¹ عثمان، محمد رأفت، عقد الزواج: أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي (لا:ط؛ لا.م: لان، د.ت) ص 225. وذلك بعد أن حقق أفعال العلماء في التكييف الشرعي للولاية في الزواج، وعرض الآراء المختلفة في المسألة (سبعة آراء).

³²² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 410.

³²³ ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2 ص 9.

³²⁴ حيث صححوا الزواج الذي تنفرد المرأة بعقده، لكنهم جعلوه موقوفا على إجازة وليها في رواية، وأعطوا للولي- في رواية أخرى- حق الاعتراض على الزواج وفسخه عند انعدام كفاءة الزواج أو انخفاض المهر عن مهر المثل. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 3 ص 338.

بمختلف رواياته، ولا أخذ بمذهب الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين يفرقون بين البكر والثيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج³²⁵.

والجدير بالذكر أن الاجتهاد القضائي اعتبر الولاية في الزواج ركنا من أركان العقد، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: ((متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن أبي زيد في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف ألغوا الحكم المستأنف، ومن جديد قضاوا بصحة الزواج بين الطاعنين اعتمادا على تصريحات شهود، لا يتبين منها توافر هذه الأركان، فإنهم بهذا القضاء خالفوا أحكام الشرع))³²⁶.

الفقرة الثانية : تأصيل مفهوم الولاية في الزواج من القواعد الفقهية

اجتهد الفقهاء في صياغة العديد من القواعد والضوابط الفقهية، استوعبت حمولة ومضامين ودلائل شرعية تحكم معظم التفاصيل والجزئيات المتعلقة بمسألة الولاية؛ سواء تعلق الأمر بمفهوم الولاية وأبعادها، أو بشروط ومقومات الولي في الزواج والوصف (التكييف) الشرعي له، أم بترتيب الأولياء، وانتقال الولاية بينهم... وغيرها من

³²⁵ بن صغير محفوظ ، مرجع سابق، ص390. ربما لأن المشرع توجس من الجهر بقصده في إلغاء الولاية من الزواج صراحة، فعمد بهذه الصياغة إلى تفرغها من محتواها القانوني، محافظا على شكلها، كتمويه اجتماعي بأن المشرع ما كان له أن يتجاوز الثوابت وعناصر الهوية الوطنية؛ التي من بينها أن الشعب الجزائري مسلم.

³²⁶ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم (34438)، م.ق، العدد 1، 1990، ص 64.

العناصر التي تَلزَم القاضي - ومن في حكمه - في تقدير واستجماع ما أغفلته القواعد القانونية والنصوص التشريعية. ومن بين هذه القواعد:

1. قاعدة: كل من ولى ولاية لا يحال له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة³²⁷، وقد صاغها شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "الولي عليه أن يتصرف لمصلحة المولى عليه"³²⁸.

فالولاية لا تقتصر على منح الولي سلطة على غيره بل تفرض عليه في الوقت ذاته واجب استعمال هذه السلطة في مصلحة هذا الغير بحيث تبدو وكأنها مزيج من الحق والواجب معاً³²⁹.

قال الإمام القرافي في بيان هذه القاعدة: كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحال له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة³³⁰، وعبر عنها في فروقه بالقول: إن قاعدة الشرع أنه يقدم في كل موطن وفي كل ولاية من هو أقوم بمصالحها³³¹.

فكل من تولّى أمر غيره، سواء كان عاماً أم خاصاً، فواجب عليه أن يتصرف بما فيه مصلحة ونفع من تحت يده، بل لا يصح تصرفه إلا إذا تضمن جلب الصلاح ودفع المفساد، "و لا يقتصر على الصلاح مع القدرة على الأصلاح إلا أن يؤدي إلى مشقة

³²⁷ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج4 ص 39، الفرق 223.

³²⁸ ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص 196.

³²⁹ الزرقا، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي -، ج2 (ط:1؛ دمشق: دار القلم، 1420هـ/ 1999م)، ص12.

³³⁰ القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10 ص42.

³³¹ القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3 ص 206.

شديدة³³².

ومن فروع هذه القاعدة أنه يجب على الولي أن يزوج وليته بالأكفأ، وبما يصلح لها من المهر، لأن ذلك من مصلحتها³³³. وإذا خطب المرأة شخصان، أحدهما أصلح لها، والآخر أنفع للولي - كأن يكون ذا مال -، وجب عليه أن يزوجهما للأصلح لها وحرّم عليه أن يزوجهما بالآخر لغرض له³³⁴.

وقد خرّج الإمام القرافي على هذه القاعدة فروعاً متعدّدة، فقال في كتاب النكاح، في مبحث ترتيب الأولياء: "... إذا اجتمع الأولياء يقدّم من وصفه أقرب لحسن النظر في الولاية"³³⁵.

2. قاعدة : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

فمن منطلق أن جميع صلاحيات الولي الخاص تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة يمارسها بنفسه أو بواسطة من تأذن له كالقاضي والمحتسب وغيرهما حتى يُنصب لها ولي خاص يمارسها. فإذا وجدت الولاية الخاصة كالولي أو الوصي فتقدم على ولاية الحاكم أو القاضي فليس للقاضي ممارسة تلك الصلاحيات مع وجود الولي أو الوصي؛ لأنه المختص بتلك الولاية.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في هذا السياق أنه " إذا كان للصغير ولي فليس

³³² العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2 (لا:ط؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1410هـ) ص 252.

³³³ ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص 195.

³³⁴ نفسه، ص 196.

³³⁵ القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج4 ص 246.

للقاضي تزويجه حسب ولايته العامة³³⁶. ولا تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الذي يليه إلا في حالة غيابه أو قيام مانع له أو بتكليف منه.

3. قاعدة : الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا إذا تعذر الأصول³³⁷

وهي تفيد نفس حكم القاعدة السابقة من حيث الدلالة على وجوب العمل بالأصل وعدم الانتقال عنه إلى البديل إلا إذا تعذر الأصل. ففي ولاية النكاح لا ينتقل من الولي القريب إلى الولي البعيد إلا إذا تعذر الوصول إلى الولي القريب لعدمه أو لعدم وجود الصفات اللازمة لولايته أو لعضله³³⁸.

4. ضابط : "الولاية في النكاح تُرتب على ترتيب الإرث بالتعصيب"³³⁹ ، وعبر

عنه ابن رشد بقوله: "الولاية معتبرة بالتعصيب"³⁴⁰.

³³⁶ شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (ط:2؛ الأردن: دار النفائس، 1428هـ/2007م) ص 358.

³³⁷ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص399. وذكرها بلفظ: "القدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف"؛ لأن إيفاء الأصل هو الأداء وأما الإيفاء بالبديل فهو بالخلف عن الأصل والرجوع إلى الخلف مع وجود الأصل غير جائز،
³³⁸ نفسة

³³⁹ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7 ص12.

³⁴⁰ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2 ص13. والعاصب في النكاح هو: كل ذكر نسيب يرث بلا تقدير والمعتق. (ونسيب): أي ليس بينه وبين المرأة أنثى". النجدي، عثمان بن أحمد، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب (ط:2؛ جدة: دار النشر - بيروت: الدار الشامية، 1410هـ) ص 432. فعلى هذا لا ولاية للخال والأخ من الأم والجد لأم.. وغيرهم ممن بينهم وبين المرأة أنثى عند غير الحنفية، حيث ذهبوا إلى أنه تثبت الولاية لذوي الأرحام في حالة عدم وجود العصبية. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3 ص356. وجهات العصبية هي: (البنوة؛ الأبوة؛ الأخوة؛ العمومة)، على اختلاف في الترتيب: فالمالكية يقدمون الإبن على الأب والإخوة والعم على الجد، والحنفية يقدمون الجد على الإخوة والعم، الحنابلة يقدمون الأبوة (الأب - الجد) على البنوة، وخالف الشافعية الجمهور في ولاية البنوة فلم يجيزوها أصلاً. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2 ص13. ثم تنتقل للقاضي، ثم لعامة المسلمين (الولاية العامة) في حال انعدام الولاية الخاصة. وقد اتفق جمهور الفقهاء - ما عد المالكية - على أنه لا يصح للولي الأبعد والحاكم مباشرة عقد النكاح مع وجود الأقرب المستكمل للشروط، ويرى المالكية أن الترتيب بين الأولياء مندوب، وليس واجباً، فلو

وهذا الضابط يدور في فلك القاعدة المتقدمة، وهو يفيد أن القرابة -الداعية للشفقة مع تمام الرأي- التي هي دليل الحرص على مصلحة المولى عليها مراتب: فأقربها قرابة الأب³⁴¹؛ لأن الأب وافر الشفقة ينظر لكريمته (بنته) فوق ما ينظر لنفسه، وهو مع توفر الشفقة تامّ الرأي؛ بدليل أن الشرع قد عمم ولايته على المال والنفس معاً، فاكسبت ولايته بهذه الخصال قوة جعلتها ملزمة في حق المولّى عليها.

ويلي هذه المرتبة باقي القرابة من الإبن والأخ الشقيق وللأب والعم والجد... وهو حاصل في غيرهم من العصابات والأم، لكن تخلل إلى نظرهما في حق المولى عليها نقص؛ لقصور الشفقة في العصابات، ونقصان الرأي في الأم. وقد أظهر الشارع هذا النقصان حيث منع ولاية هؤلاء في المال، فوجب إظهاره في النفس³⁴².

5. ضابط : ولاية الإنكاح نظرية

وهذا الضابط يكمل الضابط الذي قبله ويتممه، حيث يبين أن مقصد الشرع أن تُسند الولاية إلى من قد تمّ نظره في حق المولّى عليها، وبيان ذلك: أن الزواج لما كان يراد لمقاصده من اختيار الكفاء، ومناقشة وتقدير الصداق، والتفاوض على الشروط التي تضمن مصالح الطرفين...، وكان لا بدّ لهذه الأشياء من تمام النظر، اقتضى هذا العقد أن يكون من يتولاه قد تمّ نظره في حق موليته.

فعندما تسلم الفتاة أمرها لوليها ليقوم بإبرام زواجها فهي تضع فيه الثقة التامة انطلاقاً من اقتناعها الوجداني بأن لا أحد يريد لها الخير والصلاح والتوفيق ويسعى لها فيه

زوج الأبعد أو الحاكم مع وجود الأقرب جاز ذلك خاصة إذا كان الأقرب غير مجبر.

³⁴¹ يقدم المالكية الإبن على الأب. قال ابن رشد: "والأبناء عنده [يقصد الإمام مالك] أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم

الإخوة للأب والأم ثم للأب... " بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2 ص13.

³⁴² ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج2 ص 278.

أكثر منه.

الفرع الثاني : حدود سلطة الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أسلفنا القول بأن المشرع بدا مضطربا في تحديد مضمون ولاية التزويج ووصفها القانوني، بسبب الضباية التي تكتنف النصوص القانونية المنظمة لمركز الولي في الزواج، وبخاصة المادة 11 ق.أ التي وسعت دائرة الولاية فمنحت للمرأة حق اختيار من تراه مناسبا لأن يتولى عقد زواجها ولو كان جارا أجنبيا أو حتى صديقا.

وهذا ما يضطربنا إلى تحديد دائرة ونطاق نفوذ وسلطة الولي في الزواج بالتركيز على فهم دوره في الزواج (فقرة أولى)، وأثر تخلفه على العقد (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : دور الولي في عقد الزواج

في سبيل تجلية وظيفة ودور الولي في عقد الزواج، انطلاقا من تحليل النصوص القانونية المشار إليها من قبل، الواردة في مسألة الولاية في الزواج، يمكن تسجيل المقتضيات الآتية:

- ليس للولي أن يستبد بتزويج من تحت ولايته راشدة كانت أم قاصرا، مهما كانت درجة قرابته منها وسلطته عليها، وأياً كان موقفه من زواجها؛
- يجوز- بل هو الأصل- للراشدة أن تنفرد بتزويج نفسها، ما دام أن المشرع جعل حضور الولي مجلس العقد شكليا، وأن غيابه أو تغييبه عن مجلس عقد الزواج لا تأثير له على العقد.
- جعل قرابة الأبوة هي القرابة الأولى المؤهلة لممارسة ولاية التزويج بالنسبة للمرأة القاصر، ثم الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي لها؛

- وقي المقابل لم يجعل للأب أو العائلة (الأقارب) أولوية في الولاية على الرشيدة حيث أعطى لها الحرية في اختيار أي شخص، ذكراً كان أو أنثى من داخل العائلة أو من خارجها دون مراعاة للترتيب الفقهي للأولياء.
- بالنتيجة: اختزال دور الولي في مجرد حضور مجلس العقد (شاهد ثالث)، أو نقل إرادة مولّيته (رسول).

وبناء على هذا التشخيص يتعين الجهر بالقول أن المشرع الأسري الجزائري:

- خالف جمهور الفقهاء القائلين بعدم صحة نكاح المرأة ثيباً كانت أو بكرًا بدون إذن وليها وهو الأب أو الوصي، ثم يترتب بعده الأقرب فالأقرب من عصبتها، أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان³⁴³، وببطلان عقد الزواج الذي تتولاه الفتاة دون علم وليها؛
- شدّد عن نظرائه العرب المجمعين على أهمية وجود الولي وأثره في عقد الزواج، وأن حضوره ليس شرفياً أو شكلياً؛ بل لا بد يكون راضياً على زواجها، وأن تتلاقى إرادتها مع إرادته، حيث ينفرد بتولي صيغة العقد بعد الاتفاق معها على الزواج.

وقد انتقد الفقيه العربي بلحاج مسلك المشرع هذا بقوله: "ومن ثم فإن تغييب الولي وتهميشه عند الاقتضاء، وإبرام زواج المرأة بدون ولي تربطها به صلة قرابة من الأصول أو الفروع، وجعله إحدى الشكليات القانونية أو الإدارية لا غير هي أمور لا

³⁴³ فلأولياء ترتيب عند الفقهاء؛ فلا يجوز تجاوز الولي الأقرب إلا عند فقده أو فقد شروطه. وولي المرأة أبوها ثم وصيه فيها ثم جدها لأب وإن علا ثم ابنها ثم بنوه وإن نزلوا ثم أخوها لأبوين ثم أخوها لأب ثم بنوها ثم عمها لأبوين ثم عمها لأب ثم بنوها ثم الأقرب فالأقرب نسبا من العصبة كالإرث، والسلطان المسلم (ومن ينوب عنه كالقاضي) ولي من لا ولي له.

تخدم مصلحة المرأة على الإطلاق، وهي بصدد إبرام أخطر العقود وأقدسها في الحياة³⁴⁴. وهو انتقاد وجيه وفي محله، لأن " الأساس في ثبوت الولاية الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة قصره، وفي قابل حياته بعده... فالولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل³⁴⁵، وحتى أبو حنيفة الذي أجاز للمرأة أن تزوج نفسها، شدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره، كما اشترط أن يبذل لها مهر المثل. فدور الولي "وصلاحياته تنحصر في أمرين: الكفاءة بالنسبة لجميع النساء؛ إذ يجوز له الاعتراض على من هو أقل منها كفاءة، وصدّاق المثل؛ إذا كان الصداق زهيدا، أو كانت المرأة دون سن الرشد القانوني³⁴⁶.

وعلى هذا، فإنه إذا تحققت الكفاءة وبذل الزوج صداق المثل، والمرأة راشدة، فإن امتناع الولي يكون عضلا (أي ظلما) ويحق معه للمعنية بالأمر رفع أمرها إلى القاضي الذي يأمر الولي بتزويجها، وإلا تولى هو مباشرة عقد زواجها (م 2/11 و 13 ق.أ)³⁴⁷؛ ((لأن الولي ليست له سلطة قبول أو رفض الزواج))³⁴⁸.

وتجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر على أن ((لا يزوج بنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية))³⁴⁹. ومن ثم ((ومتى تبين - في قضية

³⁴⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 409.

³⁴⁵ انظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 118 وما بعده.

³⁴⁶ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 413.

³⁴⁷ نفسه.

³⁴⁸ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم (249128)،

م.ق، ع 2، 2003، ص 267.

³⁴⁹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم (34438)، مذكور سابقا.

الحال - أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون))³⁵⁰.

الفقرة الثانية : أثر تخلف الولي في الزواج

حظر الرأي الفقهي السائد على المرأة أن تباشر بنفسها عقد الزواج، لا سيما إن كان لها وليٌّ؛ فلا بدّ من اجتماع رأي الولي و المولّي عليها حتى ينعقد الزواج. فما الحكم لو اختل عنصر (ركن - شرط) الولي في الزواج عند الفقهاء (أولا) وفي التشريع الأسري الجزائري (ثانيا)؛ وهل ينشأ العقد بصيغة المرأة وحدها وهل يصحّ بعبارتها؟

أولا : أثر تخلف الولي عن مجلس إبرام العقد لدى المذاهب الفقهية

من المعلوم أن تولى عقد المرأة زواجها بنفسها من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء قديما وحديثا، نظرا لاختلاف الأدلة التي تتناولها، قال ابن رشد: " لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك"³⁵¹. ويمكن تلخيص أقوال الفقهاء في المسألة على النحو التالي³⁵²:

³⁵⁰ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم (90468)،

³⁵¹ اجتهاد قضائي غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص 47.

³⁵¹ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2 ص 9.

³⁵² نفسه، ص ص 8-17؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7 ص ص 82-83.

1. ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم من الظاهرية إلى اشتراط الولي في صحة عقد الزواج، وأن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها، ولا يجِل لها نكاحٌ ثيبًا كانت أو بكرًا إلا بإذن وليِّها، ولا توكل غير وليِّها. وهو مذهب الإباضية³⁵³؛

2. وذهب الحنفية وبعض المالكية إلى عدم اشتراط الولي، بل إلى استحبابه، وأن المرأة إن زوجت نفسها كفوًّا أو غير كفوِّ أو وكَّلت غير وليِّها فزواجها صحيح، ثم إن كان زواجها بمن ليس بكفء أو بمن لم يصدقها مهر المثل فلوليِّها حق الاعتراض وفسخ الزواج؛

3. وذهب داود إلى اشتراطه في البكر؛ فلا بد لها من ولي، بخلاف الثيب؛

4. وذهب أبو يوسف في رواية وأبو ثور وابن سيرين والقاسم بن محمد وغيرهم إلى أنها -المرأة- إذا زوجت نفسها بإذن وليِّها فزواجها صحيح، وإلا فموقوف على إجازته؛

5. ورؤي عن مالك مثل القول الثالث مع استثناء البكر غير الشريفة من اشتراط الولي.

ثانيا : أثر تخلف الولي عن مجلس إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة

نصَّ المشرع الأسري على جزاء عقد الزواج الذي تخلف فيه الولي في المادة 33 فقرة 2 من ق.أ، حيث:

1- يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه؛

³⁵³ اطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج6 (ط:2؛ ليبيا: دار التراث العربي - جدة: مكتبة الإرشاد، 1392هـ/ 1972م) ص 100.

2- ويثبت بعد الدخول بصداد المثل إذا استوفى الشروط الأخرى.

وعلق العربي بلحاج على هذه المادة بالقول: "وظاهر من نص المادة 2/33 ق.أ المعدلة بأن المشرع أخذ بما ذهب إليه الجمهور".³⁵⁴ والأدق أنه موافق لمذهب المالكية الذين يرتبون على العقد الباطل بعض آثاره مراعاة للخلاف؛ كون مسألة الولاية خلافية كما سبقت الإشارة إليه. وموافق لمذهب الحنفية الذين يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد (القابل للإبطال) ويصححون هذا الأخير إذا توفرت باقي الشروط وتم الدخول.

وقد كرس الاجتهاد القضائي هذا الجزاء، حيث أيّدت المحكمة العليا حكما استثنائيا قضى ببطلان الزواج لتخلف الولي وانعدام الصداق، فجاء في قرار لها: ((لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما))³⁵⁵.

كما نقضت قرارا آخر قضى بعدم صحة زواج تخلف فيه الولي تطبيقا لنص المادة 33 فقرة 2 من ق.أ بقولها: ((يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات

³⁵⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 421.

³⁵⁵ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم (51107)، المحلة القضائية، العدد 3، 1992، ص 53. واستند المجلس إلى رأي المالكية - مختصر خليل -؛ حيث ورد في تسيب القرار: "حيث جاء في قول الشيخ خليل الجزء الثاني ص 203 وركنه أي النكاح أي أركانه أربعة الأول ولي والثاني صداق والثالث محل زوج وزوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية والرابع صيغة... وقال شارحه ص 203 فقرة 2 ومرادهم بالركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة".

الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون))³⁵⁶.

ونختتم معالجة هذا المبحث بالتنبيه إلى أن مسألة الولاية في الزواج بوضعها التشريعي الحالي في ق.أ تطرح العديد من الإشكالات التي تقتضي حتما تشريعا وقضائيا لا يسمح باستمرار أي تخط على مستوى التطبيق.

وإذا كان الحسم التشريعي يقتضي تدخل المشرع، فإن الحسم القضائي يتطلب اضطلاع المحكمة العليا- لما لها من هيمنة على محاكم الموضوع- بمهمتها في توحيد مسالك النظر والاجتهاد- في مسائل الولاية-، المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م/ 222 ق.أ).

وتحقيقا لهذا المبتغى فلا مندوحة من استرشاد القاضي بالقواعد الفقهية والرجوع إليها في تكملة قصور النصوص القانونية في هذه المسألة، وتحلية معانيها؛ فهي عمدة القاضي وعدته، بما تتماسك القرارات والأحكام بتكامل تسببها وانسجامه مع الوقائع والمنطوق؛ فتبعث الاطمئنان لدى المتقاضين في مرفق القضاء لعدالتها.

المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في تخرج أحكام النوازل المستجدة في قانون الأسرة

ألزم المشرع الأسري المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات طبية تثبت خلوهم من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، دون بيان للقيمة القانونية لهذا الفحص (فرع أول).

³⁵⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم (253366)، المحلة القضائية، العدد 3، 2002، ص 440.

وفي سياق ذي صلة أقر المشرع الأسري الجزائري بإمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية كوسيلة للفصل في النزاعات المتعلقة بالنسب، إلا أنه لم يشر بوضوح وبشكل صريح إلى البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب، ما يعني أنه متردد في حجيتها (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: القيمة القانونية للفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة

الفحص الطبي قبل الزواج إجراء تبنّته أغلب التشريعات الوضعية؛ ومن بينها التشريع الجزائري الذي نظم بعض الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة به في ق.أ (فقرة أولى)، واعتمدت في مشروعيتها على موقف الفقه الإسلامي من الأمراض التي تؤثر في الزواج (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج

قنّن المشرع الجزائري الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج، في نص المادة 7 مكرر من ق.أ (أولا) والمرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفية وشروط تطبيق أحكامها (ثانيا).

أولا : الفحص الطبي قبل الزواج في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة

يُعرّف الفحص الطبي قبل الزواج بأنه " كشف على الجسم للمقبلين على الزواج، لمعرفة وجود الإصابة لصفة بعض أمراض الدم الوراثية (فقر الدم المنجلي والثلاسيميا) وبعض الأمراض المعدية (الالتهاب الكبدي الفيروسي ب ج، ونقص المناعة المكتسبة الإيدز) وذلك بغرض إعطاء المشورة الطبية حول احتمالية انتقال الأمراض للطرف الآخر في الزواج أو الأبناء في المستقبل، وإعطاء الخيارات والبدائل أمام الخطيبين من أجل

مساعدتهما على التخطيط لأسرة سليمة صحيا³⁵⁷.

وقد أوجب المشرع الأسري في المادة 7 مكرر من ق.أ على كل واحد من الخطيبين قبل إتمام الزواج، الإدلاء بشهادة طبية تثبت خلوه من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، لكنه لم يحدد هذه العوامل أو الأمراض - ولو على سبيل المثال-، ولم يحدد صفة الطبيب المؤهل للكشف عنها... وغيرها من الأحكام التي تحول دون معرفة الموقف الرسمي للمشرع من هذا الفحص الطبي.

وأقصى ما يمكن التوصل إليه من تحليل هذا النص القانوني هو تأكيد المشرع على:

- وجوب استحضار وثيقة طبية من طرف طالبي الزواج؛
- وأن لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر؛
- وأن تُثبت الشهادة خلو طالبي الزواج من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

وللتأكد من حسن تطبيق هذا الشرط، يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير العقد من:

- خضوع الطرفين للفحوصات الطبية؛
- علم كل واحد منهما بما كشفت عنه الفحوصات من الأمراض الكامنة في صاحبه التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج؛
- يؤشر بذلك في عقد الزواج.

³⁵⁷ <http://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/Beforemarriage/Pages/default.aspx> .

ثانيا : الفحص الطبي قبل الزواج في المرسوم التنفيذي المحدد لكيفية تطبيق المادة 7 مكرر من قانون الأسرة

صدر المرسوم التنفيذي 154-06³⁵⁸ الذي يحدد كيفية وشروط تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، فأوضحت المادة الثالثة(3)³⁵⁹ منه بأن الطبيب لا يصدر الشهادة الطبية (انظر الملحق: 2) إلا بعد اطلاعه على نتائج:

– فحص عيادي شامل؛

– تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus).

وتركت المادة الرابعة(4)³⁶⁰ منه للطبيب السلطة التقديرية في جعل بعض الأزواج يقومون بإجراء فحوصات يراها لازمة للتأكد أو الكشف عن بعض الأمراض، من غير تحديد معيار أو ضابط لتلك الأمراض التي يمكن للطبيب أن يقترح على المعني إجراء فحوصات للكشف عنها، والتي قد تحول دون إتمام الزواج. مع العلم أن الأمراض المعدية في العصر الراهن كثيرة متنوعة في أشكالها وأسبابها وطرق انتقالها..

على أن يقوم الطبيب في نهاية عمله بتبليغ الشخص الذي خضع للفحص بملاحظته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها، ويتم تحرير شهادة طبية بذلك تُسلم إلى

³⁵⁸ المرسوم التنفيذي 154-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006 ، يحدد كيفية وشروط تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن لقانون الأسرة. ج.ر.ج.ج، ع 13، مؤرخة في 14 مايو 2006.

³⁵⁹ المادة 3 : لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها أعلاه في المادة(2) أعلاه إلا بناء على نتائج:

– فحص عيادي شامل؛

– تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus).

³⁶⁰ المادة 4: يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض. وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها.

المعني(الملحق2)؛ وألا يُعلم بنتائج هذه الفحوصات إلا صاحبها وليس الطرف الثاني طبقاً لأحكام المادة الخامسة(5) من هذا المرسوم.

وحظرت المادة السادسة(6) على الموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالب الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، كذلك شددت المادة السابعة(7) من المرسوم على أن دور الموثق أو ضابط الحالة المدنية يقتصر على مواجهة المعنيين بنتائج الفحص الطبي، وأنه لا يجوز لهما- أي الموثق أو ضابط الحالة المدنية - رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.

وهكذا اختزل المشرع أهمية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج في مجرد وثيقة إدارية يجب الحصول عليها لاستكمال ملف عقد الزواج، يؤكد هذا ما أثبتته الواقع العملي بأن هذه الشهادات الطبية أصبحت تمنح على سبيل المجاملة دون تأكد بعض الأطباء من سلامة الشخص الذي يطلبها... وتلك ثغرة تنضاف إلى الجوانب السلبية والفراغات التشريعية لهذا القانون بوجه عامة.

الفقرة الثانية : موقف الفقه الإسلامي من الفحص الطبي قبل الزواج

أولاً : الأمراض التي تؤثر في الزواج في الفقه الإسلامي

دعا الإسلام إلى الاجتهاد في حسن اختيار الأزواج، وأوجب على طالب الزواج أن يتحرى الشريك السليم من الأمراض الوراثية، المفضية إلى أضرار صحية جسمية أو نفسية أو عقلية، بالسراية للنفس والولد، أو المسببة للأذى النفسي. قال ﷺ : « تخيروا لنطفكم فإنكحوا الأكفاء وأنكحوا لهم »³⁶¹.

³⁶¹ أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب الأكفاء (ح / 1968)؛ والدار قطني في السنن، كتاب النكاح،

وهذا الأمر لا يقتصر على مراعاة الجانب الديني والخلقي، بل هو نص عام يشمل كل الأمور المرغوبة في الزواج، سواء في ذلك ما تعلق بالاتزان الديني والخلقي أو الصحة الجسمية أو حتى الصحة النفسية والعقلية.

ولذا نجد أن الفقهاء أسهبوا وتوسعوا في الحديث عن العيوب (الأمراض) التي تميز فسخ عقد النكاح وهي التي يتعذر معها الوطاء، أو تحول دون الاستمتاع بين الزوجين، أو التي يخشى انتقالها إلى النفس أو الذرية... فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية³⁶² والشافعية³⁶³ والحنابلة³⁶⁴ إلى جواز التفريق لكلا الزوجين من زوجه المصاب بالجذام، باعتباره مرضاً شديداً العدوى، عملاً بقول النبي ﷺ فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه «فِرٌّ من المجذوم فرارك من الأسد»³⁶⁵.

ويقاس على الجذام³⁶⁶ غيره من الأمراض المعدية التي تماثله وتُشبهه أو التي هي أشد فتكاً وأعظم خطراً منه، بتعدية حكم النصوص الواردة بشأنه - أي الجذام - إليها، كالإيدز والزهري والالتهاب الكبدي الفيروسي والأمراض التي تتعلق بالأعضاء التناسلية... ونحوها من الأمراض التي تُعد الحياة الزوجية البيئة الخصبة لانتشارها

باب المهر (ح/ 3789)، والحديث صححه الألباني.

³⁶² ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2 ص 37؛ وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2 ص 277.

³⁶³ الرملي، محمد بن أحمد شمس الدين (الشهير بالشافعي الصغير)، نهاية المحتاج شرح ألقاظ المنهاج، ج6 (ط: الأخيرة، بيروت: دار الفكر، 1404هـ/ 1984م) ص 309.

³⁶⁴ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7 ص 140؛ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5 ص 166.

³⁶⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الجذام.

³⁶⁶ الجذام: مأخوذ من الجذم، وهو القطع، وهو علة تتأكل فيها الأعضاء وتتساقط، فيحمر العضو، ثم يسود، ثم ينتن، ثم يتقطع، وهو مرض قديم لكنه لا يزال منتشرًا في المناطق الحارة من العالم. ويصيب المرض مناطق الجلد والأعصاب، ويؤدي إلى تشوهات في الأطراف وشلل في الأعصاب الطرفية، وقد يؤدي إلى بتر الأعضاء أيضاً، وينتقل عن طريق الرذاذ، كما أن وجود ميكروبات الجذام في لبن الأم بكميات كبيرة يسهل انتقاله من الأم إلى الرضيع. البار، محمد علي، العدوى بين الطب وحديث المصطفى ﷺ (ط: 5؛ الرياض: الدار السعودية، 1405هـ/ 1985م) ص 65.

ومضاعفة أضرارها؛ بل هي أولى بالحكم من الجذام الذي ذكره الفقهاء، ذلك أن خطورة هذه الأمراض لا تكمن في إحداث النفور والحيلولة دون الاستمتاع فحسب، بل تتعداها إلى انتقال الإصابة بها إلى الزوج الآخر وإلى أولادهما.

وامتثالا لقوله ﷺ « لا يوردن ممرضاً على مصح »³⁶⁷، واستصحابا لكلام الفقهاء حول التفريق بين الزوجين بسبب الجذام، يصح القول بأن الرأي السائد فقهاً يُجبر الراغبين في الزواج على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، درءاً لانتقال الأمراض، وحرصاً على أجيال خالية من الأوبئة المسببة لانهايار الأسر وتفكك المجتمعات. وأنه إذا كانت العيوب (الأمراض) التي تكون في أحد الزوجين تتيح للزوج الآخر فسخ الزواج، فمن باب أولى أن تكون سبباً في العدول عن الخطبة والمنع من الزواج.

ثانياً : الأدلة من القواعد الفقهية على حكم الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به

مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، بهدف التعرف على الأمراض التي تؤثر في الزواج، والتي يُنصح بالابتعاد عن المصاب بها، يمكن دراستها وتخريج أحكامها على ضوء أكثر من قاعدة من القواعد الفقهية الكبرى أو القواعد الفرعية المدرجة تحتها، من بين هذه القواعد:

القاعدة الأولى : الوسائل تأخذ حكم الغايات

وهي من القواعد الفقهية المعروفة والمشهورة، أشار إليها الإمام القرافي في الفرق الثامن والخمسين بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل بقوله: "وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق

³⁶⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب لا هامة (ح/ 5771)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الطب، باب لا عدوى (ح/ 2221).

المفضية إليها، و حكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل³⁶⁸.

والوسائل "هي الأحكام التي شرعت؛ لأن بها تحصيل أحكام أخرى، فهي غير مقصودة لذاتها، بل لتحصيل غيرها على الوجه المطلوب؛ إذ بدونها قد لا يحصل المقصد، أو يحصل مُعَرَّضًا للاختلال والانحلال"³⁶⁹.

ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة أن المقاصد التي لا يتوصل إليها إلا بوسائل وطرق- مشروعة طبعاً- تُفضي إليها، فإن طرقها ووسائلها تابعة لها معتبرة بها. ولما كان المقصود المتمثل في حفظ النسل من الأمراض المعدية أو الوراثية لا يتحقق إلا بالفحص الطبي قبل الزواج، كونه يعطي صورة متكاملة عن الوضعية الصحية للخطيبين، تعين التكليف به ما دام يحقق المقصود ويؤدي إليه.

القاعدة الثانية: الدفع أولى من الرفع³⁷⁰

واستثمار القاعدة في هذه القضية معناه دفع الضرر وتجنبه قبل وقوعه أولى من رفعه وترميمه بعد الوقوع. فيكون المراد بالدفع هنا: الفحص الطبي قبل الزواج يحصل به دفع الضرر قبل وقوعه، والمراد بالرفع إزالة الضرر بعد حصوله، وإجراء الفحص الطبي قبل الزواج يُمكن من توقّي الأمراض عن طريق انتقالها المتوقع قبل حصول ذلك، وهذا أسهل

³⁶⁸ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس، الفروق، قدم له وحققه وعلق عليه: عمر حسن القيام، ج2 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1424هـ/ 2003م) ص ص 63-64.

³⁶⁹ ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 184. وجاء في تحفة ابن عاصم:

وكل فعل للعباد يوجد ❁ إما وسيلة وإما مقصد

فهي له في الخمسة الأحكام ❁ تأتي به بحكم الالتزام

³⁷⁰ الدفع لغة: الإزالة والتنحية يقال دفع الشيء نحاه وأزاله بقوة، واصطلاحاً: هو صرف الشيء قبل الورود؛ والرفع لغة: ضد الوضع يقال رفعته فارتفع فهو نقيض الخفض في كل شيء، واصطلاحاً: "صرف الشيء بعد وروده". والقاعدة أوردها الزركشي، منشور القواعد، مرجع سابق، ج2 ص 155.

وأولى من ترك هذه الأمراض تنتقل ثم نقوم بإزالتها أو التخفيف من مخاطرها بعد وقوعها³⁷¹.

القاعدة الثالثة : يُتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ويقدم النفع العام على النفع الخاص

حينما قررت الشريعة الإسلامية الحقوق للأفراد وفرضت الحماية لها، قيّدت التمتع بهذه الحقوق، بعدم الإضرار بالغير. وإذا تعارضت مصلحة الفرد - الذي هو عنصر ضمن جماعة أو مجتمعات إنسانية- مع مصلحة الجماعة قُدِّمت مصلحة الجماعة، لأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص، وليس المقصود بهذا التقديم مصادرة الحقوق الفردية، بل هو محافظة عليها وصَوْنُ لها ضمن مصلحة الجماعة باعتبار أن الفرد جزءاً من الجماعة، ولأن الشارع منع عنه إضرار الغير نظير منعه من إضرار ما سواه³⁷².

وإعمال القاعدة في هذه المسألة يفيد بأن تطبيق الفحص الطبي قبل الزواج على وجه الإلزام- وإن كان يُلحق ضرراً ببعض الأفراد - وتقرير مصير الزواج بناء على نتائجه يمنع أضراراً كبيرة قد تصيب الجماعة ويحفظ الأسر من مفاصد عظيمة، فيُتحمّل الضرر الواقع على بعض الأفراد لدفع الضرر العام الواقع على الجماعة نتيجة انتشار الأخطار والأمراض الوبائية.. وهذا ما تقتضيه هذه القاعدة.

القاعدة الرابعة : درء المفاصد مقدم على جلب المصالح

لا يجادل أحد في أهمية المنافع التي يحققها الزواج وسُمُوّ المقاصد التي تترتب عليه من

³⁷¹ انظر: القره داغي، و علي الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة (ط:1؛ لا.م: دار البشائر الإسلامية، 1429هـ) ص 257.

³⁷² أنظر: شلي، محمد مصطفى: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ط: 1؛ لا.م: لان، 1956) ص ص 128 - 129.

إحصان وولد وسكن...، إلا أن ثبوت إصابة أحد الخطيئين بأمراض معدية تنتقل من المصاب إلى المعافي أو من الأم إلى الجنين يعتبر من المفاصد الكبيرة التي تُقوّض الحياة الزوجية وتنسف مقاصد الزواج. وقاعدة الشرع تقديم درء المفسدة على جلب المصلحة؛ "لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات"³⁷³، مما يستوجب منع الزواج في هذه الحالة أو تأخيرها لحين العلاج دفعا للضرر ودرء للمفسدة.

الفرع الثاني : حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة

أشرنا للتو بأن المشرع الأسري تردد في حجية البصمة في إثبات النسب. ويمكن فهم هذا التردد من خلال مناقشة تطور قواعد النسب في القانون الجزائري، حيث نميز بين مرحلة استبعاد الخبرة الطبية (فقرة أولى)، ومرحلة الأخذ بالخبرة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مرحلة استبعاد العمل بالبصمة الوراثية

امتدت هذه المرحلة منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984 إلى غاية تعديله سنة 2005. وتميزت بفراغ تشريعي في هذا المجال (أولا)، وباستبعاد قضائي واضح (ثانيا).

أولا : الفراغ التشريعي

بالرجوع إلى القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري لم ينص على الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب، مكثفيا في ذلك بالقواعد المقررة شرعا الواردة في المواد من 40 إلى 45.

فبخصوص إثبات النسب، في المادة 40: ((يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34

³⁷³السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 87.

من هذا القانون)).

وبخصوص نفي النسب، ورد في المادة 41: ((يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج مشروعاً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة)). والمقصود من الطرق المشروعة: اللعان، انسجاماً مع المادة 138 ق.أ التي جاء فيها: ((يمنع من الإرث اللعان والردة)). وهو ما يعني ضمناً أنه أخذ باللعان كطريق حصري لنفي النسب.

فيتين من هذه النصوص القانونية، أن ق.أ لم يكن يتضمن أي إشارة صريحة، إلى إمكانية الاعتماد على الخبرة الطبية عامة، لإثبات أو نفي النسب، وخصوصاً في وجهها المعتمد على الهندسة الوراثية.

ثانياً: الاستبعاد القضائي

لقد استقر الاجتهاد القضائي قبل تعديل قانون الأسرة على الإعراض عن اعتماد الخبرة الطبية عامة، كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب، فلم نلمس في عديد قرارات المحكمة العليا ما يثبت بوضوح اللجوء إليها في هذا المجال.

وعلى هذا الأساس رفض الاعتماد على الشهادة الطبية التي تفيد أن الحمل وقع قبل الزواج. ففي قرار للمحكمة العليا جاء في إحدى حيثياته: ((... ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المقررة شرعاً، وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلاً قاطعاً، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء...)).³⁷⁴

³⁷⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 1993/11/23، ملف رقم (99000)، م.ق،

ع.خ، 2001، ص 64.

فالمحكمة العليا هنا أكدت ما ورد في الأحكام الابتدائية والاستئنافية، من رفض الشهادة الطبية، وكذلك الاعتماد على الخبرة ووزن الطفل لنفي النسب³⁷⁵.

ويظهر ما يؤكد استبعاد القضاء للخبرة الطبية في مجال إثبات ونفي النسب، في قرار آخر جاء فيه: ((... ومتى تبين - في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة...))³⁷⁶.

الفقرة الثانية: مرحلة الأخذ بالبصمة الوراثية

حيث تم إدماج الطرق العلمية لإثبات النسب في ق.أ (أولا). لكن في ظل غياب التفاصيل العملية المتعلقة باللجوء إلى العمل بالبصمة الوراثية، يتوجب بحث القواعد التي تحكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية (ثانياً).

أولاً: إدراج البصمة الوراثية ضمن الوسائل القانونية لإثبات النسب

تم إدراج الوسائل العلمية كسند في إثبات النسب بموجب المادة 40 من ق.أ في فقرتها الثانية المضافة بالأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، حيث جاء فيها: ((يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب))³⁷⁷. وهذا معناه إمكانية إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، أي عن طريق البصمة الوراثية أو التحليل الجيني

³⁷⁵ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 28/10/1997، ملف رقم (172379)، م.ق، ع خاص، 2001، ص 70.

³⁷⁶ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 08/07/1997، ملف رقم (165408)، م.ق، ع خاص، 2001، ص 67.

³⁷⁷ على ضوء هذا النص يترجح أن العمل بالبصمة الوراثية كدليل لنفي النسب أمر مستبعد؛ وهذا يعني أنه لا يمكن نفي النسب إلا عن طريق اللعان (م/41 من ق.أ).

للحمض النووي (ADN)³⁷⁸.

وقد التزم القضاء بهذه الوسيلة العلمية التي تثبت العلاقة اليقينية بين الولد وأبيه، وبنى عليه اجتهاده، وهذا ما يظهر من خلال قرار المحكمة العليا: ((يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي) ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في العلاقة غير الشرعية))³⁷⁹؛ فقد ربط ذلك بوجود الفراش الذي يظل أقوى الأدلة في إثبات النسب.

كما طبقها واحتكم إليها في العديد من القضايا كان أشهرها قضية الطفلة صفيية المتنازع حول نسبها الأب البيولوجي الجزائري محمد يوسف والأب الفرنسي شاربوك. القضية التي حازت على اهتمام ومتابعة الرأي العام، وتناولتها وسائل الإعلام الدولية، وعرفت أبعادا أخرى غير البعد القانوني والقضائي، لدرجة أنها كانت موضوع محادثات بين الرئيس بوتفليقة والرئيس الفرنسي نيكولا ساركوزي³⁸⁰.

وهكذا فإن إضافة وسيلة علمية إلى جانب الوسائل التقليدية في إثبات النسب، يوفر حماية للأنساب وصيانة للأعراض، لكن ما يثير التساؤل هو: هل يمكن اللجوء إلى هذه

³⁷⁸ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 659.

³⁷⁹ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2006/03/05، ملف رقم (355180)، م.ق، ع 1، 2006، ص 469.

³⁸⁰ فقد أوردت مصادر عديدة بأن ساركوزي تدخل وطلب من الرئيس بوتفليقة النظر في هذه القضية، حسبما أعلنته جريدة "لوموند" اتصالات مستمرة ومنتظمة تجربها وزيرة العدل الفرنسية المغربية الأصول رشيدة داتي مع وزير الداخلية الجزائري نور الدين يزيد زرهوني بشأن القضية" كما كشفت "لوموند" بأن كلا من الرئيس ساركوزي ووزيره للعدل قد راسلا بوتفليقة في الآونة الأخير يطلبان منه فيها التدخل في القضية. جريدة الشروق الجزائرية ليوم الثلاثاء 12-02-2008.

الوسيلة في جميع حالات إثبات النسب، وهل القاضي ملزم باعتمادها، بمجرد طلبها من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه، وما هي سلطات القاضي في هذا المجال؟

والذي يبرر هذه التساؤلات هو تقرير المشرع بأن الاحتكام إلى هذه البصمة الوراثية أمر جوازي وليس وجوبياً، فللقاضي الأسرة السلطة التقديرية في الأخذ بها من عدمه، فهي وسيلة مساعدة يقرر اللجوء إليها على ضوء قناعته الشخصية. وهو ما نتولى الإجابة عنه في العنصر الموالي.

ثانياً: القواعد الفقهية التي تحكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية

في ظل غياب التفاصيل العملية المتعلقة باللجوء إلى العمل بالبصمة الوراثية، يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م/ 222 من ق.أ).

وإعمال القواعد الفقهية في هذه المسألة، يدعُو إلى الجزم بأن البصمة الوراثية حجة شرعية يجب العمل بمضمونها في إثبات النسب إذا توفرت شروطها³⁸¹؛ لاندراجها تحت

³⁸¹ العمل بنتائج البصمة الوراثية في مجال النسب مقيد بجملة من الضوابط، يمكن إجمالها فيما يأتي:

1. أن يكون إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية بطلب أو بأمر من القضاء؛
 2. الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب بربطها بوجود فراش الزوجية. وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، الصادر بالقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005، في المادة 89 إلى أنه: ((يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش))؛
 3. الاقتصار على أخذ العينة اللازمة فقط لإجراء تحاليل البصمة الوراثية خشية أن يكون ذلك ذريعة للتجار بالجينات البشرية، أو استغلالها في تجارب الهندسة الوراثية. كذلك يجب عليه مراعاة كامل الاحتياطات التي تضمن عدم التلاعب الجينات والعينات الخاضعة للفحص البيولوجي في قضايا إثبات النسب، للعبث بشخصية الإنسان أو انتهاك شرفه وكرامته الآدمية؛
 4. إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمتنهي الحذر والحيطه والسرية؛
 5. لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بغرض التأكد من النسب الثابت بالفراش الصحيح.
- راجع: قرار الجمع الفقهي الإسلامي بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 21-26/10/1422 هـ الموافق 5-10/1/2002 م.

قاعدة:

1. ((الشرائع مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها بحسب الإمكان، وتعطيل المفاصد بقدر الإمكان وتقليلها))³⁸² لكونها تحافظ على جملة من مقاصد الشريعة (المحافظة على الأنساب والنسل والذرية)؛ وهو واحد من الضروريات الخمسة.

2. وقاعدة: ((العدل واجب في كل حال))³⁸³، ومن العدل وضع الأمور في مواضعها وتزليل الأشياء منازلها التي تليق بها.. " فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر وأقوى دلالة وأبينُ أمانة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل و القسط فهي من الدين ليست مخالفة له"³⁸⁴.

وإذا عُلِمَ أن الشهادة وهي مبنية على غلبة الظن، يثبت بها النسب، فهل من الفقه أن ندع بيّنة يقينية تصل نسبة قطعيتها 99,99 % ونأخذ ما هو محتمل للصدق- الشهادة - بنسبة 50% ونسب ذلك للشريعة؟؟

3. وقاعدة: ((المرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به))³⁸⁵، وكذا قاعدة ((كل من يستعين به القاضي على قضائه أو مشورته لا يكون إلا ثقة

³⁸² ابن القيم، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق: حامد الفقي، ج1 (ط:2؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1393هـ/1973م) ص388.

³⁸³ مذكورة سابقا ص

³⁸⁴ ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 165.

³⁸⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مج30 ص36.

386. ومعنى القاعدتين أن كل حكم فقهي اجتهادي، متوقف على معرفة أهل الخبرة، فالمرجع فيه إلى الثقات منهم، وأقوالهم فيه معتبرة دون غيرهم، ويترتب الحكم الشرعي على قولهم.

4. قاعدة : تشوف الشرع إلى ثبوت النسب، وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله³⁸⁷،
"ولذلك قال علماؤنا بأن لا تعجيز في حق إثبات النسب"³⁸⁸.

5. قاعدة : كون النسب معقول المعنى³⁸⁹؛ إذ الأصل في النسب أنه تولد الفرع من أصله.

فقد قررت هذه القواعد أن اللجوء المنضبط إلى فحص وتحليل البصمة الوراثية لإثبات النسب، ينسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل هو تدعيم للقاعدة الرئيسة في ثبوت النسب "الولد للفراش"، ولو تمت الموازنة بين واقع ثبوت النسب بالشهادة- مثلا - كونها تبني على غلبة الظن و يكفي فيها الاستفاضة والشهرة مع وجود الاحتمال بالخطأ، مع واقع البصمة التي لا تكاد نتائجها تخطئ في ذاتها، والخطأ الوارد فيها يرجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث.. ونحو ذلك، لتبين بما لا يدع مجالاً للشك بأن الفقه الإسلامي قادر على استيعاب هذه الوسيلة في سبيل الوصول إلى الحقيقة، وإقامة العدل

386 ابر فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1 ص 30.

387 الخادمي، نور الدين مختار، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم إلى الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي (منظمة التعاون الإسلامي) المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 19-23 محرم 1432هـ يوافق 25-29 ديسمبر 2010م، ص 14.

388 محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة، (لا:ط؛ دولة قطر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1425هـ/ 2004 م) ص 451.

389 الخادمي نسب المولود خارج رابطة الزواج، المرجع السابق، ص 15.

الذي هو عماد القضاء³⁹⁰.

خلاصة الفصل

في خاتمة هذا الفصل يمكن استخلاص النتائج التالية:

1. ما وقف عليه البحث من تضارب في بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا سببه الرئيس عدم وضوح المسالك الاجتهادية؛ مما ترتب عنه بالضرورة صدور أحكام وقرارات متناقضة في الموضوع الواحد. ومن هنا تبرز فعالية التقعيد الفقهي في توحيد التطبيقات القضائية.
2. لم يضع الاجتهاد القضائي محددات وضوابط معيارية في تقدير مصلحة المحضون، تسير على هديها محاكم الموضوع وتنقاد لها؛ توحيدا للتطبيقات القضائية في هذه المسألة.
3. لم يُولِّق.أ (على المستوى التشريعي) ولا الاجتهاد القضائي (المستوى التطبيقي) عناية للفرقة بين الطلاق السني والطلاق البدعي، مع أن للمسألة أهمية عملية يمكن استثمارها في التضييق من حالات قوع الطلاق؛ باعتباره العامل الأكبر في هدم وتفكيك الأسر.
4. لم ينص ق.أ على حق المرأة المطلقة في المتعة المقررة لها شرعا، سواء وقع الطلاق تعسفا أم بالتراضي بين الزوجين، مستغنيا عن ذلك بإقرار مبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في الطلاق.
5. اتفق الفقهاء على أن الثيب لا ولاية عليها، أما البكر فإن لهم تفصيلات بين ولاية الاختيار وولاية الإيجابار الخاصة بالصغيرة.
6. جمهور الفقهاء على أن الولاية شرط لازم في زواج البكر الراشدة؛ فإن باشرت زواجها بنفسها وقع باطلا.

³⁹⁰ ينظر: عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنانية، قرار الجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، مكة المكرمة، 2002، ص 85.

7. وذهب الحنفية إلى جواز تزويج البكر الراشدة نفسها من غير حاجة إلى ولي، شريطة أن يكون كفؤاً لها، فإذا وقع خلل في شرط الكفاءة صار للأولياء حق الاعتراض على الزواج وفسخه.

8. أخفق المشرع الأسري الجزائري في التوفيق بين الأخذ بالولاية في الحالة التي تقتضي المصلحة أن يكون الولي إلى جانب المرأة يتولى إنشاء العقد عنها، لكن لا يزوجه إلا برضاها- ولهذا جاء الحث على استئذانها-، وبين تخويل المرأة العاقلة الرشيدة إمكانية- دون إلزامها - أن تبشر عقد الزواج بنفسها، مع استحباب أن تفوض ذلك لوليها الذي يكون راضياً عن زواجها، حيث ينفرد بتولي صيغة العقد بعد الاتفاق معها على الزواج.

9. وبذلك يكون قد وقع في ازدواجية تكييف الولاية في الزواج؛ حيث اعتبرها شرط صحة بالنسبة للمرأة القاصر، ومجرد مطلب إداري بالنسبة للمرأة الراشدة، وفي ذلك انتهاك لمبدأ عمومية وتجريد القاعدة القانونية.

10. وسع الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا معنى الدخول؛ المقصود به الوطاء(الاتصال الجنسي) والخلوة الصحيحة التي تقوم مقامه، ومؤدى هذا الاجتهاد: إسقاط هذا المعنى على جميع المسائل التي ورد فيها هذا المصطلح في ق.أ.

11. أثبت البحث إمكانية تخريج حكم الفحص الطبي قبل الزواج على أكثر من قاعدة من القواعد الفقهية الكبرى، وكذا القواعد المدرجة تحتها، والتي يمكن أن تُضفي على هذا الإجراء قوة الشرط الشرعي الذي يؤثر على صحة العقد، وخاصة بالنسبة للأمراض المنتقلة بواسطة المباشرة (الاتصال الجنسي).

12. العمل بنتائج البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب ينسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل هو تدعيم للقاعدة الرئيسة في ثبوت النسب "الولد للفراش"، متى كان مُقيّداً بشروطه ومحدداته.

الخاتمة

التقعيد الفقهي هو من الأهمية بمكان في صرح الفقه الإسلامي ووضع لبنات بنائه الشامخ، له دور رائد في إنارة الطريق للمجتهد في استنباط الأحكام الشرعية، كما أنه يسهل تلمس أثر الفقه الإسلامي في التشريعات الوضعية، والدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، والاجتهاد القضائي، وهذا ما سعى البحث لإبرازه من خلال البرهنة والتدليل على حاجة قضاء الأسرة لتوظيف القواعد الفقهية، ومدى سعة مجالات إعمال هذه القواعد في قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال احتكاكي مع قضايا ومسائل هذا البحث خلصت إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات والمقترحات، أجملها في:

أولاً: إن التقعيد الفقهي ثمرة لاتباع التأصيل الذي تميزت به حركة الفقه الإسلامي. فبعد إرساء قواعد الأصول وقوانين الاستنباط ظهرت حاجة الفقيه إلى ضبط الفروع الفقهية الهائلة بواسطة قواعد الفقه وضوابطه من أجل تيسير مهمة المجتهد ومنحه مرونةً واستيعاباً لكثير من المستجدات.

ثانياً: القواعد الفقهية بمعناها العلمي هي تلك الأحكام الشرعية الكلية التي استنبطها الفقهاء من أدلة الشرع وبرهنوا على كليتها عن طريق الاستقراء فكان تقعيدها مستندا إلى الاستنباط والاستقراء معا؛ فهي: ”الحكم الفقهي الكلي المنطبق على جزئياته“، ومن هنا تبرز أهمية استثمارها في صياغة معاصرة للفقه (التقنين) تمهيدا لتطبيقه في مختلف مجالات الحياة.

ثالثاً: اختلف العلماء في حجية القواعد الفقهية وصلاحيتها للاستنباط، والراجح الاتجاه الذي يجعل القاعدة الفقهية دليلاً شرعياً ومسلماً تنكشف به الأحكام وتتحدد؛ إذا تم إعمال هذه القواعد بشروطها فهما وتطبيقاً.

رابعاً: معظم فقهاء الشريعة الإسلامية يراعون التقعيد الفقهي في اجتهاداتهم، كما أن اعتمادهم على القواعد الفقهية في البحث والدرس والقضاء والإفتاء، وسّع دائرة التطبيقات فيها، وعمل على تطوير صياغتها، وساعد على حصر الاستثناءات الواردة عليها، وأثرى الحياة الفقهية؛ مما ساعد على إيجاد الحلول لكثير من النوازل، واستيعاب المستجدات والتطورات الحياتية.

خامساً: بالإضافة إلى تبسيط فقه المذاهب وتنظيمه، كانت للقواعد الفقهية وظيفتان رئيسيتان:

الأولى: إعادة الربط بين الواقع والأصول الشرعية النظرية لتحديد حركية الاجتهاد، وتمكين الفقيه من ممارسة مهمته في متابعة الوقائع التي لا تتناهى.

الثانية: خدمة القضاة والمفتين في عملية تنزيل الشريعة، وتطبيقها في حياة الناس، وفي حلّ مشكلاتهم.

لذلك فإن الاهتمام بالقواعد الفقهية واستثمارها في حقل القضاء الأسري، إنما هو اهتمام بمصلحة الأفراد وحل لمشكلاتهم، وأن إقصاءها وإهمالها عرقلة لمسيرة الاجتهاد القضائي عموماً، والاجتهاد القضائي الأسري بخاصة.

سادساً: تطبيقات القواعد الفقهية في القضايا الأسرية واسعة، ومتنوعة ومتعددة. وتظهر جليا في القضايا التي لم يرد بشأنها نص أو الجزئيات والمسائل غير المشمولة بالتقنين، وهي كثيرة جدا لا حصر لها.

سابعاً: الاجتهاد القضائي الأسري ضمانا أساسية لحماية الأسرة، والتععيد الفقهي هو روح هذا الاجتهاد، ومستنده القوي. لذلك لا بد من الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة وفق القواعد والضوابط الفقهية، لبعث حياة الفقه الإسلامي؛ الذي لا جمهور له إلا عند السابقين؛ والذي أثبت الواقع تفوقه في هذا المجال، على الأنظمة القانونية على حداتها، ورغم أن الجمهور معها.

ثامناً: ضبط الاجتهاد القضائي الأسري - كما يصبو إليه البحث - معناه: تسييج العملية الجتهادية بمسالك منهجية؛ من خلال إخراج الممارسة الاجتهادية من طور المزاج والذوق والملكة الفقهية، إلى الطور العملي الموحد الواضح المسالك والمعالم؛ فينضبط - بالتبع - الأساس الذي بمقتضاه تُنقض أحكام وقرارات محاكم الموضوع من لدن محكمة القانون.

تاسعاً: تعذر - من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا - استخلاص محددات معيارية تحكم سير الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 من ق.أ. فلم يستقر في اتجاه واحد؛ وإن كان الاتجاه الغالب هو الاعتماد على المذهب المالكي مرجعا لقراراته، لا سيما على مراجعه الفقهية المعتمدة عند المتأخرين، كمختصر خليل وشروحه، والتحفة لابن عاصم، وبدرجة أقل، الرسالة لابن زيد القيرواني.

عاشراً: إن ما وقف عليه البحث من تضارب في الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا - أحيانا - سببه عدم وضوح المسالك الاجتهادية؛ مما يترتب عنه

بالضرورة إنتاج أحكام وقرارات متناقضة في الموضوع الواحد، وهنا يبرز دور التقعيد الفقهي في العملية الاجتهادية، حيث تضبط هذه القواعد الأحكام المبعثرة المتعددة في سلك واحد، وتساعد القاضي على التسبيب والترجيح، وإدراك الروابط بين الجزئيات المتفرقة والصفات الجامعة فيها، كما تسهّل استنباط مبادئ قضائية.

كذلك تمنع فوضى الاجتهاد ومصائبه، وتعمل على منهجته بآليات وضوابط ومسالك محددة لا يجيد عنها المجتهد، فلا يَضِلُّ ولا يُضِلُّ.

حادي عشر: يمثل الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي - الملتزم في الجزائر - خصوصاً، المرجعية المباشرة لما لم ينص عليه في قانون الأسرة، إلا أن البحث عن الأحكام الملائمة في هذا الإطار مسألة عسيرة ومعقدة للغاية، نظراً لصعوبة البحث والتنقيب في المدونات المطولات والمتون والشروح والحواشي والنوازل، لما يتطلبه ذلك من الوقت الطويل، ولعدم تحديد منهجية يمكن الاهتداء على ضوئها في بحث تلك المراجع؛ مما يستوجب الاستعانة بالقواعد والضوابط الفقهية المصاغة في عبارات جامعة ومانعة وكلية، باعتبارها خلاصة الشريعة وزبدة الفقه الإسلامي عبر القرون.

ثاني عشر: إن الاسترشاد بالقواعد الفقهية والتوسل بها في تأسيس الأحكام وبناء القرارات، يحفظ القاضي من مزلق الرجوع إلى المصادر الفقهية التي تحوي نقولا ومعالجات يستعصي على غير المتخصص استنباط الحكم منها، سيما في زمننا هذا الذي هزلت فيه قرائح البحث في المطولات وانحسر - إن لم نقل انعدم - الشغف بمطالعتها والتنقيب فيها. كما أن تسلح القاضي بهذه القواعد يحصنه من أن يتيه وسط التفاصيل والجزئيات التي لا يسع القاضي ومطلق المجتهد الإحاطة بها مهما تفتقت مداركه واتسع اطلاعه.

ثالث عشر: خطت القواعد الفقهية في منهجها في العصر الحديث خطوات متميزة من حيث الصياغة والتطبيق والاعتماد عليها في الإطار التشريعي والنظام القضائي. وتأسيسا عليه أعتقد إن إلزام قضاة شؤون الأسرة بدراسة الموسوعات القواعدية وإعمال هذه القواعد في اجتهاداتهم يحقق جملة من النتائج المهمة، منها:

1 **المساعدة في التكوين العلمي للقضاة** الذين يُسند إليهم النظر والفصل في القضايا الأسرية، طبقاً لمبدأ التخصص الذي لا تخفى نجاعته وفعالته في كل المجالات؛

2 **تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني**. بمعرفة القواعد الفقهية المطبقة في ساحة الخصومة القضائية الأسرية التي تسير على هديها سائر الأحكام وتنقاد لها من غير اضطراب؛

3 **تسريع وتيرة التقاضي**، تفادياً للبطء الذي تعرفه المحاكم على اختلاف درجاتها سواء في الفصل في القضايا، أو في تنفيذ الأحكام، الأمر الذي لا ينسجم مع طبيعة الأحوال الشخصية، وخاصة انحلال الرابطة الزوجية؛ التي تستوجب بعض المقتضيات الشرعية؛ مما يستلزم الفصل فيها في فترة زمنية ملائمة. أو مسائل النفقة التي لها طابع معيشي يتطلب العجلة في معالجة مشكلاتها...؛

4 **حماية الأسرة من خلال تنمية الجانب الروحي وإيقاظ الوازع الديني** الذي يبعث الحياة في النصوص والأحكام، فكلما كان القضاة على اطلاع وإحاطة بالمقتضيات والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، فإن ذلك من شأنه أن ينعكس بالإيجاب على حقوق من أُلجأهم الأقدار إلى المحاكم، مما تكون معه الأحكام والقرارات الصادرة عنها أقرب إلى التسليم بها، والشعور بعدالتها منه إلى الطعن فيها وطلب مراجعتها؛ كونها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

رابع عشر: كشف البحث أن القواعد الفقهية ثروة نفيسة تسهم في إيجاد الحلول والمخارج للكثير من المشكلات والقضايا الأسرية، وأن استثمارها في العملية الاجتهادية في مساحات الفراغ التشريعي في قانون الأسرة، سوف يكون له الأثر الفعال في إصدار أحكام وقرارات قضائية تتسم بالأصالة والعدالة والانسجام؛ مما يجعل اطمئنان المتقاضين إليها أرسخ وأقوى، ويقلل بالتبع من الطعن فيها، وذلك- حسب ما أعتقد- مظهر من مظاهر إصلاح العدالة.

خامس عشر: ناقش فقهاء الشريعة الإسلامية مسائل الولاية في الزواج بمنهجية شمولية لا يمكن الإحاطة بها دون ضمّها-الولاية- إلى مباحث أخرى هي: الكفاءة، والمهر، والعضل، وبذلك فإن أي نظر تجزيئي لقضية ولاية التزويج يقصُر عن درك الموقف الصحيح للفقهاء منها.

سادس عشر: حوّر النظر القانوني ولاية التزويج عن الإطار الذي نُوقشت فيه عند الفقهاء؛ من نظام لحماية المرأة والدفاع عن حقوقها، إلى عقبة تهمين المرأة وتحط من كرامتها وتحول دون تبوئها المركز القانوني الجدير بها.

سابع عشر: على الرغم من محاولة ق.أ تنظيم أحكام الولاية في الزواج، بالتلفيق والجمع بين آراء من مذاهب فقهية مختلفة، إلا أنه لم يُوفق في أن يشمل كل مسائل الولاية بالتقنين؛ فلم يتعرض المشرع إلى شروط الولي، ولم يوضح مَنْ همُّ الأقارب والأقارب الأولين في المادة 11 منه، ولا حالات انتقال الولاية للأبعد أو لأي شخص آخر مع وجود الأقرب. ثم كيف تنسجم صياغة هذه المادة التي توحى بتهميش دور الولي في الزواج وجعله شكلياً، مع مقتضيات المادة 9 مكرر من نفس

القانون، التي تعتبر الولاية شرطا في صحة عقد الزواج، يترتب عن تخلفه فسخ الزواج أو بطلانه كما قرره المادة 33 من ق.أ.

ثامن عشر: عالج المشرع الأسري مسألة الشقاق بين الزوجين بنصين قانونيين (م/ 53 فقرة 8 و م/ 56 من ق.أ)، مخالفا في أحدهما (م/ 53 فقرة 8 من ق.أ) مقتضيات الشريعة الإسلامية الموجبة بعثُ حكَمين كلما نشأ شقاق بين الزوجين للإصلاح والتوفيق بينهما، ومفرّغا للنص الآخر (م/ 56 من ق.أ) من محتواه؛ لأن مصلحة الزوجة في طلب التطليق على أساس الشقاق المستمر (م/ 52 فقرة 8 من ق.أ) أبلغ من مصلحتها في إنهاء النزاع الأسري على أساس الشقاق المنصوص عليه في المادة 56.

تاسع عشر: لم يحصر المشرع الأسري مسائل إسناد الحضانة في تشريع جامد، وإنما ربط تحديدها بمفهوم توجيهي هو "مصلحة المحضون". ومصلحة المحضون مسألة موضوعية، أوكلها القانون لاجتهاد القاضي، توجب عليه اختيار وترجيح أحسن وأفضل الحلول بالنسبة له - المحضون - إذا تعددت الحلول، وتعليل حكمه تعليلا كافيا حتى تتمكن المحكمة العليا (محكمة النقض) من بسط ما لها من رقابة على ذلك.

عشرون: ليس في إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية - بضوابطها المعتمدة شرعا - مناقضة لأحكام الشريعة الإسلامية المتشوفة إلى اتصال الأنساب وتحسينها، والاحتياط للولد. وعليه يجدر بالقضاة تطبيق قواعد الفقه الإسلامي، وفق منظور أكثر عقلانية، في قضايا الأطفال المولودين خارج مؤسسة الزواج، أو الناتجين عن جريمة الاغتصاب، وتمكينهم من التمتع بحق النسب لآبائهم الطبيعيين (البيولوجيين)، وتحميل هؤلاء مسؤولية آبائهم.

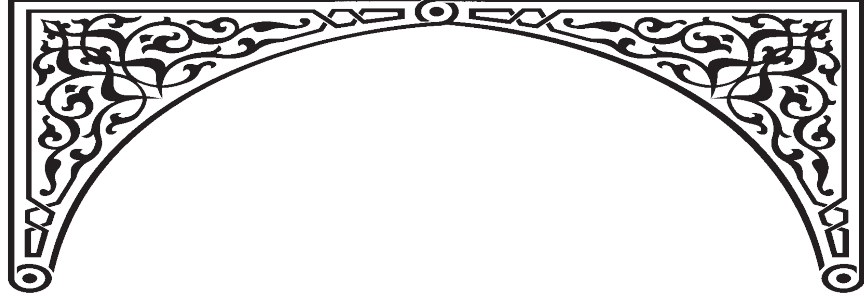
احدى وعشرون: يوصي البحث بإدراج مقياس القواعد الفقهية في برنامج تكوين القضاة، وذلك لتلافي النقص الفادح في حجم تحصيلهم الشرعي.

اثنان وعشرون: كذلك يوصي بمزيد من الاهتمام والعناية بدراسة القواعد الفقهية، وتوسيع دائرة البحث فيها لتشمل فروع ومجالات القانون الأخرى؛ المدنية، والعقارية، والأمنية والجنائية...، بناء على الوظيفة القانونية التي تقوم بها والحاجة القضائية التي تسدها والناحية العادلة التي تحققها.

ثلاثة وعشرون: يقترح البحث إعادة صياغة المادة 222 من ق.أ فيصبح نصها: ((يطبق القاضي ما يجد من حكم منصوص عليه في هذا القانون. ويجتهد في كل ما لم يرد النص عليه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، المتضمنة في القواعد الفقهية)).

كما يقترح إضافة فقرة أولى لنص المادة: ((يُرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون وتفسيرها، وتأويلها، واستكمال أحكامها، إلى قواعد الفقه الإسلامي وضوابطه وكتلياته)).

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات



ألملاحق



المرأة الراشدة	المرأة القاصر
1	من حيث مباشرة العقد
2	من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم
3	من حيث علاقة الولي بركن الرضا
4	من حيث أثر تخلف الولي على صحة عقد الزواج

- ¹ وهذا تعبير مبهم يفتح باب التفسير على كل الاحتمالات. لأن القرابة نوعان: العصبية، وذوو الأرحام. وجمهور الفقهاء يرون أن الولاية في النكاح في العصبية، فيكون ولي المرأة في الزواج هو الأقرب من عصبتها دون ذوي أرحامها، فليس للخال ولا الأخوة من أم ولا الجد لأم... ولاية في الزواج. ولا فرق عند الحنفية بين العصبية وذوي الأرحام في ولاية الزواج.
- ² حيث عرفت الزواج بقولها: ((الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي)).
- ³ ونصها: ((يتعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)).
- ⁴ القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم (249128)، المجلة القضائية، العدد 2، 2003، ص 267.
- ⁵ حيث صرحت بعدم إمكانية إجبار الولي القاصر على الزواج بشخص لا ترضيه؛ مع أن هذا الفرض غير متصور حدوثه؛ سيما إذا كان القصر بسبب الصغر (عدم اكتمال الأهلية ببلوغ 19 سنة. م/7 ق.أ)، لأن الزواج في هذه الحالة يتوقف على إذن القاضي؛ وطبعاً يتأكد القاضي أولاً من موافقتها؛ وأن الزواج في مصلحتها. ثم أن صياغة المادة 13 معيبة، حيث تكونت من جملتين أفادتتا نفس المعنى ((لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها))؛ فما دام الحكم المستفاد من المادة يحصل بالجملة الأولى فقط، لا داعي لإضافة عبارة أخرى لنفس الحكم والمعنى؛ تترها عن اللغو والكلام الزائد الذي لا يستقيم في صياغة النصوص القانونية. وكان يمكن ببساطة صياغة المادة على الشكل: ((لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يمنع القاصرة التي هي في ولايته من الزواج ممن ترضيه، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها)).
- ⁶ ينظر: بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 420-421.



فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث والآثار النبوية

فهرس القواعد والضوابط الفقهية

فهرس المواد القانونية

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات





أولاً - فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	الصفحة	الآية الكريمة أو شطرها
-----------	--------	------------------------

سورة البقرة [2]

127	36	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾
148	79	﴿فَأَمْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾
173	79	﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾
185	78	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾
193	79	﴿وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ﴾
219	284	﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاحَهُنَّ﴾
230	284	﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾
236	273	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ﴾
236	79	﴿عَلَى الْمَوْعِدِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾
237	173	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾
241	273	﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾
280	79	﴿وَلِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾
281	237	﴿وَمَنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾
282	245	﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾
282	61	﴿وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾
286	78	﴿لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَمَعَهَا﴾

سورة آل عمران [3]

185	60	﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾
-----	----	------------------------------------

سورة النساء [4]

3	214	﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَلَّجْهَةٌ﴾
28	78	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾
35	188, 196	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ...﴾
78	37	﴿فَمَا لِلْهَوَالِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾

119	83	﴿لَعَلَّمَهُ الْغِيْنَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾
214	129	﴿وَلَنْ تَسْتَخِيَعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾
222	141	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾

سورة المائدة [5]

78	1	﴿يَأَيُّهَا الْغِيْنَ ءَامِنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
79	47	﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾

سورة الأنعام [6]

83	152	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾
----	-----	---

سورة الأعراف [7]

78	199	﴿خُذِ الْعُقُودَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾
----	-----	--

سورة هود [11]

37	91	﴿قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا وَمَا تَقُولُ﴾
----	----	--

سورة الحج [22]

181	53	﴿وَلِنَّ الصَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾
78	78	﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾

سورة لقمان [31]

124	14	﴿وَفَصَالَهُ فِي عَامَيْنِ﴾
-----	----	-----------------------------

سورة الأحزاب [33]

79	5	﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾
273	28	﴿فَتَعَالَيْنِ أُمَّعْكُنْ وَأُسْرَحْكُنْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾
274, 273, 230	49	﴿يَأَيُّهَا الْغِيْنَ ءَامِنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ كَلَقْتُمُوهُنَّ ...﴾

سورة الأحقاف [46]

124	15	﴿حَمَلُهُ وَفَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾
61	25	﴿تَدْمُرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾

سورة الفتح [48]

137	29	﴿سَيَمَاهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِّنْ أَثَرِ السُّجُودِ﴾
-----	----	---



		سورة الطور [52]	
60	21		﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾
		سورة النجم [53]	
79	39		﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾
		سورة القمر [54]	
35	55		﴿فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ﴾
		سورة الرحمن [55]	
62	26		﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْنَا فَاِنٌ﴾
		سورة المجادلة [58]	
59	2		﴿الَّذِينَ يَكْفُرُونَ مِنْكُمْ مِّنْ نَّسَائِهِمْ﴾
		سورة الممتحنة [60]	
218	10		﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾
		سورة الطلاق [65]	
96	1		﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾
242, 169	2		﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَرِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾
79	7		﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾



ثانياً - فهرس الأحاديث النبوية والآثار

أولاً: الأحاديث

الصفحة	الحديث أو طرفه
97	« أحلت لنا ميتتان ودمان »
83	« ادرووا الحدود عن المسلمين ما استطعتم »
83	« ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً »
84	« إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر »
82	« إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً ... »
135	« أقضاكم علي وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل »
50	« البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »
216، 80، 50	« البيئته على المدعي واليمين على من أنكر »
150، 50	« الحلال بين والحرام بين »
50	« الخراج بالضمان »
50	« المسلمون عند شروطهم »
218، 80، 50	« الولد للفراس »
83	« إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة »
	« أن رسول الله ﷺ لما خرج إلى حنين مرّ بشجرة للمشركين يقال لها ذات أنواط
129	يعلقون عليها أسلحتهم »
150، 149، 80، 49	« إنما الأعمال بالنيات »
284	« أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل »
305	« تخيروا لنطفكم فأنكحوا الأكفاء وأنكحوا لهم »
50	« جرح العجماء جبار »
50	« دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »
306	« فر من المجذوم فرارك من الأسد »
182، 83	« كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط »
105	« كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ »
49	« لا ضرر ولا ضرار »
80، 50	« لا طلاق في إغلاق »
242	« لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »
80، 50	« لا وصية لوارث »
82	« لا يفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »
307	« لا يوردن ممرض على مصح »
150	« من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد »
83	« من ولي من أمور أمتي شيئاً ثم لم يجتهد لهم ولم ينصح فالجنة عليه حرام »
61	« وكل راع مسؤول عن رعيته »
61	« كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه »



- 285 «لا ءنكء الأءءء ءءى ءسءامر، ولا ءنكء البكر ءءى ءسءاذن»
 122 «لا صءام لمن ءبء الصءام من اللءل»
 222 «لا ىرء المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»

ءانءاء: الأءار

- «أن عمر بن الأءاب - ؓ - أءى بنكاح لم ىشهد ءله إلا رءل وامرأة؛ فءال: هو
 237 نكاح السر ولا أءءزه، ولو كنت ءءءءء ءله لرجمء»
 151 «إنى لأكره الأءلاف»
 84 «ءلك ءلى ما قءصءناه وهءا ءلى ما نقضى»
 51 «لا ءقضى ءلى ءائب»
 51 «لءس ءلى صاءب العارءءء ءمان..»
 50 «مقاطع الأءقوق ءند الشروط»
 51 «من شرط ءلى نفسه طائءاً ءفر مكره فهو ءله»
 51 «من ءمن مالا فله رءءه»
 50 «من قاسم الرءء فلا ءمان ءله»
 151 «الأءلاف شر»
 51 «كل قرض ءر منفعءة فهو رءا»



ثالثا - فهرس القواعد والضوابط الفقهية

أولاً: القواعد الفقهية

رقم الصفحة	نص القاعدة	رقم
83	الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد	1
77	الأخص مقدم على الأعم	2
172	إذا اجتمع ضرران، أسقط الأصغر للأكبر	3
261	إذا بطل الأصل يصار إلى البدل	4
143	إذا تعارض المقتضي والمانع قدم المانع	5
227	إذا تقابل محظوران، أو مكروهان، أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفها	6
213، 70	استعمال الناس حجة يجب العمل بها	7
207،	الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان	8
207	الأصل بقاء ما كان على ما كان	9
127، 77	الأصل في الأمور العارضة العدم	10
146	الأصل في التصرفات حسن النية	11
77	الأصل في الذمة البراءة / الأصل براءة الذمة	12
97	الأصل في الميقات التحريم	13
223، 80، 59	الأمور بمقاصدها	14
70	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	15
216، 213، 209، 50	البينة على المدعي واليمين على من أنكر	16
263، 209	البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل	17
150	التصرفات إذا كانت دائرة بين جهات شتى؛ لا تنصرف لإحداها إلا بنية	18
83	تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة	19
70	التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	20
243	التهمة قادمة في التصرفات إجماعاً	21
77	الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان	22
79	الجزاء من جنس العمل	23
83	الحدود تدرأ بالشبهات	24
79	الخرج مرفوع	25
77	الحق لا يسقط بالتقادم	26
202	حكم المحكم كحكم القاضي	27



266	الخلوة حكمها حكم الدخول	28
309، 149	درء المفاسد مقدم على جلب المصالح	29
308، 193	الدفع أسهل من الرفع	30
175	الردّة مُحِبَطَةٌ للعمل السابق	31
	الشرائع مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها بحسب الإمكان، وتعطيل	32
315	المفاسد بقدر الإمكان وتقليلها	
83	الشرط الباطل لا يؤثر في العقد	33
243	شهادة الإنسان على فعل نفسه باطلت	36
243	شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع	34
243	شهادة الرجل والمرأتين حجة في المال وما يؤول إلى المال	35
242	شهادة الرجلين العدلين حجة كاملة يجوز الإثبات بها في جميع الحقوق	37
242	الشهادة منوطت بالعدالت والأهلية التامة	38
227، 172	الضرر لا يزال بمثله	39
240، 209	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	40
280	الضرر يُدفع بقدر الإمكان	41
، 227، 172، 150، 79	الضرر يزال	42
280		
148، 79	الضرورات تبيح المحظورات	43
172	الضرورة تقدر بقدرها	44
263، 197، 70	العادة محكمة	45
223، 150، 80	العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني	46
315، 214	العدل واجب في كل حال	47
210	الغالب كالمحقق	48
293	الضرر والأبدال لا يصار إليها إلا إذا تعذر الأصول	49
221، 220	قاعدة إحياء الولد	50
291	قاعدة الشرع أنه يقدم في كل موطن وفي كل ولاية من هو أقوم بمصالحها	51
210	قاعدة مراعاة الخلاف	52
207	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل	53
267	كل كلام معناه أوسع من اسمه فالحكم لمعناه	54
244	كل ما تعذرت مشاهدته أو مشاهدته أسبابه جازت الشهادة فيه بالاستفاضة	55
291	كل من ولي ولاية لا يحال له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة	56
315	كل من يستعين به القاضي على قضائه أو مشورته لا يكون إلا ثقة مأمونا	57



58	لا اجتهاد مع مورد النص / لا اجتهاد مع النص / لا مساع للاجتهاد في مورد النص	122
59	لا إيثار في القربات	79
60	لا تكليف بما لا يطاق	79
61	لا ثواب إلا بنية	80
62	لا ضرر ولا ضرار	227، 171
63	لا وصية لوارث	207
64	لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان	144، 70
65	ما بُني على باطل فهو باطل	225
66	ما حرم أخذه حرم إعطاؤه	77
67	ما قارب الشيء يُعطى حكمه	266
68	ما كان مرة بعد مرة لم يملك المكلف إيقاع مراته كلها جملة واحدة	271
69	ما لا بدل منه مقدم على ما منه بدل	77
70	ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب	208
71	ما يفضي إلى الحرام حرام	77
72	المجهول كالمعدوم	77
73	المرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به	315
74	المشقة تجلب التيسير	92
75	المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعا وقدرًا	148، 93
76	المعاملة بنقيض المقصود الفاسد	217، 176، 93
77	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	70
78	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً	263
79	المعروف عرفاً كالمعروف شرطاً	70
80	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	207، 145، 93، 77
81	من حُبس لحق غيره فنفقته واجبت عليه	149
82	من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه	77
83	من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده	94
84	من وجبت طاعته وجبت في المباح إلا لضرر	146
85	الوسائل تأخذ حكم الغايات	307
86	الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة	291
87	الولد للفرش	316، 218، 191
88	الولي عليه أن يتصرف لمصلحة المولى عليه	291



240 ، 160	يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام	89
309 ، 172	يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ويقدم النفع العام على النفع الخاص	90
	يجتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة	91
211		
82	اليقين لا يزول بالشك	92
	ثانياً: الضوابط الفقهية	
267	إذا حصل شيء من مقاصد النكاح استقر المهر	93
175	اعتبار الدين في الكفاءة أصلاً	94
208	الأم أحق بالحضانة من غيرها وإن تزوجت ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون	95
316	تشوف الشرع إلى ثبوت النسب، وتيسيره لأسباب ذلك ووسائله	96
258	التفريط والعدوان يسقط حق حضانة الحاضن للطفل	97
257	جنس النساء في الحضانة مقدم على الرجال	98
202	الحكم من له ولاية الحكم والإلزام	99
202	الحكمان عند الشقاق حاكمان	100
212	الزنا هل ينشر حرمة المصاهرة؟	101
58	العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى	102
264	العقد على الأمهات يحرم البنات والدخول بالبنات يحرم الأمهات	103
39	كل طير مباح الأكل	104
39	كل عبادة بنيت	105
173	كل فرقة قبل الدخول من قبل المرأة يسقط به مهرها	106
	كل فرقة من طلاق أو فسخ بعد الوطاء ولو في الدبر أو استدخال الماء المحترم	107
230	توجب العدة	
53	كل قول محرّم لا يقع به الطلاق	108
39	كل ماء لم يتغير أحد أوصافه ظهور	109
275	كل مطلق بعد الدخول فلها المتعة إلا المختلعة والملاعنة والمبارئة والمفتديّة	110
222	كل ملتين فلا توارث بينهما	111
245	كل من يصلح أن يكون قابلاً للعقد ينفسه انعقد النكاح بشهادته، وكل من يصلح أن يكون ولياً في النكاح يصلح أن يكون شاهداً فيه	112
216	لا تعجيز في حق إثبات النسب	113
	لا توارث بين المسلم والكافر البتة، ولا بين الحر والعبد ولا بين رجلين اختلفت مللتهما وإن جمعتهما جميعاً مفاارقة الإسلام	114
222 ، 190		
262	ما يعد من المهر يلزم برده عند العدول عن الخطبة بغض النظر عن العادل	115



257	مبنى الحضانتة على الشفقتة	116
316	النسب معقول المعنى	117
175	النكاح يُعقد للأبد ولا يجوز فيه الأمد	118
83	الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد	119
294	ولايته الإنكاح نظريته	120
257	ولايته الحضانتة مُستفادة من قبَل الأمهات	121
293	الولايته في النكاح تُرتب على ترتيب الإرث بالتعصيب	122
293	الولايته معتبرة بالتعصيب	123
	يتقرر المهر كله بأحد ثلاثة أشياء: (الأول) الوطاء و(الثاني) الخلوة ممن يمكن	124
267	الوطء و(المقرر الثالث) الموت قبل الدخول	
206	يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	125
258	يُقدم الأقدار في الحضانتة والأكثر قياما بالبر والعدل والواجب	126



رابعاً - فهرس المواد القانونية

رقم الصفحة	رقم المادة	النص القانوني	رقم
209	2		01
126	3	الدستور الجزائري (1996)	02
209	58		03
114	17		04
		القانون العضوي 11- 12 مؤرخ في 24 شعبان 1432هـ الموافق 26 يوليو 2011 م، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها	
123، 115، 73	1	القانون المدني الجزائري	05
167	43		06
278	124 مكرر	الصادر بالأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، المعدل والمتمم	07
190	459		08
120، 163	4		09
260	5		10
170	6		11
125، 120	7		12
165، 164	8		13
263	8 مكرر	قانون الأسرة الجزائري	13
283، 237، 120	9 مكرر		15
207	10	القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م	16
283	11	المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م	17
283	13		18
172	16		19
264، 209، 165	17		20
170	18		21
126، 120	19		22
160	20 (ملغاة)		23
264	26		24



206	27	25
174،161،125	30	26
173،167	32	27
299،264،210	33	28
264	34	29
207،167	35	30
161	39	31
312،310،220	40	32
311،177	41	33
268،165	47	34
168	48	35
268،167	49	36
،186،180	53	37
،183	56	38
264	58	39
252	62	40
208	64	41
124	66	42
247	69	43
264	74	44
209	77	45
167	85	46
206	109	47
210	113	48
165	116	49
264	130	50
168	132	51
207	135	52



311 ، 177	138		53
206 ، 128	189		54
170	71	قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير سنة 1970م	55
200	438		56
268 ، 190	439	قانون الإجراءات المدنية	57
199	443	والإدارفة	58
193	446	القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام	59
199	448	1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م	60
304	3	المرسوم التنفيذي 06-154 المؤرخ في 13 ربيع	61
304	4	الثاني عام 1427هـ الموافق 11 مايو سنة 2006م	62
164	4		63
260	9		64
279 ، 277	84		65
198	95	مدونة الأسرة المغربية	66
199 ، 198	97		67
185	100		68
252	173		69
286	8		70
252	58	مجلة الأحوال الشخصية التونسية	71
286	18		72
286	19		73
286 ، 285	29		74
285	30	قانون الأحوال الشخصية الكويتف	75
198	120		76
286	32		77
286	33		78



199	121	قانون الأحوال الشخصية الإماراتف	79
269	103		80
185	6	قانون الأحوال الشخصية المصري	81
269	34	قانون الأحوال الشخصية السوري	82
277	117		83
286	18	قانون الأحوال الشخصية الأردنف	84
286	19		85
269	84		86
194	126		87
277	134		88
195	1790	مجلت الأحكام العدلففة	89
202	1849		90

خامساً - ثبت المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

الكتب

أولاً: تفسير القرآن الحريم وعلومه

1. ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري الإشبيلي المالكي. أحكام القرآن. تحقيق محمد علي البجاوي. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت.
2. ابن عاشور: الشيخ. محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. لا.ط؛ تونس: الدار التونسية للنشر، 1984م.
3. ابن عطية: عبد الحق أبو محمد. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز. تحقيق وتعليق: عبد الله ابراهيم الانصاري والسيد عبد العال السيد ابراهيم. لا.ط؛ طبع على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر، د.ت.
4. ابن كثير: عماد الدين إسماعيل بن عمر القرشي أبو الفداء. تفسير القرآن العظيم. تحقيق: مصطفى السيد محمد محمد فضل العجماي، محمد السيد رشاد، علي أحمد عبد الباقي، حسن عباس قطب. ط:1؛ لا.م: مؤسسة قرطبة، 2000م.
5. أظقيش: محمد بن يوسف. تيسير التفسير للقرآن الكريم. لا.ط؛ سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، د.ت.
6. البقاعي: ابراهيم بن عمر. نظم الدرر في تناسب الآيات والسور. لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1995م.
7. الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي. أحكام القرآن. ضبط نصه وخرج آياته: عبد السلام محمد علي شاهين. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م.
8. الرازي: محمد بن عمر فخر الدين. تفسير الفخر الرازي - المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب. ط:1؛ لا.م: دار الفكر، 1401هـ/1081م.
9. رضا: محمد رشيد. تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار). لا.ط؛ لا.م: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م.
10. الزجاج: إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق. معاني القرآن وإعراجه. ط:1؛ بيروت: عالم الكتب، 1408هـ/1988م.
11. الطبري: ابن جرير. جامع البيان عن تأويل آي القرآن. حققه وعلق على حواشيه: محمود محمد شاكر. راجعه وخرج أحاديثه: أحمد محمد شاكر. لا.ط؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية، د.ت.

12. القرطبي: محمد بن أحمد أبو عبد الله. الجامع لأحكام القرآن. ط: 2؛ القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387هـ/1987م.

ثانياً: الحديث الشريف وعلومه

13. ابن الأثير: مجد الدين المبارك بن محمد الجزري أبو السعادات. النهاية في غريب الحديث والأثر. تحقيق: محمود محمد الطناحي وظاهر أحمد الزواوي. لا. ط؛ باكستان: أنصار السنة المحمدية، د.ت.

14. ابن الملقن: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد. التوضيح لشرح الجامع الصحيح. ط: 1؛ دولة قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1429هـ-2008م.

15. ابن تيمية: شيخ الإسلام. أحمد. منهاج السنة. دراسة وتحقيق: محمد رشاد سالم. ط: 1؛ الرياض-المملكة العربية السعودية: جامعة الإمام محمد بن سعود، 1406هـ/1986م.

16. ابن حجر: العسقلاني. فتح الباري بشرح صحيح البخاري. قرأ أصله تصحيحاً وتحقيقاً وأشرف على مقابلة نسخته المطبوعة والمخطوطة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز. رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي. قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب. لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت.

17. _____ . تلخيص الحبير في شرح أحاديث الرافعي الكبير. تعليق: عبد الله هاشم مدني. لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1384هـ/1964م.

18. ابن رجب: عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين أبو الفرج. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً. لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة د.ت.

19. ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله. سنن ابن ماجه. تحقيق: فؤاد عبد الباقي، لا. ط؛ لا. م: مطبعة دار إحياء الكتب العربية، لصاحبها فيصل عيسى الباي الحلبي، د.ت.

20. الألباني: محمد ناصر الدين. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. ط: 2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ - 1985م.

21. _____ . سلسلة الأحاديث الصحيحة. لا. ط؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1415هـ/1995م.

22. الترمذي: أبو عيسى. سنن الترمذي (الجامع الكبير). تحقيق: بشار عواد معروف، لا. ط؛ لا. م: دار الغرب الإسلامي، د.ت.

23. الحاكم: محمد بن عبد الله النيسابوري أبو عبد الله. المستدرک علی الصحیحین. تحقيق: مقبل بن هادي الوادعي. ط: 1؛ لا. م: دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، 1417هـ/1997م.

24. الدار قطني: علي بن عمر. سنن الدار قطني. ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1432هـ/2011م.
25. الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط:1؛ بيروت: دار الإمام مالك، 1511هـ.
26. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي. تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف. لا. ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
27. الصنعاني: عبد الرزاق بن همام أبو بكر. المصنف. تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. ط:1؛ جنوب أفريقيا: المجلس العلمي، 1392 هـ - 1972م.
28. الكافيحي: محمد بن سليمان بن سعد بن مسعود الرومي الحنفي محيي الدين، أبو عبد الله. المختصر في علم الأثر. تحقيق: علي زوين. ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد، 1407هـ.
29. مالك بن أنس. الموطأ-رواية يحيى بن يحيى الليثي-. إعداد: أحمد راتب عرموش. ط:12؛ بيروت: دار النفائس، 1414هـ/1994م.
30. النووي: محي الدين يحيى بن شرف أبو زكريا. شرح صحيح مسلم. لا.ط؛ لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1972م.

ثالثاً: الفقه الإسلامي

أ - الفقه الحنفي :

31. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد. فتح القدير للعاجز الفقير. لا.ط؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
32. ابن الهمام: كمال الدين. شرح فتح القدير. علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م. المرغيناني: برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. الهداية شرح البداية. لا.ط؛ لاهور-باكستان: مكتبة المصباح، د.ت.
33. ابن أمير: الحاج، التقرير والتحبير بشرح كتاب التحرير. تحقيق: عبد الله محمود، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1999م.
34. ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار)، تحقيق ثلة بن الباحثين بإشراف: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح الفرفور، ط:1؛ دمشق: دار الثقافة والتراث، 1421هـ/2000م.
35. ابن مفلح: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد أبو إسحاق. المدع في شرح المقنع.

- لا: ط؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1978 م.
36. ابن نجيم: زين الدين الحنفي. البحر الرائق شرح كثر الدقائق. ط: 3؛ بيروت: دار المعرفة، 1413 هـ/1993 م.
37. البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمود. العناية شرح الهداية. مطبوع مع فتح القدير: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
38. التفتازاني: سعد الدين. التلويح على التوضيح. لا: ط؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، 1957 م.
39. السمرقندي: علاء الدين. تحفة الفقهاء. ط: 1؛ لا: م: دار الكتب العلمية، 1405 هـ/1984 م.
40. شمس الدين: أحمد بن سليمان بن كمال باشا. الإيضاح في شرح الإصلاح. تحقيق: د. عبد الله داود خلف الحمدي ود. محمود شمس الدين أمير الخزاعي، ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1428 هـ/2007 م.
41. العيني: محمود بن أحمد بن موسى أبو محمد. البناية في شرح الهداية. ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1990 م.
42. القاري: نور الدين علي بن سلطان محمد أبو الحسن. فتح باب العناية بشرح النقاية. اعتنى به: محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم. ط: 1؛ بيروت: شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، 1418 هـ/1998 م.
43. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل علي عبد الموجود، ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424 هـ/2003 م.
- ب - الفقه المالكي :**
44. ابن جزري: محمد بن أحمد أبو القاسم. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية. تحقيق: أ. د. محمد بن سيدي محمد مولاي. ط: 1؛ بيروت: دار النفائس، 1425 هـ.
45. ابن رشد الجد. المقدمات والمهدات. تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب. ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ.
46. ابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط: 6؛ بيروت: دار المعرفة، 1986 م.
47. ابن عبد البر: يوسف أبو عمر. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار. توثيق وتخريج وترقيم: د. عبد المعطي أمين قلعي. ط: 1؛ بيروت: دار قتيبة. والقاهرة: دار الوعي، 1414 هـ/1993 م.

48. بن طاهر: الحبيب. الفقه المالكي وأدلته. ط:5؛ بيروت: مؤسسة المعارف، 1428هـ/2007م.
49. التسولي: علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن. البهجة في شرح التحفة. ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م.
50. التنوخي: سحنون بن سعيد. المدونة الكبرى—رواية سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية. 1451هـ/1994م.
51. الخطاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1398هـ.
52. الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. تحقيق: د. مصطفى كمال وصفي. لا.ط؛ م القاهرة: دار المعارف، د.ت.
53. الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. لا.ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، د.ت.
54. حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير. ط:1؛ لا.م: دار الفكر، 1418هـ/1998م.
55. الرصاع: محمد الأنصاري. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام بن عرفة الوافية. تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري. ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1993م.
56. الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك. ط:1؛ بيروت: دار الإمام مالك، 1511هـ.
57. عبد الوهاب البغدادي، القاضي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف. قارن بين نسخته وخرّج أحاديثه وقدم له: الحبيب بن طاهر. ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1420هـ/1999م.
58. العدوي: علي بن أحمد الصعيدي أبو الحسن. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني. لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1997م.
59. عlish: محمد. منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1409هـ/1989م.
60. الغرياني: الصادق عبد الرحمن. مدونة الفقه المالكي وأدلته. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 1423هـ/2002م.
61. القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس. الذخيرة. تحقيق: محمد حجي. لا.ط؛

- بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م.
62. المنوفي: علي بن خلف. كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط: 1؛ القاهرة: شركة القدس، 1430هـ/2009م.
63. المواق: محمد بن يوسف العبدري أبو عبد الله. التاج والإكليل لمختصر خليل. وهو بهامش مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. للحطاب.
64. ميارة الفاسي: محمد أبو عبد الله. شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي. ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م.
65. النفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم. الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني. تحقيق: رضا فرحات، لا.ط؛ لا.م: مكتبة الثقافة الدينية، د.ت.
66. الونشريسي: أحمد بن يحيى. المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب. لا.ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1401هـ/1981م.

ج - الفقه الشافعي :

67. الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي أبو إسحاق. المذهب في فقه الإمام الشافعي رحمته الله. لا.ط؛ مصر: مطبعة البابي الحلبي، د.ت.
68. ———. المذهب في الفقه الإمام الشافعي. تحقيق: د. محمد الزحيلي. ط: 1؛ دمشق: دار القلم، وبيروت: الدار الشامية. 1412هـ/1992م.
69. الغزالي: أبو حامد. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط: 1؛ بيروت: دار الأرقم، 1418هـ/1997م.
70. النووي: محيي الدين يحيى بن شرف أبو زكريا. المجموع شرح المذهب للشيرازي. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
71. ———. روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق: زهير الشاويش. ط: المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-عمان، 1412هـ/1991م.
72. الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. اعتنى به: محمد خليل عيتاني. ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 1997م.
73. ———. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. اعتنى به: محمد خليل عيتاني. ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 1997م.
74. ———. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. تحقيق: علي محمد معوض وعادل

أحمد عبد الموجود. ط:3، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1425هـ / 2004م.

د - الفقه الحنبلي :

75. ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله. زاد المعاد في هدي خير العباد. تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. ط:1؛ بيروت- دمشق: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1428هـ/2007م.

76. ابن قدامة: موفق الدين المقدسي. المغني. تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو. ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1417هـ/1997م.

77. ابن مفلح: محمد بن محمد بن مفرج شمس الدين المقدسي أبو عبد الله. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي. تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي. ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1424هـ / 2003م.

78. النجدي: عثمان بن أحمد. هداية الراغب لشرح عمدة الطالب. ط:2؛ جدة: دار النشر- بيروت: الدار الشامية، 1410هـ.

79. ابن ضويان: إبراهيم بن محمد. منار السبيل في شرح الدليل. ط:1؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1421هـ/2000م.

80. البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس. الروض المربع شرح زاد المستقنع. تعليق: عبد الرحمن بن ناصر السعدي. لا:ط؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت.

هـ - الفقه الظاهري :

81. ابن حزم: علي أبو محمد. المحلى. تحقيق: أحمد شاكر. لا:ط؛ القاهرة: دار التراث، د.ت.

و - الفقه الإباضي :

82. أطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ط:2؛ ليبيا: دار التراث العربي- جدة: مكتبة الإرشاد، 1392هـ/1972م

ز - الفقه الزيدي :

83. ابن المرتضى: أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار. ضبط وتحقيق تعليق: د. محمد محمد تامر. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م.

84. القنوجي: صديق بن حسن بن علي الحسيني البخاري أبو الطيب. الروضة الندية شرح الدرر البهية. لا:ط؛ لا.م: إدارة الطباعة المنيرية، د.ت.

ح - الفقه العام :

85. ابن تيمية: شيخ الإسلام. أحمد بن عبد الحلیم. مجموع الفتاوى. لا.ط؛ السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1425هـ/2004م
86. أبو سنة: د. أحمد فهمي. النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية. لا.ط؛ مصر: مطبعة دار التأليف، 1387هـ/1967م.
87. الزحيلي: د. وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته. ط:2؛ دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1405هـ/1985م.
88. ———. الفقه الإسلامي وأدلته. ط:4؛ دمشق: دار الفكر المعاصر، 1418هـ/1997م.
89. شاكر: أحمد محمد. نظام الطلاق في الإسلام. ط:2؛ لا.م: مكتبة السنة، 1998م.
90. صالح: د. محمد أديب. تفسير النصوص في الفقه الإسلامي. ط:5؛ لا.م: المكتب الإسلامي، 2008م.
91. القفال: محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر أبو بكر فخر الإسلام الشاشي. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء. تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة - عمان: دار الأرقم، 1980م.
92. موافي: د. أحمد. الضرر في الفقه الإسلامي: تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزأه. ط:1؛ الخبر (السعودية): دار ابن عفان، 1418هـ.
93. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية، ط:2؛ الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1410هـ/1990م.
- رابعاً: القواعد الفقهية والسياسة الشرعية**
94. ابن تيمية: شيخ الإسلام. أحمد بن عبد الحلیم. قاعدة في العقود - مطبوع باسم: نظرية العقد. لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت.
95. ابن حميد: د. أحمد بن عبد الله، مقدمة تحقيق ودراسة كتاب: القواعد للمقري. لا.ط؛ مكة المكرمة: مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د.ت.
96. ابن رجب: عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين أبو الفرج. القواعد في الفقه الإسلامي. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
97. ابن عبد السلام: عز الدين. قواعد الأحكام، لا.ط؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1410هـ.
98. ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري أبو الوفاء. تبصرة الحكام في

- أصول الأفضية ومناهج الأحكام. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط:1؛ مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م.
99. ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد. ط:1، السعودية: مجمع الفقه الإسلامي بجدة، 1428هـ.
100. الإدريسي: د. عبد الواحد. القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة. ط:1؛ السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع - القاهرة: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 1425هـ/2004م.
101. الباحثين: د. يعقوب بن عبد الوهاب. القواعد الفقهية. ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد، 1418هـ/1998م.
102. البورنو: د. محمد صدقي بن أحمد أبو الحارث. موسوعة القواعد الفقهية. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424هـ/2003م.
103. _____ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. ط:4؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ/1996م.
104. الجويني، عبد الملك بن عبد الله أبو المعالي. غياث الأمم في التيات الظلم. ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م.
105. الحريري: د. إبراهيم محمد محمود. المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية. ط:1؛ عمان: دار عمار، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.
106. الحسيني: محمد حمزة. الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية. لا.ط؛ دمشق: مطبعة حبيب افندي خالد، 1298 هـ.
107. الحموي: شهاب الدين. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م.
108. حيدر علي. درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام. تعريب: فهمي الحسيني. ط:1؛ بيروت: دار الجيل، 1411هـ/1991م.
109. _____ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.
110. الخطابي: د. أحمد بوطاهر. كتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي. لا.ط؛ لا.م: اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة

- الإمارات العربية المتحدة، 1400هـ/ 1980م.
111. الروكي: د. محمد. نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء. ط:1؛ الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الخامس، 1994م.
112. الزحيلي: د. محمد مصطفى. القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة. ط:1؛ دمشق: دار الفكر، 1427هـ / 2006 م.
113. الزرقا: د. مصطفى أحمد. شرح القواعد الفقهية. ط:2، دار القلم، بيروت، 1409هـ/1989م.
114. السبكي: تاج الدين. الأشباه والنظائر. تحقيق: أحمد عبد الموجود وعلي معوض. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م.
115. السدلان: د. صالح بن غانم. القواعد الكبرى وما تفرع عنها. ط:1؛ الرياض: دار بلنسية، 1417هـ.
116. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية. ط:2؛ الرياض، مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1418هـ/1997م.
117. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: عبد الكريم الفضلي. لا.ط؛ لبنان: المطبعة العصرية، 1421هـ/2000م.
118. الصواط: د. محمد بن عبد الله بن عابد. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. ط:1؛ السعودية: دار البيان الحديثة، 1422هـ/2001م.
119. عزام: عبد العزيز محمد. القواعد الفقهية الإسلامية. لا.ط؛ الشرقية-مصر: لا.ن، 1998-1999م.
120. القراني: شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس، الفروق، تحقيق: خليل منصور، لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/ 1998م.
121. المدور: د.رشيد بن محمد. معلمة القواعد الفقهية عند المالكية. ط:1؛ عمان-الأردن: دار الفتح للدراسات والنشر، 1432هـ/ 2011م.
122. المقري: محمد أبو عبد الله. القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ط:1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404هـ .
123. المنجور: أحمد بن علي. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، لا. ط؛ لا.م: دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت.
124. الندوي: د. علي أحمد. القواعد الفقهية: مفهوما، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها،

- أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها. ط:1؛ دمشق: دار القلم، 1986م.
125. الندوي: د. علي أحمد. القواعد الفقهية: مفهوما، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها. ط:3؛ دمشق: دار القلم، 1414هـ/1994م.
- خامسا: الأصول والمقاصد والدراسات الأصولية**
126. ابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر جمال الدين أبو عمرو. مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل. تحقيق نذير حمادو، ط:1؛ نشر مشترك: الدار الجزائرية اللبنانية(الجزائر) ودار ابن حزم(لبنان)، 1427هـ/2006م.
127. ابن جزري: محمد بن أحمد أبو القاسم. تقريب الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي ط:2؛ لا. م: لا. ن، 1423هـ/2002م.
128. ابن عاشور: الشيخ محمد الطاهر. مقاصد الشريعة الإسلامية. ط:2؛ الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 1421هـ/2001م.
129. _____ مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة. ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر ، 1425هـ/2004م.
130. ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله. إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد. ط1، دار النشر، بيروت، 1977م.
131. _____ . إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. ط: دار الجيل - بيروت: ، 1973م.
132. الأمدي: علي بن محمد. الإحكام في أصول الأحكام. تعليق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي، ط:1؛ الرياض: دار الصميعي للنشر والتوزيع، 1424هـ-2003م.
133. _____ . الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، ط:2؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1402هـ.
134. الإيجي: عضد الملة والدين عبد الرحمن بن أحمد. شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي. ط:1؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، د.ت.
135. الباجي: سليمان بن خلف أبو الوليد. المنتقى. ط:1؛ مصر: مطبعة دار السعادة، 1332هـ .
136. بن حرز الله: عبد القادر. ضوابط اعتبار المقاصد في مجال الاجتهاد وأثرها الفقهي. ط:1؛ الرياض-السعودية: مكتبة الرشد، 1428هـ/2007م.
137. البيضاوي: ناصر الدين قاضي القضاة. منهاج الوصول إلى علم الأصول. لا.ط؛ مصر:

- مطبعة كردستان العلمية، 1326هـ .
138. الجصاص: أبو بكر بن علي الرازي. الفصول في الأصول. لا.ط؛ الكويت: وزارة الأوقاف، د.ت.
139. الجويني: عبد الملك بن عبد الله أبو المعالي. البرهان في أصول الفقه. تحقيق: عبد العظيم محمود الديب. ط:4؛ المنصورة- مصر: دار الوفاء، 1418هـ.
140. حسب الله: علي. دراسات في فلسفة أصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد. لا.ط؛ بيروت، دار الهادي، 2005م.
141. الخادمي: د. نور الدين. المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية والمصطلحات الأصولية. ط:1؛ لا.ك: دار إشبيليا للنشر والتوزيع، 1424هـ/2003م.
142. الخن: د. مصطفى سعيد. أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء. ط:2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ / 2000م.
143. الدريني: د. فتحي. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي. ط:3؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1429هـ/2008م .
144. الرازي: محمد بن عمر فخر الدين. الحصول في علم الأصول. تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض. ط:2؛ بيروت: المكتبة العصرية بصيدا، 1420هـ/1999م.
145. الرازي: محمد بن عمر فخر الدين. الحصول. دراسة وتحقيق: د. طه جابر فياض العلواني. ط:3؛ مؤسسة الرسالة، 1418هـ /1997م.
146. رحال: د. علاء الدين حسين. معالم وضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية. ط:1؛ عمان: دار النفائس، 1422هـ/2002م.
147. الريسوني: د. أحمد. الاجتهاد النص- الواقع والمصلحة. ط:1؛ دمشق: دار الفكر، 2000م.
148. الريسوني: د. قطب. الاجتهاد القضائي المعاصر- ضرورته ووسائل النهوض به-. ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2007م.
149. الزركشي: بدر الدين بن محمد بن بهادر. البحر المحيط في أصول الفقه. تحقيق: محمد محمد تامر، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ/2000م.
150. زيدان: د. عبد الكريم. الوجيز في أصول الفقه. ط:6؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987م.
151. السلمي: عياض ابن نامي. استدلال الأصوليين بالكتاب والسنة على القواعد الأصولية.

- ط:1؛ الرياض: مطابع التقنية، 1418هـ .
152. الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي أبو اسحاق. **الموافقات**، ضبط نصه وقدم له وعلق عليه وخرّج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ط:1؛ السعودية: دار ابن عفان، 1417هـ/1997م.
153. شمس الدين: د. محمد مهدي. **الاجتهاد والتقليد: بحث فقهي استدلالی**. لا.ط؛ بيروت: المؤسسة الدولية، 1421هـ/1988م.
154. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**. تحقيق: أبي حفص سامي بن العربي الأشري. ط:1؛ الرياض: دار الفضيلة للنشر والتوزيع، 1421هـ/2000م .
155. _____ . **نيل الأوطار**. تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة. لا.ط؛ لا.م: بيت الأفكار الدولية، د.ت.
156. الشيرازي: ابراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق. **اللمع في أصول الفقه**. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985م.
157. العالمي للفكر الإسلامي - دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1421هـ/2000م.
158. العمري: نادية شريف. **الاجتهاد والتقليد في الإسلام**. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1425هـ/2004م.
159. الغزالي: أبو حامد. **المنخول من تعليقات الأصول**. تحقيق: محمد حسن هيتو. ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 1400هـ.
160. _____ . **المستصفى من علم الأصول**. تحقيق: محمد سليمان الأشقر. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ/1997م.
161. القحطاني: مسفر بن علي بن محمد. **منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة: دراسة تأصيلية تطبيقية**. ط:1؛ جدّة: دار الأندلس الخضراء، بيروت: دار ابن حزم، 1424هـ/2003م.
162. القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس. **العقد المنظوم في الخصوص والعموم**. دراسة وتحقيق: أحمد الختم عبد الله. ط:1؛ مصر: دار الكتيبي، 1420هـ/1999م.
163. _____ . **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1424هـ/2004م.

164. القرضاوي، د. يوسف. الاجتهاد المعاصر. ط:1؛ الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، 1996م.

165. الكيلاني: د. عبد الرحمن ابراهيم. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضا ودراسة وتحليلا. ط:1؛ الأردن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي - دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، 1421هـ/2000م.

سادسا: العقيدة والتزكية والأخلاق والثقافة الإسلامية

166. ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان. تحقيق: محمد حامد الفقي. ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، 1395هـ/1975م.

167. _____ الفروسية. تحقيق: مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان. ط:1؛ السعودية: دار الأندلس، 1414هـ/1993م.

168. شلتوت: محمود. الإسلام عقيدة وشريعة. ط:18؛ لا.م: دار الشروق، 1421هـ/2001م.

169. الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي أبو اسحاق. الإعتصام. لا.ط؛ مصر: المكتبة التجارية الكبرى، د.ت.

170. صبار: خديجة. الإسلام والمرأة. لا.ط؛ المغرب: إفريقيا الشرق، 1999م.

171. وكيع: محمد بن خلف بن حيان. أخبار القضاة. لا.ط؛ بيروت: عالم الكتب، د.ت.

سابعا: الأحوال الشخصية

172. إمام: د. محمد كمال الدين. الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. ط:1؛ بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1996م.

173. آث ملويا: لحسين بن الشيخ. المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2005م.

174. _____ رسالة في طلاق الخلع - دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة - سلسلة دراسات قانونية. لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2013م.

175. البكري: المستشار. محمد عزمي. موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية. ط:2؛ لا.م: دار محمود للنشر والتوزيع، 1991م.

176. بلحاج: د. العربي. أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013م.

177. _____ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(ج1): الزواج والطلاق.

- لا.ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م.
178. _____ . قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات: ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010. ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012م.
179. بن حرز الله: د. عبد القادر. الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له. ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2007م.
180. بن شويخ: د. الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ / 2008م.
181. بن ملح: د. الغوثي. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. لا.ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005م.
182. تشوار: د. الجيلالي. الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة والعلوم الطبية والبيولوجية. لا.ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2001م.
183. تقيّة: د. عبد الفتاح. قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء. لا.ط؛ الجزائر: منشورات ثالة، 2011م.
184. حسب الله: علي. الزواج في الشريعة الإسلامية. ط:1؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1971م.
185. حميدي: عادل. التطلاق للشقاق وإشكالاته القضائية. ط:1؛ الرباط، مطبعة الأمنية، 2007م.
186. داودي: د. عبد القادر. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. ط:1؛ الجزائر: دار البصائر، 2007م.
187. زودة: عمر. طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. لا.ط؛ الجزائر: الموسوعة للنشر، 2003م.
188. دياي: باديس. قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية. لا.ط؛ عين مليلة-الجزائر: دار الهدى، 2012م.
189. سعد: د. عبد العزيز. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. لا.ط؛ الجزائر: دار هومة، 2013م.
190. _____ . قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل. لا.ط؛ الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007م.

191. شهبون: عبد الكريم. شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية (الزواج- الطلاق- الولاية ونتائجها). لا: ط؛ الرباط: دار النشر والمعرفة، 1987م.
192. شتا: د. محمد. مسكن الحضانة. لا: ط؛ مصر: دار الكتب و الوثائق المصرية، 2002 م.
193. شلبي: محمد مصطفى. أحكام الأسرة في الإسلام. ط: 4؛ بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983م.
194. طاهري حسين. الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري - مدعم باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية- ط: 1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2009 م.
195. عثمان: محمد رأفت. عقد الزواج: أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي. لا: ط؛ لا. م: لا. ن، د. ت.
196. العيش: فضيل. قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا. ط: 2؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007م.
197. فضيل سعد. شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق. لا: ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1989م.
198. الكشيبور: د. محمد. شرح مدونة الأسرة- انحلال ميثاق الزوجية. ط: 1؛ المغرب: مطبعة النجاح الجديدة، 2006م.
199. لوعيل: محمد لين. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري. ط: 2؛ الجزائر: دار هومة، 2006م.
200. المصري: د. مبروك. الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري. لا: ط؛ الجزائر: دار هومة، 2010م.
201. ولد خسال: د. سليمان. الميسر في قانون الأسرة الجزائري. ط: 1؛ الجزائر: دار طليطلة، 2010م.

ثامنا: الدراسات المقارنة

202. بلحاج: د. العربي. أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي. لا: ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1996م.
203. بدران: فاروق. الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي. ط: 2؛ لا. م: الجامعة الأردنية، 1996م.

204. بوساق: د. محمد بن المدني. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. ط:1؛ الرياض: دار إشبيلية، 1419هـ/1999م.
205. تقي الحكيم محمد. الأصول العامة للفقه المقارن - مدخل لدراسة الفقه المقارن - ط:2؛ لا.م: مؤسسة آل البيت، 1979م.
206. الدريني: د. فتحي. بحوث مقارنة في الفقه وأصوله. ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1414هـ/1994م.
207. الريسوني: د. أحمد. نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية. ط:1؛ مصر: دار الكلمة للنشر والتوزيع، 1418هـ/1998م.
208. الزحيلي: د. محمد، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي. ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 2002م.
209. الزحيلي: د. وهبة. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ط:9؛ دمشق: دار الفكر، بيروت: دار الفكر المعاصر، 1433هـ/2012م.
210. الزرقا: مصطفى أحمد. صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في قانون إسلامي. ط:2؛ عمان - الأردن: دار البشير، 1978م.
211. السبيل: عمر. البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، بحوث المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، مكة المكرمة، 2002م.
212. السعدي: د. محمد صبري. تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية. لا.ط؛ وهران (الجزائر): ديوان المطبوعات الجامعية، 1984م.
213. عبد البر: محمد زكي. الحكم الشرعي والقاعدة القانونية. لا.ط؛ الكويت: دار القلم، 1982م.
214. عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: تقنين الشريعة الإسلامية لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1411هـ/1991م.
215. علي منصور: علي. المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي. ط:2؛ بيروت: دار الفتح، 1971م.
216. _____ . مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. ط:1؛ بيروت: دار الفتح للطباعة والنشر، 1970م.
217. فيض الله: أ.د. محمد فوزي. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. ط:2؛ الكويت:

مكتبة دار التراث، 1406هـ/1986م.

218. كبارة: د. عبد الفتاح. الفقه المقارن. ط:1؛ بيروت: دار النفائس، 1997م.
219. وزاني: د. خالد. مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون. لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2008م.

تاسعا: الدراسات القانونية

220. آث ملويا: حسين بن الشيخ. بحوث في القانون. لا.ط؛ الجزائر: دار هومه، 2003م.
221. البكر: د. محمد عبد الرحمن. السلطة القضائية وشخصية القاضي. ط:1؛ مصر: الزهراء للإعلام العربي، 1988م.
222. بوضياف: د. عمار. المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري. ط:2؛ الجزائر: دار الريحانة للكتاب، د.ت.
223. _____ . النظام القضائي الجزائري 1962-2002. ط:1؛ الجزائر: دار الريحانة للكتاب- مكتبة الأنس، 2003م.
224. بن ملحمة: د. الغوثي. القانون القضائي الجزائري. ط:2؛ الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000م.
225. تناغو: د. سمير عبد السيد. النظرية العامة للقانون. لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986م.
226. جعفرور: د. محمد سعيد. مدخل إلى العلوم القانونية. ط:3؛ الجزائر: دار هومة، 1999م.
227. حسين عامر: فتحي. جرائم الأسرة.. بداية الإهتبار! ط:1؛ القاهرة: مركز الحضارة العربية، 2006م.
228. حسين: مبروك. تحرير النصوص القانونية: الشكل والإجراء. لا.ط؛ الجزائر: لان، 1996م.
229. الخزرجي: عروبة جبار. حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق. لا.ط؛ المملكة الأردنية الهاشمية: دار الثقافة، 2009م.
230. سعد: عبد العزيز. الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982م.
231. _____ . قانون الحالة المدنية في الجزائر. ط:2؛ الجزائر: دار هومة، 1995م.
232. السكري: أماني. الصيغ القانونية للنفقة وطرق تنفيذها. لا.ط؛ الإسكندرية(مصر):

- لا.م، 2000م.
233. سلامة أحمد. المدخل لدراسة القانون. لا.ط؛ القاهرة: مكتبة عين شمس، 1979م.
234. سليم: د. عصام أنور. المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري. لا.ط؛ بيروت: الدار الجامعية، 1997م.
235. الصدة: د. عبد المنعم فرج. مبادئ القانون. لا.ط؛ بيروت: دار النهضة العربية، 1982م.
236. _____ . أصول القانون. لا:ط. مصر: مطبعة الحلبي، 1965م.
237. كبيرة: د. حسن. المدخل إلى القانون. لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000م.
238. _____ . النظرية العامة للقاعدة القانونية. لا.ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993م.
239. لوعيل: محمد أمين. الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي. ط:2؛ الجزائر: دار هومة، 2012م.
240. نجيمي: جمال. الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري- دراسة مقارنة. ط:2؛ الجزائر: دار هومه، 2013م.
241. الوالي: د. محمود إبراهيم. أصول القانون الوضعي الجزائري. ط:2؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1988م.
- عاشرا: تاريخ الفقه والقانون**
242. الرفاعي: د. مصطفى. تاريخ التشريع والقواعد الشرعية والقانونية. ط:1؛ بيروت: الشركة العالمية للكتاب. 1993م.
243. الزرقا: د. مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. ط:2؛ دمشق: دار القلم، 1425هـ/2004م .
244. _____ . المدخل الفقهي العام. ط:9؛ دمشق: مطابع ألف باء- الأديب، 1968م.
245. زيدان: د. عبد الكريم. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. ط:3؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000م.
246. سراج: د. محمد أحمد. الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق. لا.ط؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997م.
247. قاسم: يوسف. مبادئ الفقه الإسلامي. لا.ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1987م.
248. موسى: د. محمد يوسف. المدخل لدراسة الفقه الإسلامي. لا.ط؛ القاهرة: دار الفكر

العربي، 1430هـ/2009م.

249. النبهان: محمد فاروق. المدخل للتشريع الإسلامي. ط:2؛ الكويت: وكالة المطبوعات- بيروت: دار القلم، 1980م.

حادي عشر: التاريخ والسير والتراجم

250. ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري أبو الوفاء. الديباج المذهب في معرفة أعلام علماء المذهب. تحقيق: مأمون بن محي الدين الجتّان. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م.

251. ابن خلدون: ولي الدين عبد الرحمن بن محمد. المقدمة. تحقيق: عبد الله محمد الدرويش. ط:1؛ دمشق: دار يعرب، 1425م/2004.

ثاني عشر: اللغة والأدب والمصطلحات والحدود والمعاجم

252. ابن فارس: أحمد بن زكريا أبو الحسين. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون، لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1399 هـ / 1979م.

253. ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم. لسان العرب. لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/1968م.

254. أبو جيب: سعيدي. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. ط:2؛ لا.م: دار الفكر، 1408هـ/1988م.

255. بدوي: د. أحمد زكي. معجم المصطلحات القانونية. ط:1؛ القاهرة: دار الكتاب المصري- بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1410هـ/1989م.

256. البركي: محمد عميم الإحسان. التعريفات الفقهية. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.

257. الجرجاني: علي بن محمد الشريف الحسيني الحنفي. التعريفات. تحقيق: عبد الرحمن عميرة. ط:1؛ بيروت: عالم الكتب، 1407هـ-1987م.

258. _____ . التعريفات. ط:1؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1405هـ.

259. _____ . التعريفات، تحقيق: مصطفى أبو يعقوب ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2006م.

260. الجوهرى: اسماعيل بن حماد. الصحاح- تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. ط:3؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1404هـ/1984م.

261. جيران كورنو. معجم المصطلحات القانونية. ترجمة: منصور القاضي. ط:1؛ بيروت:

- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1418هـ/1998م.
262. الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. **مختار الصحاح**. ط:1؛ مصر: المطبعة الكلية، 1329هـ.
263. _____ . **مختار الصحاح**. لا.ط؛ بيروت: دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، 1986م.
264. الراغب الأصفهاني: الحسين بن محمد أبو القاسم. **المفردات في غريب القرآن**. لا.ط؛ لا.م: مكتبة نزار مصطفى الباز، د.ت.
265. الزبيدي: محمد مرتضى. **تاج العروس من جواهر القاموس**. تحقيق: د. محمود محمد الطناحي. مراجعة: عبد السلام محمد هارون. الكويت: وزارة الإعلام، 1413هـ/1993م.
266. الزمخشري: محمود بن عمر جار الله أبو القاسم. **أساس البلاغة**. لا.ط؛ مصر: دار الكتب، 1972م.
267. _____ . **أساس البلاغة**. تحقيق: محمد باسل عيون السود. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ/1998م.
268. صليبا جميل. **المعجم الفلسفي**. لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1982م.
269. الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب أبو طاهر. **القاموس المحيط**. لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
270. الفيومي أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1996م.
271. _____ . **المصباح المنير**. لا.ط؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1987م.
272. قلعة جي: د. محمد رواس، وحامد صديق قنبي، وقطب مصطفى سانو. **معجم الفقهاء**. ط:3؛ بيروت: دار النفائس، 1431هـ/2010م.
273. القونوي: قاسم. **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**. تحقيق: أحمد الكبيسي. ط:1؛ جدة: دار الوفاء للنشر والتوزيع، د.ت.
274. الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني أبو البقاء. **الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**. ط:1؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1412هـ / 1992م.
275. _____ . **الكليات**، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري. ط:1؛ دمشق: وزارة الثقافة والإرشاد القومي، 1975م
276. مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط**، ط:4؛ القاهرة: مكتبة الشروق الدولية،

1425هـ/2004م.

النصوص القانونية والاجتهاد القضائي

أولاً: النصوص القانونية

- الوطنية (الجزائرية)

277. القانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432هـ الموافق 26 يوليو سنة 2011م. يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها. ج. ر. ج. ج : ع 42 مؤرخ في 29 شعبان عام 1432هـ الموافق 31 يوليو سنة 2011م.
278. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير سنة 1970م. يتعلق بالحالة المدنية. ج. ر. ج. ج : ع 21. مؤرخ في 20 ذي الحجة 1389هـ الموافق 27 فبراير سنة 1970م
279. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م يتضمن قانون الأسرة. ج. ر. ج. ج : ع 24، مؤرخ في 12 رمضان عام 1404هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م. ج. ر. ج. ج : ع 15. مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م.
280. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 جوان سنة 2005م. ج. ر. ج. ج : ع 44. مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 26 جوان سنة 2005م. المعدل والمتمم للأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م. يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. ج. ر. ج. ج : ع 78. مؤرخ في 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م
281. القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ج. ج : ع 21. مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.
282. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417هـ الموافق 7 ديسمبر 1996م. يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. ج. ر. ج. ج : ع 76. مؤرخ في 27 رجب 1417هـ الموافق 08 ديسمبر 1996.

- العربية

283. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ (3 فبراير 2004)
بتنفيذ القانون 07.03 بمثابة مدونة الأسرة.
284. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010.
285. قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 (للمسلمين). متوفر على
الخط (www.f-law.net/law/...)
286. قانون الأحوال الشخصية (2005/28) لدولة الامارات العربية المتحدة. متوفر على
الخط (www.gcc-legal.org).
287. قانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري. متوفر على الخط
(www.gcc-legal.org).
288. القانون رقم 51 لسنة 1984 لدولة الكويت. متوفر على الخط (www.gcc-
legal.org).
289. مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلّق
بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية. منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت
1956.
290. القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء
العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323-ج-24-2002/3/4م.
- ثانيا : القرارات القضائية**
291. المحكمة العليا(الجزائر)، المجلة القضائية، من العدد 1، لسنة 1989 إلى العدد 2، لسنة
2012. صدرت باسم مجلة المحكمة العليا، ابتداء من العدد 2 لسنة 2004.
292. المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
293. وزارة العدل(الجزائر) نشرة القضاة، العدد 1، 1972.
294. وزارة العدل(الجزائر)، نشرة القضاة، العدد 51، 52، 1997.
295. وزارة العدل(الجزائر)، نشرة القضاة، العدد 44، 1988.
296. وزارة العدل(الجزائر)، نشرة القضاة، العدد 56، 1999.
297. وزارة العدل(الجزائر)، نشرة القضاة، العدد 62، 2008.
298. وزارة العدل(الجزائر)، نشرة القضاة، العدد 65، 2010.
299. المحكمة العليا، القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ :

- 1986/03/05، ملف رقم (41718) غير منشور.
300. المحكمة العليا، القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ : 2007/01/17، ملف رقم (376803) غير منشور.
301. المحكمة العليا، القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ : 2012/06/14، ملف رقم (687997) غير منشور.
302. قرار الغرفة الاجتماعية عدد 1 بتاريخ 1980/01/21 مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي(الذي أصبح حسب دستور 2011 يسمى محكمة النقض)، عدد 28.
303. قرار الغرفة الجنائية عدد 305 بتاريخ 1981/03/30 مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، عدد 27.

المقالات والبحوث والرسائل الجامعية

أولاً: المقالات والأبحاث

304. بن ملحة: د. الغوثي. أفكار حول الاجتهاد القضائي. المجلة الجزائرية. م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية، ج35، رقم 03، 1997.
305. بوبشير: محمد أمقران. تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مجلة المحاماة، تصدرها هيئة المحامين بمنطقة تيزي وزو- الجزائر، العدد2، سنة 2004م.
306. تشوار حميدو: د. زكية. التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول. م.ج.ع.ق.إ.س، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، عدد 03، 2008.
307. تشوار: حميدو زكية. مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 10، 2010م.
308. توفيق: يحي محمد، الاستثناء في القواعد الفقهية وأثره على الفقه والقواعد الفقهية، مجلة الأكاديمية، جامعة الشلف، العدد9، 2003م.
309. حمليل: د. صالح. قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري. مجلة الحقيقة. جامعة أدرار (الجزائر)، العدد 6، ماي 2005 م.
310. الخادمي: نور الدين مختار. نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم إلى الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي(منظمة التعاون الإسلامي) المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 19-23 محرم 1432هـ - يوافقه 25-29 ديسمبر 2010م.

311. الخمليشي: د. أحمد. الأسرة بين التنظير والواقع. المجلة العربية للفقهاء والقضاء: مجلس وزراء العدل العرب- جامعة الدول العربية، العدد 18، عام 1998م.
312. خير الدين عزيز: ناديا. القواعد والضوابط الفقهية وحجيتها في قانون الأحوال الشخصية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل(العراق): كلية الحقوق، المجلد (12)، العدد(44)، السنة (2010).
313. _____ . نطاق تطبيق القواعد الفقهية في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي(الزواج)، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل(العراق): كلية الحقوق، المجلد (11)، العدد (41)، السنة (2009).
314. رحمان: ابراهيم. المقارنة بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، ع1، أبريل 2004م.
315. الزحيلي: د. وهبة، ظهور القواعد الفقهية من منظور مقارن، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري- القواعد الشرعية أمودجا-، مسقط، عُمان، 12-15 ذي القعدة 1424هـ/ 5-7 يناير 2004م.
316. الزرقا: مصطفى أحمد. الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات، المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد2، سنة 1983م.
317. السيد: رضوان. القواعد الأصولية والفقهية وضوابطهما، أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية: القواعد الشرعية، ط4، 1433هـ/2012م، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية- سلطنة عمان،.
318. عبود: موسى. الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة الحمامة، العدد3.
319. عليان: بوزيان، حجية القواعد الفقهية ومدى إمكانية استثمارها في الاجتهاد القضائي- دراسة تطبيقية على قانون الأسرة الجزائري- بحث مقدم إلى الملتقى الدولي التاسع المنظم من طرف ولاية عين الدفلى ”تعيد الفقه المالكي وتقنيه“، يومي: 27-28 جمادى الثانية 1434هـ/ 07-08 ماي 2013م.
320. الكيلاني: د. عبد الرحمن ابراهيم. حجية القاعدة الفقهية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن: مجلة محكمة تصدر عن جامعة مؤتة، العدد الأول 1999، (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية)، المجلد الرابع عشر، ص 86.
321. لشهب: أبو بكر. القواعد الفقهية: الأهمية في التشريع، والتخريج أثناء التفريع، مجلة

- البحوث والدراسات، جامعة الوادي، العدد 5، جويلية 2007م.
322. مسعودي: رشيد. **حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة**. مجلة الحقيقة. جامعة أدرار(الجزائر)، العدد 4، مارس 2004م.
323. مفتاح عبد الجليل و بخوش مصطفى. **دور القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها**. مجلة الاجتهاد القضائي: بسكرة- مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 2، مارس 2005م.
324. الميمان: ناصر، **الكليات الفقهية: دراسة تأصيلية**، مجلة العدل، المملكة العربية السعودية: وزارة العدل، ع 30، ربيع الآخر، 1427هـ.
325. ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان خلال القرن الرابع الهجري-القواعد الشرعية أمودجا- المنظمة من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان عام 1425هـ/2004م.
- ثانيا: الرسائل الجامعية**
326. أبو هشام: توفيق. **متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي**(رسالة ماجستير)، الجامعة الأردنية، 1990م.
327. إسماعيل: شيخ. **الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة**. مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون. جامعة وهران: كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية 1433-1434هـ / 2012-2013م.
328. آل عبد العظيم: سمير بن عبد العزيز بن أحمد. **القواعد والضوابط الفقهية في المغني: من كتاب النكاح إلى آخر كتاب النفقات**. رسالة ماجستير في الفقه. جامعة أم القرى(السعودية): كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية- فرع الفقه والأصول، 1417هـ.
329. إغات: ربيحة. **الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري**. رسالة دكتوراه في القانون الخاص. جامعة الجزائر1: كلية الحقوق، 2011م.
330. بن الصغير: محفوظ. **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**. رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية: تخصص فقه وأصول. جامعة الحاج لخضر- باتنة: كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009.
331. جمعي: ليلي. **حماية الطفل دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**. رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران: كلية الحقوق، 2005-2006.
332. حسين: صفية. **القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب "الذخيرة" للإمام شهاب الدين**

- القرافي. رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر: كلية العلوم الإسلامية، قسم أصول الفقه، 1422هـ-2002م.
333. حميدو: زكية. مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة- دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه في القانون الخاص. جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان: كلية الحقوق، 2004-2005.
334. راجع: عكاشة. القواعد الفقهية والقانونية. رسالة ماجستير. جامعة وهران: كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 1426-1427 هـ.
335. رواق: آمال. الإشهاد ودوره في إثبات الزواج ونحلالة وأثره في ترتيب الأحكام عليها: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون. رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2006 - 2007م.
336. زودة: عمر. طبيعة الأحكام بإهتاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. مذكرة ماجستير. جامعة الجزائر: كلية الحقوق، 2002/2003م.
337. ساجدة عفيف "محمد رشيد" عتيبي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الشريعة والقانون الأردني، (رسالة ماجستير)، تخصص فقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس: كلية التشريع، 2011.
338. شيخ: أسامة محمد. الضوابط الفقهية لأحكام فقه الأسرة من كتاب "الهداية للإمام المرغيناني". رسالة ماجستير في الفقه. جامعة أم القرى (السعودية): كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية- فرع الفقه والأصول، 1420-1421هـ.
339. الصواط: محمد بن عبد الله بن عابد. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. رسالة ماجستير في الفقه. جامعة أم القرى (السعودية): كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية- فرع الفقه والأصول، 1419 هـ.
340. عكوش: عزيزة. القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول الفتيا لأبي حارث الخشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، جامعة الجزائر: كلية العلوم الإسلامية، 1422هـ / 2001م.
341. علال: آمال. التبيني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.
342. مرداد: فؤاد صدقة. القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن القيم في فقه الأسرة، رسالة دكتوراه في الفقه. جامعة أم القرى (السعودية): كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية- فرع الفقه والأصول، 1428-1429هـ.

مراجع بالفرنسية

343. A. DE THEUX, I. Kovalovszky et N. Bernard « Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit », publications des facultés universitaires, Saint-louis, Bruxelles, 2000.
344. F. Terré : « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 2006.
- G.D. Geneviève : « Institutions judiciaires et juridictionnelles », Paris, 1987.
345. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique. Tome XXX (la jurisprudence Ed 1985) .Deumier (P.), Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation. APD, t. 50, 2007.

مواقع إلكترونية

346. <http://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/Beforemarriage/Pages/default.aspx>.
347. www.gcc-legal.org
348. www.f-law.net/law/

سادساً - فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	إهداء
	بطاقة شكر
	قائمة الرموز المستعملة (المختصرات)
9	مقدمة
الباب الأول	
مفاهيم أساسية للقاعدة الفقهية وعلاقتها بالاجتهاد القضائي	
32	تمهيد
33	الفصل الأول: التتعيد الفقهي: الدلالات والمحددات
34	المبحث الأول : القاعدة الفقهية مفهوما وتاريخا
35	المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحا ولقبا
35	الفرع الأول : تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيًا
38	الفرع الثاني: التعريف اللقبى للقاعدة الفقهية
42	الفرع الثالث: مقومات القواعد الفقهية وأهميتها
48	المطلب الثاني: نشأة وتطور القواعد الفقهية
49	الفرع الأول: القواعد الفقهية في عصور نشأة وتطور الفقه الإسلامي
53	الفرع الثاني: القواعد الفقهية في العصر الحديث
56	المطلب الثالث : تمييز القاعدة الفقهية عن المصطلحات المشابهة
56	الفرع الأول: القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة
71	الفرع الثاني: تمييز القاعدة الفقهية عن القاعدة القانونية
76	المبحث الثاني : حجية القاعدة الفقهية وضوابط الاستدلال بها
77	المطلب الأول: تأصيل القاعدة الفقهية
77	الفرع الأول: المصادر النقلية للقاعدة الفقهية
80	الفرع الثاني: القواعد الفقهية التي مصدرها الاجتهاد
85	المطلب الثاني: القيمة العلمية للقاعدة الفقهية
85	الفرع الأول : منزلة القواعد الفقهية ضمن مصادر الأحكام الشرعية
91	الفرع الثاني: ضوابط الاستدلال بالقاعدة الفقهية
99	خلاصة الفصل الأول
101	الفصل الثاني: دور التتعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المعاصر
103	المبحث الأول: حقيقة معنى الاجتهاد القضائي

104	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي
104	الفرع الأول : تعريف الاجتهاد القضائي
114	الفرع الثاني : أهمية الاجتهاد القضائي
118	المطلب الثاني : نطاق اجتهاد القاضي
119	الفرع الأول : الاجتهاد الاستنباطي
121	الفرع الثاني : الاجتهاد التطبيقي
131	المبحث الثاني: دور القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي
132	المطلب الأول: مفهوم الضبط والأثر
132	الفرع الأول: معنى ضبط الاجتهاد القضائي
136	الفرع الثاني : المقصود بالأثر
139	المطلب الثاني: فعالية القواعد الفقهية في تأطير الاجتهاد القضائي
140	الفرع الأول: القواعد الفقهية حلقة الوصل بين الفقه وأصول الفقه
147	الفرع الثاني : القواعد الفقهية مسلك للكشف عن مقاصد الشريعة
150	الفرع الثالث : وجه مساهمة القواعد الفقهية في ضبط الاجتهاد القضائي
153	خلاصة الفصل

الباب الثاني

فعالية التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

156	تمهيد
157	الفصل الأول : مبررات ربط الاجتهاد القضائي الأسري بالتقعيد الفقهي
158	المبحث الأول: أبعاد القواعد الفقهية في قانون الأسرة الجزائري
159	المطلب الأول : سدّ ثغرات هذا القانون
159	الفرع الأول: ثغرات هذا القانون من حيث الصياغة والأسلوب
169	الفرع الثاني: ثغرات هذا القانون من حيث المحتوى والمضمون
179	المطلب الثاني: تحقيق وحدة نظامه القانوني
180	الفرع الأول: الشقاق المستمر واشتداد الخصام بين الزوجين بين الزوجين... تطابق في المفهوم أم تباين
189	الفرع الثاني: الصلح الأسري... المتعضيات القانونية والممارسة القضائية
205	المبحث الثاني: مراعاة القواعد الفقهية في فقه القضاء الأسري الجزائري
206	المطلب الأول : شخوص القواعد الفقهية في قانون الأسرة الجزائري
206	الفرع الأول: نماذج تطبيقية في تأثر قانون الأسرة بالقواعد الفقهية
211	الفرع الثاني : إعمال التقعيد الفقهي عند سرح قانون الأسرة

215	المطلب الثاني: استدلال القضاء الأسري بالقواعد الفقهية
215	الفرع الأول: استدلال القضاء الأسري المباشر بالقواعد الفقهية
223	الفرع الثاني : الاستدلال الضمني بالقواعد الفقهية في قرارات المحكمة العليا
232	خلاصة الفصل
234	الفصل الثاني: التطبيقات القواعدية في المسائل التي لم يُنص عليها في قانون الأسرة
235	المبحث الأول : المسائل المُرسلة في قانون الأسرة بين الاجتهاد القضائي والقواعد الفقهية
236	المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الأسري: الاضطراب المشهود.. والانضباط المنشود
236	الفرع الأول: تطبيقات قضائية لمسائل لم يستقر عليها اجتهاد العليا في باب انعقاد الزواج وإنشائه
237	المسألة الأولى: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج
239	المسألة الثانية: شهادة الأقارب في عقد الزواج
246	الفرع الثاني: تطبيقات قضائية لمسائل لم يستقر عليها اجتهاد العليا في باب انحلال الزواج وآثاره
247	المسألة الأولى: الانتقال بالمحزون: هل يُسقط الحق في الحضانة؟
252	المسألة الثانية : ارتكاب الفاحشة: هل يُسقط الحق في الحضانة؟
259	المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي الأسري بين محدودية النص ومحاذير النقض
260	الفرع الأول : تطبيقات قضائية مندرجة ضمن مسائل إنشاء عقد الزواج
260	المسألة الأولى: أثر العدول عن الخطبة على الصداق
263	المسألة الثانية: أثر الحلوة الصحيحة في الصداق
267	الفرع الثاني: تطبيقات مندرجة ضمن مسائل انحلال الزواج
268	المسألة الأولى : تأثير أنواع الطلاق باعتبار الألفاظ ومدى موافقته لأمر الشرع ومخالفته في وقوعه
272	المسألة الثانية: العلاقة بين متعة المطلقة والتعويض عن الطلاق التعسفي
281	المبحث الثاني: مرجع قضاة شؤون الأسرة في القضايا الفقهية المستجدة
282	المطلب الأول: ولاية التزويج في قانون الأسرة بين المفهوم القانوني والوظيفة الاجتماعية
282	الفرع الأول : نظرية الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري
295	الفرع الثاني : حدود سلطة الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري
301	المطلب الثاني: أثر القواعد الفقهية في تخرىج أحكام النوازل المستجدة في قانون الأسرة
302	الفرع الأول: القيمة القانونية للفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة
310	الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة
317	خلاصة الفصل
320	الخاتمة
328	الملاحق
333	أولاً : فهرس الآيات القرآنية
336	ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية والآثار

338	ثالثاً : فهرس القواعد والضوابط الفقهية
343	رابعاً : فهرس المواد القانونية
247	خامساً : مصادر البحث ومراجعته
375	سادساً : فهرس الموضوعات

ملخص

قضية هذا البحث هي اختبار مدى فعالية التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي في المسائل الأسرية، ومَنْهَجْتِه بآليات وضوابط ومسالك محددة لا يحيد عنها القاضي، فينضبط - بالتبع - الأساس الذي بمقتضاه تُنقض أحكام وقرارات محاكم الموضوع من لدن محكمة القانون. وقد انطلق من واقع مُبرهن عليه علمياً مفاده تُعدُّ استخلاص محددات معيارية تحكم سير الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؛ فلم يستقر في اتجاه واحد، مما ترتب عنه -أحياناً- إنتاج أحكام وقرارات متناقضة في الموضوع الواحد. وخلاصة النظر في هذه القضية أفضت إلى تقرير أن التزام التقعيد الفقهي كمسلك اجتهادي في قضايا الأسرة يُنير الدرب للقضاة ولكل المتعاملين مع النصوص القانونية، ويضع معالم تُيسر لهم إصابة الحكم، على أساس مدى سعة تطبيقات التقعيد الفقهي القضائية، و بحكم أن المتأمل في كيفية تعامل المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) مع أحكام الفقه الإسلامي كمصدر احتياطي تفسيري، لن يعدم شواهد عملية على غزارة قراراتها بالقواعد الفقهية الموظفة غالباً في تعليل الأحكام، رغم غياب النص عليها صراحة. وعليه يدعو البحث لتبني الاجتهاد القضائي المنضبط بالتقعيد الفقهي وتأسيس القرارات القضائية عليه، فتتضبط الأحكام وتتحقق العدالة. ولا شك أن ذلك من شأنه أن يضيفي على العملية الاجتهادية الثبات والاستقرار ووحدة التطبيق القضائي المانعة لفوضى الاجتهاد ومصائبه؛ وللأمر علاقة بتحقيق الاستقرار القانوني الذي يعد القضاء ضامناً له.

الكلمات المفتاحية:

التقعيد الفقهي؛ القواعد الفقهية؛ الاجتهاد القضائي؛ الضوابط الفقهية؛ الأحوال الشخصية؛ التشريع الأسري؛ قانون الأسرة الجزائري؛ أحكام الفقه الإسلامي؛ القواعد الشرعية؛ الأحكام الإستنباطية.

نوقشت يوم 15 نوفمبر 2018