الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

جامعة وهران – السانيا –

قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب المترشح:

– إسماعيل شيخ

إشـــراف:

الدكتورة: ليلى جمـعي

اللجنة المناقشة 2014/01/30

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة في اللجنة
أ.د: عبد القادر داودي	أستاذ	جامعة وهران	رئيسـا
د(ة): ليلى جمعي	أستاذة محاضرة(أ)	جامعة وهران	مقـررا
د(ة): آمال حبـار	أستاذة محاضرة(أ)	جامعة وهران	مناقشا
د(ة): زهرة بن عمـار	أستاذة محاضرة(أ)	جامعة وهران	مناقشا

السنـــة الجـامعيـة:

1433-1434هـ/2012-2013م


الله
بسم الله الرحمن الرحيم

عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟" قال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟" قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله".

رواه أبو داود وغيره.

الإهداء:

- إلى منبع الحنان، وفيض العطاء بلا امتنان: والدي الحبيبين.
- إلى الذين حملوا الهمّ معي، وشاركوني الآمال والآلام: إخوتي وأخواتي ومن بيني وبينه وشيجة، وأخص أختي فاطمة التي نزلت منازل الآخرة.
- إلى كل من علّمني، أو كان سببا في ذلك، أو أمدّني في مساري العلمي ولو بابتسامة طيبة.. إلى أرباب الحقوق عليّ.
- إلى أساتذة ثانويات مدينة الرمشي، الذين غذّوا بلبان الأنفة، وسلكوا مسلك الوفاء، فصفا دلوهم يوم تكدّرت الدّلاء، وأولاهم بالذكر عبد المليك بن سنوسي.
- إلى من حلّق بي بجناحي التجريد والتغريد نحو عالمي السعيد: الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي.

بطاقة شكر:

الشّكر -أولا وأخيرا- للمولى المنعم والثناء عليه بما هو أهل له.

ثم اعترافا بالفضل لأهله:

- أتوجّه بالشّكر المضمّخ بعبقري الإكرام إلى من تفضّلت بشرف الإشراف على هذه المذكّرة؛ أستاذتي الفاضلة الدكتورة ليلى جمعي على ما جادت به من نصائح وتوجيهات أثرت البحث، وعلى تكرّمها بمراعاة رغبتي في طريقة البحث.

- كما أتوجه بخالص الشكر والثناء إلى أساتذتي الأفاضل في الدراسات العليا الذين جمّلونا بما أفاض الله عليهم من علم وأدب.

- كما أخص بالشكر الجزيل والثناء العظيم القضاة والأساتذة والمحامين الذين استقبلوني في مكاتبهم، وأسهموا في إثراء هذا البحث.

- والشكر موصول أيضا إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما يبذلونه من جهد في سبيل ترشيد البحوث العلمية.

- كما لا أنسى أن أشكر كل من أسدى إلي معروفا متعلقا بإعداد هذا البحث، وأخص الأستاذ الدكتور محمد بن معمر، وصديقيّ فتحي شيخ ومحمد عياد زدام.

قائمة الرموز المستعملة:

تر: ترجمة.

ج.ر، ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ح: حديث.

س: السنة.

ع: عدد.

غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة.

ق.أ القطري: قانون الأسرة القطري.

ق.أ.أ البحريني: قانون أحكام الأسرة البحريني.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.أ.ش الأردني: قانون الأحوال الشخصية الأردني.

ق.أ.ش الإماراتي: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

ق.أ.ش السوري: قانون الأحوال الشخصية السوري.

ق.أ.ش العراقي: قانون الأحوال الشخصية العراقي.

ق.أ.ش الكويتي: قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ق.أ.ش.م السوداني: قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني.

ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية الجزائري.

ق.ش.أ: قسم شؤون الأسرة.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

م: المادة.

م.أ المغربية: مدونة الأسرة المغربية.

م.أ.ش الموريتانية: مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

م.أ، غ.أ.ش: المجلس الأعلى (الجزائري)، غرفة الأحوال الشخصية.

م.أ، غ.م: المجلس الأعلى (الجزائري)، الغرفة المدنية.

م.ع، غ.أ.ش: المحكمة العليا (الجزائرية)، غرفة الأحوال الشخصية.

المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م.ق: المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، الجزائر.

ن.ق: نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر.

المقدمة

الحمد لله غير مفقود الإنعام ولا مكافإ الإفضال، أحمده على نعمه التُّؤام، وآلائه العظام، والصّلاة والسلام على النبيّ المعتبر، وعلى آله وصحبه ومن اعتبر.

أمّا بعد: فلا جرم أنّ الأسرة هي النواة الأولى لبناء مجتمع صالح؛ باعتبارها وحدة أساسية من وحدات "المعمار الكوني"، ومن ثمة فأي خلل في النظم التي تحكمها، أو القواعد التي تبنى عليها يفضي إلى نتائج مناقضة لمقصد إنشائها.

ولهذه المنزلة العالية التي تبوّأتها الأسرة في البناء الحضاري وردت أحكامها مفصلة في القرآن الكريم غير مجملة، ثمّ زادتها السنّة النبويّة بيانا وتفصيلا، وفي هذا دلالة على أهميتها وقدسيتها.

ولما كانت أحكام الأسرة لدى كل أمّة من الأمم وثيقة الصّلة بعقيدتها وإرثها الحضاري، بقيت كلّ أمة –غالبا– معتصمة –فيها– بحبل شريعتها، محافظة على خصوصيتها الحضارية، عصية على الذوبان في بُوتقة الشرائع الأخراة.

وفي المجتمع المسلم ظلّت أحكام الأسرة متّصلة بالشريعة الإسلامية، محصّنة من نفوذ القوانين الأجنبية. فكان القضاء في البلاد الإسلامية يعتمد الكتاب والسنّة، وما أثمرته الاجتهادات الفقهية لفصل الخصومات، واستقر –لاحقا– في اعتماد المذهب الفقهي السّائد في هذه البلاد أو تلك.

ثمّ خطا القضاء الشرعي في أكثر البلاد العربية من طور الأخذ بالفقه المذهبي غير المقنّن إلى طور الاستناد إلى التشريع المقنّن المستمدّ من الفقه الإسلامي؛ بصدور قوانين الأحوال الشخصية، فغدا التشريع مصدرا رسميا أصليا للقاعدة القانونية في قضايا شؤون الأسرة، والفقه الإسلامي مصدرا رسميا احتياطيا.

ويعدّ قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 جوان 1984 واحدا من تلك القوانين التي استمدت قواعدها من الفقه الإسلامي، وأحالت القاضي إليه في "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون..."

غير أن المشرع الأسري الجزائري شذّ عن نظرائه العرب في اختيار المصدر الاحتياطي، فلم ينص على مذهب فقهي معين –م222: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع

فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية-، هذا الإطلاق (لا مذهبية المصدر الاحتياطي) يستثير -من وجه- الاستغراب بما يفضي إليه من اختلاف الأحكام والقرارات القضائية في المسائل المتماثلة، ويدعو -من وجه آخر- إلى الارتياب في تأهل القاضي لتوظيفه واستثماره على الوجه المطلوب، بل إلى الإشفاق عليه.. كيف لا وقد أسلمه المشرع إلى بحر لجاج يتهيّبه الغوّاص.

هذا ما اختلج في صدري بادئ الرّأي قبل أن تنضج الفكرة ويمتد النظر إلى بعض الإشكالات التي تعتري ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فعنّ بفكري قرع باب الموضوع، ورغبت في استقصائه، وعزمت على بحثه، فجاء موسوما "بالإشكالات الواردة على تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري".

أهمية الموضوع:

إنّ الأصل في المصدر الاحتياطي إسعاف القاضي بما تمس الحاجة إليه من قواعد قانونية (احتياطية)، وتقريبها إليه لحسم الخصومات المرفوعة إليه إذا تقاصرت عنه النّصوص التشريعية، وليس إعناته -القاضي- بالبحث عنها في مدونات المذاهب المتنوعة والمختلفة، بيد أنّ المشرع الأسري سلك في هذا الأمر مسلكا لا يسعف على ذلك، فلم يحدّد مذهبا فقهيا يفزع إليه القاضي، و"ألقى حبله على غاربه".

كلّ هذا استدعى التَّطواف بالموضوع، والسياحة في رياضه لسبر غور "الإطلاق"، ثمّ اختيار "الحقل" الذي فيه يزهر ويثمر؛ "حقل تشريع القوانين" أم "حقل التطبيق القضائي"؟، ولا يستقيم هذا ولا يَوْطُؤُ إلا باستدعاء التطبيقات القضائية واستنطاقها للاستهداء بها في بلوغ المراد.

فالبحث -إذن- يلامس ويلابس -جهد المستطاع- التطبيق القضائي:

1- للوقوف على العقبات والإشكالات التي تعرض للقضاة عند نظرهم في القضايا التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة.

2- ولملاحظة الاجتهاد القضائي في "حركته اللاّنصية" (استناده إلى المادة 222 ق.أ.ج) ابتغاء معرفة معالمه وخصائصه؛ متناسق ومتناسج في المسائل المتماثلة أم مضطرب ومتناشز؟.

3- وللنّظر في مدى صلوح الإطلاق لمنصب القضاء في صورته وملابساته الحاضرة.

فهو –البحث– يحاول أن يقرأ النص القانوني (م 222 ق.أ.ج) في أضواء الممارسة القضائية، فهي المرآة الكاشفة عن محاسن أو عيوب الاختيارات التشريعية.

أسباب اختيار الموضوع:

اجتمعت جملة من الأسباب فغرّتني بالخوض في الموضوع، وحملتني على التجرّؤ، ودفعتني إلى التحفّز، منها:

1- ما وقفت عليه من اختلاف الباحثين وشرّاح قانون الأسرة في تفسير نص المادة 222 ق.أ.ج، فرغبت في معرفة أثر ذلك في الاجتهاد القضائي (حظه من تلك الاختلافات)، ومن اختلافهم في تقييم اختيار المشرع الأسري، فطمحت إلى فحص الاختيار وقراءته في أضواء التطبيق القضائي.

2- شذوذ المشرع الأسري الجزائري عن نظرائه في الدول العربية في اختيار المصدر الاحتياطي يلحّ على الباحث بالتولج في الموازنة بين الاختيارين.

3- لم يحظ الموضوع –في حدود علمي– بدراسة خاصّة متمحضة له في مستوى أهميته العملية.

4- انشراح صدر أساتذتي في الدراسات العليا للموضوع لما اقترحته عليهم.

5- نزوعي إلى وصل النظرية بالتطبيق، والنص بالواقع إحياء لصلة الرّحم بينهما، تحصيلا للنتائج العلمية للاستهداء بها في سنّ القوانين أو في تعديلها.

أهداف البحث:

1- يطمح البحث إلى أن يكون خطوة في مسيرة ترشيد الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 ق.أ.ج بمحاولة رسمه الحدود الفاصلة بين المنصوص عليه وغيره من جهة، وبالإلماح إلى ما يمكن أن يسهم في تناسقه واستقراره من جهة ثانية.

2- تقريب واقع التطبيق القضائي وما يعتريه من إشكالات تتعلّق بإعمال النصوص القانونية من المشرع لإقرار الحلول المناسبة في التشريع.

الدراسات السابقة ومصادر البحث:

لم أقف -في حدود ما اطّلعت عليه- على دراسة استشرفت للموضوع بالبحث والاستقصاء، وإنّما هي نتف وأنباذ متناثرة في مراجع شتّى، ولذلك اعتمدت في إقامة بنيانه وحبك فصوله وتحرير مسائله على:

1- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية (المحكمة العليا).

2- المقابلات الشخصية مع القضاة.

3- ما حوته الدراسات والأبحاث المتعلقة بقانون الأسرة من نتف وإشارات ذات صلة بالموضوع.

إشكالية البحث:

في غمرة تلك الخواطر انفصلت الإشكالية التالية لتكون محورا يَطَّوَّف البحث به:

هل أجاد المشرّع الأسري الجزائري في اختيار المصدر الاحتياطي للقاعدة القانونية؟.. وبصيغة ثانية: هل وَفِقَ اختيارُ المشرّع الأسري؟.. وثالثة: هل الإطلاق مزية من مزايا قانون الأسرة الجزائري؟.

هذه الإشكالية الرّئيسة تسبح في فلكها بعض الإشكاليات الفرعية:

1- ألا يفضي الإطلاق إلى اختلاف الاجتهادات القضائية في المسائل المتماثلة المناقض لوحدة التطبيق القضائي الناشئة عن وحدة التشريع، فيقدح ذلك في مبدأ مساواة المواطنين أمام العدالة؟.

2- هل الإطلاق مناسب لمنصب القضاء ووظيفة القاضي؟.

3- ألا يعود الإطلاق على مقاصد التقنين بالإبطال؟.

لكن في المقابل:

1- أليس الإطلاق نقل للقاضي وللمتقاضي من ضيق المذهب إلى سعة الشريعة الإسلامية؟.. أليس فيه فسحة لهما؟.

2- أليس في التقييد بمذهب معيّن تحجير واسع؟.. ألا يفضي التقييد إلى إعنات القاضي والمتقاضي؟.

منهج البحث:

الإجابة عن إشكالية البحث اقتضت التوسّل بمناهج ثلاثة رئيسة -إضافة إلى مناهج أخرى في جوانب من البحث-؛ حذرا من غوائل الشّرود في تشوّفي إلى المقصود:

- المنهج الاستقرائي: لتتبع الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا والآراء الفقهية (القانونية) المتصلة بموضوع البحث في مظانّها للوصول إلى نتائج كلية؛ استقراء تاما في الأولى (المنشورة في المجلة القضائية)، وناقصا في الثانية.
- المنهج الجدلي: لمناقشة مستندات الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية (القانونية).
- المنهج الاستدلالي: للتدليل على ما انقدح في ذهني من نكت وعنّ لي من فكر.

وعرضت المادة العلمية مراعيا المحددات التالية:

- في دراسة المسائل التطبيقية:

أ. أعرض المذاهب الفقهية بعد تصوير المسألة، ثمّ أشير إلى آراء الباحثين وشرّاح قانون الأسرة التي أقف عليها، ثم أذكر اجتهاد المحكمة العليا إن وجد، ثمّ أختم ذلك باختيار الرّأي الذي يظهر لي أنّه الأولى بالصّواب خلا المسائل الأربعة الأخيرة (الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثاني) فلا مسوّغ لختمها بالرّأي المختار.

ب. الغرض من عرض المذاهب الفقهية في المسائل المقننة؛ تعرف المذهب (أو الرأي) الذي وافقه المشرع الأسري، وفي المسائل المرسلة؛ ملاحظة الآراء المختلفة في المسألة، والتي تدخل -جميعها- في دائرة "أحكام الشريعة الإسلامية" على القول بالإطلاق.

ج. لا أرفد المذاهب الفقهية بأدلّتها في المسائل -غالبا- لعدم تعلّق المقصود بذلك.

- مصطلحا "الإطلاق" و"لا مذهبية المصدر الاحتياطي" مبنيان لمعنى واحد قصدته وهو عدم تقييد القاضي بمذهب فقهي محدّد.
- اقتضت طبيعة البحث الاستقرائية استثمار وتوظيف الهوامش بالقدر الذي يجلو الفكرة ويخدم البحث.
- المصادر المقيدة في "فئة... الاجتهاد القضائي" (مصادر ومراجع البحث) هي التي اعتمدت في استقراء الاجتهادات القضائية، وقد استقرئت استقراء تامّا، أمّا المراجع التي

اهتمّت بعرض الاجتهادات القضائية ولم تذكر في "فئة الاجتهاد القضائي" فإنّي انتزعت منها رأيا لصاحبها في مسألة ما فحسب.

- ذيّلت البحث بألحاق وثيقة الصلة بمسائله.

- رتبت المصادر والمراجع ترتيبا موضوعيا، ثمّ صَنفت كتب الموضوع الواحد بحسب اسم الأسرة للمؤلِّف (أو اسم الشهرة) مرتبة ترتيبا هجائيا خلا النصوص القانونية والمقابلات الشخصية فقد صنفت بحسب الأقدمية الزمنية.

صعوبات البحث وعقباته:

هذا وقد رافقتني في مسيرتي هذه خطوب ومحن –الله أعلم بها– فلم أنجز هذه المباحث إلا بعنت شديد، ولولا أن لحظتني عين العناية الإلهية لما صبرت وتصبرت، ولتقطعت بي الأسباب.

ولست في هذا بدعا من الباحثين، إذ الأصل في البحث العلمي، وفي كل غال نفيس، أن يحف بالمكاره "ولا بد دون الشهد من إبر النحل"، فليس ماتعا بعد البحث عن المكره ودنوه إلى المنشط، فكانت هذه المحن "حلي المذكرة"، بها حليت "أجياد مباحثها" فلم تكن كالعطل، إذ تعانقت الآلام والآمال وتوامقت، وتزاوجت الورود والأشواك وتناتجت، فإذا هي لوحة فنية ساحرة تتقاصر شاعرية المتنبي عن وصفها، ميد أني أشير إلى موقفين نشزا فاعترضا دون المأمول، وعاقاني عنه، وما كان ينبغي لهما ذلك وهما داريان بعاقبة النشوز في قانون الأسرة الجزائري!.. فأنى يسندانه والمشرع الأسري يتشوف إلى الصلح والوصل!؟:

الأول: لم أمكّن من الحصول أو الاطلاع على أحكام المحاكم الابتدائية وقرارات المجالس القضائية.

الثاني: عدم استجابة بعض القضاة لالتماس المقابلة.

خطة البحث:

استقر النظر بي –للإجابة عن إشكالية البحث– في تشييد بنيان الموضوع على فصلين:

– الفصل الأول: خصصته لتفكيك نص المادة 222 ق.أ.ج ابتغاء تفسيره والوقوف على حدوده الدلالية من وجه، وملامسة الإشكالات التي تعتري إعماله من وجه آخر، وعنوانه: التضييق والتوسيع في رسم الدائرة الدلالية لنص المادة 222 ق.أ.ج.

– الفصل الثاني: جعلته لسبر غور الإطلاق في أضواء الممارسة القضائية، وعنوانه: الحل والعقد في استنجاد قاضي شؤون الأسرة بالمادة 222 ق.أ.ج.

هذان الفصلان مهدت لهما بفصل عنوانه: التقنين في النظم القانونية، يلمح إلى التقنين في مسيرته التاريخية؛ نشأة ومقصدا، وهذا لحاجة البحث إليه.

أما تفصيل القول في الخطة فأجتزئ بما هو مبسوط في فهرس الموضوعات.

وفي ختام هذه المقدمة أعتذر إلى ذوي الألباب عن أي خلل أو تقصير واقع في البحث، فقلما يأمن سالك هذه الدروب من العثار، وحسبي أني جاهدت الوكد، واجتهدت وجهدت في بلوغ المقصود على الوجه المطلوب، وإني متشوف إلى من أحرز قصب السبق في هذا المضمار وأحاط بما لم أحط به علما، –وأخص أعضاء لجنة المناقشة– رجاة أن يجود بما أفاد من لطائف ونكت تكون زينة للبحث، وشَرَبَة لي أتروى منها في مساري العلمي.

ولم أرج إلا أهل ذاك ومن يرد مواطر من غير السحائب يظلم

وأضرع إلى الله في قبول هذا العمل، وفي إجزال العطاء والثواب لي على ما أنفقته في سبيله من نفيس، وعلى ما أصابني من نصب ووصب، وأن يشرك في الأجر والدي وأستاذتي المشرفة وكل من له فضل علي، وأحمده تعالى على عواطف كرمه وسوابغ نعمه، وأسأله لمنته تماما وبحبله اعتصاما، وصلى الله على سيدنا محمد النبيّ المختار وعلى آله وصحبه المصطفين الأخيار وسلّم، والحمد لله ربّ العالمين.

الفصل التمهيدي:

التقنين في النظم القانونية:

تَنَائي المصادر.. وتداني المقاصد

المبحث الأول: تقنين القواعد الوضعية:

حتمية التوحيد والتقريب.. وهواجس الجمود والتقديس

المبحث الثاني: تقنين الفقه الإسلامي:

من الطموح المعلق.. إلى التنفيذ المضيق

لما كان الغرض من هذه الدراسة؛ الوقوف على الإشكالات المتعلقة بتطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وما يتفرع عليها من آثار.. وباعتبار أن قانون الأسرة هو تقنين لقواعد مستمدة من الفقه الإسلامي مع الإحالة إلى قواعد غير مقننة ومتعارضة أحيانا.. اقتضى المنهج العلمي أن أمهد للبحث بفصل ألامس فيه عملية التقنين؛ في نشأتها ومبرراتها، وفي المسار الذي سلكته في تاريخ النظم القانونية؛ الوضعية –أولا– لما لها من فضل السبق في تقنين القواعد، وللتشابه بين المبررات التي أفضت إلى ميلاد الفكرة قديما وحديثا (مبحث أول)، ثم فكرة التقنين في النظام القانوني الإسلامي؛ لصلة قانون الأسرة الجزائري به (مبحث ثان). وهذا حتى تستدعى مقررات هذا الفصل عند النظر في مدى سلامة اختيار المشرع الأسري الجزائري –نصا– "لا مذهبية المصدر الاحتياطي" في ضوء فلسفة التقنين ومقاصده.

المبحث الأول: تقنين القواعد الوضعية[1]: حتمية التوحيد والتقريب.. وهواجس الجمود والتقديس.

لا يخلو مجتمع من المجتمعات التي تبتغي العدالة والاستقرار من قواعد قانونية يحتكم إليها في فض النزاعات والخصومات التي تنشأ بين أفرادها؛ وإن اختلفت النظم القانونية في مصادر هذه القواعد، وفي شكلها وترتيبها...

وإذا كانت "عملية التقنين" -باعتبارها أكمل وأرقى صور التشريع- هي الظاهرة الغالبة والسائدة في النظم القانونية المعاصرة؛ فإن هذا لا يعني أنها نشأت عن فراغ، ذلك أن أية فكرة جديدة إنما هي وليدة تراكمات معرفية سابقة.

من هنا لم تكن هذه الفكرة -عموما- بمنأى عن فكر وواقع الشعوب القديمة، بل امتدت جذورها في أغوار الماضي السحيق (مطلب أول)، وإن لم تصل إلى طور النضج والاكتمال إلا حديثا (مطلب ثان).

المطلب الأول: بوادر التقنين قبل عصر نابليون.

إذا كان من المقرر في تاريخ النظم القانونية تنوع المصادر الرسمية للقواعد القانونية، فإن المتعارف عليه أيضا؛ أسبقية القواعد العرفية من حيث الوجود التاريخي[2]، ذلك "أن الشرائع الوضعية أو القوانين في المجتمعات البشرية البدائية، تتكون تدريجيا في صورة عادات وأعراف..."[3] غير مدونة[4].

---

[1] على التغليب، وإلا فبعض القواعد والتقنينات مصدرها الدين.

[2] ينظر: -المغربي، د. محمود عبد المجيد، **المدخل إلى تاريخ الشرائع**، ط3، (طرابلس -لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 1996)، ص56. -سليم، د. عصام أنور، **المدخل للعلوم القانونية في القانونين اللبناني والمصري**، ط.د (بيروت: الدار الجامعية، 1997)، ج1، ص248.

[3] الزرقاء، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط9، (دمشق: مطابع ألف باء -الأديب، 1967-1968، تصوير: م.د، دار الفكر)، ج1، ص25.

[4] القاسم، عبد الرحمن بن عبد العزيز، «فكرة تدوين الأحكام»، **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة**، س3، ع12، (رجب، شعبان، رمضان، 1412هـ، يناير، فبراير، مارس، 1992م)، ص74.

إلا أن هذا الوضع القانوني السائد –وقتئذ– لم يحل –مع مرور الزمن– دون ميلاد فكرة التقنين، أو تدوين القواعد، لدى هذه المجتمعات (فرع أول)، وإن تنوعت المبررات والدوافع التي عجلت بذلك (فرع ثان).

الفرع الأول: الجذور التاريخية للتقنين.

إن طرق باب التقنين والتولج في تفاصيله، يقتضي التعرف عليه سلفا؛ من خلال تبين هويته.

الفقرة الأولى: ماهية التقنين.

أ– لغة:

يقال: قنن يقنن تقنينا: المشرع: وضع القوانين[1]؛ ترادفها في اللغة الفرنسية كلمة "codifier"[2]، ومما تعنيه في اللغة الفرنسية: réunir des disposition légale dans un code[3]. وبعبارة أخرى: rassembler en un seul corps des textes législatifs ou réglementaire, des coutumes, etc.[4]

ب– اصطلاحا:

تنوعت عبارات فقهاء القانون في تعريفهم للتقنين ما بين إيجاز وإطناب، غير أنها –على العموم– تنصرف إلى معنى واحد..

فمن تعريفاتهم ما جاء في معجم المصطلحات القانونية[5] "تدوين القانون –تقنين: codification– جمع النصوص التشريعية الخاصة بموضوع معين يشمل فرعا من فروع القانون".

---

[1] ينظر: –أحمد، العايد، "وآخرون"، **المعجم العربي الأساسي(لاروس)**، ط.د، (م.د: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 1989)، مادة: قنن –مجمع اللغة العربية، القاهرة، **المعجم الوسيط**، ط4، (القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م)، مادة: قنن

[2] إدريس، د. سهيل، **المنهل**– قاموس فرنسي عربي–، ط37، (بيروت: دار الآدب، 2007)، مادة: codifier: دون القوانين

[3] Robert, Paul, **dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française**, (Paris : paul dupont, 1966), mot : codifier.

[4] Larousse, **Grand Larousse encyclopédique**, T3, (paris : librairie Larousse, 1961), mot : codifier.

[5] بدوي، د. أحمد زكي، ط1، (القاهرة: دار الكتاب المصري، وبيروت: دار الكتاب اللبناني، 1410هـ/1989م)، ص58.

وعرفه توفيق حسن فرج[1]، بأنه: "عملية تجميع للقواعد الخاصة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد(code) بعد أن تبوب وتنسق ويرفع ما قد يكون بينها من تضارب وتعارض، وتقوم السلطة التشريعية المختصة بإصداره في شكل تشريع(loi)".

ومن النظر في هذين التعريفين وما قاربهما من التعريفات الأخرى يمكن ملاحظة ما يلي:

1- قولهم في التعريف "تجميع رسمي" لإخراج تجميع القواعد الذي يقوم به بعض الفقهاء بصفة غير رسمية، أو هيئة من الهيئات العلمية غير المختصة بالتشريع، فهذا لا يعدو كونه عملا فقهيا بحتا[2].

2- بعض التعاريف لا تتضمن الأركان التي يقوم عليها التقنين، ذلك أنه يقوم على أمرين[3]: التجميع والتنسيق من جهة، والإلزام من جهة أخرى ؛ الأول هو العنصر الشكلي، وأما الثاني فهو العنصر الموضوعي.

3- وفي ضوء ما ذكر يمكن اقتراح التعريف الآتي للتقنين: تجميع رسمي (ملزم) منسّق لما تفرق من قواعد قانونية متصلة بفرع معين من فروع القانون.

هذا، وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن التقنين قد يطلق ويكون مرادفا للمجموعة، فيقال مثلا: التقنين المدني أو المجموعة المدنية code civil، ويراد "مجموع النصوص الصادرة من المشرع في قانون واحد لتنظيم فرع معين من فروع القانون"[4]، لذلك ارتأى بعض فقهاء القانون –درءا

---

[1] **المدخل للعلوم القانونية**، ط.د، (بيروت: الدار الجامعية، 1993)، ص223.

[2] ينظر: –سلطان، د. أنور، **المبادئ القانونية العامة**، ط4، (بيروت: دار النهضة العربية، 1983) ص121.
–كيره، د. حسن، **المدخل إلى القانون**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000)، ص ص259-260.
–تناغو، د. سمير عبد السيد، **النظرية العامة للقانون**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ت.د)، ص364.
–قدادة، د. خليل أحمد حسن، **شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري**، ط.د، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994)، ص90.
–فرج، مرجع سابق، ص224، ويسميه "تقنين غير رسمي".

[3] ينظر: –القاسم، مرجع سابق، ص 102.
–بوسطلة، شهرزاد، **تقنين الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، (جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2001)، ص ص5-6.

[4] سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص184.

للبس- التمييز بين الوثيقة الرسمية (le code) وبين عملية التجميع الرسمي (le codification)، فيختص المدلول الأول بمصطلح "التقنين"، ويعبر عن الثاني "بعملية التقنين"[1]، والذي أعنيه في هذا البحث بمصطلح "التقنين" هو المدلول الثاني وقد يرد مرادا به المدلول الأول، فيفهم ذلك من السياق.

الفقرة الثانية: نشأة التقنين أو تدوين القواعد.

إن تتبع المسيرة التاريخية لعملية التقنين يقضي بأنها ممتدة إلى أبعد الحضارات إيغالا في القدم، "وإن تأخرت في نشأتها نسبيا عن التشريع"[2]، فلا يقف هذا الامتداد التاريخي لها عند الرومان؛ إذ لم يعد للاعتقاد الذي كان سائدا -في وقت ما- باعتبار القانون الروماني الحلقة الأولى التي عرفتها البشرية أي أساس، بعد أن أطاحت به وأزاحته من على عرشه حقائق العلم والتاريخ المؤسسة على الاكتشافات العلمية، التي كشفت النقاب عن بعض الشرائع المدونة في حضارات كل من وادي النيل والرافدين وغيرها... والتي أثبتت أن القوانين المدونة قد بدأت في حضارات هي أعرق منه في القدم[3].

فالمجتمعات القديمة كانت إذا وصلت إلى مرحلة الرقي المعرفي والسياسي عمدت إلى تقنين أعرافها[4]، يتجلى ذلك في المجموعات القانونية التي ظهرت في شتى الحضارات القديمة، وإن أبعد عنها بعض الباحثين وصف التقنين "وفقا للمفهوم الحديث لهذا التعبير"[5].

فمما عرفته بلاد الرافدين من هذه المجموعات:

---

[1] كيره، مرجع سابق، ص259.

[2] تناغو، مرجع سابق، ص364.

[3] ينظر: -الدواليبي، د. محمد معروف، **المدخل إلى التاريخ العام للقانون**، ط2، (دمشق: مطابع دار الفكر، 1382هـ/1963م)، ص ص15-16. -المغربي محمود عبد المجيد، مرجع سابق، ص53.

[4] ينظر: -المغربي، المرجع نفسه، ص19. -الزرقاء، مرجع سابق، ص25.

[5] -الحفناوي، د. عبد المجيد، وحسن، د. أحمد إبراهيم، **تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية**، ط.د، (بيروت: الدار الجامعية، 1992)، ص ص34-35. وهذا باعتبار أنها جزئية، ولا تعالج سوى المسائل الأكثر أهمية.. لكن هذا لا يقدح في المضمون، إذ أن أية فكرة لا تولد مكتملة النضج.

1- تقنين الملك لبيت عشتار "lipit -ishtar" الذي ظهر حوالي 1924ق.م متضمنا (38) نصا مع مقدمة وخاتمة[1].

2- تقنين حمورابي"loi de hammourabi" وضعه الملك حمورابي ؛ تضمن مقدمة ومجموعة نصوص قانونية (282 مادة) وخاتمة[2].

وعرفت مصر القديمة صدور بعض التقنينات، منها قانون بوكخوريس code bocchoris "أحد مؤسسي الأسرة الرابعة والعشرين حوالي منتصف القرن الثامن قبل الميلاد، وقد تضمن هذا القانون النظم والقوانين المصرية التي كانت سائدة ومعروفة قبل ولاية الملك بوكخوريس، استمر العمل بهذا القانون حتى عام 202 بعد الميلاد"[3].

وفي اليونان "امتاز عهد الطغاة (625-525 ق.م) بنشوء أقدم القوانين المدونة عند اليونان"[4]، وكان أقدمها قانون "دراكون code de dracon" -حاكم مدينة أثينا بعد زوال العهد الملكي -حوالي 620 ق.م (أو 621 ق.م)، ثم قانون "صولون code de solon" -حاكم أثينا أيضا- حوالي عام 594 ق.م[5].

وقد انضم -بعد ذلك- إلى هذه المسيرة الرومان، فصدرت عندهم بعض التقنينات، من أهمها: قانون "الألواح الاثني عشر loi des douze tables" في مدينة روما عام 450 ق.م[6]،

---

[1] ينظر: -الحفناوي، المرجع نفسه، ص ص40-43. -أبرباش، أرزقي العربي، **مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، ط.د، (الجزائر، دار الخلدونية، ت.د)، ص21.

[2] ينظر: -أبرباش، المرجع نفسه، ص25. -المغربي، مرجع سابق، ص24.. وهذا التقنين ليس هو أقدم شريعة مدونة، كما سلم بذلك البعض؛ الرافعي، د. مصطفى، **تاريخ التشريع والقواعد القانونية والشرعية**، ط1، (بيروت: الشركة العالمية للكتاب، 1993)، ص14. بل سبقته شرائع مثل: شريعة أور-نمو وشريعة اشنونا. ينظر: الدواليبي، مرجع سابق، ص65.

[3] المغربي، مرجع سابق، ص23.

[4] هو: "عهد الطغاة المثرين بالثروة الجديدة، حلّو محل عهد النبلاء الإقطاعيين: حكام غاصبون يحكمون حكم الملوك، وسماهم اليونان بالطغاة المستبدين..."، الدواليبي، مرجع سابق، ص ص121-122.

[5] ينظر: -الدواليبي، المرجع نفسه، ص122. -المغربي، مرجع سابق، ص ص20-21.

[6] ينظر: -المغربي، المرجع نفسه، ص21. -جعفر، د. علي محمد، **تاريخ القوانين**، ط1، (بيروت: المؤسسة الجامعية، 1418هـ/1998م)، ص75.

ثم تقنين جوستينيان، (527-565م)، -حاكم الإمبراطورية الرومانية الشرقية- وقد أطلق على تقنينه اسم "مجموعات القانون المدني corpusjuris civiles "- تمييزا لها عن القانون الكنسي[1]، وعد هذا الإنجاز أعظم أثر حقوقي في تاريخ الإمبراطورية، وأهم تقنين وقع في الشرائع القديمة[2]، وقد شرع في وضع هذه المجموعات عام 528م وانتهي عام 534م[3].

الفرع الثاني: مبررات ميلاد عملية التقنين.

مر آنفا أن القواعد العرفية غير المدونة كانت هي السائدة في المجتمعات القديمة، ثم خطت من هذا الطور؛ طور القانون العرفي أو التقاليد غير المدونة، إلى طور آخر ظهرت فيه القواعد القانونية المدونة -وهو عصر التدوين أو التقنين-، ويتفق الباحثون[4] على أن نشر وتوحيد القواعد القانونية كانا من ضمن دوافع وأسباب هذا التحول؛ رغبة في تحقيق الأمن والاستقرار القانوني (استقرار المراكز القانونية) الذي ساهم فيه الحكام من جهة، وطبقة العامة من جهة أخرى:

1- فبعض التقنينات صدرت بناء على رغبة الحكام قصد توحيد القانون، على غرار قانون حمورابي الذي سعى من وراء إصداره إلى وضع حد لاختلاف القوانين الذي كان سائدا في قسمي الإمبراطورية المنفصلين (أكدو سومر)، وبذلك استطاع أن يوحد قوانين البلاد التي كانت تحت حكمه[5].

---

[1] ينظر: -المغربي، مرجع سابق، ص ص89-90 -الحفناوي، مرجع سابق ص ص376-378 -جعفر، مرجع سابق، ص125.

[2] ينظر: -المغربي، مرجع سابق، ص88 -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص ص185-186. ويتكون هذا العمل من أربع مجموعات: مجموعة النظم institutions والموسوعة ديجيست digesta ومجموعة الدساتير codex ومجموعات الدساتير الجديدة nouvelles constitutions.

[3] ينظر: -الحفناوي، مرجع سابق، ص ص376-378 -المغربي، مرجع سابق، ص ص89-93.

[4] حسن، د. أحمد إبراهيم، **غاية القانون**، ط.د، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2000-2001)، -ص ص186-187.

[5] ينظر: -المغربي، مرجع سابق، ص 24. -الحفناوي، مرجع سابق، ص49. -جعفر، مرجع سابق، ص24.

- Larousse, T3, op.cit, P.229.

2- والبعض الآخر من التقنينات ظهر استجابة لمطالب طبقة العامة[1]، وكفاحهم المستمر من أجل تدوين وإذاعة القواعد العرفية السائدة في نصوص محددة ثابتة؛ لإخراجها من دائرة السر والغموض حتى يتمكن الجميع من الاطلاع عليها، ويعلم كل فرد حقوقه وواجباته في غير ما لبس أو شك[2].

حصل هذا بعد أن شعر العامة بالغبن والظلم نتيجة استئثار الأقلية الحاكمة المتمثلة في طبقة الأشراف ورجال الدين، بمعرفة القانون العرفي، واحتكارها لتفسيره وتطبيقه حسب مقتضيات مصالحهم، رغبة في الاحتفاظ بسلطتهم ونفوذهم، وقد بدا هذا الدافع واضحا في إصدار قانون "دراكون" وقانون "الألواح الاثني عشر"[3].

3- أيضا، من أسباب ميلاد التقنينات القديمة؛ تيسير الرجوع والاطلاع على القواعد القانونية في غير ما إرهاق ولا استعسار، ورفع التناقض عنها، وذلك من جملة ما سعى إليه جوستينيان بإصداره المجموعات التي حملت اسمه بعد أن تفرقت القواعد القانونية في شتى مصادر القانون الروماني[4].

كانت هذه أهم دوافع ميلاد عملية التقنين لدى الشعوب القديمة، اقتصرت عليها لتعلقها بمقصد البحث.

المطلب الثاني: استواء عملية التقنين على سوقها منذ عصر نابليون.

ظلت أوربة متأرجحة في نظمها القانونية، بعد انقسام الإمبراطورية الرومانية إلى إمبراطوريتين؛ شرقية وغربية، بين الخضوع للقانون الروماني، والخضوع للأعراف الجرمانية

---

[1] على خلاف ما كان عليه الحال في أمم أخرى- في الصين القديمة مثلا: إذ وقفت موقفا معارضا لإصدار التقنينات، مفضلة الأعراف والتقاليد، وقد مثل هذا الرفض؛ الفلاحون وجميع العقائد، ينظر: الدواليبي، مرجع سابق ص ص95-97.

[2] ينظر: -جعفر، مرجع سابق، ص37. -المغربي، مرجع سابق، ص19.

[3] ينظر: -المغربي، المرجع نفسه، ص ص18-22، ص ص57-58 -الدواليبي، مرجع سابق ص129 -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص185.

[4] ينظر: -سليم، المرجع نفسه، ص 186. -جعفر، مرجع سابق، ص128. -المغربي، مرجع سابق، ص89.

السائدة[1] إلى أعقاب الثورة الفرنسية وصدور قانون نابوليون[2] (فرع أول) الذي شكل منعطفا حاسما في مسيرة التقنين؛ بما تركه من أصداء شرقت وغربت (فرع ثان).

الفرع الأول: ميلاد تقنين نابليون.

لم يرث نابليون –وهو يعتلي سلطة الحكم في فرنسا– نظاما قانونيا موحدا، فقد كانت فرنسا تعرف تعددا في نظمها القانونية، وانقساما بين شمالها الخاضع للعرف السائد، وجنوبها الذي يهيمن عليه القانون الروماني[3].

هذا الوضع القانوني السائد هناك أفضى إلى تقرير الفوضى والتضارب في القوانين، ولعل النص الذي اضطر إلى إيراده من قول "بورتاليس portalis" يصور الوضع القائم في فرنسا –آنذاك– تصويرا دقيقا، حيث قال: "لم يكن هناك ثمة نظرا أتعس من ذلك الذي كانت تقع عليه أبصارنا، فلم تكن أمامنا إلا أكداس مشوشة من قوانين أجنبية وفرنسية، وأعراف عامة وخاصة وأوامر ملغاة وأخرى غير ملغاة، ومبادئ مكتوبة وأخرى غير مكتوبة، ولوائح وأحكام يناقض بعضها بعضا، مما أدى إلى وجود متاهات خفية لا سبيل إلى الخروج منها، وكان كل شخص يتعرض دائما للوقوع في متابعة لا حد لها ولا نهاية"[4].

ولجعل حد لهذا الوضع البائس الذي شخصه كلام "بورتاليس"، ارتأى نابليون تشكيل لجنة من أربعة فقهاء بغية توحيد القانون في فرنسا، فأثمر عملها ميلاد المجموعة المدنية في 21 مارس 1804 المعروفة باسم قانون "نابليون code napoléon"، ثم تلته تقنينات أخرى متصلة بمختلف فروع القانون[5].

---

[1] المغربي، المرجع نفسه، ص ص97- 98.

[2] حدث في فرنسا، في عهد الملك شارل السابع، في أواسط القرن الخامس عشر تجميع لأجزاء من القانون في شكل أوامر ordonnances بغية تسهيل القانون وتوحيد فرنسا تشريعيا، واستمرت هذه الحركة (التقنين) من بعده. ينظر: –Larousse T3, op.cit, P.229. –سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص186.

[3] حسنين، د. محمد، **الوجيز في نظرية القانون**، ط.د، (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986) ص57.

[4] نقلا عن: السعدي، محمد صبري، **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**، ط.د، (وهران: ديوان المطبوعات الجامعية، 1984)، ص52.

[5] Voir: -Larousse, T3, op.cit, p.229. -**Encyclopædia universalis**, C6, (Paris : 1990), p.37.
–حسنين، مرجع سابق، ص57. –تناغو، مرجع سابق، ص 366.

هذا التقنين الذي عد "أول مظهر جدي علمي لحركة التقنين"[1] في العصر الحديث؛ اتخذ مثالا احتذت به جل دول العالم بعد ذلك.

الفرع الثاني: صدى تقنين نابليون.

في إثر ميلاد تقنينات نابليون، وما لاقته من إعجاب، نشطت في أوربة حركة فقهية تنادي بالتقنين، بيد أن هذه الدعوة لم تكن محل اتفاق منذ البداية، فتعرضت لنقد شديد من قبل بعض فقهاء القانون، وظهر للتقنين أنصار كما ظهر له خصوم، ولكل وجهة نظره في القبول والتأييد، أو الرفض.

فبينما تصدت المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه الألماني "سافيني savigny" للتقنين، معددة عيوبه؛ باعتباره طريقا مفضيا إلى "جمود القانون وشل قدرته على مسايرة التطورات التي قد يتعرض لها المجتمع"[2]، لأن "القانون في نظر سافيني ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور وفقا لحاجاتها، ولهذا يلزم تركه دون قيود، ويتطور وفق ضرورات الحياة"[3].. ومن هنا كانت القواعد العرفية أولى بالاستمرار لأنها "تنشأ بحكم الحاجة وبشكل طبيعي رضائي"[4].

هذا الانتقاد لم يحل دون استجلاء إيجابيات التقنين من قبل فقهاء آخرين رأوا فيه؛ بما يضمه من قواعد قانونية محددة وواضحة، أفضل آلية لتوحيد القانون داخل الدولة الواحدة، وللحد من احتمالات تضارب القواعد القانونية المتفرقة، حتى يشيع الاستقرار القانوني[5]. هذا

---

[1] كيره، مرجع سابق، ص262.

[2] حسني، عبد اللطيف، «حركة تجديد الشريعة الإسلامية بالمغرب في أخريات القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين»، **مجلة الاجتهاد**، بيروت: دار الاجتهاد، س3، ع9، (خريف: 1411هـ/1990م)، ص161. -وينظر: فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص225. -كيره، مرجع سابق-ص 260.

[3] فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص 225. -وينظر: كيره، مرجع سابق، ص260.

[4] -القاسم عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ص74-75.

[5] ينظر: -تناغو، مرجع سابق، ص365. -سلطان، مرجع سابق، ص ص121-122. -قدادة، مرجع سابق، ص77. -حسن أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص180، 183.

إضافة إلى ما في التقنين؛ بما يجمعه من شتات القواعد، من تبسيط وتقريب للقانون إلى عامة الناس، وتيسير عملية البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق[1].

وأيا ما كان الأمر، "فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين"[2] ونشطت حركة التقنين، وانتصر مؤيدوها فعمت أكثر الدول[3]، وامتدت إلى ألمانيا مهد المذهب التاريخي عدو التقنين بصدور القانون المدني سنة 1896، الذي طبق ابتداء من أول يناير سنة 1900[4].

وفي خاتمة هذا المبحث يمكن التذكير بما يلي:

1- كانت المجتمعات القديمة تستند في قضائها إلى قواعد قانونية غير مدونة (القانون العرفي)، ثم تدرجت إلى طور القانون المكتوب؛ مع ظهور مجموعات قانونية في شتى الحضارات القديمة.

2- فلم يكن تقنين القواعد القانونية بمنأى عن فكر وواقع تلك المجتمعات، وإن لم يصل إلى طور النضج والاكتمال إلا في العصر الحديث بظهور تقنينات نابليون.

3- والذي دعا الحضارات القديمة إلى ارتقاء مسلك التقنين هو: الرغبة في نشر القواعد القانونية لتقريبها من القاضي والمتقاضي من جهة، وتوحيد القانون في إقليم الدولة الواحدة لدرء الاختلاف في التطبيق القضائي من جهة ثانية.

---

[1] ينظر: -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص196. -تناغو، مرجع سابق، ص 366. -فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص ص224-225 -سلطان، مرجع سابق، ص ص121-122. حسني عبد اللطيف، مرجع سابق ص161. -Larousse, T3, op.cit, P.229

[2] كيره، مرجع سابق، ص 262.

[3] Voir: -Encyclopædia, C6, op.cit, p.41.

وينظر في بعض التقنينات: -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص187. -حسنين محمد، مرجع سابق، ص ص57-58. وقد نادى بعض فقهاء الإنجليز في القرن التاسع عشر بتجميع القانون الإنجليزي على نسق المجموعات الأوربية، إلا أن هذه الدعوة لم تلق نجاحا في إنجلترا. حسنين، المرجع نفسه ص57. وقارن: -المغربي، مرجع سابق، ص ص197-198.

[4] ينظر: -كيره، مرجع سابق، ص262. -فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص226. -مرقس، د. سليمان، **الوافي في شرح القانون المدني -1- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني**، ط6، أسهم في تنقيحها وفي تزويدها بأحدث الآراء والأحكام: د. حبيب إبراهيم الخليلي، (شبرا: إيرني للطباعة، مطبعة السلام، 1987)، ص 163.

المبحث الثاني: تقنين الفقه الإسلامي: من الطموح المعلق.. إلى التنفيذ المضيق.

يباين النظام القانوني الإسلامي النظم القانونية الوضعية في مصدر القواعد التي تضبط سلوكات وعلاقات الأفراد، فمصدرها -في النظام القانوني الإسلامي- وحي من الله تعالى، متمثلا في القرآن والسنة؛ منهما تستنبط الأحكام الشرعية لتطبيقها على الوقائع والنوازل. هذه الأحكام -التي تمثل الشريعة الإسلامية- لم تكن على منوال القواعد القانونية الوضعية مقننة، ذلك أن التقنين -كما مر- يقوم على عنصرين؛ التجميع من جهة، والإلزام من جهة أخرى.. فتقنين الشريعة الإسلامية[1] -أو على الأصح تقنين الفقه الإسلامي؛ باعتبار أن التقنين مقصور على جانب المعاملات في الفقه الإسلامي الذي هو جزء من الشريعة الإسلامية[2]- حاصله: صياغة ما يختاره أولي الأمر للقضاء من أحكام المعاملات في صورة قواعد عامة منسقة ومرتبة[3]، "ففكرة الإلزام هي قوام فكرة التدوين"[4].

فالتقنين بهذا المعنى، إذا، لم يعرفه تاريخ الفقه الإسلامي إلا من خلال بعض النداءات والمحاورات الهادفة إلى تقنينه (مطلب أول)، والتي لم يكن لها صدى في الواقع العملي إلا في أواخر القرن التاسع عشر؛ في الدولة العثمانية (مطلب ثان).

---

[1] الشريعة الإسلامية أحكامها شاملة لثلاث مجموعات: 1- الأحكام المتعلقة بالعقيدة، 2- الأحكام المتعلقة بالأخلاق، 3- الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقته مع غيره وهذه هي الأحكام العملية، وقد سميت فيما بعد بالفقه... وهي قسمان: عبادات ومعاملات. زيدان، د. عبد الكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط1، (دمشق -بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1431هـ/2010م)، ص56. وينظر: -حسين، د. أحمد فرّاج، **المدخل للفقه الإسلامي**، ط.د، (بيروت: الدار الجامعية، 2001)، ص12.

[2] ينظر: -عبد الجواد، د. محمد، **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون -تقنين الشريعة الإسلامية-**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1411هـ/1991م)، ص ص12-13. -وله أيضا: **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون -أصول القانون مقارنة بأصول الفقه-**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1411هـ/1991م)، ص23. -أبو الفتوح، د. أبو المعاطي، «تقنين الأحكام الشرعية»، **مجلة العلوم الإسلامية**: جامعة الأمير عبد القادر، ع3، (جمادى الثانية 1412هـ/جانفي 1992)، ص98.

[3] ينظر: -العطار، د. عبد الناصر توفيق، **مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية**، ط2، (م.د: ن.د، ت.د)، ص145. -حسين أحمد فراج، مرجع سابق، ص156. -سراج، د. محمد أحمد، **الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ط.د، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997) ص258. -الصابوني، د. عبد الرحمن، وبابكر، د. خليفة، وطنطاوي، د. محمود محمد، **المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي**، ط2، (القاهرة: مكتبة وهبة، 1405هـ/1985م)، هامش ص365. -القاسم عبد الرحمن، مرجع سابق، ص74.

[4] القاسم عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص87.

المطلب الأول: فكرة تقنين الفقه الإسلامي قبل مجلة الأحكام العدلية.

اتسمت الأدوار الأولى للفقه الإسلامي بانكماش دائرة الخلاف في المسائل الفقهية، وباختيار القضاة من أهل الاجتهاد، فكان من اليسير عليهم الرجوع إلى مصادر التشريع الأصلية طلبا للحكم الشرعي فيما يعرض لهم من أقضية؛ لما يتوافرون عليه من أدوات النظر والاستنباط[1]، بيد أن هذا الوضع لم يستمر على حاله؛ فصار الأمر في القضاء إلى التقليد، وامتدت مساحة الاختلافات الفقهية[2].

كل ذلك أرّق بعض الخلفاء والمفكرين، فطافت بأذهانهم فكرة جمع الناس على رأي واحد في القضاء (فرع أول)؛ لما لاح –لهم– في الواقع العملي ما يدعو إلى ذلك (فرع ثان).

الفرع الأول: إرهاصات تقنين الفقه الإسلامي.

إن التفكير في مجموعة واحدة منتقاة من مجموع الآراء الفقهية، يفزع إليها القضاة –دون سواها– لفض الخصومات بين الناس ليست غريبة عن التفكير الفقهي، فقد تبين من خلال استحضار بعض النصوص التاريخية؛ أنها فكرة علقت باكرا بأذهان طائفة من الحكام والأدباء.. يتجلى ذلك فيما يلي:

1. روي أن الوليد بن عبد الملك (ت:96هـ/715م) كتب إلى خالد بن معدان الكلاعي (ت:103هـ) في مسألة، فأجابه فيها خالد، فحمل القضاة على قوله[3].

2. روى أبو زرعه في تاريخه[4] بسنده عن سليمان بن حبيب قال: "أراد عمر بن عبد العزيز (ت:101هـ/720م) أن يجعل أحكام الناس والأجناد حكما واحدا، ثم قال: إنه قد كان في كل مصر من أمصار المسلمين، وجند من أجناده ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكانت فيهم قضاة قضوا بأقضية أجازها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورضوا بها، وأمضاها أهل المصر، كالصلح بينهم، فهم على ما كانوا عليه من ذلك".

---

[1] ينظر: –الزرقاء، مرجع سابق، ص174. –الأشقر، د. عمر سليمان، **تاريخ الفقه الإسلامي**، ط3، (عمان: دار النفائس، 1430هـ/2010م)، ص192.

[2] ينظر: –زيدان، مرجع سابق، ص124. –الصابوني وزملاؤه، مرجع سابق، ص333.

[3] الذهبي، شمس الدين، **سير أعلام النبلاء**، ط2، أشرف على تحقيق الكتاب، وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، وحقق الجزء الرابع: مأمون الصاغرجي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1402هـ/1982م)، ج4، ص538 (تر:216).

[4] –**تاريخ أبي زرعة الدمشقي**، (رواية أبي الميمون بن راشد)، ط1، وضع حواشيه: خليل المنصور، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م)، ص50.

فهذه الرواية تبين أن عمر بن عبد العزيز كان قد هم بحمل الناس على قانون موحد في القضاء، بيد أنه ما لبث أن انصرف عن فكرته وترك الناس إلى ما تعارفوا عليه[1].

3. رفع ابن المقفع شكواه إلى الخليفة أبي جعفر المنصور في "رسالة الصحابة" يستحثه على "توحيد العمل في المحاكم"[2]، فقد جاء في رسالة ابن المقفع (ت:142هـ/759م): "فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة فترفع إليه في كتاب؛ ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة، أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابا جامعا عزما..."[3]. فأنت تلمح في هذا النص نضج فكرة التقنين عند ابن المقفع[4].

4. محاولة أبي جعفر المنصور (ت: 158هـ/775م) إلزام الناس بما في موطأ الإمام مالك: "قال مالك: ثم قال لي -أبو جعفر المنصور-: قد أردت أن أجعل هذا العلم علما واحدا، فأكتب به إلى أمراء الأجناد وإلى القضاة فيعملون به، فمن خالف ضربت عنقه!..."[5]، وفي رواية: "ضع للناس كتابا أحملهم عليه..."[6].

---

[1] السيد، رضوان، «التدوين والفقه والدولة -نظرات في نشوء الفقه الإسلامي-»، **مجلة الاجتهاد**، بيروت: دار الاجتهاد، ع2، (شتاء 1989)، ص93.

[2] الأشقر، مرجع سابق، ص193.

[3] صفوت، أحمد زكي، **جمهرة رسائل العرب في عصور العربية الزاهرة**، ج3 -العصر العباسي الأول- ط.د، (بيروت: المكتبة العلمية، ت.د)، ص40.

[4] ينظر: -الزرقاء، مرجع سابق، ص ص177-178 هامش1. -معوض، علي محمد، وعبد الموجود، عادل أحمد، **تاريخ التشريع الإسلامي**، ط1، قرأه وراجعه: أ.د. إبراهيم علي أبو الخشب، و: أ.د. عبد العزيز عزت، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م)، م2، ص294.

[5] ابن أبي حاتم، عبد الرحمن، **تقدمة المعرفة لكتاب الجرح والتعديل لأبي حاتم الرازي**، ط1، تحقيق: عبد الرحمن المعلمي، (حيدر آباد الدكن -الهند-: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، وبيروت: دار إحياء التراث العربي، ت.د)، م1، ص29. وينظر: القاسم عبد الرحمن، مرجع سابق، ص87 وفيه: "ولعل هذا القول من الإمام أبي جعفر المنصور كان تأثرا بما كتبه إليه ابن المقفع"، ص87، فقد أصر أبو جعفر على تنفيذ الفكرة.

[6] عياض، القاضي، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، ط1، ضبطه وصححه: محمد سالم هاشم، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م)، ج1، ص ص101-102.. وروي أن المهدي قال: له ضع كتابا أحمل الأمة عليه، المرجع نفسه، ص102. وروي ذلك أيضا عن هارون الرشيد، العجلوني، إسماعيل، **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**، ط1، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، (صيدا: المكتبة العصرية، 1420هـ/2000م)، ج1، ص76 (153).. ولا مانع -كما ذكر عوامة- من تكرار الطلب عليه من أبي جعفر وولده المهدي، ثم الرشيد. عوامة، محمد، **أدب الاختلاف في مسائل العلم والدين**، ط4، (المدينة المنورة: دار اليسر، وجدة: دار المنهاج، 1430هـ/2009م)، ص44.

إن الخليفة كان يسعى من وراء ذلك إلى توحيد الأقضية في سائر الأمصار[1].

كانت هذه أهم المحاولات والدعوات -التي وقفت عليها- الهادفة إلى تدوين أحكام الفقه الإسلامي، والإلزام بها علاجا لما استجد على مستوى التطبيق القضائي.

الفرع الثاني: مبررات طروء فكرة تقنين الفقه الإسلامي.

يستخلص من قراءة رسالة ابن المقفع أن الهم الذي حرك أصحاب هذه المحاولات والنداءات؛ هو معاناة المسلمين من تشعب الخلافات الفقهية وتجلي آثارها في الفتوى والقضاء[2]، تجد ذلك بيّنا في تبريرات ابن المقفع التي ساقها لإقناع الخليفة بجدية "مشروعه"؛ "ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين (البصرة والكوفة)، وغيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة، التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال، فَيُسْتَحَلُّ الدم والفرج بالحيرة، وهما يحرمان بالكوفة، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى..."[3].

تناقض الأقضية، إذا، في المسألة الواحدة الناشئ عن اختلاف الآراء الفقهية، وما يمثله من "خطورة على ما يجب أن يسود المجتمع من استقرار تشريعي لابد أن ينتج من وحدة الشريعة التي تحكمه"[4]، هو الذي حمل ابن المقفع -ومن وافقه- على إطلاق صيحته تلك، للحد من فوضى الاجتهاد وتضارب الأقضية؛ بجعل القضاء يسير على نسق بيّن للقاضي وللمتقاضي[5]، إقرارا لمنصبه المتمثل في "الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع"[6]، فهو يتجه إلى الوحدة على خلاف الفقه الذي يتجه إلى التنوع.

---

[1] أبو زهرة، محمد، **مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه**، ط4، (القاهرة: دار الفكر العربي، 2002)، ص184.

[2] الأشقر، مرجع سابق، ص192.

[3] صفوت أحمد زكي، مرجع سابق، ص39.

[4] أبو الفتوح، مرجع سابق، ص94.

[5] ينظر: -أبو زهرة، مرجع سابق، ص185. -معوض وزميله، مرجع سابق، ص294. -زيدان، د. عبد الكريم، **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**، ط3، (دمشق -بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1430هـ/2009م)، ص212.

[6] ابن خلدون، عبد الرحمن، **المقدمة**، ط.د، ضبط وشرح وتقديم: د. محمد الإسكندراني، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1425هـ/2004م)، ص211.

بيد أن هذه المبررات لم تشفع لتنفيذ الفكرة كما أرادها ابن المقفع ومن معه، وإن ظهرت –على امتداد العصور– بعض التطبيقات العملية القريبة من الفكرة، مثل: تقييد القضاة بمذهب معين، أو بالرأي الراجح فيه وإلزامهم باتباعه في قضائهم، إضافة إلى التقعيد الفقهي، وصياغة المختصرات الفقهية التي تيسر الإلمام بما فيها[1]، هذه التطبيقات مهدت لتنفيذ الفكرة بإصدار مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثاني: نحو تنفيذ الفكرة منذ مجلة الأحكام العدلية.

لم يكتب –كما مر– لفكرة التقنين أن تبصر النور في دائرة القضاء الإسلامي، وظل الفقه غير مقنن على مدى العصور الماضية، فكان القضاة يطلبون الحكم الواجب التطبيق على الوقائع المنظورة من مدونات الفقه المختلفة[2]، إلى أن صدرت مجلة الأحكام العدلية التي شكلت منعطفا حاسما في مسيرة تقنين الفقه الإسلامي؛ لما كان لها من صدى في العالم الإسلامي (فرع أول)، أثمر نشاطا في تقنين الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية (فرع ثان).

الفرع الأول: ميلاد المجلة وصداه في العالم الإسلامي.

وهكذا بعد أن ظل الفقه الإسلامي عصيا على التقنين، نجحت الخلافة العثمانية في تنفيذ الفكرة التي نادى بها بعض من سلف، وأصدرت –لبواعث جدت– مجلة الأحكام العدلية (فقرة أولى) التي تردد صداها في أرجاء العالم الإسلامي (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ميلاد المجلة وبواعثه.

شأن كل المشاريع الكبرى، فإن مجلة الأحكام العدلية؛ باعتبارها حدثا بارزا، لم تنشأ طفرة واحدة، بل سبقتها وواكبتها عوامل مساعدة عجلت بظهورها.. فكيف ظهرت؟ (بند أول) وما الذي عجل بهذا الظهور؟ (بند ثان).

---

[1] ينظر: –سراج، مرجع سابق، ص31، 258. –الزرقاء، مرجع سابق، ص177. –إمام، د. محمد كمال الدين، **مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي**، ط1، (بيروت: المؤسسة الجامعية، 1416هـ/1996م)، ص265، إذ يقول: "تخصيص القضاء أدى إلى جمع فتاوى المذاهب في صورة متكاملة، لتكون قانون القضاة في عملهم (الفتاوى الهندية) وكان هذا إرهاصا بالاتجاه نحو تقنين الفقه الإسلامي".

[2] زيدان، المدخل، مرجع سابق، ص144.

البند الأول: ميلاد المجلة.

حافظت الخلافة العثمانية –في نظامها القضائي– على ما ورثته عن العصور الإسلامية السابقة؛ أعني الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية في القضاء، بالرجوع إلى المصنفات الفقهية، غير أنها تميزت بأمور لم تسبق إليها:

1– إصدار بعض القوانين بغرض تيسير عمل القضاة وتحقيق الوحدة[1].

2– اعتماد المذهب الحنفي رسميا في الفتوى والقضاء في خلافة السلطان سليم الأول[2].

3– إصدار "التنظيمات" سنة 1255هـ/1839م، وبذلك سنت عهد "ازدواجية النظم القانونية" بتطبيق القوانين الوضعية الأجنبية إلى جانب الشريعة الإسلامية[3].

فكانت هذه بعض الإرهاصات التي سبقت ظهور المجلة، ومهدت لميلادها في أخريات القرن الثالث الهجري (الثلث الأخير من القرن التاسع عشر الميلادي)، حدث ذلك عقب صدور إرادة سلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء[4] برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية، لوضع مجموعة الأحكام الشرعية في المعاملات من الفقه الحنفي، عرفت

---

[1] ينظر: –سراج، مرجع سابق، ص182، وقد أرجع ذلك إلى عهد السلطان محمد الثاني الملقب بالفاتح، والذي تولى الحكم في عام 1451م بإصداره القانون الجنائي والقانون المالي العثمانيين –كولسون، ن.ج، **في تاريخ التشريع الإسلامي**، ط1، ترجمة وتعليق: د. محمد أحمد سراج، مراجعة: د. حسين محمود عبد اللطيف الشافعي، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، 1412هـ/1992م)، ص203، هامش07 حيث يقول المترجم: "إصدار قوانين الأقل وقد بدأ هذا النشاط في عهد السلطان سليمان الأول، (926-968هـ/1520-1560م)". –إمام كمال الدين، مرجع سابق، ص288 (هامش) وفيه: "بعض الأوامر السنية التي تحمل قواعد قانونية ملزمة لبعض البلاد الأوربية، منذ أواخر القرن السابع عشر".

[2] بداية القرن السادس عشر الميلادي: ينظر: –الأشقر، مرجع سابق، ص194. –ريتشارد، رب، «الشريعة والقانون في العصر العثماني»، ترجمة: رضوان السيد، **مجلة الاجتهاد**، بيروت: دار الاجتهاد، ع2، (شتاء 1989)، ص ص154-155.

[3] عبد الجواد، بحوث –تقنين الشريعة–، مرجع سابق، ص ص21-22.

[4] وكان قد توجس العلماء خيفة من هذا الاتجاه وقاوموه في بداية أمره، ينظر: النبهان، محمد فاروق، «القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية»، **مجلة أكاديمية المملكة المغربية**، ع7، (جمادى الأولى 1411هـ/دجنبر 1990)، ص110.

باسم "مجلة الأحكام العدلية"، وقد صدرت الإرادة السنية السلطانية في 26 شعبان عام 1293هـ بلزوم العمل بها، وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة العثمانية[1].

هذه المجلة انتخبت أحكام موادها، التي بلغت 1851 مادة[2] من الأقوال الراجحة في المذهب الحنفي خلا بعض الأقوال المرجوحة في المذهب، في مسائل قليلة منها، مراعاة للمصلحة والتيسير[3]، وقد عدت أول تقنين للفقه الإسلامي[4] يجري على "النسق القانوني في الترتيب والتبويب" تصدره دولة إسلامية في المعاملات المدنية (القانون المدني)[5]؛ استجابة لدواعي استجدت اقتضت ذلك.

البند الثاني: بواعث ظهور المجلة.

تمثلت تلك الدواعي المستجدة التي عجلت بظهور المجلة؛ في بداية عهد ازدواجية النظام القضائي في الدولة العثمانية، فإلى جانب المحاكم الشرعية التي كانت صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى، أنشئت المحاكم النظامية التي آل إليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوى.

---

[1] شرعت اللجنة المؤلفة في العمل سنة 1286هـ(1285هـ)/1869م وانتهت سنة 1293هـ/1876م. ينظر: -حسين أحمد فراج، مرجع سابق، ص ص156-157. -جعفر، مرجع سابق، ص ص204-205. -الزرقاء، مرجع سابق، ص199.

[2] مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتابا؛ المقدمة مؤلفة من مائة مادة: "الأولى في تعريف الفقه وتقسيمه، والباقية في القواعد الكلية العامة". معوض وزميله، مرجع سابق، ص298.

[3] ينظر: -زيدان، المدخل، مرجع سابق، ص144. -حسين فراج، مرجع سابق، ص157.

[4] يذكر الدكتور أبو القاسم سعد الله: "أن أول محاولة لتدوين الشريعة كان قد قام بها ابن العنابي بطلب من محمد علي باشا والي مصر، قبل منتصف القرن التاسع عشر، وذلك في كتاب سماه: صيانة الرياسة في القضاء والسياسة؛ فأمام تلاعب المتخاصمين واضطراب الأحكام الصادرة من المحاكم، لجأ محمد علي إلى مشروع ابن العنابي في توحيد الأحكام الصادرة عن المحاكم، طبقا للمذاهب الأربعة"، **تاريخ الجزائر الثقافي**، طبعة خاصة، (الجزائر: دار البصائر، 2007)، ج7، ص ص104-105.

[5] سراج، مرجع سابق، ص250. وينظر: -الزرقاء، مرجع سابق، ص199. -عبد الجواد، بحوث -تقنين الشريعة-، مرجع سابق، ص22.

هذا الوضع الجديد تولدت منه صعوبات واجهت أعضاء هذه المحاكم من القضاة المدنيين؛ في درك الحكم الشرعي الواجب التطبيق واستخراجه من مظانه، نتيجة ضعف ثقافتهم الفقهية من جهة، وكثرة الآراء الفقهية في المسائل الاجتهادية، مع اختلاف الترجيحات داخل المذهب من جهة أخرى، فتعذر عليهم الوقوف على الرأي الراجح.

فاقتضت الحاجة -استشعارا لما ذكر- وضع هذه المجموعة على نسق التقنينات الحديثة تيسيرا على القضاة في تقريب القاعدة القانونية الواجبة التطبيق[1]. هذا بالإضافة إلى ما قصد إليه كذلك من وراء هذا الإصدار من تحقيق "الوحدة للتطبيق القانوني"[2] في أقاليم الدولة العثمانية.

الفقرة الثانية: تأثير المجلة في العالم الإسلامي.

ما قامت به الدولة العثمانية كان منعطفا حاسما -ولا شك- في مسيرة تقنين الفقه الإسلامي، فكان من الطبيعي أن يحدث صدى في العالم الإسلامي، فتتوالى النداءات والدعوات إلى إصدار تقنينات مستمدة من الفقه الإسلامي تأثرا بالمجلة.

هذه الدعوات لم تتوالف في أمرها أنظار العلماء -شأن كل المسائل الاجتهادية الجديدة- وانقسموا إلى معارض للفكرة (بند أول) ومتحمس لها (بند ثان).

البند الأول: معارضو تقنين الفقه الإسلامي ومتكآتهم.

فالذين عارضوا تقنين الفقه الإسلامي؛ تعلقوا بما قد يترتب على ذلك من مخاطر ومساوي تقعد الفقه الإسلامي -بتجمده في نصوص مقننة- عن مسايرة وملاحقة التطورات والمستجدات الحاصلة في المجتمع من جهة، وتسد باب الاجتهاد -الذي أثرى الفقه الإسلامي-، بالحجر على القضاة المجتهدين وإلجائهم إلى دائرة ضيقة من جهة أخرى؛ بإلزامهم الرأي المختار، لأنه يصرفهم عن النظر في مصادر الأحكام الأصلية؛ الكتاب والسنة، إلى الانكفاء على التعامل مع القواعد المقننة[3].

---

[1] ينظر: -الزرقاء، مرجع سابق، ص197. -معوض وزميله، مرجع سابق، ص ص297-298. -جعفر، مرجع سابق، ص ص204-205. -حسين فراج، مرجع سابق، ص156.

[2] كولسون، مرجع سابق، ص204. وينظر: سراج، مرجع سابق، ص184.

[3] ينظر: -الأشقر، مرجع سابق، ص204. -إمام كمال الدين، مرجع سابق، ص295.

ثم ما جدوى التقنين؟ و"الشريعة الإسلامية مدونة، والرجوع إلى أحكامها سهل ميسور"[1] هذا زيادة على ما فيه من استحداث لنهج غريب عن "الأعراف الشرعية" لم يسابق إليه من سلف.[2]

كانت هذه أهم الانتقادات التي وجهت إلى فكرة تقنين الفقه الإسلامي، متعقبة –على الخصوص– العنصر الموضوعي في التقنين؛ ألا وهو الإلزام.. أما أنصاره فقد كان لهم رأي آخر..

البند الثاني: مؤيّدو تقنين الفقه الإسلامي ومستنداتهم.

إذ توسموا فيه، علاجا ناجعا لما خلّفته الاختلافات الفقهية في المسائل الظنية الاجتهادية من آثار في دائرة التطبيق القضائي، فهو، باعتباره مجموعة واحدة تضم قواعد محددة، منسقة ومرتبة؛ ييسر عمل القاضي ويعينه على درك الحكم في غير ما عسر من وجه، ويوحد سلوك الأمة على حكم واحد في التطبيق القضائي؛ بقطع دابر التضارب الحاصل في الأحكام من وجه آخر، ويفيد الخصوم في توقع الحكم سلفا فتنتفي الشبهة عن القضاة، وينزه القضاء عن المطاعن من وجه ثالث[3]، هذا إضافة إلى كونه الأسلوب الحديث الأمثل لإعادة استدعاء أحكام الشريعة الإسلامية إلى مجال القضاء، بعد أن غيّبت، وتطبيقها بشكل سليم[4]؛ يزهر ذلك كله ويثمر استقرارا وثباتا في المراكز القانونية، فيمسي "أقوى ضمانة للعدل"[5].

فالتقنين إذا –بهذا الاعتبار– هو من "صميم أحكام السياسة الشرعية"[6] التي تجد لها متنفسا، أو موردا خصبا، في نظريتي المصلحة والضرورة[7]. ثم هو ليس إلا امتدادا طبيعيا

---

[1] الأشقر، مرجع سابق، ص205.

[2] ينظر: –العطار، مرجع سابق، ص145. –ريتشارد، مرجع سابق، ص159.

[3] ينظر: –العطار، مرجع سابق، ص ص147-149. –القاسم، مرجع سابق، ص95. –الزرقاء، مرجع سابق، ص ص177-178 هامش01. –بوسطلة، مرجع سابق، ص 77.

[4] ينظر: –القاسم، مرجع سابق، ص70. –العطار، مرجع سابق، ص145. –أبو الفتوح، مرجع سابق، ص 93.

[5] حسني عبد اللطيف، مرجع سابق، ص162.

[6] راجع، عكاشة، **القواعد الفقهية والقانونية**، رسالة ماجستير، (جامعة وهران: كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 1427-1428هـ)، ص59.

[7] زيدان، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 212. وأيضا القياس على إجماع الصحابة على جمع القرآن في مصحف واحد، وإجماعهم على ما سنه عثمان –رضي الله عنه– من جمع الناس على قراءة القرآن على حرف واحد من الحروف السبعة، ينظر: –العطار، مرجع سابق، ص146. –القاسم، مرجع سابق، ص 84.

لتخصيص القضاء بالحكم بمذهب معين، تقوم مشروعيته على قاعدتين أساسيتين في الفقه الإسلامي:

1- حق ولي الأمر في الطاعة إذا أمر بمباح أو نهى عنه.

2- ولاية القضاء مما يقبل التخصيص بالزمان والمكان والحوادث، مبلغ ما في التقنين أنه تحول من تخصيص بمذهب إلى الإلزام بقانون[1].

كانت هذه أهم التجاذبات الفكرية التي أعقبت صدور مجلة الأحكام العدلية، والواقع أن "العقل الفقهي الحديث انتصر لفكرة التقنين"[2]، وانحاز النقاش إلى سياق آخر؛ هو منهجية التقنين بدل أهميته، وظهرت محاولات ومشاريع فردية وجماعية متعددة في أغلب البلاد الإسلامية لتقنين الفقه الإسلامي، اتسع معها نطاق التقنين، بيد أن الذي أبصر النور منها على المستوى الرسمي؛ هو ما تعلق بالمجال الأسري.

الفرع الثاني: انحصار تقنين الفقه الإسلامي في دائرة الأحوال الشخصية.

بعد أن ظلت الشريعة الإسلامية -ولعدّة قرون- هي القانون المهيمن في جميع البلاد الإسلامية، وصاحبة الولاية العامة في كلّ المسائل على امتداد العصور من دون مزاحم، انتهى الوضع القانوني في أغلب هذه البلاد إلى ازدواجية في النظام القضائي؛ ألجئ الفقه الإسلامي فيها إلى المجال الأسري (فقرة أولى)، هذا الوضع الجديد لم يكن النظام القانوني في الجزائر شاذا عنه (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ميلاد تقنينات الأحوال الشخصية.

كان حظ المحاكم الإسلامية، إذا، في هذا النظام القانوني الجديد مقصورا على القضاء بين الخصوم في قضايا الأحوال الشخصية، تستمدّ الحكم من المدونات الفقهية، إلى أن نشطت حركة تقنين الفقه الإسلامي التي انزوت في هذا الميدان.. فكيف نشأت تقنينات الأحوال الشخصية؟ وما هي المنهجية التي اعتمدت في وضعها؟.

---

[1] إمام كمال الدين، مرجع سابق، ص265، وص ص293-294. وينظر: -سراج، مرجع سابق، ص ص258-259. -العطار، مرجع سابق، ص150.

[2] إمام، مرجع سابق، ص293.

البند الأول: نشأة تقنينات الأحوال الشخصية.

ساد معظم البلاد العربية والإسلامية وضع قانوني جديد -كما مر- في النصف الثاني من القرن التاسع عشر الميلادي، بدأ معه عهد الازدواجية القانونية والقضائية "بتغلغل القوانين الغربية" في أغلب أنظمة هذه البلاد؛ نتيجة ضعف العالم الإسلامي وابتلائه بقوى الاستعمار الأوربي[1].

في هذا العهد، تألفت المحاكم النظامية ومدّت دائرة اختصاصها على حساب تضييق وتحجيم اختصاص المحاكم الشرعية، وأخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل وينكمش، ومجال ولايتها ينحسر بقدر ما يقتبس من تقنينات وضعية تأثرا بالقوانين الغربية، وألجئت في التطبيق -في أغلب البلاد الإسلامية[2]- إلى نطاق الأحوال الشخصية الذي أضحى معقلها وملاذها الوحيد[3].

في ظلّ هذا الوضع السائد ظهر قانون حقوق العائلة العثماني سنة 1917م، ينظم شؤون الأسرة في تقنين حديث مستمدّ من الفقه الإسلامي مقتصرا -في 157 مادة- على أحكام الزواج والطلاق، متضمنا في الباب الثاني أحكام الزواج والطلاق للمسيحيين واليهود وفقا لشرائعهم وتقاليدهم[4].

---

[1] يرى كولسون أنّ الذي "اضطر المجتمع المسلم إلى ترك أحكام الفقه وإحلال قوانين مستلهمة من الغرب.. هو عدم تلبية الفقه الموروث لاحتياجات المجتمع المسلم". تاريخ التشريع، مرجع سابق، ص ص199-200.. ويناقض رأيه بعد ذلك بقليل حيث يقول: ص207: "أمّا فيما سوى منطقة الشرق الأوسط... فلقد كان تغلغل القوانين الغربية وثيق الارتباط بأنظمة الحكم المحتلة وقوى الاستعمار..." وفي ص213: "...وأنّ هذه القوانين (يقصد الغربية) التي ربما كانت مفروضة في من عل...".

وقد صرح الخديوي إسماعيل في حديثه لرفاعة الطهطاوي فيما يذكره رشيد رضا في كتابه تاريخ الشيخ الإمام محمد عبده 620/1 بإرغام أوربة على الأخذ بالقوانين الغربية. المرجع نفسه، تعليق المترجم، ص202 هامش6.

[2] عدا شبه الجزيرة العربية، فقد بقيت بوجه عام محصنة وحدها من تأثير القوانين الأوربية. كولسون، المرجع نفسه، ص207، وباستثناء مراكش وتونس ونيجيريا الشمالية فقد احتفظت بنظام تشريعها الإسلامي التقليدي معمولا به لم يمس حتى فترة قريبة جدا، المرجع نفسه، ص210.

[3] ينظر: -كولسون، المرجع نفسه، ص207، 209، 214. -زيدان، المدخل، مرجع سابق، ص11. -المغربي، مرجع سابق، ص ص372-373. -الصده، د. عبد المنعم فرج، **مبادئ القانون**، ط.د، (بيروت: دار النهضة العربية، 1982)، ص ص83-84.

[4] ينظر: -الصابوني، د. عبد الرحمن، **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**، ط9، (القاهرة: مكتبة وهبة، 1403هـ/1983م)، ص ص18-19. -حسين فرّاج، مرجع سابق، ص158. -جعفر، مرجع سابق، ص208.

وقبل ذلك، تألفت لجنة علمية في مصر سنة 1915م من كبار علماء المذاهب الأربعة برئاسة وزير الحقانية لوضع مشروع قانون لمسائل الأحوال الشخصية، وقد أعدّت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق وما يتعلق بهما من المسائل، لكن لم يصدر به قانون لما لقيه من معارضة شديدة[1].

قامت بعد ذلك محاولات أثمرت صدور بعض قوانين الأحوال الشخصية تباعا وعلى امتداد الأعوام؛ تقنينا للفقه الإسلامي، تعالج مواضيع محدّدة، كان فاتحتها القانون رقم 25 الصادر سنة 1920م المكوّن من 13 مادة[2].

وهكذا استمرت حركة تقنين الأحوال الشخصية –في البلاد العربية– حتى بلغت أوجها في النصف الثاني من القرن العشرين بصدور مجموعة من القوانين، جامعة لأحكام الأحوال الشخصية[3]، وغدا التقنين أسلوبا متبعا في هذا المجال في أكثر البلاد العربية، في سياق مناهج تشريعية متنوعة.

البند الثاني: منهجية التقنين المعتمدة.

إذا كانت المنهجية المتبعة في أول تقنين للفقه الإسلامي، والمتمثل في مجلة الأحكام العدلية، قد التزمت التقيّد بالمذهب الرسمي للدولة، فإنّ تقنينات الأحوال الشخصية اعتنقت "مناهج تشريعية شتى"[4]، تجاوزت فكرة الالتزام بمذهب معين.

---

[1] ينظر: –حسين فرّاج، مرجع سابق، ص159. –الصابوني وزملاؤه، مرجع سابق، ص369.

[2] ينظر: –حسين فرّاج، مرجع سابق، ص ص159–160. –عبد الجواد، بحوث –تقنين الشريعة–، مرجع سابق، ص23.

[3] تنظر في: الصابوني، نظام الأسرة، مرجع سابق، ص19 فما بعد.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الجامعة العربية كوّنت –منذ سنوات– لجنة من رجال القانون والفقه الإسلامي، وبدأت عملها في تقنين الفقه الإسلامي، بدءا بالمعاملات المدنية، غير أنّها لم تبصر النور. عبد الجواد، بحوث –تقنين الشريعة–، مرجع سابق، ص28.

[4] تشوار، د. جيلالي، «عدم المذهبية الصرف كمنهج تبنّاه المشرّع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع3، (2009)، ص308. وينظر: كولسون، مرجع سابق، ص244 فما بعد. وقد لخص المترجم مضمون ما انتهى إليه كولسون فقال: ص260 هامش34: العمل بمبدأ التخيير قد اتخذ أساليب ثلاثة متميزة:

1) الانتقال عن الرأي الراجح في المذهب المعتمد إلى الأخذ بالرأي الأرجح في أيّ من المذاهب السنية الثلاثة.
2) الانتقال عن الرأي الراجح في المذاهب المتعددّة إلى الآراء الشاذة والغريبة.
3) المزج بين الأقوال المختلفة واستخراج رأي ملفق من هذه الأقوال.

ظهر ذلك -أول ما ظهر- في قانون حقوق العائلة العثماني، تلاه القانون رقم 25 الصادر سنة 1920 في مصر، اللذين مثلا بداية الخروج من المذهب الحنفي السائد إلى المذاهب الثلاثة الأخرى.

هذه الخطوة شجعت "الاتجاه اللامذهبي" الذي كان مشلولا "لكي يتحرك" ممّا جعل -فيما بعد- قوانين الأسرة توسع من دائرة الأخذ بآراء المذاهب الفقهية الأخرى[1] ممّا وراء المذاهب الأربعة.

وهكذا انتهى الأمر، في مجال تقنينات الأحوال الشخصية، في البلاد العربية والإسلامية واستقرّ في الأخذ من مختلف المذاهب الإسلامية، والاستفادة من ثمرات الاجتهادات الفقهية المتنوّعة؛ بالنظر إلى الفقه على أنّه "وحدة متكاملة في ضوء منهجية التقنين"[2].

الفقرة الثانية: النظام القانوني لقضايا الأحوال الشخصية في الجزائر.

لم يشذ النظام القانوني الحاكم لقضايا شؤون الأسرة في الجزائر عن نظرائه في البلاد العربية والإسلامية؛ فيما يتعلق بمصدر القاعدة القانونية، فمن استمداد الحكم من المراجع الفقهية، إلى تقنين بعض مسائل الأحوال الشخصية، إلى ميلاد قانون الأسرة، يتجلى ذلك في البندين المواليين:

البند الأول: مصادر القاعدة القانونية قبل قانون 1984.. من الوحدة إلى التنوع.

على غرار الدول الإسلامية، هيمنت الشريعة الإسلامية على النظام القانوني في الجزائر منذ دخول سكان الجزائر في الإسلام إلى عهد الاحتلال الفرنسي[3]، فكانت هي مرجع سير وتنظيم الجهاز القضائي في كلّ شيء، وكان المذهب المالكي هو مصدر القضاة، خلا أتباع المذهب الإباضي؛ فقد كان لهم قضاتهم[4].

---

[1]- تشوار، مرجع سابق، ص 305. وينظر: -حسين فرّاج، مرجع سابق، ص ص158-159. -الزرقاء، مرجع سابق، ص208.

[2]- إمام كمال الدين، مرجع سابق، ص294. هذا باستثناء بعض القوانين التي انفردت بموقف لم تسبق إليه، واستحدثت أحكاما جديدة خرجت بمقتضاها على المذاهب الفقهية كلها، بل على نصوص القرآن والسنة؛ ظهر ذلك في تركيا حيث أخذت بالقانون الأسري السويسري سنة 1927، وخرجت كاملا على أحكام الشريعة. كولسون، مرجع سابق، ص215. وكذا تونس والعراق، تشوار، مرجع سابق، ص305.

[3] ينظر: -أبرباش، مرجع سابق، ص365. -فركوس، د. صالح، **المختصر في تاريخ الجزائر**، ط.د، (عنابة: دار العلوم، ت.د)، ص217.

[4] سعد الله، مرجع سابق، ج1، ص394.

هذا الوضع تغيّر مع مجيء العثمانيين؛ إذ جعلوا المذهب الحنفي مذهبا رسميا دون التدخل في المذاهب الأخرى[1]، وبذلك تألفت السلطة القضائية من محكمتين؛ حنفية وأخرى مالكية[2]، ومجلس شرعي أعلى مشترك، ينعقد أسبوعيا في الجامع الكبير بالعاصمة للنظر في النوازل، وفي المسائل التي تثير اختلافا بين القضاة عند التطبيق[3].

هذا النموذج استمر مع بداية الاحتلال الفرنسي للجزائر –عموما– بيد أنّه لم يصمد طويلا، رغم "اتفاق 1830 بين الداي حسين وبورمون على احترام الدين الإسلامي ممّا فهم منه احترام تطبيق الشريعة الإسلامية، ولكن ذلك لم يحصل إلا جزئيا وعلى مراحل"[4]؛ إذ شرعت سلطة الاحتلال –ابتداء من العشرية الثانية للاحتلال– في التدّخل تدريجيا في شؤون القضاء الإسلامي قصد تضييق نطاق ولايته، وإخضاع الجزائريين للقانون والقضاء الفرنسي، حتى انحصرت صلاحيته في مسائل الأحوال الشخصية، مع تدخل القضاء الفرنسي في هذا المجال أيضا من خلال نظام الاستئناف الممارس من لدن المحاكم الفرنسية على المحاكم الشرعية[5]، هذا ما كان في شأن أغلب المسلمين (فئة الأهالي).

أمّا في منطقة ميزاب فقد بقي القضاء يتبع المذهب الإباضي، على حين أخضع سكان زواوة (القبائل) إلى العرف المحلي[6].

---

[1] المرجع نفسه، ص392.

[2] ينظر: –فركوس، مرجع سابق، ص118. –سعد الله، د. أبو القاسم، **محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث –بداية الاحتلال–**، ط3، (الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1982)، ص53. "وقد كان القضاة متوفرين في المدن والأرياف، ففي المدن الرئيسية قاضيان؛ مالكي وحنفي إلى جانب القاضي بالمذهب الإباضي..."، سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج4، ص423.

[3] ينظر: –سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج1، ص258. –الجيلالي، عبد الرحمن، **تاريخ المدن الثلاث –الجزائر، المدية، مليانة–**، ط1، (الجزائر: دار الأمة، 2007)، ص54. وكان هذا المجلس يضمّ المفتي المالكي والمفتي الحنفي والقاضيين المالكي والحنفي وكبار العلماء والقضاة، وينعقد يوم الخميس، سعد الله، تاريخ الجزائر، مرجع سابق، ج1، ص258، وفي ج4 له، مرجع سابق، ص423: "مجلس قضائي أو علمي، ينظر في الحالات المستعصية على القضاة، ويعقد دورة أسبوعية يوم الجمعة بعد الصلاة...".

[4] سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج4، ص420، 423.

[5] ينظر: –سعد الله، المرجع نفسه، ج4، ص420، 427، 434، 475. –فركوس، مرجع سابق، ص221. –كولسون، مرجع سابق، ص207، 229.

[6] ينظر: –سعد الله، تاريخ الجزائر، مرجع سابق، ج4، ص ص454-455، وج10، ص ص50-51. –فركوس، مرجع سابق، ص222.

وقد كان مختصر الشيخ خليل بن إسحاق المالكي وشروحه؛ هو مرجع قضاة المحاكم الإسلامية في أقضيتهم، وكذا رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وتحفة الحكام لابن عاصم، هذه المراجع اعتمدت عليها أيضا المحاكم الفرنسية (القضاة الفرنسيون)[1]، بعد أن ترجمت إلى الفرنسية[2].

استمرّ الوضع هكذا إلى بداية القرن العشرين الميلادي، وبالضبط في 22 مارس 1905 حيث صدر مرسوم الحاكم العام الذي نص على تكوين لجنة خاصة بغرض تقنين الفقه الإسلامي[3]، وتألفت اللجنة برئاسة "مارسيل موران" «Marcel Morand» عميد مدرسة الحقوق بالجزائر، وانتهت من عملها في 16 ماي 1914 بإصدار مجلة الأحكام الإسلامية، أو مجموعة موران، متضمنة ما توصل إليه من نتائج في الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي في 781 مادة موزعة على أربعة كتب؛ الأحوال الشخصية، الوقف، العقارات، البيّنات[4]، وكان غرض

---

[1] سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج4، ص422، 479.

[2] فقد ترجم الدكتور بيرون (Perron) مختصر خليل وطبع في باريس في سبعة مجلدات ما بين 1848-1854. وترجم فانيان (E. Fagnan) جزءا من مختصر خليل "الزواج والطلاق-Mariage et Répudiation" ونشر في الجزائر سنة 1909، وترجم أيضا رسالة ابن أبي زيد القيرواني ونشرت سنة 1914. وترجم هوداس (O. Houdas) ومارتيل (F. Martel) تحفة ابن عاصم ونشرت مع النص العربي مدعمة بشروح قانونية وملاحظات فقهية لغوية في الجزائر: 1882-1893.

Voir : Jean-Robert, Henry, et François Balique, **la doctrine coloniale du droit musulman algérien**, bibliographie systématique et introduction critique, (Paris : édition du Centre National de la Recherche Scientifique, 1979), P 77, 78, 79, 89.

[3] فركوس، مرجع سابق، ص ص222-223.

[4] بوسطلة، مرجع سابق، ص51، وفيه: أنّ اللجنة اجتمعت لأول مرة في 27 ماي 1905.

وعند سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج4، ص533: تألفت سنة 1906 من ستة عشر عضوا فرنسيا وخمسة جزائريين. وفي ج7، ص105: ظهرت المجلة سنة 1907 واستمرت في الظهور على الأقل إلى سنة 1913، وعنوانها الكامل هو: "مجلة الأحكام السارية الجزائرية"، ولها بالفرنسية عنوان معناه: "مجموعة القوانين الدينية الجزائرية".

وقد وقفت على كتابين من مشروع تقنين الفقه الإسلامي؛ الكتاب الثاني ويتعلق بنظام الميراث والحبوس، من المادة 264 إلى المادة 489 موزعة على ثلاثة أبواب:

Gouvernement général de l'Algérie : direction des affaires indigènes, **Projet de codification du droit musulman, IV texte de l'avant-projet concernant les successions**, (Alger : imprimerie orientale pierre fontana, 1909).

والكتاب الرابع يتعلق بأدلة الإثبات من المادة 710 إلى المادة 788 موزعة على بابين:

Gouvernement général de l'Algérie : direction des affaires indigènes, **Projet de codification du droit musulman, VII texte de l'avant-projet concernant les preuves**, (Alger : imprimerie orientale fontana frères, 1912).

الفرنسيين من هذا التقنين "دمج ما بقي من اختصاص المحاكم الإسلامية في القانون الفرنسي"[1].

هذه المجلة التي لم تكن ملزمة، وإن أخذ القضاة الفرنسيون والمجالس الابتدائية يطبقون ما جاء فيها، لم يتقيّد واضعوها بفقه الإمام مالك، بل استمدوا كذلك من فقه الإمام أبي حنيفة وفقه الإمام الشافعي[2]، ومن القانون الفرنسي أيضا، لذلك وصفها البعض بأنّها "كودا لقيطا من إنتاج الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي"[3].

لم يحظ هذا المشروع، إذا، بالصفة الرسمية، وبقي الوضع على حاله إلى أن عمد المقنن الفرنسي إلى سن مجموعة من القوانين تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية بغرض "إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية"[4]، منها على وجه الخصوص[5]:

1. القانون رقم 778/57 الصادر بتاريخ 1957/07/11 المتضمن أحكام الولاية، والوصاية، والقوامة، والحجر، وأحكام المفقود، وكيفية إثبات الزواج.

2. الأمر رقم 274/59 الصادر في 1959/02/04 المتضمن بعض أحكام الزواج والطلاق.

---

[1] سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، مرجع سابق، ج4، ص530، وقارن بـ: ج7، ص105، حيث يقول: "أمّا الفرنسيون فقد كان غرضهم أمرا آخر كانوا يريدون إخضاع المعاملات الإسلامية للقانون الفرنسي وحصر الشريعة في مسائل الزواج والطلاق، لأنّ التركات قد تدّخل فيها القانون الفرنسي أيضا".

[2] سعد الله، المرجع نفسه، ج4، ص536.

[3] مقال في مجلة العالم الإسلامي سنة 1910، الذي كان يديرها "لوشاتلييه"، وربما –كما يذكر سعد الله– هو صاحب المقال حيث جاء فيه: "إنّ فرنسا قد اصطنعت في الجزائر إسلاما، فريدا خاصا بها... وها نحن نصوغ الآن..."، المرجع نفسه، ج4، ص349.

[4] تقية، محمد، «تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية»، **مجلة الفكر القانوني**، ع1، (نوفمبر 1984)، ص18.

[5] ينظر: –حماني، أحمد، «حول مشاكل الأسرة»، **مجلة الأصالة**، الجزائر، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، ع13، (السنة الثالثة، 1393هـ/1973م، مصورة ضمن المجلد الرابع، منشورات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بمناسبة تلمسان عاصمة الثقافة الإسلامية، 2011)، ص ص12–13. –العربي، د. بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط5، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007م)، ج1، ص 18. –سعد، عبد العزيز، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد**، ط4، (الجزائر، دار هومة، 2010م)، ص8.

3. المرسوم رقم 7082/59[1]، الصادر في 1959/09/17[2]، الذي حدّد شروط تطبيق أمر 1959.

هذه النصوص التشريعية استمر العمل بها بعد الاستقلال سدا للفراغ التشريعي؛ بمقتضى القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31، الذي مدّد العمل بالتشريع القديم الموروث عن الاستعمار إلا إذا "مسّت بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية"[3].

وبذلك أصبحت النصوص التشريعية الثلاثة السابقة –بالشروط التي تضمنها قانون 1962/12/31–، إضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هي الإطار القانوني الذي يحكم قضايا الأحوال الشخصية بعد الاستقلال إلى غاية 1975/07/05، إذ غدت "أحكام الشريعة الإسلامية" –بمقتضى المادة 2/1 من القانون المدني[4]– "القانون المطبق وحده في مجال قضايا الأحوال الشخصية"[5].

البند الثاني: نحو اجتهاد قضائي موّحد في قضايا شؤون الأسرة بميلاد قانون 1984.

في ظلّ هذا الوضع القانوني السائد[6]، وبعد طول انتظار صدر الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 5 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، وكانت جملة من

[1] عند تقية، مرجع سابق، ص20: رقم 59-1082.

[2] عند تقية، المرجع نفسه، ص20: 17-04-1959.

[3] المادة الثانية من القانون المذكور: تقية، المرجع نفسه، ص19.

[4] الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 26-09-1975، ج.ر، ج.ج عدد(78) لسنة 1975.. وفي هذا نظر؛ إذ لا يستسيغ على القول بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأصول الكلية للشريعة المتفق عليها، والتي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية.

[5] تقية، المرجع نفسه، ص20. وينظر في موافقة هذا الرأي: تقية، د. عبد الفتاح، «الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي»، –عرض حال عن محتوى رسالة دكتوراه–، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع2، (2007)، ص328.. هذا، وقد صدرت بعض القوانين قبل ذلك مثل قانون 29-06-1963 رقم 1963/224 المتضمن تحديد الحد الأدنى لسن الزواج.. والأوامر في: 23-06-1966، و16-09-1969 (أمر رقم 72/69) والأمر رقم 65/71 الصادر بتاريخ 22-09-1971 المتعلقة بكيفية إثبات الزواج. ينظر: –تقية، محمد، مرجع سابق، ص ص21-23. –العربي بلحاج، مرجع سابق، ص19.

[6] والذي أحدث اضطرابا لدى القضاة والفقهاء حول القانون الواجب التطبيق، ينظر: جمعي، ليلى، **التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة ماجستير، (جامعة وهران: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1994)، ص ص2-4.

المحاولات والمشاريع الهادفة إلى تقنين أحكام الأسرة قد تقدمته ولم تفلح نظرا للصراعات الأيديولوجية حول طبيعة هذا القانون المرجعية[1].

صدر إذن قانون الأسرة[2]، الذي استمدّ مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية، وبخاصة مذهب الإمام مالك[3]، متضمنا 224 مادة موزعة على أربعة كتب، زيادة على الأحكام العامة، وهي على التوالي: الزواج وانحلاله، النيابة الشرعية، الميراث، التبرعات، ومحيلا القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في حالة عدم وجود نص تشريعي يطبقه على الخصومة المعروضة عليه، خلافا لأغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية التي أحالت القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى المذهب الفقهي السائد في البلد.

هذا القانون الذي "قنن أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية"[4]، في "قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية"[5]، توسم البعض فيه مكسبا قانونيا —على

---

[1] ينظر: -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص21 هامش02. -جمعي ليلى، مرجع سابق، ص03. -العيش، فضيل، **قانون الأسرة مدّعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا**، ط2، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007)، ص09. -سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص10. -فاضلي، د. إدريس، «قانون الأسرة بين الثابت والمتغير»، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ج34، رقم4، (1996)، ص636.

[2] ينظر: الجدل حول التسمية الصحيحة؛ قانون الأسرة أم قانون الأحوال الشخصية. -سليمان، د. علي علي، «حول قانون الأسرة»، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: معهد العلوم القانونية والإدارية، ع2، (جوان 1986)، ص443. -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص15. -بن ملحة، د. الغوثي، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008)، ص06. -بن ملحة، د. الغوثي، «حول المقالة بعنوان: التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة»، **مجلة الشرطة**، الجزائر: المديرية العامة للأمن الوطني، ع47، (ديسمبر 1991)، ص19.

[3] ينظر: -آيت حمودي، حليمة، «مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري»، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية، ج39، رقم3، (2001)، ص124. -ولد خسال، د. سليمان، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، (الجزائر: دار طليطلة، 1432هـ/2010م)، ص11. -فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص637. -العربي بلحاج، مرجع سابق، ص20.

[4] سليمان علي علي، حول قانون الأسرة، مرجع سابق، ص444. وينظر: ماروك، د. ناصر الدين، «قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق»، **مجلة المجلس الإسلامي الأعلى**، ع3، (1420هـ/2000م)، ص300.

[5] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص22.

ما وجّه إليه من انتقادات؛ من قبيل أنّ أغلب أحكامه جاءت في مواد عامة مجملة، يشوبها الغموض والإبهام[1]-، استطاع -إلى حدّ كبير- أن يحقق الاستقرار القانوني في مجال المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية، وسهل على القاضي والمتقاضي، وقضى على فوضى الأحكام القضائية المتضاربة[2]، كما أثنى البعض على صياغته التي امتازت على صنوتيها في القانونين المدني والتجاري[3].

فإلى أيّ مدى صدقت تلك الفراسات في ظل جملة من المعطيات، في مقدمتها "لا مذهبية المصدر الاحتياطي"!؟.. لعلّ الإجابة عن هذا السؤال تنجلي بعد عرض الإشكالات التي تعتري إعمال المادة 222 منه، وآثارها.

وفي خاتمة هذا المبحث يستحسن التذكير بما يلي:

1- كانت مصادر الشريعة الإسلامية (القرآن والسنة...) هي مرجع القضاة في الإسلام في أول الأمر، ثم صار مرجعهم -فيما بعد- المدونات الفقهية.

2- الركن الموضوعي للتقنين ممثلا في الإلزام؛ هو الذي تهيبه أولي الأمر في الإسلام، فلم تأخذ الفكرة طريقها إلى التنفيذ.

3- لم تعرف دائرة التطبيق القضائي في الإسلام التقنين إلا مع ظهور مجلة الأحكام العدلية في العهد العثماني، وإن لم تكن الفكرة غريبة عن العقل الفقهي وطموحاته منذ العصور الأولى.

4- بعد ظهور مجلة الأحكام العدلية توالت الدعوات إلى تقنين الفقه الإسلامي، فانتهى الأمر إلى ظهور تقنينات متعلقة بالمجال الأسري في شتى البلاد العربية.

---

[1] ينظر: -قاضي سعيد، في حوار أجرته معه مجلة التذكير حول قانون الأسرة، عدد خاص رقم01، أفريل 1990، نقلا عن: جمعي ليلى، مرجع سابق، ص07. -لدرع، كمال، «نظرة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي»، **مجلة المعيار**، جامعة الأمير عبد القادر: قسنطينة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، ع1، (رمضان 1422هـ/ نوفمبر 2001)، ص204. -تشوار، د. جيلالي، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، ط.د، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2001)، ص153 هامش1. -داودي، د. عبد القادر، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ط1، (الجزائر: دار البصائر، 2007)، ص320.

[2] ينظر: -بن شويخ، د. رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، (الجزائر: دار الخلدونية، 1429هـ/2008م)، ص03، 09. -سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص11. -سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط3، (الجزائر: دار هومة، 1996)، ص13. -لدرع كمال، مرجع سابق، ص186.

[3] سليمان علي علي، حول قانون الأسرة، مرجع سابق، ص443.

خلاصة الفصل:

حاول البحث في هذا الفصل أن يقف على المسار التاريخي لتقنين القواعد القانونية، ومبرراته في مختلف النظم القانونية، فكانت النتائج التالية:

1- التقنين إرث مأثور عن الحضارات الموغلة في القدم، وقد تدرج إلى النضج والاكتمال إلى أن وصل إلى أرقى صوره في العصر الحديث؛ مع ظهور تقنينات نابليون التي شكلت منعطفا حاسما في مسيرة التقنين.

2- وحدة التطبيق القضائي، وتقريب القواعد القانونية من القاضي والمتقاضي؛ كانا أهم مبررات المصير إلى التقنين في مختلف النظم القانونية.

3- لذلك لم تفلح الانتقادات الموجهة إلى التقنين في صرف الأنظمة القانونية عن احتضانه، إذ استقرت أغلبها على تبني الفكرة؛ انتصارا لمزايا التقنين.

4- هذا الوضع؛ لم يشذ عنه النظام القانوني الإسلامي، فتبنى فكرة تقنين الفقه الإسلامي وانتصر لها في العصر الحديث، بعد أن ظلت رهينة النظر والطموح على امتداد القرون الماضية. غير أن تقنين الفقه الإسلامي انحصر في مجال الأحوال الشخصية تبعا لإلجائه في التطبيق القضائي إلى هذا المجال وهيمنة القوانين الغربية على المجالات الأخرى، نتيجة ابتلاء العالم العربي بقوى الاستكبار العالمي.

5- فنشطت حركة تقنين الفقه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية في البلاد العربية، وبلغت أوجها في النصف الثاني من القرن العشرين الميلادي؛ بصدور مجموعة من القوانين جامعة لأحكام الأحوال الشخصية، ومتجاوزة فكرة الالتزام بمذهب فقهي معين إلى الاستفادة من ثمرات اجتهادات مختلف المذاهب الفقهية.

الفصل الأول:
التضييق والتوسيع في رسم الدائرة الدلالية لنص "المادة 222 ق.أ.ج"

المبحث الأول: نطاق الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: طبيعة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية

بعد أن كانت الشريعة الإسلامية -متمثلة في المدارس الفقهية-؛ هي المصدر الأصلي لمسائل الأحوال الشخصية في مجمل البلاد العربية -كما سبق-، يستمدّ القاضي الحكم لفصل الخصومات المعروضة عليه من المراجع الفقهية، غدت في الوقت الحاضر -بعد أن سادت فكرة التقنين- مصدرا ماديا وتاريخيا لقوانين الأحوال الشخصية العربية، ومصدرا رسميا احتياطيا -لأكثرها- في حالة عدم وجود نصّ تشريعي -فيها- يطبقه القاضي.

بيد أنّ قانون الأسرة الجزائري باين سائر القوانين العربية في أمرين:

1. منهج الصياغة القانونية المتبنى من قبل المشرّع الجزائري في عرض القواعد، هذا المنهج يتسم بالإجمال والإبهام، زيادة على إغفال كثير من المسائل المهمة (ما أغفل أكثر ممّا نص عليه).

2. إحالة القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب معين (م 222)، خلافا لأغلب القوانين العربية التي قيّدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد.

تطبيق هذا النص التشريعي -م 222 ق.أ.ج-، وفي ظلّ منهج الصياغة المتبع، إضافة إلى ملاحظة طبيعة العمل القضائي، وعدم تخصّص القضاة في المجال الشرعي، تعتريه بعض الإشكالات؛ تتعلق -أصلا- بأوان رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ أعني متى يقرر الفراغ التشريعي؟ (مبحث أول)، وبكيفية الرجوع؛ مجتهدا، أم متخيرا، أم مقيدا !؟ (مبحث ثان).

المبحث الأول: نطاق الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

يستمدّ قاضي شؤون الأسرة الجزائري القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الخصومة المعروضة عليه من قانون الأسرة الجزائري بمقتضى المادة الأولى[1] منه، غير أنّ التشريع الأسري –وعلى غرار جميع التشريعات– لا يوفر على حلول لجميع المسائل والوقائع.

وعلاجا لهذا الوضع، وضع المشرّع نص المادة 222 بين يدي القاضي؛ يستمدّ –بمقتضاها– القاعدة القانونية من الشريعة الإسلامية إذا لم يسعفه التشريع بذلك حتى لا يكون منكرا للعدالة.

غير أنّ اعتماد هذا المسلك، –استمداد الحل من الشريعة الإسلامية– لا يستساغ للقاضي إلا بتحقق شرط أو ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المستفاد من نص المادة 222 ق.أ.ج، ألا وهو: عدم ورود النص على القاعدة القانونية التي تحكّم في الخصومة المطروحة للفصل (مطلب أول) في "هذا القانون" (مطلب ثان).

المطلب الأول: انعدام النص على حكم المسألة المنظورة.

هذا هو الشطر الأول من ضابط إعمال نص المادة 222 ق.أ.ج، فيتعيّن على القاضي أوّلا أن يبحث عن القاعدة القانونية لفصل الخصومة المعروضة عليه في نصوص قانون الأسرة، ولا يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكّم في التنازع الذي يروم حسمه، غير أنّ الصعوبة تكمن في تحديد نطاق المنصوص عليه في عرف المشرّع الجزائري في ظلّ منهج الصياغة المتبنى من قبله، فمتى يكون ناصا على حكم المسألة؟، ومتى يكون ساكتا فيتقرر النقص التشريعي الذي يكمله نص المادة 222 ق.أ.ج.

لمعالجة هذا الإشكال يتحتّم رسم وتحديد دائرة البيان بالنص –تحديد مفهوم البيان بالنص ومجاله– (فرع أول)، ثم تطبيق ذلك على عينة من المسائل –دراسة بعض المسائل في ضوء هذا التحديد– (فرع ثان).

---

[1] القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09-06-1984، ج.ر، ج.ج عدد(24) لسنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02، المؤرخ في 27-02-2005، ج.ر، ج.ج عدد(15) لسنة 2005.

الفرع الأول: المنصوص عليه في عرف المشرّع الجزائري.

يتعين على القاضي، إذن، أن يستثمر كافة طاقات النص في الدلالة على معانيه؛ للظفر بحكم للقضية المنشورة أمامه قبل أن يقرّر غيبة النص التشريعي، ويستنجد بنص المادة 222 ق.أ.ج.

وإذا كانت بعض طرق الدلالة بيّنة الوضوح، لا تثير إشكالا؛ من حيث اندراجها في المنصوص عليه من عدمه (فقرة أولى)، فإنّ بعض طرق الدلالة يشوبها الغموض والإبهام (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: البيان باللفظ والفحوى (تطبيق النص في لفظه وفي فحواه).

لاشك أنّ تطبيق أيّ قاعدة قانونية يتقدمه تفسيرها وفهمها من لدن القاضي، "فالتفسير القضائي عنصر جوهري في تطبيق القانون"[1]؛ به يوطؤ رسم حدود النص القانوني ونطاقه[2]، وباعتبار أنّ القوانين الجزائرية، ومنها قانون الأسرة، سنت باللغة العربية، فإنّ قواعد تفسير النصوص في الفقه الإسلامي التي قرّرها علماء أصول الفقه هي نفسها التي يعتمدها فقهاء القانون –ويطلقون عليها: الطرق الداخلية– في تفسير القواعد القانونية، استنادا إلى أنّها قواعد لغوية حيادية تحكّم في أيّ نص مكتوب باللغة العربية[3].

---

[1] بن ملحة، غوثي، «أفكار حول الاجتهاد القضائي»، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ج35–رقم3، (1997)، ص634.

[2] التفسير هو: "تحديد معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها العملي واستخلاص الحلول التي تتضمنها العلاقات القانونية بما يدخل في هذا من إيضاح غامضها وتفصيل مجملها...". بدوي زكي، معجم المصطلحات القانونية، مرجع سابق، مادة: تفسير. –وينظر: جيرار، كورنو، **معجم المصطلحات القانونية (أ–ش)**، ط1، ترجمة: منصور القاضي، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، 1418هـ/1998م)، ص525.

[3] ينظر: –السعدي صبري، تفسير النصوص، مرجع سابق، ص198، وص ص308–310. –سليم عصام أنور، المدخل، مرجع سابق، ص371 فما بعد. –الدريني، د. فتحي، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، ط3، (دمشق–بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1429هـ/2008م)، ص367. –زيدان، د. عبد الكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1417هـ/1997م)، ص275 هامش1.

وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني[1]، نجدها -في فقرتها الأولى- تنص على: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها"، فيتحصل أنّ المراد بالنص في عرف المشرع الجزائري بمقتضى هذه الفقرة من المادة الأولى؛ ما كان منصوصا عليه لفظا أو فحوى (ما استفيد من ألفاظ النصوص أو فحواها)، فعلى قاضي شؤون الأسرة أن يعتمد الحكم الذي تقرّره النصوص لفظا أو فحوى في قانون الأسرة؛ باعتبار أنّ هذه المادة من المواد التي تضع المبادئ العامة، والتي لا تقتصر على القانون المدني وحده.. بل "تسري بالنسبة إلى كلّ فروع القانون الخاص"[2].

والمقصود بفحوى النص في حكم هذه المادة "كلّ ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أي ألفاظه، فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق إشارته أو دلالته أو اقتضائه"[3]، أو ما يستفاد من طريق مفهوم المخالفة[4].

فتفسير النص أو فهم معناه إمّا أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالته أو اقتضائه، وكلّ معنى يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربعة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به[5]، وينضاف إلى هذه الطرق الدلالية الأربعة، طريق خامس، وهو مفهوم المخالفة، مع ضرورة الاحتياط والحذر في استمداد الحكم بواسطة هذا الطريق، كما ينبّه على ذلك فقهاء القانون، "فلا يلتجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على نقيض حكمه في الحالة المسكوت عنها قوية جدا..."[6].

---

[1] الأمر رقم: 75-58، مرجع سابق.

[2] فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص264.

[3] الصده، د. عبد المنعم فرج، **أصول القانون**، ط.د، (بيروت: دار النهضة العربية، 1978)، ص299. -وينظر: وزاني، د. خالد، **مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون**، ط.د، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2008)، ص659، إذ يقول: "الواقع أنّ المعنى المستفاد من روح النص يتحدّد -عند فقهاء القانون- عن طريق إشارة النص، وعن طريق دلالته ومفهومه".

[4] سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص ص261-262.

[5] الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص306.

[6] الصده، المرجع نفسه، ص305. وينظر: -السعدي، مرجع سابق، ص272. -فرج توفيق حسن، المدخل، مرجع سابق، ص424. -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص262، 379. هذا ويذهب بعض فقهاء القانون إلى أنّ هذا الطريق لا يعتمد عليه في استنباط الحكم من النص: "النص لا يستدل به على حكم من مفهوم المخالفة". تناغو، مرجع سابق، ص763.

هذه الدلالات الخمس يتعين على قاضي شؤون الأسرة، وهو يطلب الحكم للقضية المعروضة عليه، استثمارها في استمداده من نصوص قانون الأسرة بشرط ألا يتكلف أو يتعسف في ذلك، حتى لا تلوى أعناق النصوص وتفصل عن سياقاتها فتحمّل ما لا تحتمله.

وقد وقع شيء من ذلك لبعض الباحثين؛ فقرّر اشتراط لفظ خاص في الخلع، أخذا من نص المادة 54 ق.أ.ج[1].

ولا ريب أنّ في هذا الاستدلال تعسفا، ذلك أنّ نص المادة 54 ق.أ.ج سيق لتقرير مشروعية الخلع، ولا يتحدث عن ألفاظه وشروطها، فهي بمنأى عن السياق؛ فما عسى المشرع أن يقول ليعبّر عن جواز الخلع !؟.

بقيت مسألة مهمّة يتحتم بحثها، وهي الحكم المستفاد من طريق القياس، هل يندرج في المنصوص عليه؛ فيقدم على أحكام الشريعة الإسلامية؟.

لقد أدرجه البعض[2] في دائرة تطبيق النص في فحواه، فيكون –على هذا الاعتبار– منصوصا عليه، فلا يتحقق شرط تطبيق نص المادة 222 ق.أ.ج، بل يجب العمل بمقتضى القياس.

---

[1] إلغات، ربيحة، «الطلاق بالخلع»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع4، (2009)، ص314، إذ تقول: "لقد اشترط المشرّع في ذلك لفظا خاصا فقال: يجوز للزوجة أن تخالع؛ أي تقول لزوجها قولا عماده لفظ "أخلعني" أو "أختلع منك" أو "أريدك أن تخالعني"، فإن لم تستعمل إحدى هذه الألفاظ فلا تكون مخالعة لزوجها، وإنّما تكون في وضعية قانونية أخرى غير وضعية الخلع"، ونص المادة 1/54 هو: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".. وفي السياق ذاته، قرّر بعض الباحثين بطلان طلاق المكره، أخذا من نص المادة 48 ق.أ.ج: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتمّ بإرادة الزوج..."، فقال: "وعليه فإنّه واضح من نص المشرّع أنّ الطلاق يقع بإرادة الزوج، فمن كانت إرادته ناقصة، أو معدومة فلا يقع طلاقه... وعلى هذا يسير الحكم في القانون، فمتى كان التصرّف صادرا تحت تأثير الإكراه كان باطلا"، تقية، د. عبد الفتاح، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء**، ط.د، (الجزائر: منشورات ثالة، 2011)، ص21.

فلا يسوغ استفادة حكم طلاق المكره في ق.أ.ج من هذا النص، لأنّه يقرّر من يملك الطلاق ولا يتحدث عن شروط الإرادة الموقعة للطلاق.. وحتى لو حملنا الإرادة هنا على ذلك فهو لم يشر إلى الإرادة المعيبة، وعليه فالمسألة مرسلة.

[2] سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص261: "... 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...". وفي موضع آخر: ص377، يظهر أنه يقصد به مفهوم الموافقة: "إن الاستدلال أو دلالة النص يشمل القياس عن طريق مفهوم الموافقة تارة والاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة تارة أخرى".

غير أنّ هذا الرأي لا يجد سندا له عند علماء الأصول[1]، ولا عند فقهاء القانون الذين حصروا طرق دلالة النصوص على معانيها في أربعة أو خمسة كما مرّ، أمّا القياس، وهو مصدر من مصادر استنباط الأحكام عند علماء الأصول، فلا يصار إليه، إلا في حالة عدم وجود نص شرعي يحكم المسألة، أو إجماع، لأنّه لا اجتهاد في مورد النص[2].

لذا يستبعد هنا اعتماد قاضي شؤون الأسرة على القياس وتقديمه على أحكام الشريعة الإسلامية أمام وجود النص وصراحته (م.222 ق.أ.ج)، "فاللفظ أقوى من القصد"[3].

يتحصل ممّا سبق، أنّ ما نصّ عليه المشرّع الجزائري تشمله الدلالات الخمس، وأنّ القاضي إذا لم تسعفه النصوص القانونية –من طريق إحدى هذه الدلالات– بحلّ للقضية المنشورة أمامه، يصير إلى الاستنجاد بنص المادة 222 ق.أ.ج، مع ضرورة الإشارة إلى أمرين يتعين على قاضي شؤون الأسرة مراعاتهما:

الأول: إنّ حكم القضية المنظورة قد يستفاد من أكثر من نص قانوني، لذا على القاضي وهو يطلبه أن يسعى إلى جمع النصوص القانونية والتنسيق بينها؛ لما تشكله من "وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ويكمل بعضها بعضا"[4]، فما يكون غامضا أو مجملا في نص قانوني قد يتحدّد معناه في ضوء نص قانوني آخر، لاسيما مدلولات المصطلحات التي يستعملها المشرّع؛ قد تدرك بتتبع استعمالاتها في عدد من النصوص القانونية.

---

[1] يطلق الإمام الشافعي على دلالة النص؛ القياس الجلي؛ لظهور الأولوية في غير المنصوص عليه بالنسبة للمنصوص عليه، في العلة الواضحة.. أما الفارق الأساسي بين دلالة النص والقياس الأصولي؛ هو: أن العلة في دلالة النص بينة واضحة تفهم بمجرد اللغة.. في حين أن القياس لا تدرك علته إلا بالاجتهاد بالرأي لخفائها.. فأساس دلالة النص لغوي محض. أما القياس فأساسه تصرف عقلي قائم على الاجتهاد بالرأي. الدريني، مرجع سابق، ص ص249-250.

[2] لخضاري، د. لخضر، **تعارض القياس مع خبر الواحد وأثره في الفقه الإسلامي**، ط1، (بيروت: دار ابن حزم، 1427هـ/2006م)، ص136.

[3] الصابوني، د. عبد الرحمن، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**، ج2-الطلاق وآثاره-، ط5، (دمشق: المطبعة الجديدة، 1398-1399هـ/1978-1979م)، ص20، فالقياس وما دلّ عليه ليس داخلا في ما نصّ عليه المشرّع، بل هو مبني على معرفة غايته وقصده.

[4] السعدي، مرجع سابق، ص218، ويسمي هذا "بالعامل التنسيقي" في التفسير المنطقي. ويدرجه فقهاء القانون في طرق التفسير الخارجية "تقريب النصوص بعضها من بعض"، سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص380.

الثاني: إنّ المشرّع قد لا ينصّ على حكم كلّ مسألة استقلالا، وإنّما يضع قاعدة عامة تندرج تحتها جملة من المسائل، ومن هذا القبيل أيضا؛ النصوص العامة والمطلقة، فما يندرج في العام والمطلق منصوص عليه، فلا يتحقق شرط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية: البيان بالإلغاء وبإيراد بعض أفراد المسألة.

إذا كانت الدلالات السابقة لا تثير إشكالا من حيث اندراجها في المنصوص عليه من عدمه، فإنّ البيان بهذين الطريقين يشوبه الغموض والإبهام.

البند الأول: الإلغاء ودلالته.

ما يلاحظ على المشرّع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة سنة 2005م، أنّه عمد إلى بعض المواد القانونية فألغاها بموجب هذا التعديل، ولم يأت ببديل عن هذه المواد الملغاة يبيّن فيه موقفه من هذه المسائل.

هذا المنهج الذي اعتنقه المشرّع الجزائري يثير إشكالا يتعلق بدلالة الإلغاء في عرفه، لاسيما مع وجود نص المادة 222 ق.أ.ج. فهل ما ألغاه يندرج في المنصوص عليه؛ نفيا أو إثباتا، وعليه لا يتحقق للقاضي شرط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م. 222 ق.أ.ج)؟، أم يعدّ مرسلا فيكون الشرط متحققا؟.

لم تتوالف آراء الباحثين في قانون الأسرة وشرّاحه في موجب دلالة الإلغاء[1]، فبينما يفهم من معالجة بعضهم لمسائل من هذا النوع أنّ الإلغاء يقرّر فراغا تشريعيا يسدّ بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]؛ بمعنى أنّ إلغاء حكم مسألة ما لا يدلّ على تقرير نقيض الحكم الملغى، تردّد بعضهم في ذلك ولم يجزم بشيء[3]، في حين اضطرب بعض الشرّاح في مقتضى

[1] هذه الآراء استخلصت من بحوثهم ودراساتهم لمسائل محدّدة (أفراد معينة) كان المشرّع ناصا عليها ثم ألغاها، وليست واردة بخصوص دلالة الإلغاء عامة.

[2] بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدّل، مرجع سابق، ص188 في حديثه عن الوكالة في الزواج، وص69 عند حديثه عن اعتراض الولي على زواج من في ولايته (م 12 ق.أ.ج). وينظر أيضا: -سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص78. -العيش فضيل، مرجع سابق، ص27، إذ قرّرا -عند حديثهما عن الوكالة في الزواج- الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني (م 571 ق.م.ج).

[3] تشوار، د. جيلالي، «حق الأشخاص في اختيار ديانتهم وموقف الدساتير والقوانين المغاربية للأسرة منه»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع3، (2010)، ص277، عند حديثه عن ردّة الزوج كسبب من أسباب فسخ النكاح (م 32 ق.أ.ج).

البيان بهذا الطريق ولم يستقر على رأي واحد؛ فمرة يجنح إلى أنّ دلالة الإلغاء هي إقرار نقيض الحكم الملغى[1]، ومرة يقرّر النقص التشريعي كأثر لإلغاء بعض النصوص القانونية[2]، دون وضع معيار يفرّق به بين هذا وذاك.

كانت هذه آراء بعض الشرّاح والباحثين في قانون الأسرة في شأن الإلغاء ودلالته من خلال بحثهم لجملة من المسائل الملغاة، والواقع أنّه يتعسر –في ظل منهج الصياغة المتبنى من لدن المشرّع الجزائري– الوقوف على مراده من الإلغاء، خاصة في غياب الأعمال التحضيرية.

فالذي يظهر، باستقراء المواد والمسائل الملغاة[3]، أنّ دوافع ومقاصد الإلغاء عند المشرّع متعدّدة ومحتملة وليست على نسق؛ فقد يكون الإلغاء لعدم انسجام مضمون الحكم الملغى مع طبيعة عقد الزواج[4]، أو لأنّ المشرّع رأى فيه إقرارا للتمييز بين الجنسين وخدشا في مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي يسعى لتقريره في التشريع الأسري –حسب تصوره– نزولا عند مقتضى نصوص الدستور والاتفاقيات الدولية، وقد يكون سبب الإلغاء أنّ المسألة الملغاة نادرة الوقوع، والتقنين يكون للغالب الشائع لا للنادر، أو لأنّ هذه المسألة أو تلك أقحمت في التقنين وليست منه، بل تترك للعرف السائد...

---

[1] ولد خسال، الميسر، مرجع سابق، ص42، حيث قرّر عدم جواز الوكالة في الزواج قانونا لإلغائها.

[2] المرجع نفسه، ص87 عند حديثه عن ردّة أحد الزوجين، وص92 عند كلامه على واجب الرضاعة، إذ يقرّر الفراغ التشريعي –رغم إلغائهما– الذي يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

[3] – ألغيت بمقتضى المادة 18 من الأمر رقم: 05-02، مرجع سابق..
– المادة 12: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها...".
– المادة 20: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".
– المادة 38: المتضمنة حقوق الزوجة.
– المادة 39: المتضمنة واجبات الزوجة ومنها إرضاع الأولاد.
– المادة 63.
وعدلت بمقتضى المادة 10 من الأمر نفسه:
– المادة 30: ألغيت من المحرمات مؤقتا: "التي تزيد على العدد المرخص به شرعا".
– المادة 32: ألغيت ردّة الزوج كسبب من أسباب فسخ النكاح "أو ثبتت ردّة الزوج".
– المادة 37: ألغيت واجبات الزوج نحو زوجته.

[4] يرى العربي بلحاج: أنّ مفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني... ذكر ذلك قبل التعديل الجديد وإلغاء م 20 ق.أ.ج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ص75، على حين يذهب العيش فضيل إلى أنّ الوكالة ألغيت "كونها كانت على سبيل التكرار"، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص27.

هذه بعض الاحتمالات –في شأن دوافع ومقاصد الإلغاء– تساق هنا على أنّها مجرد تخمينات لا تنهض –في غياب المذكرة الإيضاحية وعدم وضوح المصدر التاريخي للنص مع جنوح المشرّع إلى التلفيق– على أساس علمي، ولا يمكن في ضوئها استخلاص مقصد المشرّع من الإلغاء على سبيل الجزم.

وأمام هذا الغموض حول دلالة الإلغاء، يتقوى القول بأنّ إلغاء مسألة ما، لا يدلّ على تقرير نقيضها ما لم ينص صراحة على ذلك أو تنقدح في الذهن قرائن قوية ترشد إلى إرادة النقيض؛ لأمرين:

الأوّل: للاحتمالات الواردة في شأن مقصد الإلغاء، والاحتمال يسقط الاستدلال لاسيما أمام صراحة نص المادة 222 ق.أ.ج.

الثاني: لأنّ القول بخلاف ذلك يفضي إلى التناقض والاضطراب؛ بيان ذلك:

إمّا أن يفرّق بين المسائل الملغاة؛ أعني أن يدلّ الإلغاء في بعضها على إثبات النقيض (نقيض حكم المسألة الملغاة) ولا يدلّ على ذلك في البعض الآخر؛ بل يقرّر فراغا تشريعيا، وفي هذا تحكم وترجيح بدون مرجح، ثم ما هو الضابط الذي به يميّز بين هذا وذاك !؟

وإمّا أن تعتبر كلّ المسائل الملغاة ذي دلالة واحدة؛ وهي إثبات النقيض، وهذا تترتب عليه أمور في غاية الخطورة لو قيل به، إذ أنّه يقضي بأن يصبح الزواج بالمرأة الخامسة جائزا ! وأنّ الزوجة لا يجب عليها إرضاع ولدها...

وعليه يخلص البحث إلى أنّ الإلغاء أوجد فراغا تشريعيا يسدّ بالرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج، –إلا إذا وجدت قرائن قوية كما سبق– وأنّ المشرّع إذا كان يقصد غير ذلك فعليه أن ينصّ على ذلك صراحة؛ كأن ينصّ على منع الوكالة الخاصة في إبرام عقد الزواج، ولا يكتفي بإلغاء المادة.

البند الثاني: إيراد بعض أفراد المسألة دون بعض.

من أساليب البيان التي تثير إشكالا؛ ما سار عليه المشرّع الأسري في عرضه للقواعد القانونية، من إيراده لبعض أفراد المسألة المقنن حكمها وإغفاله لأفراد أخرى؛ أعني أنّ المشرّع في كثير من المسائل التي ينظمها يقتصر على ذكر بعض الحالات المتعلقة بمسألة ما ويهمل

حالات أخرى، فهل ما أورده بهذا الخصوص يكون على سبيل الحصر؟ فلا يدرج ما لم يذكره فيما لم يرد النص عليه؛ أي لا يتسع له نطاق الإحالة (م 222 ق.أ.ج)، أم أنّ إيراد هذه الأفراد لا يقصد به الحصر، وإنّما ورد على سبيل التمثيل أو السهو عن الحالات الأخرى؛ التي تمتدّ إليها دائرة أحكام الشريعة الإسلامية؟.

بداية؛ لم تتفق آراء الباحثين وشرّاح قانون الأسرة -التي وقفت عليها- على هذه المسألة[1]؛ فيستفاد من عبارات طائفة منهم أنّ في هذا النهج الذي تبنّاه المشرّع نقص يكمل بالرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج[2].

على حين لم تجزم طائفة أخرى برأي معين[3]، واضطربت طائفة ثالثة ولم تثبت على رأي واحد، إذ فرقت بين جملة من أفراد المسألة الواحدة؛ فجعلت بعضها واردا على سبيل الحصر، لا يمكن معه الرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج لسدّ النقص "لأنّنا لسنا أمام حالة سكوت القانون"[4]، وقرّرت في أفراد أخرى[5] الفراغ التشريعي الذي يكمل بإعمال المادة 222 ق.أ.ج.

---

[1] كما مرّ في دلالة الإلغاء، فإنّ هذه الآراء مستفادة من بحثهم لمسائل محدّدة في قانون الأسرة الجزائري.

[2] ينظر: -تشوار جيلالي، حق الأشخاص في اختيار ديانتهم، مرجع سابق، ص ص270-271، ذكر ذلك في: زواج المسلم بالمشركة. -عوفي، عياش، **أسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة**، رسالة ماجستير، (جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1409هـ/1989م)، ص115، ذكر ذلك في حديثه عن حالات الفسخ والطلاق. -سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص111 حيث يقول: "وإنّنا نتساءل كيف سهى قانون الأسرة عن هذا الأمر ولم ينص على تحريم زواج المسلم بغير الكتابية...".

[3] بن شويخ، مرجع سابق، ص90، عند حديثه عن التحريم بالمصاهرة من طريق الرضاع.

[4] العربي بلحاج، ط5، مرجع سابق، ص96، ذكر هذا عند حديثه عن حكم الرضاع مع المصاهرة التي لم يرد ذكرها في قانون الأسرة، وقد استند إلى نص المادة 27 ق.أ.ج: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، الذي جاء -حسبه- "صريحا... ولا مجال للعمل برأي الجمهور... لسد نقص القانون ها هنا، طالما أنّ القانون رفض الأخذ بما سكت عنه صراحة"، ص96، واعتبر أنّ القانون الجزائري أخذ هنا برأي الإمامين الجليلين ابن تيمية وابن القيم في عدم التوسع في هذه الحرمة، وهذا الاتجاه الذي ذهب إليه هنا يفهم كذلك من حديثه في المحرمات المؤقتة حيث قال: "وقد نص عليها المشرّع الجزائري في المادتين 10 و31 ق.أ وحصرها في ست أحوال..."، المرجع نفسه، ص83.

[5] المرجع نفسه، ص ص95-96 في حديثه عن حرمة المصاهرة بالزنا، وص ص96-97 عندما اختار التحريم المؤبد بسبب اللّعان طبقا للمادة 222 ق.أ.ج.

تلك هي آراء ومواقف الشرّاح والباحثين -التي وقفت عليها- في شأن البيان بهذا الأسلوب، وهي تبرز مدى التباين الحاصل بخصوص دلالته، فأيّها أدنى تعلقا بإرادة المشرّع؟.

لا شك أنّ الحصر المنطقي لدلالة هذا الطريق لا يزيد على أربعة أوجه؛ الأول: إفادة الحصر، الثاني: عدم إفادة الحصر، الثالث: التفريق بين المسائل، الرابع: التوقف.

وإذا كان الوجه الرابع يحظى بقدر من الصواب استنادا إلى صعوبة ترجيح إحدى الدلالتين؛ أعني إفادة الحصر أو إرادة التمثيل، الناشئة عن منهج الصياغة وكذا غيبة الأعمال التحضيرية مع صراحة الإحالة (م 222 ق.أ.ج)، فإنه لا يمكن التعويل عليه -على الأقل من الناحية العملية- لأن القاضي مطالب بالفصل بين الخصوم قطعا للتنازع.

وعليه تنحصر إرادة المشرع في بيانه بهذا الطريق في الأوجه الثلاثة الأولى؛ فإما أن يكون قاصدا الحصر، وإما ألا يكون قاصدا ذلك، وإما أن يكون مريدا الحصر في بعض المسائل وغير مريد ذلك في بعضها الآخر، والوجه المختار من هذه الأوجه -فيما يظهر- أن يقال: الأصل عدم إرادة الحصر بهذا الطريق إلا إذا ورد بيان الحكم المتعلق بالأفراد المذكورة (المخصوصة بالذكر) لمسألة ما بصيغة من صيغ الحصر، ويستند هذا الاختيار إلى أن الحصر له صيغ وضعت له في اللغة[1]، فمن تعلق مقصده به فعليه أن يستحضرها في تقرير مراده، وأن يفرغه في قوالب معدة لذلك.

ثم إن هذا الاختيار يتقوى بتتبع طائفة من مسائل هذا النوع من البيان، يتجلى فيها بوضوح عدم إرادة الحصر؛ بيان ذلك:

---

[1] الحصر: "هو إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه بصيغة إنما ونحوها...". القرافي، شهاب الدين، **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، ط1، (بيروت: دار الفكر، 1418هـ/1997م)، ص51. وللحصر (القصر) طرق (أنواع) كثيرة منها: 1- الحصر بإنما، 2- الحصر بالنفي والإثبات (ما... إلا...)، 3- تقديم ماحقه التأخير، 4- العطف: (لا) و(بل) و(لكن).. ينظر: -القرافي، المرجع نفسه، ص ص51-52. -الشوكاني، محمد بن علي، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ط2، تحقيق وتعليق: أبي حفص بن العربي الأثري، (القاهرة: الفاروق الحديثة، 1430هـ/2009م)، ج2، ص ص154-155. -عباس، د. فضل حسن، **البلاغة، فنونها وأفنانها -علم المعاني-**، ط12، (عمان: دار النفائس، 1429هـ/2009م)، ص381.

1- إن المشرع نص في المادة 47 ق.أ.ج[1] على طرق انحلال الرابطة الزوجية، وذكر الطلاق والوفاة، ولا يعني ذلك -قطعا- انحصارها في ذلك، بدليل أن المشرع نص على الفسخ كطريق من طرق انحلال عقد الزواج في بعض الحالات (م8 مكرر1، م33)[2].

2- في المادة 53 ق.أ.ج[3] قبل التعديل، عدد المشرع سبع حالات لطلب التطليق، ولا يعني ذلك -قطعا- أنها محصورة في هذه الحالات، بدليل أن المشرع منح الزوجة -السابقة واللاحقة- في المادة 8 ق.أ.ج[4] حق طلب التطليق في حالة عدم رضاها بالتعدد، وهذه الحالة لا توجد ضمن الحالات السبع الواردة في المادة 53، لأن الحالة السادسة لا تسوغ للزوجة الحق في طلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 إلا إذا نجم عن ذلك ضرر معتبر شرعا.

هذا إضافة إلى أن القول بخلاف ذلك؛ أعني عدم إرادة الحصر، يفضي إلى مناقضة القطعيات القرآنية في بعض المسائل؛ كنكاح المشركة غير المنصوص عليه في موانع النكاح.

لذلك فإن هذا الاختيار -الأصل عدم إفادة الحصر- يتواءم مع ما تم اختياره في دلالة الإلغاء، ويجعل أحكام المسائل متناسقة، ومتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ مصدر التشريع الأسري.

يتضح هذا أكثر بتنزيل مقتضى هاتين الدلالتين على مسألة الزيادة على العدد المرخص به شرعا، التي ألغيت من المادة 30 ق.أ.ج المتعلقة بموانع الزواج المؤقتة، وتحرير ذلك فيما يلي:

إنّ الحصر المنطقي لما تفيده هاتين الدلالتين -الإلغاء وإيراد بعض أفراد المسألة- لا يزيد على أربعة أوجه:

1- أن يفيد الإلغاء ثبوت نقيض الحكم الملغى مع إفادة الدلالة الثانية للحصر.

2- ألّا يفيد الإلغاء ثبوت نقيض الحكم الملغى مع عدم إفادة الدلالة الثانية للحصر.

3- أن يفيد الإلغاء ثبوت نقيض الحكم الملغى مع عدم إفادة الدلالة الثانية للحصر.

4- ألّا يفيد الإلغاء ثبوت نقيض الحكم الملغى مع إفادة الدلالة الثانية للحصر.

---

[1] القانون رقم: 84-11، مرجع سابق.

[2] الأمر رقم: 05-02، مرجع سابق.

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه.

الوجهان الثالث والرابع يفضيان إلى تناقض حكم المسألة في قانون الأسرة، فيكون الزواج بالمرأة الخامسة سائغا بمقتضى إحدى الدلالتين، وغير جائز بموجب الدلالة الأخرى.

أما الوجه الأول فالقول به يؤدي إلى مخالفة النصوص الشرعية الثابتة، فيبقى الوجه الثاني سالما من الاعتراضات السابقة.

وبذا يتبين أن المنطق اللغوي والشرعي والقانوني متسق مع هذا الاختيار.

الفرع الثاني: تطبيقات حول الشطر الأول من ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كانت تلكم أهم القواعد النظرية المتعلقة بالشطر الأول من ضابط إعمال نص المادة 222 ق.أ.ج، والتي يجب استحضارها ومراعاتها عند استمداد الحكم من النصوص التشريعية للحد من إشكالات التطبيق وآثارها، سعى البحث من خلالها –جهد المستطاع– إلى رسم الحدود الفاصلة بين المنصوص عليه، والمرسل، وفي هذا الفرع أحاول دراسة بعض المسائل، في ضوء ما حرر في الفرع الأول، في فقرتين؛ الأولى تخصص لمسائل لا تندرج في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية، والثانية تفرد لمسائل تمتد إليها دائرتها.

الفقرة الأولى: تطبيقات حول مسائل تندرج في المنصوص عليه.

سأقتصر على بحث ثلاث مسائل في ضوء القواعد السابقة ليتبين أنها غير خاضعة لولاية أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج).

المسألة الأولى: طبيعة التفريق القضائي.

وأخص بالبحث هنا: التفريق للعيب، والتفريق لعدم الإنفاق، والتفريق بالخلع.

أ– تصوير المسألة:

منح قانون الأسرة الجزائري[1] الزوجة حق طلب التطليق لعدم الإنفاق بشروطه (م 1/53)، وحق طلب التطليق للعيوب(م 2/53)، وقرر لها كذلك حق الخلع (م 1/54)، ولم يبين بنصوص خاصة صريحة طبيعة التفريق الحاصل بهذه الطرق؛ هل هو طلاق رجعي، أم طلاق بائن، أم فسخ؟

[1] الأمر رقم: 05-02، مرجع سابق.

ب- عرض المذاهب الفقهية:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة:

1- فالتفريق للإعسار بالنفقة؛ طلاق رجعي عند المالكية[1]، وفسخ عند الشافعية[2] والحنابلة[3]، وطلاق بائن عند اللّيث بن سعد كما في البحر الزّخار[4].

2- والتفريق للعيب؛ طلاق بائن عند الحنفية[5] والمالكية[6]، وفسخ عند الشافعية[7] والحنابلة[8].

3- أمّا التفريق بالخلع؛ فهو طلاق بائن عند الحنفية[9] والمالكية[10] والشافعية، وفسخ في قول للشافعي منسوب إلى القديم[11]، واختلفت الرواية عن أحمد وأصحابه[12]؛ فالصحيح من المذهب

---

[1] ابن جُزيّ، **القوانين الفقهية**، ط.د، اعتناء وضبط: د. ناجي السويد، (بيروت: دار الأرقم، ت.د)، ص237.

[2] الأنصاري، زكريا، **أسْنى المطالب شرح روض الطالب**، ط1، ضبط وتخريج وتعليق: د. محمد محمد تامر، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م)، م7، ص485.

[3] البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط1، حققه: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م)، ج5، ص125.

[4] ابن المرتضى، **البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ط1، ضبط وتوثيق وتعليق: د. محمد محمد تامر، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م)، م4، ص113.

[5] الميداني، عبد الغني الغنيمي، **اللّباب في شرح الكتاب**، ط3، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: عبد الرزّاق المهدي، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1418هـ/1997م)، ج2، ص158.

[6] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص237. -المنوفي، **كفاية الطالب الربّاني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، ط1، (القاهرة: شركة القدس، 1430هـ/2009م)، ج3، ص192.

[7] العمراني، **البيان في فقه الإمام الشافعي**، ط1، تحقيق: د. أحمد حجازي أحمد السقا، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ/2002م)، م9، ص276.

[8] البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص124.

[9] الميداني، مرجع سابق، ج2، ص188.

[10] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص252. -الفندلاوي، **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك**، ط2، تحقيق: د. يحيى مراد، (القاهرة: مؤسسة المختار، 1431هـ/2010م)، ص495.

[11] الشربيني، الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط3، اعتنى به: محمد خليل عيتاني، (بيروت: دار المعرفة، 1428هـ/2007م)، ج3، ص354.

[12] ينظر: -ابن قدامة، **المغني شرح مختصر الخرقي**، ط3، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، (الرياض: دار عالم الكتب، 1417هـ/1997م)، ج10، ص ص274-275. -ابن قيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ط1، تحقيق وتخريج وتعليق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، (دمشق-بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1427هـ/2008م)، ج5، ص181. -المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط1، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م)، ج8، ص ص393-394.

أنّ الخلع فسخ إذا وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو الفداء ولم ينوه طلاقا[1].

ج- آراء الشراح والباحثين في قانون الأسرة.

لم تتفق كلمة شراح قانون الأسرة حول طبيعة التفريق بهذه الطرق، فطائفة منهم أدرجت هذه المسألة في دائرة النقص التشريعي الذي يكمل بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]، وطائفة أخرى أخرجتها من هذه الدائرة واستمدت حكمها من نص المادة 50[3]. بينما اضطرب رأي بعض الشراح في ذلك[4].

---

[1] ينظر: -المرداوي، المرجع نفسه، ص393. -ابن ضويان، **منار السّبيل في شرح الدليل**، ط1، (بيروت: المكتب الإسلامي، 1421هـ/2000م)، ص ص566-567. -البهوتي، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، ط.د، حققه وعلق عليه: محمد نزار تميم، وهيثم نزار تميم، (بيروت: دار الأرقم، ت.د)، ص ص400-401.

[2] ينظر: - مبروك، د. المصري، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، ط.د، (الجزائر: دار هومة، 2010)، ص281 (التفريق بالخلع)، وص299 (التفريق لعدم الإنفاق)، وص344 (التفريق للعيب). -تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص92 (التطليق لعدم الإنفاق). -لدرع، كمال، «الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي»، **مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية**، ع12، (رجب 1423هـ/سبتمبر 2002)، ص136 (التفريق بالخلع). -بناسي، شوقي، «الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع4، (2008)، ص07 (التفريق بالخلع). -إلغات ربيحة، الطلاق بالخلع، مرجع سابق، ص329 (التفريق بالخلع). -بلباقي، عبد المؤمن، **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**، ط.د (عين مليلة: دار الهدى، ت.د)، ص60 (التفريق لعدم الإنفاق).

[3] ينظر: -بن شويخ، مرجع سابق، ص192 (التفريق لعدم الإنفاق). -ولد خسال، مرجع سابق ص129 (التفريق لعدم الإنفاق). -آث ملويا، لحسين بن الشيخ، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**، ط2، (الجزائر: دار هومة، 2006)، ج1، ص255، 332.

[4] مرة يقول: "كل طلاق يقع رجعيا في القانون الجزائري إلا المكمل للثلاث... والطلاق البائن كالخلع مثلا أو الذي يوقعه القاضي بناء على طلب المرأة" العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ص329، وتارة يقول: " ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بحكم الطلاق للعيب، مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي" المرجع نفسه، ص285، وينظر له أيضا: **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ط.د، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1996)، ج1، ص241، وفي موضع آخر يقول: "ولم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن، مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي والتي تقضي بأن الخلع طلاق بائن.." الوجيز، ط5، ص271. والاضطراب نفسه عند: دواس، يمينة، **أحكام زوجة الغائب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، (جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 1424-1425هـ/2003-2004م)، ص77 وقارن بـ ص144.

د- الرأي المختار:

كانت هذه أهم الآراء والاختيارات الفقهية المتعلقة بهذه المسألة، فما هو الرأي المختار والمتبنى من قبل المشرع الأسري الجزائري؟

الظاهر أن طبيعة التفريق بهذه الطرق المشار إليها آنفا؛ تستفاد من النصوص التشريعية وليس من نص المادة 222 ق.أ.ج تطبيقا للقواعد المقررة في الفرع السابق، عن طريق جمع النصوص مع إعمال القاعدة العامة.

فمنطوق المادة 48 ق.أ.ج يقضي بأن حل عقد الزواج، الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54، يعد طلاقا؛ إذ أدرج المشرع التفريق بهذا الطريق في أفراد الطلاق، وبه يتقرر أن نوع الفرقة بهذه الطرق الثلاثة المبحوثة طلاق لا فسخ.

تبقى صفة هذا الطلاق؛ رجعي أم بائن؟ وهذه تستفاد من القاعدة العامة التي وضعها المشرع في المادة 50؛ التي تقضي بأن المراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق تحتاج إلى عقد جديد، إشعارا بأن الطلاق المحكوم به قضاء؛ هو طلاق بائن، والتفريق بطلب من الزوجة لا يكون إلا بناء على حكم قضائي(م 1/49، 53 مكرر، 2/54 ق.أ.ج)، وبهذا يتبين أن التفريق القضائي -ومنه ما تم بحثه- في قانون الأسرة الجزائري؛ طلاق بائن.

المسألة الثانية: طلاق الثلاث بلفظ واحد.

أ- تصوير المسألة:

إذا قال الزوج لزوجته -أمام القاضي- أنت طالق ثلاثا، فهل يقع كذلك؟

ب- عرض المذاهب الفقهية:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب:

1- يقع ثلاثا، وهو قول جمهور التابعين وكثير من الصحابة[1]، وبه قال الأئمة الأربعة

[1] ينظر: -ابن عبد البر، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار**، ط1، وثّق أصوله وخرّج نصوصه: د. عبد المعطي أمين قلعجي، (دمشق-بيروت: دار قتيبة، وحلب-القاهرة: دار الوعي، 1414هـ/1993م)، ج17، ص18. -ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص226.

وأصحابهم[1] وابن حزم[2].

2- يقع واحدة رجعية، وهو مذهب ابن إسحاق وقول طاووس وعكرمة، واختيار ابن تيمية[3].

3- يفرق بين المدخول بها وغيرها، فتقع الثلاث بالمدخول بها، ويقع بغيرها واحدة، وهو قول جماعة من أصحاب ابن عباس[4].

4- وقالت طائفة لا يقع البتة[5]، وهو قول الإمامية[6].

ج- آراء شراح قانون الأسرة:

ذهب بعض الباحثين إلى أن هذه المسألة لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري، وعليه يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ق.أ.ج[7].

د-الرأي المختار:

كان هذا الرأي الوحيد -الذي وقفت عليه- في شأن هذه المسألة، فهل تندرج حقا في المرسل؟

---

[1] ينظر: -عبد الوهاب، القاضي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، ط1، قارن بين نسخه وخرج أحاديثه: الحبيب بن طاهر، (بيروت: دار ابن حزم، 1420ه/1999م)، م2، ص737 فما بعد. -الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، ط1، حققه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: علي عبد الحميد أبو الخير، ومحمد وهبي سليمان، (دمشق-بيروت: دار الخير، 1419ه/1998م)، م2، ج3، ص ص163-164. -الحصني، تقي الدين الحسيني، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، ط1، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421ه/2000م)، ج2، ص147. -البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، ص405.

[2] **المحلى**، ط.د، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (القاهرة: دار التراث، ت.د)، ج10، ص161، مسألة: 1949.

[3] ينظر: -ابن تيمية، **مجموعة الفتاوى**، ط3، اعتنى بها وخرج أحاديثها: عامر الجزار، وأنور الباز، (المنصورة: دار الوفاء، 1426ه/2005م)، ج33، ص ص8-9. -ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص227. -وينظر: ابن عبد البر، مرجع سابق، ج17، ص19.

[4] ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص227.

[5] ينظر: -ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج10، ص167. -ابن المرتضى، مرجع سابق، م4، ص247.

[6] ينظر: -الحلي، أبو القاسم، **المختصر النافع في فقه الإمامية**، ط3، (بيروت: دار الأضواء، 1405ه/1985م)، ص222. -مهدي، صادق الحسيني، **شرح تبصرة المتعلمين في أحكام الدين للحلي**، ط.د، (كربلاء: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، والنجف الأشرف: مطبعة الآداب، 1382ه/1962م)، ج2، ص175.

[7] مبروك المصري، مرجع سابق، ص218.

تنص المادة 51 ق.أ.ج[1] على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، هذا النص يستفاد من منطوقه أن الطلاق الثلاث المتتالي (ثلاث مرات متتالية) بائن بينونة كبرى (يقع ثلاثا)، ويفهم منه من طريق المخالفة (مفهوم الصفة) أن طلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع ثلاثا في قانون الأسرة الجزائري، لأن لفظة "ثلاث" في المادة 51 موصوفة "بمرات متتالية" فهي قيد عليها، ينتفي الحكم إذا انتفى هذا القيد، ويثبت نقيضه فيكون مؤدى مفهوم الصفة أن من لم يطلق زوجته ثلاث مرات متتالية له أن يراجعها دون تحقق الشروط الواردة في المادة 51 مما يعني أنه لا يعد طلاقا بائنا ببينونة كبرى[2]، وطلاق الثلاث بلفظ واحد يندرج في هذا المفهوم، فيأخذ حكمه، فيتحصل أن طلاق الثلاث بلفظ واحد منصوص –بطريق المفهوم– على جزء من حكمه في قانون الأسرة الجزائري؛ وهو عدم الوقوع ثلاثا، لكن هل يقع واحدة أم لا يقع أصلا فذاك أمر مرسل، يطلب من نص المادة 222 ق.أ.ج.

المسألة الثالثة: هل الخلوة الصحيحة توجب كمال المهر؟

أ– تصوير المسألة:

قررت المادة 16 ق.أ.ج[3] الحالات التي تستحق فيها الزوجة الصداق كاملا، وهي: 1–الدخول، 2– وفاة الزوج.

وفي حالة الطلاق قبل الدخول تستحق نصف الصداق، فالدخول هو الفيصل بين استحقاق الصداق كاملا أو تشطيره.

فما المقصود بالدخول في نص هذه المادة؟؛ الدخول الحقيقي، أم الدخول الحكمي؟، وبصيغة أخرى: ماذا يرتب المشرع الجزائري على الخلوة الصحيحة، من حيث إتمام الصداق أو تشطيره؟. (هل للخلوة الصحيحة في قانون الأسرة الجزائري نفس حكم الدخول الحقيقي في استحقاق كامل الصداق؟).

---

[1] القانون رقم: 84–11، مرجع سابق.

[2] ينظر في هذا المعنى: داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص297.

[3] القانون رقم: 84–11، مرجع سابق.

ب- عرض المذاهب الفقهية:

اتفق العلماء على أنّ الصداق يجب كلّه بالدخول أو الموت، واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس، أم ليس ذلك من شرطه، بل يجب بالدخول والخلوة[1].

فالخلوة الصحيحة -بشروطها- توجب كمال المهر كالمسيس عند الحنفية[2] والحنابلة[3] والشافعي في القديم[4].

وذهب المالكية[5] والشافعي في الجديد، وهو الأصحّ[6]، إلى أن الخلوة الصحيحة وحدها دون مسيس لا توجب كمال المهر، فلا يجب بها إلا نصفه، وعن أحمد مثل ذلك في رواية[7].

ج- آراء الشراح والباحثين:

اعتبر بعض الشراح أن الخلوة الصحيحة توجب كمال المهر طبقا للمادة 16 ق.أ.ج لأن المشرع لم يربط بين الدخول والمسيس، فالدخول معناه الخلوة، ويعتبر قرينة على حصول

---

[1] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط2، تحقيق وتعليق ودراسة: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م)، م2، ص ص48-49.

[2] ينظر: -المرغيناني، **الهداية شرح بداية المبتدي**، ط.د، ضبط وتعليق وتخريج: محمد عدنان درويش، (بيروت: دار الأرقم، ت.د)، م1، ج1، ص240. -الموصلي، مرجع سابق، م2، ج3، ص138.

[3] ينظر: -ابن ضويان، مرجع سابق، ص543. -البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص168.

[4] الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص297.

[5] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص ص223-224. -القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، م2، ص720 مسألة: 1303. -وينظر: الزرقاني، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، ط.د، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (القاهرة: دار الحديث، والجزائر: دار البصائر، 1427هـ/2006م)، م3، ص176. -الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط1، تحقيق: أحمد جاد، (القاهرة: شركة القدس، 1429هـ/2008م)، ج3، ص589. وهذه إحدى الروايات عن مالك وهي مشهور المذهب، والثانية: يستقر المهر بالخلوة، والثالثة: يستقر بالخلوة في بيت الإهداء. ابن العربي، أبوبكر، **أحكام القرآن**، ط3، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م)، ج1، ص292، 473.

[6] ينظر: -العمراني، مرجع سابق، م9، ص ص364-365. -الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص297.

[7] بهاء الدين المقدسي، **العدّة في شرح العمدة**، ط1، تحقيق، د. يحيى مراد، (القاهرة: مؤسسة المختار، 1426هـ/2005م)، ص ص449-450.

المسيس[1]، وذهب بعض الباحثين إلى أن المقصود بالدخول في المادة 16 ق.أ.ج المسيس (الدخول الحقيقي)[2].

د-اجتهاد المحكمة العليا:

اتجهت المحكمة العليا في اجتهادها إلى اعتبار الخلوة الصحيحة كالدخول الحقيقي؛ توجب كمال الصداق، تجلى ذلك في كثير من قراراتها، فقد جاء في أحدها: "الخلوة الصحيحة، بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا"[3]، بل قرر المجلس الأعلى-سابقا- اتفاق الفقهاء على ذلك[4]، وعد القضاء بخلاف ذلك خرقا لأحكام الشريعة[5].

هـ- الرأي المختار:

هذا ما قررته المحكمة العليا في اجتهادها[6]، وهو اختيار طائفة من الباحثين -كما سبق- فما مدى سلامة هذا الاجتهاد؟

لا شك أن الدخول الحقيقي يوجب كمال المهر في قانون الأسرة الجزائري طبقا لنص المادة 16 منه، لأن لفظ "الدخول" الذي استعمله المشرع ينطبق على ذلك اتفاقا[7]، ويبقى

---

[1] ينظر: -آث ملويا، مرجع سابق، ص ص151-152. -تشوار جيلالي، عدم المذهبية، مرجع سابق، ص307. -بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص60.

[2] ينظر: -تشوار، د. حميدو زكية، «التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع3، (2008)، ص ص87-88. -عبد المالك، رابح، **الصداق في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-**، رسالة ماجيستير في العلوم القانونية، (جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1416هـ/1996م)، ص89. -العربي، د. بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1: أحكام الزواج**، ط6، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص220.

[3] م.ع، غ.أ.ش، 2002/05/08، ملف رقم289545، م.م.ع 2004، ع2، ص373.

[4] "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى"، م.أ، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم35107، م.ق1990، ع2، ص55.

[5] "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"، م.أ، غ.أ.ش، 1988/05/09، ملف رقم 49283، م.ق 1992، ع2، ص44.

[6] وقد اعتبره العربي بلحاج؛ سليما لسد الذرائع، ورجح القول باستقرار الصداق كاملا بمجرد الخلوة الصحيحة، الوجيز... -أحكام الزواج- ط6، مرجع سابق، ص221، وفي الصفحة قبلها 220؛ قال: كما نلاحظ أخيرا، بأن القانون حسم الخلافات... فلم يجعل للخلوة الصحيحة حكم الدخول في تأكيد كامل الصداق طبقا لما قال به المالكية والشافعية.

[7] لأن المسيس بعض ما يتناوله لفظ الدخول قطعا.

الإشكال في اعتبار الخلوة الصحيحة من مؤكدات المهر في قانون الأسرة، ومستند ذلك، أعني إذا اعتبرت كذلك فإما أن يكون الأساس في هذا المادة 222 ق.أ.ج، وإما أنها تندرج في لفظ "الدخول".

والأساس الأول مستبعد، لأن المادة 16 وبخاصة خاتمتها "وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" جعلت الدخول الفيصل بين تأكيد الصداق كاملا وتشطيره، فإما أن يتسع لفظ "الدخول" للدخول الحكمي، فتتقرر الخلوة الصحيحة مؤكدا لكامل الصداق، وإما أنه لا يتسع له بل يختص بالدخول الحقيقي، فلا محل للرجوع إلى المادة 222 ق.أ.ج لاستمداد حكم تأثير الخلوة الصحيحة في الصداق؛ لأنه بهذا التفسير –الثاني–؛ يستفاد من الشطر الثاني لنص المادة 16 ق.أ.ج، فلم يبق إلا الأساس الثاني المتوقف على بيان وتفسير مدلول لفظ "الدخول" في عرف المشرع الجزائري، فهل ينطبق على بعض الأفراد؛ والمقصود هنا: "الخلوة الصحيحة"؟

الذي يظهر من خلال جملة من القرائن، أن الرأي المختار هو اعتبار لفظ "الدخول" في المادة 16 مقصورا على المسيس، وأن الخلوة الصحيحة لا تعد من مؤكدات الصداق في قانون الأسرة الجزائري، ويستند هذا الاختيار إلى الأسس التالية:

1– تغليب الحقيقة العرفية للفظ الدخول، فإطلاق هذا اللفظ يراد به عند الفقهاء غالبا –والمشرع قد أخذه عنهم– الوطء –أو المسيس– ولذلك يخصون الخلوة الصحيحة بالذكر[1].

2– من أحكام الخفي عند علماء الأصول؛ أن النص لا يطبق على الأفراد الذين اشتبه في دخولهم في مدلوله العام، حتى يسفر الاجتهاد عن تحقق معنى اللفظ فيه، فينطبق الحكم حينئذ عليه، وإن لم يتحقق فيه معناه؛ فلا يدخل في مفهومه، ولا يطبق عليه حكمه[2].

3– هذا حكم الخفي، فكيف وقد ظهر من خلال تتبع المشرع في استعمالاته للفظ الدخول، أن مراده به "المسيس"، يرشد إلى هذا ما تمت الإشارة إليه في الفرع الأول؛ أعني ضرورة الجمع

---

[1] ينظر: قلعه جي، د. محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، ط3، (بيروت: دار النفائس، 1431هـ/2010م)، مادة: دخول "الدخول بالزوجة؛ وطؤها".. وفي **تاج العروس** للزبيدي، التراث العربي –16– ج28، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، مراجعة: عبد السلام محمد هارون، (الكويت: وزارة الإعلام، 1413هـ/1993م): ودخل بامرأته: كناية عن الجماع، وغلب استعماله في الوطء الحلال، والمرأة مدخول بها. قلت (الزبيدي): ومنه الدُّخلة: لليلة الزفاف. مادة: دخل، ج28.

[2] الدريني، مرجع سابق، ص78.

والتنسيق بين النصوص –تفسير النصوص بالنصوص– عند استمداد الأحكام منها، إذ خير ما يفسر به اللفظ هو كلام المشرع نفسه، ففي المادة 17 ق.أ.ج استعمل لفظ الدخول مرادفا للفظ البناء، ولفظ البناء في عرف المشرع طبقا للمادة 51 ق.أ.ج يقصد به الوطء استنادا إلى المصدر الذي أخذت منه هذه المادة[1]، ومما يستأنس به هنا الترجمة الفرنسية للفظ الدخول والبناء في المادة 16 والمادة 17 "consommation"، "مما يدل على اتحاد في المعنى مقصود فيها من المشرع"[2].

4– على أن هذا الاختيار –زيادة على توافقه مع قواعد التفسير– يثمر توافقا بين مختلف النصوص القانونية المتضمنة لفظ "الدخول"، ويبعد شبح الإرباك والاضطراب عن دائرة التطبيق القضائي، بيان ذلك:

إن المشرع استخدم لفظ "الدخول" في طائفة من المسائل، فإما أن يتّحد معناه فيها جميعا وإما ألا يتّحد، بل يتنوع ويختلف من مسألة إلى أخرى.

وهذا الأخير باطل؛ لأنه ترجيح بدون مرجح وهو تحكم، فيسلم الأول؛ أعني وحدة المعنى.

ثم إن المعنى المتّحد إما أن يقتصر على المتفق عليه؛ وهو "الدخول الحقيقي"، وإما أن يتعداه إلى الأفراد الأخرى.. والثاني منتقد من وجهين:

---

[1] تشوار حميدو زكية، التعليق على المادة 16، مرجع سابق، ص ص84-85، وص ص87-88.
ويلاحظ هنا أن الدكتورة تشوار قالت: "وذلك ما يقطع في الدلالة على أن المشرع عندما وضع المادة 16 لم يقصد الخلوة الصحيحة إطلاقا "المرجع نفسه، ص87، وفي هذا القطع نظر، ولذلك قالت مباشرة بعده "ويبدو أن كلمة الدخول لم تكن مقصودة بمعناها الواسع الذي قد ينصرف إلى الخلوة الصحيحة، بل بمعناها الضيق المتعارف عليه فقها والذي لا يعني غير الوطء"، ص87.. والمصدر المشار إليه هو حديث عائشة رضي الله عنها؛ قالت: "جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فأبت طلاقي فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك..."، البخاري، **الصحيح مع فتح الباري**، كتاب (52) الشهادات، باب (3) شهادة المختبئ، ح(2639)، ج5، ص249، وفي مواضع أخرى من صحيحه، ابن حجر العسقلاني، ط.د، قرأ أصله تصحيحا وتحقيقا وأشرف على مقابلة نسخه 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، (بيروت: دار المعرفة، ت.د).. والبت بمعنى القطع والمراد به قطع العصمة، وذوق العسيلة كناية عن المجامعة. المرجع نفسه، ج9، ص466، 468.

[2] تشوار حميدو زكية، التعليق، مرجع سابق، ص 88، وأيضا المواد: 2/26، 33، 34، 40، 58، 74 ق.أ.ج.

أ. يقرر اختلاف وتعدد المصدر التاريخي (المذهبي) للفظ "الدخول" عند المشرع الأسري من مسألة إلى أخرى.

ب. إدراج الخلوة في لفظ "الدخول" الوارد في المادة 2/26 ق.أ.ج لا مستند له؛ ل"إجماع الجميع على أن خلوة الرجل بامرأته لا يحرم عليه ابنتها، إذا طلقها قبل مسيسها ومباشرتها، أو قبل النظر إلى فرجها بالشهوة..."[1].

فيسلم الأول؛ أعني الاقتصار على المتفق عليه، وهو "الدخول الحقيقي"[2]

الفقرة الثانية: تطبيقات حول مسائل لا تندرج في المنصوص عليه.

سأقتصر على دراسة مسألتين في ضوء ما حرر في الفرع الأول، ليتبين أنهما داخلتان في دائرة أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج).

المسألة الأولى: التفريق بين الزوجين للردة.

أ- تصوير المسألة:

هل ردّة الزوج سبب من أسباب التفريق بين الزوجين في قانون الأسرة؛ الذي ألغى هذا السبب المنصوص عليه في المادة 32 قبل التعديل الجديد؟، بمعنى إذا ارتد المسلم المتزوج بمسلمة عن دينه، فهل ردته موجبة للتفريق بينهما؟

ب- عرض المذاهب الفقهية:

ردّة الزوج موجبة للتفريق بين الزوجين في قول عامّة أهل العلم، وإن اختلفوا في وصف الفرقة الحاصلة بذلك، ووقتها[3]، لقوله تعالى: ﴿...**لاَ هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ... وَلاَ تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ** ...﴿١٠﴾﴾ سورة الممتحنة.

---

[1] الطبري، ابن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، ط.د، حققه وعلق حواشيه: محمود محمد شاكر، راجعه وخرج أحاديثه: أحمد محمد شاكر، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ت.د)، ج8، ص148.

[2] أشار العربي بلحاج في الوجيز، ط6، مرجع سابق، ج1، ص382 هامش(2) إلى بعض قرارات المحكمة العليا -توثيقا- وفيها: لا فراش في الزواج الفاسد إلا بالدخول الحقيقي..

[3] ينظر: -الفندلاوي، مرجع سابق، ص ص463-464. -ابن جزي، مرجع سابق، ص217. -ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ط1، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003)، ج3، ص ص406-407. -الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص253. -ابن قدامة، مرجع سابق، ج10، ص39. -ابن حزم، مرجع سابق، ج10، ص ص142-143، مسألة، 1942. -ابن المرتضى، مرجع سابق، م4 ص116. -مهدي صادق الحسيني، مرجع سابق، ج2، ص ص129-130. -أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ط3، (جدة: مكتبة الإرشاد، 1405هـ/1985م) ج6، ص309.

ج- آراء الشراح:

قرر بعض الشراح الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستمداد حكم هذه المسألة؛ إعمالا لنص المادة 222 ق.أ.ج[1]، بينما تردد بعضهم في ذلك[2]، ثم حاول استنباط حكم المسألة من القياس على حكم الردة بالنسبة إلى الميراث (م 138 ق.أ.ج)، فقرر -بمقتضى قياس الأولى- الردة "مانعا من موانع الزواج، بل سببا من أسباب بطلانه أو فسخه إذا طرأت بعد إبرام الزواج"[3].

د-الرأي المختار:

والظاهر أن هذا القياس ضعيف، لأن هذا المنطق يقودنا إلى القول: إن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث في الشريعة الإسلامية، فأولى أن يكون مانعا من موانع الزواج، وليس كذلك في الزواج بالكتابية.

ثم إن القياس لا يصار إليه إلا عند انتفاء النص، وذلك غير متحقق، فالنص موجود على مقتضى دلالتي الإلغاء؛ أعني على القول بإفادته ثبوت نقيض الحكم الملغى، أو على القول بعدم إفادته ذلك، فيتقرر الفراغ التشريعي الموجب إعمال نص المادة 222 ق.أ.ج.

ولذا فإن الرأي المختار؛ هو اعتبار ردة الزوج سببا من أسباب التفريق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري؛ تطبيقا لنص المادة 222 ق.أ.ج.

ويستند هذا الاختيار إلى ما تم بيانه وتقريره في موجب دلالة الإلغاء، ويتقوى هذا؛ بأن المشرع عدد زواج المسلمة من غير المسلم في موانع الزواج المؤقتة(م 23[4]، م 5/30[5] ق.أ.ج)، ثم قرر بطلان الزواج المشتمل على هذا المانع (م 32[6])، فعدم إسلام الزوج مانع من موانع الزواج بالمسلمة ومبطل له ابتداء، وما كان باطلا ابتداء لا ينقلب صحيحا انتهاء.

---

[1] ولد خسال، الميسر، مرجع سابق، ص87، على خلاف رأيه في الوكالة الملغاة!

[2] تشوار جيلالي، حق الأشخاص في اختيار ديانتهم، مرجع سابق، ص277، إذ يقول: "فالإجابة ممكن أن تكون بالنفي (يقصد الرجوع إلى نص م222 ق.أ.ج) مادام المشرع قد ألغاها".

[3] المرجع نفسه، ص277 وفي أول العبارة: "ومن ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردة مانعا من موانع الميراث، فأولى أن تكون مانعا من موانع الزواج...".

[4] القانون رقم: 84-11، مرجع سابق.

[5] الأمر رقم: 05-02، مرجع سابق.

[6] المرجع نفسه.

المسألة الثانية: الإرث مع اختلاف الدين.

أ- تصوير المسألة:

نصت المادة 128[1] ق.أ.ج على شروط استحقاق الإرث، والتي منها، عدم وجود مانع من الإرث، ثم عددت المادة 135، والمادة 138 ق.أ.ج[2] موانع الإرث، ولم يرد فيها اختلاف الدين، فما محل هذا المانع في التقنين الأسري؟.

ب- عرض المذاهب الفقهية:

أجمع الفقهاء على أن الكافر لا يرث المسلم، واختلفوا في ميراث المسلم الكافر، فذهب جمهور العلماء؛ من الصحابة، والتابعين، وفقهاء الأمصار، إلى أنه لا يرث المسلم الكافر[3]؛ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم**[4]»، وذهب معاذ بن جبل، ومعاوية من الصحابة، وبعض التابعين[5]، والإمامية[6] إلى أن المسلم يرث الكافر.

---

[1] القانون رقم: 84-11، مرجع سابق.

[2] المرجع نفسه.

[3] ينظر: -ابن رشد، مرجع سابق، م2، ص523. -القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، م2، ص1020، مسألة: 2094. -الميداني، مرجع سابق، ج3، ص241. -العمراني، مرجع سابق، م9، ص11. -بهاء الدين المقدسي، مرجع سابق، ص382. -ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص304، مسألة: 1744. -أطفيش، مرجع سابق، ج15، ص ص339-340. -ابن المرتضى، مرجع سابق، م6، ص553.

[4] مالك، **الموطأ**: كتاب الفرائض، ميراث أهل الملل، ح(1093)، ص351، ط12، إعداد: أحمد راتب عرموش، (بيروت: دار النفائس، 1414هـ/1994م). -البخاري، **الصحيح**، كتاب(85) الفرائض، باب(26) لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، ح(6764)، ج4، ص243، ط1، تحقيق: محب الدين الخطيب، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، مراجعة: قصي محب الدين الخطيب، (القاهرة: المكتبة السلفية، 1400هـ). -مسلم، **الصحيح**، كتاب (23) الفرائض، ح(1614)، م3، ص1233، ط.د، تحقيق وتعليق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، (م.د: دار إحياء الكتب العربية، وبيروت: دار الكتب العلمية، ت.د)، جميعهم عن أسامة بن زيد.

[5] ينظر: -ابن عبد البر، مرجع سابق، ج15، ص ص490-491. -ابن رشد، مرجع سابق، م2، ص523. -ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص304. -ابن حزم، **مراتب الإجماع**، ط1، بعناية: حسن أحمد إسبر، (بيروت: دار ابن حزم، 1419هـ/1998م)، ص174.

[6] ينظر: -ابن بابوية القمي، **من لا يحضره الفقيه**، ط4، أشرف على تحقيقه والتعليق عليه: السيد حسن الموسوي الخرسان، (النجف: دار الكتب الإسلامية، ومطبعة النجف، 1378هـ)، ج4، ص243. -مهدي الحسيني، مرجع سابق، ج2، ص310.

ج- آراء الشراح:

عد بعض الباحثين اختلاف الدين مانعا من موانع الإرث استنادا إلى المادة 222 ق.أ.ج، بمعنى أن الموانع المنصوص عليها في القانون لم ترد على سبيل الحصر[1]، بينما قرر بعض القضاة[2] خلاف ذلك؛ على اعتبار أن الموانع ذكرت على سبيل الحصر في قانون الأسرة الجزائري. هذا ولم يفصح بعض الباحثين عن رأي واضح في المسألة[3].

د-اجتهاد المحكمة العليا:

قررت المحكمة العليا في اجتهادها[4] أن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث؛ استنادا إلى المادة 222 ق.أ.ج، وهذا يفهم منه أن موانع الإرث -في اجتهاد المحكمة العليا- واردة على سبيل الذكر في تقنين الأسرة، وليست على سبيل الحصر.

---

[1] ينظر: -العربي، د. بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج2-الميراث والوصية-، ط5، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007)، ص ص61-62. -تشوار جيلالي، حق الأشخاص، مرجع سابق، ص ص273-274. هذا ويلاحظ أن الدكتورة تشوار حميدو زكية، ذكرت اختلاف الدين والردة مانعا من موانع الإرث، وأحالت على المادة 138 ق.أج، «مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع2، (2007)، ص197، وهامش(59) ص197.

[2] رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان، في مقابلته بمكتبه، يوم 2011/07/03 في الساعة الثامنة وخمسين دقيقة صباحا، ثم في الساعة العاشرة والنصف صباحا، ويوم 2011/07/10 في الساعة الحادية عشر صباحا؛ إذ قرر أن الزوجة غير المسلمة ترث، لأن قانون الأسرة لم يذكر من موانع الإرث اختلاف الدين، وأن القاضي يغلب الجانب الديني(العاطفي) فيعود إلى م 222 ق.أ.ج. على حين ذهب زميله: رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء وهران إلى خلاف ذلك، وقرر عدم إرثها إعمالا لنص المادة 222 ق.أ.ج، في مقابلته بمكتبه يوم 2011/07/17 في الساعة العاشرة صباحا.

[3] ينظر: -بن شويخ، د. رشيد، **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري**، ط1، (الجزائر: دار الخلدونية، 1429هـ/2008م)، ص86. -سعد عبد العزيز، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص113.

[4] جاء في أحدها: "من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا، أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا..."، م.ع، غ.أ.ش، 25-07-1995، ملف رقم 123051، م.ق1996، ع1، ص113. وقد استند الطاعن إلى أن المادة 138 ق.أ.ج ذكرت موانع الإرث وهي اللعان والردة، والطاعن ليس ملتعنا ولا مرتدا، كما أن قانون الأسرة لا ينص على المبدأ المعروف القائل: "لا يرث غير المسلم من المسلم ولا يرث المسلم من غير المسلم" المرجع نفسه، ص144. وينظر: قرار آخر: م.ع، غ.أ.ش، 20-06-2001، ملف رقم 244899، م.ق، 2003، ع1، ص 345. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء التونسي قد اختلف في هذه المسألة، لأن المجلة التونسية في الفصل 88 منها اكتفت بالتنصيص على مانع القتل دون الموانع الأخرى، فقضت محكمة التعقيب؛ أن إكمال النص الوارد بالفصل 88 من المجلة يتم بالرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي على أساس أن الفقه الإسلامي يشكل مصدرا ماديا أساسيا لمجلة الأحوال الشخصية (الموانع وردت على سبيل الذكر)، بينما ذهبت المحكمة الابتدائية بتونس إلى أن الموانع وردت على سبيل الحصر، تشوار جيلالي، حق الأشخاص، مرجع سابق، ص274.

هـ- الرأي المختار:

باستدعاء ما تم اختياره، وتقريره في الفرع الأول بشأن البيان بهذا الطريق -إيراد بعض أفراد المسألة دون بعض- يظهر أن الرأي المختار هو ما قررته المحكمة العليا في اجتهادها؛ من اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الإرث في قانون الأسرة الجزائري إعمالا للمادة 222 منه -مع مراعاة الخلاف الحاصل في خصوص إرث المسلم من الكافر-؛ لأن الصيغة التي أفرغت فيها الموانع ليست من صيغ الحصر، ثم إن إيراد بعض الموانع دون بعض محتمل، فقد يكون مرادا به الحصر، وقد يكون مقصودا به التمثيل، وقد يحصل سهوا وغفلة، أو لأمر ما، وباعتبار أن المشرع لم ينص على عدم اعتبار اختلاف الدين مانعا من موانع الإرث، ولم يذكر الموانع بصيغة الحصر، فلا تقوى الاحتمالات على مناهضة صراحة المادة 222 ق.أ.ج. ويتقوى هذا الاختيار بأن المشرع:

1- ذكر الردة من جملة موانع الإرث، والردة فرع من الأصل وهو اختلاف الدين.

2- عدد بعض الموانع المختلف فيها، أما اختلاف الدين فمجمع عليه.

المطلب الثاني: "هذا القانون" في عرف المشرع الجزائري.

هذا هو الشطر الثاني من الضابط الذي يرسم نطاق الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إذا انضم إلى سابقه تعين على القاضي أن يستدعي نص المادة 222 ق.أ.ج طلبا للحكم، بيد أن ثمة إشكالا يتعلق بتحديد مدلول كلمة "هذا القانون"؛ أعني ضبط ماهية القانون الذي يقصده المشرع في المادة 222 ق.أ.ج، وطبيعة المسائل التي ينظمها.. هل يقتصر على قانون الأسرة وحده؟ أم يمتد إلى بعض القوانين الأخرى التي لها به صلة؟

لعل الإجابة عن السؤال تنجلي في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: تحديد مدلول "هذا القانون" في عرف المشرع الجزائري.

بداية، وقبل البحث في تحديد القانون صاحب الولاية في تنظيم العلاقات الأسرية، يقتضي الضبط لتحرير المسألة، وإخراج ما لا يتصل بها؛ الإجابة عن السؤال التالي: هل جميع المسائل مهما كانت طبيعتها، إجرائية أم موضوعية تخضع لولاية قانون الأسرة؟

الجواب –ولا شك– يكون بالنفي، إذ لابد من التمييز بين النوعين، فإذا كانت جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكام قانون الأسرة طبقا للمادة الأولى منه، فإنه لم يتضمن قواعد إجرائية مستقلة خاصة به لاقتضاء الحقوق المقررة فيه، وعليه فالقواعد الإجرائية المضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي نفسها التي تطبق؛ يقرر هذا عموم المادة الأولى منه (ق.إ.م.إ)[1]، إضافة إلى ما خصه بالذكر من الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام، منها: قسم شؤون الأسرة (م423 إلى م499 ق.إ.م.إ). وبهذا يتبين أن القواعد الإجرائية خارجة عن نطاق الإحالة، فيكون المراد: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون من القواعد الموضوعية...

بعد هذا البيان، أعود إلى تحديد مدلول كلمة "هذا القانون" في عرف المشرع، فهل يختص بقانون الأسرة وحده؟ أم أن "النص على حكم مسألة ما" قد يستفاد من بعض القوانين الأخرى؟

الإجابة عن هذا السؤال؛ تقتضي التمييز بين المسائل التي أحال فيها قانون الأسرة إلى غيره من القوانين، وبين المسائل التي لم يحل فيها.

الفقرة الأولى: ما أحال فيه قانون الأسرة إلى غيره.

لم ينص قانون الأسرة على جملة من المسائل، وأحال في شأن أحكامها إلى بعض القوانين التي تضمنت قواعد قانونية تحكمها، فقد أحال إلى القانون المدني[2]، وإلى قانون الحالة المدنية[3]، وأيضا إلى قانون التوثيق في العقارات[4].

فهذه المسائل المحال فيها إلى هذه القوانين، والتي منها؛ سن التمييز والرشد، وإجراءات تسجيل الزواج، تسري عليها القواعد المقررة في هذه القوانين، وعليه فهي خارجة عن نطاق اختصاص أحكام الشريعة الإسلامية المحال إليها بمقتضى المادة 222 ق.أ.ج.

---

[1] القانون رقم: 08-09، المؤرخ في 2008/02/25، ج.ر، ج.ج عدد(21) لسنة 2008، ونصها: "تطبق أحكام هذا القانون على الدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية".

[2] المواد: 82، 83، 86، 181، 221.

[3] م 21 وم 120.

[4] م 206.

وتفريعا على ما ذكر؛ ينحصر البحث في المسائل المنتمية إلى دائرة العلاقات الأسرية، التي اختص قانون الأسرة بتنظيمها، ولم ترد أحكامها فيه نصا، أو إحالة إلى غيره من القوانين، بل تضمنتها قوانين أخرى، هذه المسائل يتنازعها أمران؛ النصوص المشتملة على أحكامها في القوانين الأخرى من جهة، وأحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج) من جهة أخرى، فلمن تعقد ولاية الاختصاص؟.. تحرير ذلك في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: ما لم يحل فيه قانون الأسرة إلى غيره.

وسأقتصر على ثلاثة قوانين؛ لما لها من صلة وثيقة بقانون الأسرة.

1- قانون 63-224:

بعض المسائل وردت أحكامها في القانون رقم63-224 الصادر في 29جوان 1963، ولم يتضمنها قانون الأسرة، مثل الآثار المترتبة على تخلف شرط الأهلية(السن)، فقرر بعض الباحثين صلاحيتها للتطبيق[1]، ومستندهم في ذلك هو انتفاء النص الصريح على إلغاء القانون رقم 63-224 في قانون الأسرة، مع عدم تضمنه لقواعد تماثل أو تعارض هذه القواعد[2].

والواقع أن هذا المستند منقوض بأن الإلغاء ولو لم يقع صريحا، فإنه حصل ضمنيا، ذلك أن قانون الأسرة قنن الأحكام المنظمة للعلاقات بين أفراد الأسرة، وأخضعها -جميعها- لأحكامه طبقا للمادة الأولى منه، ومن أحكامه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند غيبة النص التشريعي (م 222 ق.أ.ج)، وليس من أحكامه الإحالة إلى قانون 63، زيادة على أن "إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على [هكذا ولعل المراد إلى] العدول عن التشريع القديم بأكمله، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني"[3].

فقانون الأسرة نظم من جديد جميع مسائل الأسرة، ومن بينها الأهلية، ولم يشر إلى أثر تخلفها؛ مما ينبئ عن انصراف نيته عن مضمون هذه القواعد.

---

[1] ينظر: -سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص22. -وله أيضا: قانون الأسرة، مرجع سابق، ص28. -العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص62. -حمليل، د. صالح، «قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري»، **مجلة الحقيقة**: جامعة أدرار، ع6، (ماي 2005)، ص240.

[2] ينظر: -سعد عبد العزيز، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص28. -وله أيضا، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص22. ومن المفارقات أن الأستاذ عبد العزيز سعد -وهو من المتبنين لهذا الاتجاه، ولعل من جاء بعده قد تأثر به- اعتبر -مرة- أن المادة 33 ق.ح.م المتعلقة بشروط الشهود قد ألغيت ضمنيا بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

[3] تشوار جيلالي، عدم المذهبية، مرجع سابق، ص 314.

2- قانون الحالة المدنية:

لم يتناول قانون الأسرة طائفة من المسائل بنص خاص، وقد نظم قانون الحالة المدنية بعض أحكامها ضمن القواعد العامة المقررة فيه، فهل تسري هذه القواعد على تلك المسائل؟

يميل بعض الشراح إلى استدعاء تلك القواعد لتحكيمها عند فقد النص التشريعي في قانون الأسرة[1]، فتكون أحكام تلك المسائل -على مقتضى هذا الاختيار- خارجة عن نطاق أحكام الشريعة الإسلامية.

والظاهر أنه إذا استثنينا المسائل التي أحال فيها قانون الأسرة إلى قانون الحالة المدنية -كما سبق- ففيما سوى ذلك من المسائل، تنعقد الولاية لأحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة الأولى، والمادة 222 ق.أ.ج، ولعل الأمر يتضح أكثر في الفرع التطبيقي.

3- القانون المدني:

لم يفرد قانون الأسرة جملة من المسائل بنصوص خاصة، ووردت أحكامها ضمن القواعد العامة في القانون المدني، فهل ينعقد الاختصاص -في شأنها- للقانون المدني؛ باعتباره الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص؟

يظهر من خلال النظر في آراء طائفة من الباحثين والشراح -عند بحثهم لعدد من مسائل هذا القسم-[2] تباين مواقفهم واختلافها على أربعة اتجاهات؛ فاتجاه يولي وجهه شطر القانون المدني يروم الحكم[3]، وثان كلامه مشعر بأولوية أحكام الشريعة الإسلامية[4]، وثالث بين هذا

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص24.

[2] ذلك أن اتجاهاتهم بخصوص هذا الصنف من المسائل؛ مستخلصة من بحثهم لأفراد معينة منها، وليست أصلا عاما قرروه.

[3] ينظر: -ولد خسال، مرجع سابق، ص122؛ عند حديثه عن طلاق الفار وتوريث زوجته منه: "استنادا إلى المادة 408 ق.م.ج، واستنادا إلى آراء كثير من الفقهاء". -بن ملحة، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص35؛ في حالات التعبير الصريح عن الإرادة: "الرجوع إلى م 60 ق.م.ج". -سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه، مرجع سابق، ص78؛ عند ذكره الوكالة في عقد الزواج "الرجوع إلى م 571 ق.م.ج". -العيش فضيل، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص27 (الوكالة في عقد الزواج).

[4] زواوي، د. فريدة محمدي، «نفاذ حق السكن الممنوح للحاضنة»، **مجلة المحكمة العليا**: الجزائر، ع2، (2007)، ص73 فما بعد. وقد تساءلت في مسألة نفاذ حق الحاضنة في مواجهة الغير، بين إمكانية الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 ق.أ.ج، وإن كان يفهم من كلامها أن الأظهر عندها هو استمداد الحكم من الشريعة الإسلامية، وأن القاضي قد يضطر في غياب الحل إلى استخلاص الحكم من مبادئ عامة، لذا اقترحت أن يتضمن نص المادة 222 ق.أ.ج أيضا إمكانية الرجوع إلى قواعد القانون المدني التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، ص75.

وذاك متردد يهتاب الجزم[1]، أما الرابع فلاح له المسلك الأمثل في التمييز بين المسائل الموضوعية، والمسائل الإجرائية؛ الأولى تحظى بها أحكام الشريعة الإسلامية، والثانية تنسحب عليها القواعد العامة في القانون المدني[2].

والواقع أن الخلاف الحاصل في هذا الشأن لا يستساغ؛ لأن القول باستمداد الحكم لمعالجة الفراغ التشريعي في قانون الأسرة من القواعد العامة في القانون المدني؛ باعتباره الشريعة الأم، لا ينهض على أسس قانونية معتبرة؛ ذلك أن القواعد العامة في القانون المدني؛ قواعد احتياطية أو تكميلية، لا يصار إليها إلا إذا لم يوجد حكم في القواعد الخاصة، بل إن فقهاء القانون يقررون تقديم العرف التجاري –مثلا– باعتباره قاعدة خاصة على القواعد العامة في القانون المدني[3]، فأولى أن ينسحب هذا على قانون الأسرة لاستقلاليته[4] كسائر فروع القانون الخاص، فكيف وقد تميز عليها بإحالة خاصة به (م 222 ق.أ.ج).

نعم قد يسوغ تقرير الخلاف على اعتبار قانون الأسرة جزءا مكملا للقانون المدني[5]، بيد

---

[1] بن شويخ، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص18، في احتساب الآجال القانونية في المدد الواردة في ق.أ.ج.

[2] تقية، د. محمد بن أحمد، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، ط1، (الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003)، ص258 –مثلا– عند حديثه عن الالتزام بنفقات الهبة؛ إذ قرر أنها مسألة إجرائية، يستفاد حكمها من القانون المدني، وأيضا ص144 في ضرورة تعيين المحل: يتعين الرجوع إلى نص المادة 94 ق.م.ج. وفي ص304 يقول: عند انعدام حكم موضوعي للهبة في ق.أ.ج تطبق أحكام الشريعة الإسلامية.. لكن يظهر أنه لم يضع معيارا للتمييز بين المسائل الإجرائية، والمسائل الموضوعية؛ مما ترتب عليه خلط واضطراب، ولعل هذا راجع إلى التأثر بالقانون المصري، والذين كتبوا فيه.

[3] ينظر: –كيره، المدخل، مرجع سابق، ص ص292–293. –فرج توفيق حسن، المدخل، مرجع سابق، ص ص265–266. –تناغو، مرجع سابق، ص ص475–476. –الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص ص163–164.

[4] ينظر في اعتبار قانون الأسرة فرعا مستقلا عن القانون المدني: –بن ملحة، حول المقالة بعنوان: التعارض، مرجع سابق، ص20. –العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص26، وفي موافقته: ولد خسال، مرجع سابق، ص12.

[5] ينظر في اعتبار قانون الأسرة جزءا مكملا للقانون المدني: –سليمان، د. علي علي، «التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة»، **مجلة الشرطة**، المديرية العامة للأمن الوطني، ع45، (ديسمبر 1990)، ص9. –وله أيضا: «رد على مقال الأستاذ الغوثي بن ملحة»، **مجلة الشرطة**، ع49، (أكتوبر 1992)، ص11، وفي موافقته: تقية محمد، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص54. –جعفور، محمد سعيد،«نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية، ج39، رقم3، (2001)، ص32.

أن هذا الرأي، على ما يتوجه إليه من نقد[1]؛ فإن القول بأسبقية القواعد العامة في القانون المدني على أساسه[2]؛ يفضي إلى أوضاع شاذة تعود على سبب الفصل بين القانونين –قانون الأسرة والقانون المدني– بالإبطال.. أليس سببه هو تباين المصادر الموضوعية لقواعدهما!؟

فتصير المسألة الواحدة -على هذا الرأي- يتنازعها مصدران ماديان فأكثر؛ أحدهما الشريعة الإسلامية، والثاني مصدر القواعد العامة في القانون المدني، فكيف نلجأ إلى القواعد العامة وقد تكون مستمدة من غير الشريعة الإسلامية على خلاف مسائل قانون الأسرة، وما الغرض من الفصل إذا عدنا إلى نقطة البداية؛ أعني الاستنجاد بالقواعد العامة.. بل ما جدوى "تطعيم" قانون الأسرة بنص المادة 222، ولِمَ لم يستغن عنها المشرع بالمادة الأولى من القانون المدني.

على أن هذا من باب المسايرة الجدلية فحسب، وإلا فإن اختصاص القانون المنظم للعلاقات الأسرية بتسمية خاصة، مع تضمنه المادة الأولى، والمادة 222 يقضي –بصرف النظر عن الجدال الحاصل حول علاقة قانون الأسرة بالقانون المدني– بانعقاد الاختصاص لأحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن المادة الأولى من قانون الأسرة أخضعت جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكامه، ومن أحكامه الرجوع إلى "أحكام الشريعة الإسلامية" في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، فيكون المقصود "بهذا القانون"؛ القانون الذي تخضع العلاقات الأسرية لأحكامه؛ ألا وهو قانون الأسرة.

وبذا يتبين أن المنطق القانوني السليم يقرر اختصاص أحكام الشريعة الإسلامية بتنظيم المسائل غير المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] إذ أن عدم استقلالية قواعد الأحوال الشخصية عن قواعد الأحوال العينية في النظم القانونية الغربية، وضمهما معا بين دفتي القانون المدني؛ ليس معيارا علميا محكما يستوجب النزول عنده. فلماذا لا يعتبر القانون التجاري –مثلا– جزءا مكملا للقانون المدني رغم تنظيمها للعلاقات نفسها؟.. لا شك أن طبيعة المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة وتوفير الثقة بين التجار (فرج توفيق حسن، المدخل، مرجع سابق، ص ص58-59) هي التي فرضت استقلالية القانون التجاري، فما يقال هنا ينسحب على قانون الأسرة؛ فطبيعة العلاقات التي ينظمها، وتميزها، إضافة إلى تعلق قواعدها بالنظام العام (فرج توفيق حسن، المرجع نفسه، ص80. –الدريني، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص ص203-205) –ولذلك قرر البعض أن قانون الأسرة يأخذ من القسمين؛ القانون الخاص والقانون العام، بن ملحة، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص9– مع تباين مصادر كل منهما (سليمان علي علي، التعارض، مرجع سابق، ص9)، ووجود إحالة صريحة (م 222 ق.أ.ج)، كل ذلك يكفي –وزيادة– للقول باستقلالية قانون الأسرة.

[2] ومن المفارقة أن أصحاب هذا الاتجاه –المشار إليهم آنفا– لم يبنوا رأيهم على هذا الأساس، بل أكثرهم يصرح باستقلالية قانون الأسرة؛ على غرار العربي بلحاج، والغوثي بن ملحة.

نعم يمكن للقاضي أن يختار الرأي الفقهي المتسق مع القواعد العامة في القانون المدني، غير أن أساسه في ذلك المادة 222 ق.أ.ج، وليس القانون المدني.

الفرع الثاني: تطبيقات حول الشطر الثاني من ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وسأقتصر على دراسة ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: مكان تأدية اليمين.

أ- تصوير المسألة:

نصت المادة (17 ق.أ.ج[1]) المتعلقة بحالة النزاع في الصداق، وكذا المادة (73 ق.أ.ج[2]) حول النزاع في متاع البيت؛ على اعتماد اليمين في الإثبات عند فقد البينة.. فأين تؤدى اليمين؟ وما هو القانون الذي ينظم ذلك؟

ب- عرض المذاهب الفقهية:

اختلف الفقهاء في تغليظ اليمين بالمكان؛ فعند المالكية والشافعية والحنابلة تغلظ بالمكان، وذلك في قدر مخصوص.

فتجب اليمين في المسجد الجامع عند المالكية؛ إلّا إذا رضي صاحب الحق بأن يحلف الخصم اليمين في غير الجامع؛ فله ذلك[3]. وقال الشافعية[4]: تغلظ ندبا عند منبر الجامع. وقال الحنابلة[5]: للحاكم تغليظ اليمين عند المنبر، وإن أبى الحالف التغليظ لم يكن ناكلا عن اليمين.

---

[1] القانون رقم: 84-11، مرجع سابق.

[2] المرجع نفسه.

[3] ينظر: -ابن رشد، مرجع سابق، م2، ص ص683-684. -ميارة الفاسي، **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام**، ط1، ضبطه وصححه: عبد اللّطيف حسن عبد الرحمن، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ/2000م)، م1، ص149. -ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ط2، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: جمال مرعشلي، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1428هـ/2007)، ج1، ص158. -عليش، **منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل**، ط.د، (بيروت: دار الفكر، ت.د)، ج8، ص ص252-253.

[4] الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص ص626-627.

[5] ابن ضويان، مرجع سابق، ص ص786-787.

وعند الحنفية[1]، وغيرهم لا تغلظ اليمين بالمكان؛ فيحلف من وجبت عليه في مجلس القضاء[2]، أو في داره[3].

ج- آراء الباحثين:

أشارت بعض الباحثات[4] إلى أن حلف اليمين في مسائل الأحوال الشخصية يكون بالمسجد، بخلاف الأيمان المتعلقة بالمسائل الأخرى؛ فمحل تأديتها الجلسة.

د-اجتهاد المحكمة العليا:

لم تستقر المحكمة العليا على اجتهاد واحد في المسألة؛ ففي قرار لها[5] يستفاد منه أن مكان تأدية اليمين تحكمه النصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية[6]، وأن للقاضي جواز الحكم بأداء اليمين في المسجد. وفي قرارين آخرين لها قضت بخلاف ذلك[7]؛ فقررت أن "اليمين تؤدى بالمسجد وجوبا"، استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ لا سيما قول ابن عاصم، فتلقي اليمين بالجلسة يخالف القواعد الشرعية التي صيغت منها المادة 73 ق.أ.ج. ثم عادت في قرار بعدهما وقضت بأن الخصم يؤدي اليمين بالجلسة، أو أمام القاضي طبقا

---

[1] المرغيناني، مرجع سابق، م2، ج3، ص157.

[2] مهدي الحسيني، مرجع سابق، ج2، ص354.

[3] الشوكاني، **السيل الجرّار المتدفق على حدائق الأزهار**، ط1، (بيروت: دار ابن حزم، 1425هـ/2004م)، ص759، 761.

[4] صالحي، سمية، **الخلع فقها وقانونا وقضاء**، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، (جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2008)، ص100.

[5] م.أ، غ.أ.ش، 06-02-1984، ملف رقم 32171، م.ق، 1990، ع1، "من المقرر قانونا أنه إذا حكم القاضي بأداء اليمين في مكان ما، فإن عليه أن يحدد ذلك المكان ولا يكفي النص في الحكم على أن أداء اليمين يكون بمسجد الجمعة لتعدد المساجد، بل لابد من تحديد المسجد المقصود بأداء اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ يعد خرقا للقانون" ص54، وقد استند المجلس الأعلى في قراره إلى المادة 434 ق.إ.م.

[6] الأمر رقم: 66-154، المؤرخ في 08-06-1966، ج.ر، ج.ج عدد(47)، لسنة 1966، المادة 433 ق.إ.م "إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين، بنفسه بالجلسة..."، والمادة 434 ق.إ.م "يؤدي الخصم اليمين بالجلسة أو أمام القاضي... وإنما يجوز للقاضي أن يقبل أو يأمر أن تكون تأدية اليمين بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانة الحالف.

وفي هذه الحالة يحدد الحكم ميعاد ومكان حلف اليمين".

[7] م.أ، غ.أ.ش، 06-10-1986، ملف رقم 41752، م.ق 1989، ع2، ص91 فما بعد. -م.ع، غ.أ.ش، 19-03-1990، ملف رقم 58797، م.ق 1993، ع1، ص55.

للمادتين 433، 434 من قانون الإجراءات المدنية، ولم تستجب لما أثاره الطاعن من مخالفة القاعدة الشرعية المتعلقة باليمين؛ والقاضية بأدائها في المسجد اعتمادا على ما جاء في تحفة الحكام لابن عاصم[1].

هـ- الرأي المختار:

هذا ما تعلق بقرارات المحكمة العليا في هذه المسألة؛ فأيها أسعد بالقبول؟.

الإجابة عن السؤال تكون باستحضار ما تم تقريره سابقا، من ضرورة التفريق بين المسائل الإجرائية، والمسائل الموضوعية؛ على اعتبار أن قانون الأسرة مقتصر على تنظيم الجوانب الموضوعية في العلاقات بين أفراد الأسرة، أما الجوانب الإجرائية فتحظى بها القواعد الخاصة والعامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فهل اليمين، وما يتصل بها من شروط، مسألة موضوعية تستأثر بها العلاقات الأسرية؛ فتندرج تحت ولاية أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة (222.ق.أ.ج)؟ أم هي مسألة إجرائية ليست "وقفا" على مسائل شؤون الأسرة؛ فتخرج عن نطاق أحكام الشريعة الإسلامية؟

الواقع أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة والقانون؛ لفصل الخصومات واقتضاء الحقوق، فهي من المسائل الإجرائية، شأنها شأن البينة التي يسري على أحكامها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فيتحصل أن الرأي المختار هو: حلف اليمين بالجلسة كأصل عام طبقا للمادة 433 ق.إ.م، مع جواز أدائها في مكان يحدده القاضي بمقتضى المادة 2/434و3 من قانون الإجراءات المدنية.

هذا في قانون الإجراءات المدنية النافذ وقت صدور القرارات القضائية المشار إليها آنفا، أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المطبق حاليا[2]، فإن مكان تأدية اليمين جعله المشرع على سبيل الخيار؛ "بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي" طبقا للمادة 193 ق.إ.م.إ[3].

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، 18-06-1991، ملف رقم 73515، م.ق 1992، ع4، ص 70: "حيث أن المطعون ضدها أدت اليمين أمام القاضي الأول".

[2] القانون رقم: 08-09، مرجع سابق.

[3] ونصها "تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي...".

المسألة الثانية: هبة الأموال المستقبلة.

أ- تصوير المسألة:

إذا وهب شخص مالا غير موجود وقت الهبة، فهل تنعقد الهبة؟ أم يشترط في المال الموهوب أن يكون موجودا وقت الهبة؟ وما هو القانون الذي تسري أحكامه على هذه المسألة؟

ب- عرض المذاهب الفقهية:

اختلف الفقهاء في شروط المال الموهوب؛ فقال المالكية[1] بجواز هبة ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر؛ كالمعدوم المتوقّع الوجود.

واشترط الجمهور[2] في الموهوب أن يكون مما يصحّ بيعه، فلا تجوز عندهم هبة المعدوم.

ج- آراء الباحثين:

اختلف الباحثون في هذه المسألة على قولين: أحدهما يرى عدم جواز هبة المال المستقبل[3] (غير الموجود وقت الهبة)، ووقوعها باطلة استنادا إلى المادة 222 ق.أ.ج[4]، والثاني يقرر الإجازة "إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 92 ق.م.ج"[5] تارة، واستنادا إلى المذهب

---

[1] ينظر: -ابن رشد، مرجع سابق، م2، ص493. -ابن جزي، مرجع سابق، ص384.

[2] ينظر: -المرغيناني، مرجع سابق، م2، ج3، ص220. -ابن دقيق العيد، **تحفة اللّبيب في شرح التقريب**، ط1، دراسة وتحقيق: د. عبد الستار عايش الكبيسي، (الرياض: دار أطلس الخضراء، وبيروت: دار ابن حزم، 1429هـ/2008م)، ج2، ص674. -البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، ص ص337-338. -ابن المرتضى، مرجع سابق، م5، ص204.

[3] تشوار، د. حميدو زكية، «موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع3، (2009)، ص295.

[4] حسنين، محمد، «عقد الهبة في التشريع الجزائري»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ع2، (جوان 1987)، ص ص531-532، فأخذ بالرأي القائل بالبطلان (قول الجمهور)، متأثرا بالمادة (492 ق.م.م) "هبة الأموال المستقبلة باطلة"، على الرغم من أن المذهب السائد في الجزائر يرى خلاف ذلك، إضافة إلى القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري (جواز التعامل في المال المستقبل: م 1/92).

[5] تقية محمد، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص151 حيث يقول: "المشرع الجزائري لم يأت بنص البطلان لا في القانون المدني ولافي قانون الأسرة، مما يستلزم معه جواز هبة الأموال المستقبلة إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 92 م.ج". والرأي نفسه ذكره في "ضرورة تعيين المحل" إذ قال: "ولكن ما دام قانون الأسرة لم ينص على هذا الحكم فإنه يتعين الرجوع إلى النص المادة (94 ق.م.ج) والأخذ به إعمالا للمادة 94 مدني المذكور، باعتبار أنه الشريعة الأم، وأخذا بما أخذت به أغلب التشريعات العربية والأجنبية" ص144.

المالكي طبقا للمادة 222 ق.أ.ج[1] تارة أخرى.

د–الرأي المختار:

الظاهر أن الرأي المختار في المسألة، هو الرأي الذي يقرر إرسال المشرع الأسري حكمها، وأنه يستمد من أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة (222 ق.أ.ج)، وليس من القواعد العامة في القانون المدني؛ لأن هبة الأموال المستقبلة من القواعد الموضوعية للهبة الذي اختص بتنظيمها قانون الأسرة، وأحال –فيما أغفله– إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فتنعقد الولاية لها دون القواعد العامة في القانون المدني، لما تم بيانه في الفرع النظري، فيتردد حكم المسألة بين الإجازة والبطلان؛ تبعا لاختلاف المذاهب الفقهية في ذلك، وللاختلاف في تحديد مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في قانون الأسرة الجزائري.

نعم يمكن اختيار القول بجواز هبة المال المستقبل لتوافقه مع القاعدة العامة في القانون المدني (م92)[2]، لكن على أساس المادة 222 ق.أ.ج، أخذا بالمذهب المالكي.

المسألة الثالثة: شروط الشاهدين في عقد الزواج.

أ– تصوير المسألة:

قررت المادة 9 مكرر ق.أ.ج[3] الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج، والتي من ضمنها؛ "شاهدان"، ولم ينص المشرع الأسري على شروط الشاهدين، كشرط الإسلام، والعدالة، والذكورة، فهل هذه الشروط معتبرة في شهود عقد الزواج من منظور المشرع الجزائري، أم ليست كذلك؟ وما هو القانون صاحب الاختصاص في هذه المسألة؟

ب– عرض المذاهب الفقهية:

اختلف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج:

---

[1] المرجع نفسه، ص ص152-153، بعد أن تساءل عن المذهب الذي يمكن الأخذ به في هذه المسألة، ليقرر أن المذهب المناسب هو مذهب الإمام مالك لأسباب منها، استقرار العرف في الجزائر على العمل بمذهب مالك منذ زمن طويل، وينظر: قوله أيضا في ص305: "ولهذا يمكن الأخذ برأي مالك في التصرف بالهبة في الأموال المستقبلة..." وقارن بـ ص ص234-235، إذ يقول: "لأن أحكام الشريعة الإسلامية تمنع هبة الأموال المستقبلة وأحكامها هي المطبقة بالنسبة للهبة وأحكام القانون هي الأخرى تمنع التصرف في الأموال المستقبلة (م492 ق.م.م)". ولعل هذا الاضطراب لدى د. محمد تقية؛ سببه التأثر بمحمد حسنين، وبالقانون المصري.

[2] ونصها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

[3] الأمر رقم: 05-02، مرجع سابق.

1. فالإسلام شرط في شهود عقد الزواج عند المذاهب الأربعة[1] في نكاح المسلمين. ولا يشترط الإسلام في الشهود إذا تزوج مسلم ذمية عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فيجوز عندهما بشهادة ذمّيين[2]، وهي رواية عند الحنابلة[3].

2. والعدالة شرط كذلك عند المذاهب السنية الثلاثة[4]، وعند الزيدية[5]، والإمامية[6]؛ ولو ظاهرا، فإن لم توجد العدول استكثروا من الشهود كالثلاثين والأربعين عند المالكية[7].

ولم يشترط الحنفية العدالة في شهود عقد الزواج حتى ينعقد عندهم بحضور الفاسقين[8]، وهي رواية عن أحمد[9].

3. وتشترط الذكورة في الشاهدين عند المذاهب الثلاثة السنية[10]، والإمامية[11].

ويجوز النكاح عند الحنفية[12]، والزيدية[13]، ورواية عن أحمد[14] بشهادة رجل وامرأتين، وأجازه ابن حزم[15] بشهادة أربع نسوة.

---

[1] ينظر: -سحنون، **المدونة الكبرى** -رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م)، ج2، ص128. -الحطاب، مرجع سابق، ج3، ص476. -الحصني، مرجع سابق، ج2، ص70. -ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص349. -الموصلي، مرجع سابق، م2، ج3، ص112.

[2] المرجع نفسه، ص ص112-113.

[3] المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص100.

[4] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص216. -الحصني، مرجع سابق، ج2، ص70. -المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص99.

[5] ينظر: -ابن المرتضى، مرجع سابق، ج4، ص ص 47-48. -الشوكاني، مرجع سابق، ص359.

[6] مهدي الحسيني، مرجع سابق، ج2، ص107، مع ملاحظة أنّ حضور الشاهدين في عقد الزواج مستحب عندهم فحسب، وليس شرطا، المرجع نفسه، ص105.

[7] ينظر: -الحطاب، مرجع سابق، ج3، ص476. -المنوفي، مرجع سابق، ج3، ص79. -عليش، مرجع سابق، ج3، ص117.

[8] المرغيناني، مرجع سابق، ج1، ص ص224-225.

[9] ينظر: -ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص 349. -المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص99.

[10] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص216. -ابن دقيق العيد، مرجع سابق، ج2، ص747. -المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص99.

[11] مهدي الحسيني، مرجع سابق، ج2، ص107.

[12] الموصلي، مرجع سابق، م2، ج3، ص112.

[13] ينظر: -ابن المرتضى، مرجع سابق، ج4، ص48. -الشوكاني، مرجع سابق، ص359.

[14] ينظر: -ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص350. -المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص99.

[15] المحلى، مرجع سابق، ج9، ص465، مسألة: 1828.

وعند الإباضية[1] يجوز بشهادة أمينين، أو أمين وأمينتين، أو ثلاثة من أهل الجملة، أو واحد منهم وأربع نسوة منهم، أو رجلين وامرأتين منهم...

ج- آراء الشراح والباحثين:

تنوعت آراء الباحثين وشراح قانون الأسرة في هذه المسألة؛ فمن مستمد حكمها -تصريحا أو تلميحا- من أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)[2]، إلى مول وجهه -بشأنها- قبل المادة 33 ق.ح.م[3]، إلى متردد بين هذه وتلك، غير مستقر على رأي واضح[4].

د-اجتهاد المحكمة العليا:

قررت المحكمة العليا -المجلس الأعلى سابقا-، أن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين (رجلين)، استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية (سيدى خليل وصاحب التحفة)[5]، فلا تقبل شهادة النساء في الزواج[1]، ثم تراجعت عن ذلك وقررت أن الزواج العرفي

---

[1] أطفيش، مرجع سابق، ج6، ص ص87-88.

[2] ينظر: -مبروك المصري، مرجع سابق، ص83 (في اشتراط العدالة). – رواق، فتيحة، **تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام**، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، (جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1994-1995)، ص60. -تشوار جيلالي، حق الأشخاص في اختيار ديانتهم، مرجع سابق، ص ص272-273 (في اشتراط الإسلام). -العربي بلحاج، الوجيز، ط6، مرجع سابق، ج1، ص260 هامش7.

[3] الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في 19-02-1970، ج.ر، ج.ج عدد(21)، لسنة 1970. ينظر: -رواق، آمال، **الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام عليها**، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، (جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2006-2007)، ص51 (في اشتراط العدالة) حيث ذكرت أن المشرع الجزائري لم يشر إليها لا في نص المادة 9 مكرر ق.أ، ولا في نص المادة 33 ق.ح.م... مما يرجح عدم اشتراطه العدالة في الشهود. -ولد خسال، مرجع سابق، ص65. -العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص130، على خلاف رأيه في الطبعة الجديدة بعد التعديل (ط6).

[4] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص39، إذ تساءل عن إمكان اعتبار المادة 33 ق.ح.م مادة معطلة أو ملغاة إلغاء غير مباشر بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة "...فإنه بالإمكان أن نقول أنه يجب اعتماد أحكام الشريعة..."، بينما جنح في ص130 إلى القول باستمدادها من نص المادة 33 ق.ح.م، فيقول بعد ذلك "ومهما يكن من أمر فإن الشهود يجب أن يكونوا... وأن يكونوا ذكورا أو ذكر وأنثيين" ص132. وفي مؤلفه، قانون الأسرة في ثوبه، مرجع سابق، ص45 يقرر أن قانون الأسرة لم يعر أي اهتمام للشروط الواجب توافرها في الشاهد، ويعتبر ذلك إهمالا لا مبرر له.

[5] م.أ، غ.أ.ش، 15-12-1986، ملف رقم 43889، م.ق، 1993، ع2، ص37 فما بعد. -وأيضا: م.أ، غ.أ.ش، 29-02-1988، ملف رقم 48184، م.ق، 1991، ع1، ص50.

[1] م.أ، غ.أ.ش، 02-01-1989، ملف رقم 52440 (غير منشور)، -العربي، د. بلحاج، **قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**، ط.د، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994)، ص31.

يثبت بشهادة رجل وامرأتين[1].

هـ-الرأي المختار:

تلك هي الآراء والاجتهادات حول شروط الشاهدين في عقد الزواج، والقانون الواجب التطبيق على المسألة، فأيها أولى بالقبول؟.

الذي يظهر أن أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222 ق.أ.ج هي صاحبة الاختصاص في هذه المسألة، فيعتبر شرط الإسلام في الشاهدين، ويسري الخلاف في شرطي العدالة، والذكورة تبعا لاختلاف المذاهب الفقهية في ذلك، وللاختلاف في تحديد مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في قانون الأسرة.

فيستمد قاضي شؤون الأسرة حكم المسألة من أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 ق.أ.ج) وليس من المادة 33 ق.ح.م لما يلي:

1- إن الشاهدين من شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 9 مكرر[2]، والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته، فالقواعد التي تحكم المسألة؛ قواعد موضوعية تختص بها أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)؛ شأن الشروط المتعلقة بالولي والصداق.

يرشد إلى ذلك -أيضا- أن الطبيعة القانونية للإشهاد في عقد الزواج ليست هي بعينها في العقود الأخرى، إذ له (الإشهاد) طبيعة خاصة في تكوين عقد الزواج في الشريعة والقانون.

2- إن المادة 21 ق.أ.ج[3] صريحة في الإحالة إلى قانون الحالة المدنية؛ فيما يتعلق بإجراءات تسجيل عقد الزواج، فنطاق ولاية قانون الحالة المدنية يتحدد بإجراءات التسجيل، طبقا لهذه المادة، والتسجيل غير الانعقاد، أو التحرير طبقا للمادة 38[4] و58[1] ق.ح.م.

---

[1] م.ع، غ.أ.ش، 14-02-2007، ملف رقم 381880، م.م.ع، 2007، ع2، ص483. فما بعد "يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل..." وفيه "حيث أن شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 64 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية" ص486.

[2] ونصها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج، -الصداق، -الولي، -شاهدان، -انعدام الموانع الشرعية للزواج".

[3] القانون رقم: 84-11، مرجع سابق، ونصها: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج".

[4] ونصها: "يجب على ضباط الحالة المدنية... عند تحرير عقد أو تسجيله...".

[1] ونصها: "إن التسجيل هو العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته، عقد الحالة المدنية الواردة إليه من مكان آخر غير دائرته، أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية...".

3- إن المادة 33 ق.ح.م[1] تقرر قاعدة عامة في تحرير العقود، تشترك في أحكامها مختلف عقود الحالة المدنية؛ التي تشمل: عقود الميلاد وعقود الزواج وعقود الوفيات، ثم اختص قانون الأسرة بتنظيم أحكام العلاقات بين أفراد الأسرة طبقا للمادة الأولى منه، والتي منها عقود الزواج، وما يتعلق بها من شروط، فتسري القاعدة العامة (م 33 ق.ح.م) على ما عداها من العقود، وتنعقد الولاية لقانون الأسرة في خصوص عقود الزواج، وما يتصل بها من شروط، ومن أحكام قانون الأسرة (م1)؛ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص فيه (م 222 ق.أ.ج).

4- إن القول باستمداد حكم المسألة من المادة 33 ق.ح.م يفضي إلى تقرير جواز شهادة غير المسلم في عقود الزواج بين المسلمين، لعدم تضمن المادة 33 ق.ح.م شرط الإسلام، ولا قائل به شرعا.

هذه بعض مستندات القول المختار في المسألة.. نعم يمكن لقاضي شؤون الأسرة اختيار الرأي الفقهي الموافق لهذا النص القانوني أو ذاك، استنادا إلى المادة 222 ق.أ.ج؛ على القول بإطلاق النص وعدم تقييده بمذهب معين.

وفي خاتمة هذا المبحث يستحسن التذكير بما يلي:

1- تناول هذا المبحث؛ ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ لرسم الحدود الفاصلة بين المنصوص عليه وغيره، حتى يتبين نطاق ولاية أحكام الشريعة الإسلامية.

2- المسائل التي تناولتها نصوص قانون الأسرة لفظا أو فحوى؛ خارجة عن نطاق ولاية أحكام الشريعة الإسلامية.

3- الاختلاف حاصل -فقها وقضاء- في امتداد دائرة ولاية أحكام الشريعة الإسلامية إلى جملة من المسائل؛ نتيجة:

أ. الالتباس في موجب دلالتي "الإلغاء"، و"إيراد بعض أفراد المسألة دون بعض".

ب. أو لأن أحكامها مضمّنة في قواعد عامة مدرجة في بعض القوانين الأخرى غير قانون الأسرة.

4- انتهى المبحث إلى أنّ المسائل الموضوعية غير المقننة، والمتعلقة بالأسرة؛ خاضعة لولاية أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج).

---

[1] ونصها: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين".

المبحث الثاني: طبيعة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية

إذا استفرغ قاضي شؤون الأسرة الوسع في استمداد حكم الواقعة المنظورة من نصوص قانون الأسرة الجزائري وفق القواعد المقررة آنفا، فلم يظفر به بمختلف طرق الدلالة؛ تحقق له شرط إعمال المادة 222 ق.أ.ج، وتعين عليه -بمقتضاها- الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طلبا للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

غير أن الإشكال الذي يواجه القاضي هنا؛ هو طبيعة هذا الرجوع؛ أعني كيف يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ مجتهدا، أم متخيرا، أم مقيدا!؟.. وبعبارة أصرح: ما هو مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية " المحال إليها؟، ذلك أن أية قاعدة قانونية إنما وضعت لتأخذ طريقها إلى التطبيق، ولا تطبق القاعدة إلا بعد فهمها، وأي قاعدة قد تتفق، وقد تختلف الاجتهادات في تفسيرها.. فهل مدلول المصطلح واحد فقها (مطلب أول)، وقضاء (مطلب ثان)؟.. وبعبارة أخرى: هل التفسيرات الفقهية والقضائية لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" جارية على نسق؟.

المطلب الأول: مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" عند فقهاء قانون الأسرة بين الإطلاق والتقييد.

إذا كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول[1]، في قانون الأسرة الجزائري بمقتضى المادة 222 منه، فهي كذلك في القانون المدني الجزائري طبقا للمادة 2/1 منه، بيد أن الخلاف بينهما يتمثل في كون "المشرع المدني" عبر بلفظ "مبادئ"، على حين استعمل "المشرع الأسري" كلمة "أحكام"، لذا يحسن بي أولا؛ النظر في مدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" (فرع أول)، ثم يعقبه الوقوف على مدى التماثل أو التباين بين المصطلحين؛ أعني "مبادئ الشريعة الإسلامية"، و"أحكامها" (فرع ثان).

[1] والوحيد.

الفرع الأول: الاختلاف في تحديد مدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" الوارد في القانون المدني.

يقتضي المقام تبيان مفهوم التركيب مفككا، ثم باعتباره علما ولقبا.

الفقرة الأولى: المفهوم المفكك لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" (باعتباره مركبا إضافيا وصفيا).

أ- تعريف المبادئ:

مبدأ الشيء: أوله ومادته التي يتكون منها، كالنواة مبدأ النخل؛ أو يتركب منها، كالحرف مبدأ الكلام، جمعه: مبادئ، ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها[1].

وجاء في كتاب التعريفات[2]: المبادئ هي التي يتوقف عليها مسائل العلم، كتحرير المباحث وتقرير المذاهب... وأيضا هي التي لا تحتاج إلى البرهان بخلاف المسائل، فإنها تتثبّت بالبرهان القاطع.

ب- تعريف "الشريعة الإسلامية":

تطلق الشريعة في اللغة[3] ويراد بها: 1- الطريقة، 2- مورد الماء الذي يستقى منه بلا رشاء، 3- العتبة. ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء[4].

وفي الاصطلاح هي: "ما شرع الله -تعالى- لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء -صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم- سواء كانت متعلقة بكيفية عمل؛ وتسمى، فرعية وعملية، ودُوِّنَ لها: علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد، وتسمى: أصلية واعتقادية، ودُوِّنَ لها، علم الكلام"[5].

فاسم "الشريعة والشرع والشرعة: ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال"[6].

---

[1] مجمع اللغة العربية: القاهرة، المعجم الوسيط، مرجع سابق، مادة: بدأ (المبدأ).

[2] للجرجاني، علي بن محمد، ط2، تحقيق وزيادة: د. محمد عبد الرحمن المرعشلي، (بيروت: دار النفائس، 1428هـ/2007م)، مادة: المبادئ، ص277.

[3] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، مادة: شرع (الشريعة).

[4] أبو البقاء الكفوي، **الكليات**، ط2، قابله على نسخة خطية: د. عدنان درويش، ومحمد المصري، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1419هـ/1998م)، مادة: شرع (الشريعة).

[5] التهانوي، **موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ط1، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، 1996)، مادة: الشرع، ج1، ص1018.

[6] ابن تيمية، مرجع سابق، ج19، ص165.

وعليه "فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير[1]"، ثم إن هذه الأحكام نوعان؛ "الأول جاء على شكل أحكام تفصيلية والثاني على شكل قواعد ومبادئ عامة"[2]. وهي شاملة للمسائل الاعتقادية والتهذيبية والعملية، وهذه الأخيرة هي التي اصطلح على تسميتها فيما بعد "بالفقه"، وهي منقسمة إلى قسمين: العبادات والعادات (المعاملات)[3].

هذا هو التعريف الاصطلاحي المتعارف عليه عند المتقدمين للشريعة الإسلامية، وهو يطابق التعريف الاصطلاحي للفقه عندهم[4]، ثم أطلقت الشريعة الإسلامية –فيما بعد– على ما يشمله اصطلاح الفقه عند المتأخرين[5]، فيكون مفهومها بناء على هذا الإطلاق المتسامح فيه: "الأحكام الشرعية المستفادة من نصوص القرآن والسنة النبوية أو من المصادر التي أرشدت إليها نصوص القرآن والسنة"[6].

فيتحصل مما مر؛ أن الشريعة تطلق فتكون مرادفة لمعنى الدين والملة، وهذا المعنى الأصلي لها.

وتطلق بما يرادف معنى الفقه[7]، أو ما يسميه ابن تيمية الشرع المؤول في مقابل الشرع المنزل؛ وهو آراء العلماء المجتهدين فيها كمذهب مالك ونحوه[8].

---

1 زيدان، د. عبد الكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط1، (بيروت–دمشق: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1431هـ/2010م)، ص ص38-39.

2 المرجع نفسه، ص ص48-49.

3 المرجع نفسه، ص56. وينظر: –معوض وزميله، مرجع سابق، ص11. –حسين أحمد فراج، مرجع سابق، ص12.

4 إذ كل منهما كان يتناول الدين كله بعقائده وأحكامه وآدابه، فالمعنى الاصطلاحي للفقه ظل عاما حتى عصر الإمام أبي حنيفة، والذي عرف الفقه بما يعني العلم بالاعتقادات والعمليات، ينظر: –الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص12، 16. –إمام، د. محمد كمال الدين، **الفقه الإسلامي–تاريخ العقل الفقهي–**، ط.د، (الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة، 2004)، ص13.

5 ينظر: –زيدان، د. عبد الكريم، **نظرات في الشريعة الإسلامية**، ط1، (م.د: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م)، ص63. –معوض وزميله، مرجع سابق، ص10. هذا وقد خص المتأخرون –بعد الصدر الأول– الفقه بالعلم بالأحكام الشرعية العملية، ينظر: –الأشقر، مرجع سابق، ص13. –إمام، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص13.

6 زيدان، نظرات، مرجع سابق، ص63. ويرى البعض أن "الدقة في الاصطلاح تقتضي عدم إطلاق الشريعة على الآراء الفقهية المحضة، وإنما يحتفظ لهذه الآراء بتسمية الفقه فقط، لأن الشريعة من عند الله، وهي مستقرة لا يمكن تبديلها وتغييرها"، عالية، د. سمير، **المدخل لدراسة القانون والشريعة –نظرية القاعدة الشرعية–**، ط1، (م.د: المؤسسة الجامعية، 1422هـ/2002م)، ص43.

7 التهانوي، مرجع سابق، مادة: الشرع.

8 أو بعبارة أخرى: ما ساغ فيه الاجتهاد، ابن تيمية، مرجع سابق، ج3، ص168، وج19، ص166.

وهناك اتجاه ثالث "تبلور حديثا، ويحصر هذا الاتجاه مدلول الشريعة في الأصول الثابتة الخالدة التي جاء بها الوحي قرآنا وسنة، ومفاد هذا الاتجاه أن لفظ الشريعة يطلق على مجموعة القواعد الكلية الثابتة في القرآن والسنة، والمتعلقة بأحكام السلوك الإنساني والعلاقات الاجتماعية[1]".

الفقرة الثانية: مفهوم مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" باعتباره علما ولقبا.

أحال المشرع الجزائري القاضي -كما سبق- إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية" عند غيبة النص التشريعي (م1/2 ق.م.ج)، فما مقصوده بهذا المصطلح؟.

بداية يجب إخراج مجالي العقائد والأخلاق، وأيضا القسم الأول من مجال الأعمال؛ وهو العبادات، من المفهوم لانقطاع الصلة بين هذا الذي ذكر والقانون؛ باقتصاره على تنظيم مسائل القسم الثاني من الأحكام العملية المتمثل في المعاملات، فهذه هي نقطة الالتقاء بين الشريعة والقانون.

وأعود إلى السؤال: يذهب أكثر شراح القانون المدني الجزائري، والباحثين فيه إلى أن "مبادئ الشريعة الإسلامية" يراد بها؛ المبادئ العامة، والأصول الكلية للشريعة المتفق عليها، والتي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية[2]، ويتبنى بعض فقهاء القانون رأيا آخر،

---

[1] سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ص13-14.

[2] ينظر: -الخليلي، د. حبيب إبراهيم، **المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون-**، ط3، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1992)، ص126. -حسنين محمد، الوجيز، مرجع سابق، ص51. -الوالي، د. محمود إبراهيم، **أصول القانون الوضعي الجزائري**، ط2، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1998)، ص96. -آيت حمودي حليمة، مكانة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص135. حيث تقول: "يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ الأحكام القطعية والأصول الكلية..." وفي ص136: "فمبادئ الشريعة الإسلامية إذن تشمل جميع الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة". ومعلوم أن الأحكام الواردة فيهما ليست كلها قطعية، بل الظنية أكثر، ولذلك يقع الخلاف في الاجتهاد. -فيلالي، د. علي، «الدين والقانون»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ع4، (2008)، ص77 حيث يقول: "...المبادئ الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء... ولا يستطيع حينئذ القاضي أن يرجع إلى مذهب معين ليأخذ برأي في مسألة ما، بل له أن يأخذ من كل المذاهب، ولكن طالما أنه لا يمكن للقاضي الرجوع إلى الأحكام التفصيلية بل يتقيد بالمبادئ العامة...". فما دام أن المسائل التي يعود إليها القاضي ليست محل خلاف بين الفقهاء، بل هي محل وفاق بينهم فلا معنى لما قاله بعد ذلك (لا يهم من أي مذهب أخذها). -جعفور، د. محمد سعيد، **مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون-**، ط16، (الجزائر: دار هومة، 2008)، ص168، ثم يضطرب في الصفحة نفسها فيقول: "ينبغي على القاضي وهو يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب، فكل مذاهب هذا الفقه يجوز الرجوع إليها، والأخذ منها، وعليه يجب على القاضي الجزائري أن لا يتقيد بمذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية"، محيلا إلى علي علي سليمان ومتأثرا به.

فيقرر أن المقصود بمبادئ الشريعة "مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، فينبغي على القاضي الذي يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية"[1].

ويتفق مع هذا الرأي –فيما يبدو– ما ذهب إليه بعض الباحثين من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية قبل صدور قانون الأسرة مصدرا لمسائل الأحوال الشخصية طبقا للمادة 2/1 ق.م.ج[2]، فهذا مشعر بأن المقصود بـ"مبادئ الشريعة الإسلامية" عنده؛ مجموع ما فيها من حلول قانونية على مقتضى الرأي الثاني، وأيضا ما قررته المحكمة العليا في بعض اجتهاداتها[3].

وانفرد بعض الباحثين برأي خاص؛ فاعتقد أن المشرع: "سهى عن ضبط هذه المسألة معتقدا –ولو لا شعوريا– أن الشريعة المقصودة تنصرف إلى الفقه المالكي المعتمد في الديار المغاربية عامة، وفي الجزائر خاصة"[4].

كانت هذه أهم التفسيرات التي وقفت عليها لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" الوارد في القانون المدني، والذي يظهر أن الرأي الأول؛ القائل بأنها المبادئ المتفق عليها، أولى بالقبول لما يلي:

1– موافقته لمدلول لفظ "المبادئ" الذي سبق بيانه، فإن المشرع لم يستعمل كلمة المبادئ عبثا بلاوعي، ولا قصد، ثم إن المفاهيم الاصطلاحية ليست منبتّة الصلة عن المدلولات اللغوية للكلمة.

---

[1] ينظر: –سليمان، د. علي علي، «الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري»، **مجلة الفكر القانوني**، ع1، (نوفمبر 1984) ص121. –وفي الرأي نفسه، العربي بلحاج، الوجيز، ط5، ج1، مرجع سابق، ص17، ويظهر أنه متأثر به، وفي ص23، حيث يقول: "...وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني والتي جعلت من الفقه الإسلامي مصدرا للقانون الجزائري". هذا ويلاحظ أن فيلالي، وجعفور في مرجعيهما السابقين لما فسرا مبادئ الشريعة الإسلامية بالمبادئ الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب، ص77، وص168 على التوالي، أحالا إلى علي علي سليمان، فيقول فيلالي بعد أن ذكر ذلك: "راجع الرأي نفسه، د. علي علي سليمان، الشريعة كمصدر... مجلة الفكر القانوني، ع1، ص121".. وأنت ترى في نص علي سليمان المذكور في المتن خلاف ذلك!.

[2] ينظر: –تقية محمد، تطور المفهوم، مرجع سابق، ص20.

[3] ينظر اللحق رقم: 4، جدول هـ.

[4] صغير، حسين، **النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي**، ط2، (الجزائر: دار المحمدية العامة، 1421هـ/2001م)، ص120.

2- الظاهر أن المشرع الجزائري أخذ هذا المصطلح عن المشرع المصري؛ الذي نص على اعتبار "مبادئ الشريعة الإسلامية" مصدرا احتياطيا للقواعد القانونية يلي التشريع والعرف (م1، ق.م.م)، وقد اتفق شراح القانون المدني المصري على أن المقصود بذلك: المبادئ العامة والأصول الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب[1]؛ "شأن المساواة والعدل، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل، ولا ضرر ولا ضرار والضرر يزال، ودرء المفسدة مقدم على جلب المنفعة"[2]، ومستندهم في ذلك؛ ما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري من مناقشات بشأن الفقرة الثانية من المادة الأولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، التي ورد فيها : "...فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، دون تقيد بمذهب معين"، إذ انتهى الرأي إلى موافقة اللجنة على حذف عبارة "الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين"؛ باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ، وهي لا تختلف باختلاف المذاهب[3].

---

[1] ينظر: -مرقس سليمان، مرجع سابق، ص466. -سلطان أنور، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص155. -محمود، د. همام محمد، وأبو السعود، د. رمضان، **المبادئ الأساسية في القانون، الكتاب الأول: المدخل للقانون**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1996)، ص ص110-111. -الصده، مبادئ القانون، مرجع سابق، ص107. -كيره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص299. -فرج توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص279. -سليم عصام أنور، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص260.

[2] محمود همام محمد، مرجع سابق، ص ص110-111.

[3] ينظر: -فرج توفيق حسن، مرجع سابق، ص ص277-278. -سليم عصام أنور، مرجع سابق، ص ص259-261. -تناغو، النظرية، مرجع سابق، ص264.. هذا وتجدر الإشارة إلى أن هذا المصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" قد ورد كذلك في المادة الثانية من الدستور المصري 1971 "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، فذهب بعض الفقهاء إلى أن المشرع الدستوري لا يقصد بذلك سوى الكتاب والسنة، ينظر: -جمال الدين، د. سامي، **تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ت.د)، ص123، 130، 138. -نجيب، د. علي حسين، **مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر**، ط.د، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1990)، ص ص18-19، وص86.. وقد ورد هذا المصطلح كذلك في القانون المدني اليمني، م1 "يسري هذا القانون المأخوذ عن أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي يتناولها لفظا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون"، وفسره د. محمد بن حسين الشامي (الوجيز في مدخل القانون، ص127). بـ"كتاب الله ثم سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- ثم اجتهاد الصحابة، ثم القواعد الأصولية، ثم القواعد الفقهية، ثم الاجتهادات الفقهية، وتعقبه الدكتور عبد الكريم زيدان بأن الظاهر من صياغة المادة؛ أن المقصود الأحكام الفقهية التفصيلية بدليل ما جاء في هذه المادة من وصف مبادئ الشريعة الإسلامية بكونها "المأخوذ منها هذا القانون"، والمأخوذ منها هي الأحكام التفصيلية الفقهية..." نظرات في الشريعة، مرجع سابق، ص215.

كان هذا ما تعلق بمدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" الوارد في القانون المدني الجزائري، فهل ينسحب على مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" الوارد في قانون الأسرة الجزائري؟

الفرع الثاني: تضارب الآراء الفقهية في رسم الدائرة الدلالية لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية".

للوقوف على ذلك، يجب عرض الاتجاهات الفقهية (القانونية) السائدة في تفسير مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" (فقرة أولى)، ثم النظر في مدى التطابق أو التباين بين المصطلحين في الدلالة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" عند فقهاء قانون الأسرة.

يقتضي الأمر تبيان مفهوم المصطلح مفككا، ثم باعتباره علما ولقبا.

البند الأول: المفهوم المفكك (باعتباره مركبا إضافيا وصفيا).

توضح –سلفا– مفهوم "الشريعة الإسلامية" في الفرع السابق، وبقيت كلمة "أحكام":

يقال: حكم بالأمر يحكم حكما: قضى. وحكم له وعليه وحكم بينهم. وحكم الفرس: جعل للجامه حكمة. –وفلانا: منعه عما يريد ورده. والحكم: العلم والتفقه. والحكمة، يقال: الصمت حكم. –والقضاء[1].

البند الثاني: مفهوم مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" باعتباره علما ولقبا.

لم يجمع شراح قانون الأسرة، والباحثين فيه على تفسير واحد لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"، بل تردد مفهومه –عندهم– بين أربعة معان:

1. يقصد به مصادر الاستنباط؛ القرآن فالسنة فالإجماع فالقياس وصولا إلى آراء المذاهب[2].

[1] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مرجع سابق، مادة: حكم (الحكم).

[2] بن شويخ رشيد: عميد كلية الحقوق، جامعة البليدة، في مقابلته بمكتبه يوم 2011/05/08 في الساعة 11و30د. –وينظر: شرح قانون الأسرة له، مرجع سابق، ص10.

2. "مجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب معين"[1]، وهذا هو التفسير الغالب عند الباحثين في قانون الأسرة.

ويجد أصحاب هذين التفسيرين سندهما في الإطلاق، وعدم التحديد الوارد في نص المادة 222 ق.أ.ج، إضافة إلى اعتماد المشرع الأسري –في سنه لأحكام قانون الأسرة– على الفقه المقارن.

3. معنى قريب من الأولين؛ يتبنى الإطلاق؛ لكن يقصره على المذاهب السنية[2]، أو الأربعة[3].

4. المقصود به المذهب المالكي[4]، بل بعضهم يضيق أكثر فيخصه بأرجح الأقوال[5]،

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص17، وص ص22-23. وينظر في موافقته –تصريحا أو تلميحا–: –بن شويخ، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص10، 18. –مبروك المصري، الطلاق وآثاره، مرجع سابق، ص118، 134، 218، 344. –ولد خسال، الميسر، مرجع سابق، ص62. –دنوني، د. هجيرة، «إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة»، **مجلة المجلس الإسلامي الأعلى**، الجزائر، ع3، (1420هـ/2000م)، ص491. – بن داود، عبد القادر، **فك الرابطة الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، (جامعة وهران: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2002-2003) ص ص178-179. –ماروك ناصر الدين، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص300. –جمعي ليلى، التطليق للضرر، مرجع سابق، ص5. –شيخ سناء، «إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة –الوصية والوقف–»، **مجلة المحكمة العليا**، ع1، (2009)، ص94. –حسنين محمد، عقد الهبة، مرجع سابق، ص ص531-532. –عوفي عياش، أسباب انحلال الزواج، مرجع سابق، ص115، 166. –دواس يمينة، أحكام زوجة الغائب، مرجع سابق، ص76 هامش1. –دغيش، د. أحمد، **التنزيل في قانون الأسرة الجزائري**، ط.د، (الجزائر: دار هومة، 2009)، ص216. –رواق فتيحة، مرجع سابق، ص60. –سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص ص295-296.

[2] تشوار جيلالي، عدم المذهبية، مرجع سابق، ص307.

[3] تقية محمد، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص152.

[4] تصريحا بذلك أو تلميحا أو فهما من عباراتهم، وعلى الأقل في الجانب التطبيقي، ينظر: –تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص32، 92. –وله أيضا: «عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري»، **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع2، (2009)، ص ص226-227. –منصوري، نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، ط.د، (عين مليلة: دار الهدى، 2010)، ص160. –بلعباسي شريف، مريم، **حقوق المرأة المالية وآثارها أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، (جامعة وهران: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007-2008)، ص29، وص ص64-65. –براهيمي، آسيا، **مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق**، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، (جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 1428-1429هـ/2007-2008م)، ص71.

[5] جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص209.

أو المشهور فيه[1]، تعويلا على ما جرى العمل عليه في الجزائر، زيادة على استمداد المشرع لأكثر أحكام قانون الأسرة منه.

هذا ما أمكنني العثور عليه في شأن التفسير الفقهي لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"، وإنك تقف -عند تتبعك لدراسات الباحثين- على الاضطراب الحاصل عند بعضهم، وعدم استقراره على مدلول واضح محدد، وثابت فيما بين النظرية والتطبيق[2].

الفقرة الثانية: بين "مبادئ الشريعة الإسلامية"، و"أحكامها".. تباين في الدلالة أم تطابق؟

الآن، وقد وقفت على التفسير الفقهي لمصطلحي "مبادئ الشريعة الإسلامية"، و"أحكامها" الواردين في القانون المدني، وقانون الأسرة، يحسن ختم المطلب؛ بالنظر في مدى التطابق بينهما في الدلالة.

يظهر من خلال تتبع عبارات كثير من الباحثين أنهم لا يفرقون بين المصطلحين، فيعبرون بـ"مبادئ الشريعة الإسلامية" عن مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"[3]، ويستعملون مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" مرادفا لـ"مبادئ الشريعة الإسلامية"[4].

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج2، ص301، قال ذلك عند حديثه عن الوصية بالمجهول: "فيكون المرجع فيه المشهور في الفقه المالكي (المعنى الضمني للمادة 222 ق.أ.ج)"، وص299، في الوقت المعتبر في تقدير مال الموصي "مما يستوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المشهور من مذهب الإمام مالك" م 222.

[2] ينظر: -العربي بلحاج، وهو من رواد الاتجاه الأول، غير أنه في المسائل التطبيقية يجنح إلى المذهب المالكي، ويورد عبارات تفيد لزوم ذلك: "مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي، باعتبار المذهب المالكي هو مصدر التشريع الجزائري للأحوال الشخصية" الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص285؛ ومثل هذا في كثير من المواضع في الوجيز، ط5، ج1، ص230 وج2، ص252، وله أيضا: أبحاث ومذكرات، مرجع سابق، ج1، ص189، 241. -بن شويخ، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص10، 18. وينظر ما قاله في مقابلته: اللحق رقم 3، جدول ج. -تقية عبد الفتاح، قضايا، مرجع سابق، ص32. -تقية محمد، دراسة عن الهبة، مرجع سابق، ص148، 153، 250. -عياشي عوفي، أسباب انحلال، مرجع سابق، ص78، 115. -دواس يمينة، أحكام زوجة الغائب، مرجع سابق، هامش1 ص76، 144.

[3] ينظر: -جعفور، مدخل، مرجع سابق، ص167. -العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص23. -منصوري، التطليق والخلع، مرجع سابق، ص131. -تشوار زكية، موقف الاجتهاد، مرجع سابق، ع3، 2009، ص293، وص243 من ع2009/4.

[4] ينظر: -حسنين محمد، الوجيز، مرجع سابق، ص51. -قدادة، شرح النظرية، مرجع سابق، ص94، 96.

والواقع أن القول بتطابق مدلولي المصطلحين؛ إذا ساغ على أساس التفسير الفقهي الثاني لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"[1]، فإنه لا يستقيم مع مقتضى الرأي الفقهي الأول في بيان حده[2]؛ لأنه لا قائل به –فيما وقفت عليه– في شأن مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"[3] في قانون الأسرة.

فإذا عرف –مما سبق– المدلول الصحيح لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، ثم أُنعم النظر في استخدام المشرع لمصطلحين –مبادئ وأحكام– متباينين في اللغة؛ مبنى ومعنى، إضافة إلى إقراره لمصدر احتياطي وحيد في قانون الأسرة، بخلاف القانون المدني، مع استحضار الفروق بينهما[4]، تحصل للناظر تباين مدلولي المصطلحين في عرف المشرع الجزائري، ذلك أن المشرع الأسري وضع مادة الإحالة (م 222 ق.أ.ج) لإسعاف القاضي بما تمس الحاجة إليه من قواعد قانونية لفصل الخصومات المعروضة عليه، والنأي به عن جريمة إنكار العدالة، فلا يمكن أن يكون مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" مقصورا على المبادئ المتفق عليها؛ فهذه منصوص عليها غالبا، فلا يتحقق مقصد المشرع من وضع المصدر الاحتياطي، وتصير الإحالة بلا معنى، وليس هذا غرض المشرع.

فإذا تقرر هذا، حسن التنبيه على ضرورة ضبط المصطلحات وتحديد مدلولاتها بدقة درءا للبس والخلط.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 ق.أ.ج بين الاستقرار والاضطراب.

في هذا المطلب أحاول تبين وجهة التفسير القضائي لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" واستجلاء معالم وخصائص الاجتهاد القضائي المؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية

---

[1] "مجموع ما فيها من حلول في مختلف المذاهب...".

[2] "المبادئ العامة والأصول الكلية للشريعة المتفق عليها".

[3] عدا حسنين محمد، الذي قرر مدلولا واحدا لهما (مبادئ وأحكام الشريعة)، بيد أنه كان يتحدث عن مبادئ الشريعة في القانون المدني، ولم يصرح بأن "أحكام الشريعة" هي الواردة في المادة 222 ق.أ.ج، الوجيز، مرجع سابق، ص51.

[4] من حيث المصادر المادية لكل منهما، مع تضمين القانون المدني مصادر احتياطية أخرى تلي مبادئ الشريعة الإسلامية؛ تمد القاضي بالحل، إضافة إلى اشتماله على قواعد عامة، وتفصيلات أوفى، على خلاف قانون الأسرة؛ فما لم ينص عليه فيه أوسع دائرة من المنصوص عليه، علاوة على الطابع الديني لأحكامه.

(م.222 ق.أ.ج)، من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، المنشورة في المجلة القضائية –من العدد الأول 1989 إلى العدد الأول 2011–. وسأجتزئ في العرض، لبلوغ هذا المقصد، بإيراد طائفة من التطبيقات القضائية، تعبر عن عموم الاتجاه القضائي (فرع أول)، ثم النظر في الاجتهادات القضائية درسا وتحليلا (فرع ثان).

الفرع الأول: تطبيقات قضائية.

بداية أشير إلى أني لم أقف على قرار للمحكمة العليا (أو المجلس الأعلى سابقا) يفسر –تصريحا– مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"[1]؛ خلا قرارا واحدا جاء في حيثياته: "...وبما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها وقضاء بالجزائر التي تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي"[2].

فإلى أي مدى روعي مقتضى هذا القرار في الاجتهادات القضائية؟ (هل سارت على مثاله؟).

---

[1] جاء في قرار للمجلس الأعلى: "من المقرر فقها وقانونا أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين تطبيق قواعد الشرع الإسلامي"، م.أ.، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم: 39277 (غير منشور)، وفي قرار آخر: "من المقرر قضاء بأنه يجب تطبيق في مجال الأحوال الشخصية أحكام الشرع الإسلامي لا غير" م.أ، غ.م، 1982/07/12 ملف رقم: 28412 (غير منشور)، ينظر: –العربي بلحاج، **قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد**، مرجع سابق، ص208. –شحط عبد القادر، د. العربي، والمهاجي، د. قدور إبراهيم عمار، **قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا**، ط.د، (م.د: دار الأديب، 1427هـ/2006م)، ص6.

[2] "...وبما أن القواعد العامة التي تحكم الأحوال الشخصية هي الشريعة الإسلامية وبما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها وقضاء بالجزائر التي تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي حيث تقدر النفقة المستحقة للزوجة بالخصوص على حال الزوجين يسرا وعسرا ثم حال مستوى المعيشة..."، والقرار وارد في تقدير النفقة المستحقة للزوجة، م.أ، غ.أ.ش، 1987/02/09، ملف رقم: 446630، م.ق، 1990، ع3، ص ص56–57 (المادة: أحكام الشريعة الإسلامية)، المرجع نفسه، ص55، والقرار يخاصم قرارا صادرا عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1983/03/23.

المسألة الأولى: ميراث الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت.

أ. تصوير المسألة:

إذا طلق الزوج زوجته في مرض موته، فهل ترثه؟

ب. عرض المذاهب الفقهية:

اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض –مرض الموت– إذا طلق امرأته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي[1]، واختلفوا في توريث الزوجة المطلقة بائنا:

1 فقال الشافعي في الجديد –وهو الصحيح عند الشافعية–[2]، وابن حزم[3]، والزيدية[4]: لا ترث لانقطاع آثار الزوجية.

2 وقال الجمهور والشافعي في القديم[5]، لها الميراث لقضاء عثمان[6] –رضي الله عنه– بذلك في زوجة عبد الرحمن بن عوف –رضي الله عنه– ولم ينكره أحد عليه[7]، ومعاملة له بنقيض مقصوده.. ثم اختلفوا في وقت الإرث:

أ– فعند الحنفية[8]، والإباضية[9]، ورواية عن أحمد[10]؛ ترث ما دامت في العدّة.

ب– وعند الحنابلة[11] ترث ولو خرجت من العدة ما لم تتزوّج.

ج– وعند الإمامية[12] ترث في مدة سنة من الطلاق ما لم تتزوج.

---

[1] الزحيلي، د. وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط2، (دمشق: دار الفكر، 1405هـ/1985م)، ج7، ص452.

[2] العمراني، مرجع سابق، م9، ص22.

[3] المحلى، مرجع سابق، ج10، ص218 فما بعد، مسألة: 1976.

[4] ابن المرتضى، مرجع سابق، م4، ص ص340-341.

[5] العمراني، مرجع سابق، م9، ص21. قال الشربيني: "ونص عليه أيضا في الإملاء فيكون جديدا". مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص388.

[6] مالك، الموطأ: كتاب الطلاق، طلاق المريض، ر(1200)، ص390، مرجع سابق.

[7] ينظر: –الزرقاني، مرجع سابق، ج3، ص254. –ابن ضويان، مرجع سابق، ص ص466-467.

[8] ينظر: –الميداني، مرجع سابق، ج2، ص179. –المرغيناني، مرجع سابق، م1، ج2، ص291.

[9] أطفيش، مرجع سابق، ج7، ص497 فما بعد.

[10] ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص196.

[11] ينظر: –المرجع نفسه، ص195. –ابن ضويان، مرجع سابق، ص ص466-467.

[12] الطوسي، **تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد**، ط2، حققه وعلّق عليه: السيد حسن الموسوي الخرسان، (النجف: مطبعة النعمان، ودار اليقظة العربية، 1380هـ/1961م)، ج8، ص76.

د- وعند المالكية[1]، واللّيث بن سعد[2] ترث في العدة، وبعد العدة؛ تزوجت، أو لم تتزوّج.

ج. اختيار شراح قانون الأسرة:

يظهر من النظر في جملة من آراء الشراح -التي وقفت عليها- اختلافهم في هذه المسألة -بعد اتفاقهم على أن المسألة مرسلة-[3]، فلم يفصح بعضهم عن رأي في ذلك[4]، بينما جنحت طائفة منهم إلى القول بتوريثها؛ معاملة له بنقيض مقصوده، استنادا إلى الفقه المالكي عند بعضهم مع الاضطراب في ذلك[5]، أو على أساس (المادة 408 ق.م.ج) كما قرر أحدهم[6].

د. اجتهاد المحكمة العليا:

ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها[7] إلى أن الطلاق الواقع في مرض الموت صحيح نافذ، بيد أنه لا يحرم الزوجة المطلقة من الميراث؛ فترث "حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود".

فهذا القرار وافق رأي جمهور الفقهاء في إقرار حق الميراث للزوجة المطلقة في مرض الموت؛ استنادا إلى القاعدة الفقهية المعروفة، غير أنه لم يشر إلى المذهب الفقهي الذي اعتمده، وإن كان يبدو موافقا للمذهبين؛ المالكي والحنبلي في عدم اشتراطهما الوفاة في العدة، وساكتا عن اشتراط عدم الزواج المقرر عند الحنابلة.

---

[1] ينظر: -القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، م2، ص751، مسألة: 1364. -ابن جزي، مرجع سابق، ص248.

[2] ابن عبد البر، مرجع سابق، م17، ص264.

[3] هل يمكن استمداد حكم المسألة من عموم مفهوم الشرط في المادة 132 ق.أ.ج؟.. يبدو ذلك سائغا.

[4] بن شويخ، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص92.

[5] ينظر: -العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص242، "ترث ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره..."، وفي ص376، اشترط موت الزوج المريض في العدة. -تقية عبد الفتاح، عوارض الطلاق، مرجع سابق، ص ص226-227، "فهي ترثه إذا مات أثناء العدة"، ونفس الكلام له في: قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص ص31-32.

[6] ولد خسال، الميسر، مرجع سابق، ص122 "...واستنادا إلى آراء كثير من الفقهاء".

[7] م.ع، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم: 179696، م.ق، 2001، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ص ص98-99.

المسألة الثانية: الأجل في التطليق لعدم الإنفاق.

أ. تصوير المسألة:

قرر المشرع الجزائري في المادة 1/53 ق.أ.ج حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق -بشروطه-، ولم يحدد أجلا تتربصه الزوجة بعد الحكم لها بوجوب النفقة، لاستعمال هذا الحق.

ب. عرض المذاهب الفقهية:

وسأقتصر في عرض المذاهب الفقهية على جزء من المسألة؛ وهو ثبوت إعسار الزوج الحاضر بالنفقة[1].. فقد اختلف الفقهاء في وقت التفريق بين الزوجين:

1. ففي قول للشافعي نسب للقديم؛ ينجز الفسخ في الحال عند الإعسار وقت وجوب تسليم النفقة بلا إمهال، وفي قول -وهو الأصح- بعد إمهاله ثلاثة أيام من إعساره[2].

2. وعند الحنابلة لها المطالبة بالفسخ من غير تأجيل ثلاثا خلافا لابن البناء[3].

3. وعند المالكية يُتلَوّم للمُعسِر رجاء يُسْره على المشهور المعمول به؛ فقيل يوم، وقيل ثلاثة أيام، وروي الشهر والشهرين، والصحيح أنّ ذلك موكول إلى اجتهاد القضاة فيختلف برجاء اليسر وعدمه[4].

4. وقال عمر بن عبد العزيز: يضرب له أجل شهر أو شهرين[5].

5. وقال حماد بن أبي سليمان: يؤجل سنة قياسا على العنّين[1].

---

[1] لأن الموسر الممتنع عن الإنفاق، والغائب؛ لهما أحكام خاصّة بهما.

[2] ينظر: -العمراني، مرجع سابق، م11، ص193. -الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص582. -الحصني، مرجع سابق، ج2، ص201.

[3] ينظر: -ابن قدامة، مرجع سابق، ج11، ص362. -البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص560.

[4] ينظر: -ابن جزي، مرجع سابق، ص237. -الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص209. -ميارة الفاسي، مرجع سابق، م1، ص ص423-424.

[5] ينظر: -ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج10، ص94. -ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص458.

[1] ينظر: -ابن القيم، المرجع نفسه، ج5، ص458. -ابن قدامة، مرجع سابق، ج11، ص362.

ج. آراء شراح قانون الأسرة والباحثين فيه:

انقسم الباحثون –في هذه المسألة– إلى قائل بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات[1]، وهو أجل شهرين متتاليين[2]، وإلى مستوجب الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي[3]، وإلى متسائل لم يجزم باختيار[4].

د. اجتهاد المحكمة العليا:

قرر المجلس الأعلى أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتالين؛ يكون مبررا لطلبها التطليق، وقد استند في هذا القرار إلى رأي أحد فقهاء المالكية المتأخرين "وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله:

الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق"[5].

---

[1] الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في 08-06-1966، ج.ر، ج.ج عدد(49)، لسنة 1966، ونصها: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم..."

[2] ينظر: –سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص260، وفي موافقته: منصوري نورة، التطليق والخلع، مرجع سابق، ص29.. والحق أن اعتماد قانون العقوبات كأساس للأجل في التطليق لعدم الإنفاق جنوح عن الصواب، فليس ذلك إليه، ولا هو داخل في ولايته، يؤكد ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن اعتبار الزوج ممتنعا عن الإنفاق على زوجته وأولاده لا يشترط فيه وجود حكم قضائي مدان فيه من أجل ذلك، بل يثبت بكل وسائل الإثبات بعد صدور الحكم بوجوبها"، م.ع، غ.أ.ش، 2005/05/18، ملف رقم: 335844، ن.ق، ع65، ص315.

[3] ينظر: –العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص279، وفي موافقته: تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص90.

[4] تشوار جيلالي، «حق الزوجة في الطلاق، بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي»، منشور ضمن كتاب: **قانون الأسرة والتطورات العلمية**، نصوص جمعها وقدمها الأستاذ عبد الحفيظ أوسوكين، (جامعة وهران: كلية الحقوق، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، 2007)، ص ص79-80.

[5] يقول ابن عاصم: الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق
بعدها الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله
ولاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز عن هذا وهذا الأجل
وأفاد البيت الثالث أن التحديد بالشهرين المذكورين في البيت الأول ليس لازما لا يعدل عنه، بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة إلى اجتهاد القضاة، ينظر: –ميارة الفاسي، مرجع سابق، م1، ص ص422-423. –التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ط1، (صيدا: المكتبة العصرية، 1425هـ/2005م)، ج1، ص709، وفيه: "الأجل المذكور غير محتم".

واعتبر "القضاء بخلاف ذلك خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية"[1].

المسألة الثالثة: الاختلاف بين الزوجين في عيوب الفرج.

أ. تصوير المسألة:

إذا اختلف الزوجان في داء الفرج؛ فادّعاه الزوج على زوجته، وأنكرته، فطلب خبرة.. فهل يجاب إلى طلبه؟.

وأيضا إذا اختلفا في وجود البكارة المشروطة، فادعتها الزوجة، وأنكر الزوج.

ب. عرض المذاهب الفقهية:

القول المشهور في المذهب المالكي أن المرأة تصدق في مثل هذا، فلا تكشف، ولا ينظرها النّساء بدون رضاها، وفي مقابل المشهور؛ قول سحنون، وعليه ابن لبابة؛ ينظرها النّساء جبرا عليها[2].

وقال الحنابلة[3]: إذا اختلف الزوجان في عيوب النّساء تحت الثياب أريت النّساء الثقات ويقبل قول امرأة واحدة عدل.

ج. اجتهاد المحكمة العليا:

قرر المجلس الأعلى أن المرأة الحرة لا تكشف، وهي مؤتمنة على موطن سرها، تصدق فيها قالته عنه مع يمينها، مثل ذلك العيوب الخفية عندها، واعتبرت القضاء بخلاف ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية[1]، وقد أسس قراره هذا على نص المادة 222 ق.أ.ج، وكان مرجعه الفقهي

---

[1] ونص القرار: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم..."، م.أ، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم: 34791، م.ق، 1989، ع3، ص76.

[2] ينظر: -الحطاب، مرجع سابق، ج3، ص ص571-572. -عليش، مرجع سابق، ج3، ص ص177-178.
-وينظر: القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، م2، ص721، مسألة: 1304 في الاختلاف في المسيس بعد الخلوة فإنها شبيهة بهذه.

[3] البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص120.

[1] نص القرار: "من المقرر شرعا أنه لا يجوز كشف فرج المرأة لأي رجل ولو كان طبيبا ولا يجوز كشفه حتى للنساء إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها باعتبارها مؤتمنة على فرجها، ومن المقرر أيضا أن المرأة الحرة لا تكشف وكل ما تقوله عن فرجها، مصدقة فيه شرعا بعد أن تزكي ذلك، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للشريعة الإسلامية..." م.أ، غ.أ.ش، 1989/10/02، ملف رقم: 55116، م.ق، 1991، ع1، ص33.

في ذلك قول خليل في المختصر[1]، وما جاء في شرح التحفة؛ "وعليه فلا يجوز مع وجود ذلك، وطبقا للمادة 222 من ق.أ إهانة المرأة وكشف عورتها بأمر من المحكمة ولو بطلب من الزوج إذ طلبه غير شرعي والاستجابة له غير شرعية"[2].

فالمجلس الأعلى أخذ في قراره هذا بالقول المشهور في المذهب؛ وهو لابن القاسم، والذي به العمل أن النساء ينظرن إليها، وهو قول سحنون في غير المدونة[3].

المسألة الرابعة: الأجل المحدد لقبول دعوى اللعان.

أ. تصوير المسألة:

قررت المادة 41 ق.أ.ج حق الزوج في اللجوء إلى اللعان لنفي نسب الولد عنه، ولم تحدد أجلا لذلك بعد علم الزوج بالحمل أو الولد.

ب. عرض المذاهب الفقهية:

اختلف الفقهاء في وقت نفي الولد باللّعان:

1. فعند الحنفية لا يلاعن قبل وضع الحمل، بل عقيب الولادة إلى سبعة أيام عند أبي حنيفة، وفي مدة النفاس عند أبي يوسف ومحمد[4].

2. وعند المالكية يجب نفي الحمل على الفور إذا علم به، ولا يؤخره لوضعها على المشهور، فإن سكت بلا عذر لم يكن له نفيه، وكذلك إذا لم يعلم إلا بوضعه؛ فيجب التعجيل باللّعان[1].

3. وعند الشافعية له أن يلاعن لنفي الحمل قبل وضعه، وله أيضا انتظار وضعه إذا لم يتيقن الحمل؛ ويكون على الفور في القول الجديد للشافعي –وهو الأصح– إلا لعذر، وفي القديم قولان؛ أحدهما يجوز إلى ثلاثة أيام، والثاني: له النفي متى شاء ولا يسقط إلا بإسقاطه[2].

---

[1] يقول خليل بن إسحاق المالكي: "وصدق في الاعتراض كالمرأة في دائها أو وجوده حال العقد أو بكارتها، وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة، ولا ينظرها النساء..." **مختصر خليل في الفقه المالكي**، ط1، (القاهرة: دار الفضيلة، 2011)، ص 150.

[2] م.أ، غ.أ.ش، 02-10-1989، ملف رقم: 55116، م.ق، 1991، ع1، ص37.

[3] ينظر: –التسولي، مرجع سابق، ص574. –التاودي، أبي عبد الله محمد، **حلى المعاصم لفكر ابن عاصم**، بحاشية البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص573. –الحطاب، مرجع سابق، ج3، ص571. وهذا الخلاف جار كذلك في ادعاء الزوجة –إذا كانت بكرا– المسيس في خلوة الاهتداء وإنكار الزوج، التسولي، مرجع سابق، ص664.

[4] ينظر: –الموصلي، مرجع سابق، م2، ج3، ص ص221-222. –الميداني، مرجع سابق، ج2، ص200.

[1] ينظر: –القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، م2، ص789، –مسألة:1478. –ابن عبد البر، مرجع سابق، م17، ص ص216-217. –المنوفي، مرجع سابق، ج3، ص226. –عليش، مرجع سابق، ج4، ص125، 129.

[2] ينظر: –العمراني، مرجع سابق، م10، ص ص389-390. –الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص ص499-500.

4. ويشترط عند الحنابلة في نفي الولد باللّعان التعجيل؛ على ما جرت به العادة من غير تأخير إلا لعذر، واختلفوا في صحّة نفي الحمل قبل الوضع[1].

5. وعن عطاء ،ومجاهد له نفي الولد أبدا، إلاّ أن يقرّ به[2].

ج. آراء الباحثين:

ذكر بعض الباحثين أن القضاء استقر على عدم قبول دعوى اللعان إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل، أو الوضع أو رؤية الزنا[3].

د. اجتهاد المحكمة العليا:

لم تستقر المحكمة العليا على قرار واحد في المسألة، فبعد أن كانت تتبنى رأى المالكية في وجوب التعجيل باللعان؛ فلا تقبل دعواه إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل، أو الوضع، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا لأحكام الفقه الإسلامي المتعلقة باللعان، ويجعل القرار عرضة للنقض[4]، تراجعت عن ذلك، وقررت أن الاجتهاد القضائي استقر على أن آجال نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام[5]، وفي قرار آخر لا تتجاوز فترة أسبوع[1].

---

[1] ينظر: -ابن قدامة، مرجع سابق، ج11، ص ص160-162. -ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص346. - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص470.

[2] ينظر: -العمراني، مرجع سابق، م10، ص390. -ابن قدامة، مرجع سابق، ج11، ص163. -ابن المرتضى، مرجع سابق، م4، ص406.

[3] عمراني، أحمد، **أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، (جامعة وهران: كلية الحقوق، 1999-2000)، ص75.

[4] "من المبادئ الشرعية، أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا..." م.أ، غ.أ.ش، 1985/02/25، ملف رقم: 35934، م.ق، 1989، ع1، ص83 فما بعد. -وينظر: أيضا قرار آخر: م.ع، غ.أ.ش، 1990/07/16، ملف رقم: 76343، م.ق، 1991، ع3، ص75 فما بعد.

[5] "... ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام"، م.ع، غ.أ.ش. 1993/11/23، ملف رقم: 99000، م.ق، 2001، عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص64. -وقرار آخر: م.ع، غ.أ.ش، 1997/07/08، ملف رقم: 165408، م.ق، 2001، عدد خاص، ص67. وقرار آخر: م.ع، غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم: 172379، م.ق، 2001 عدد خاص، ص72. وقرار آخر: م.ع، غ.أ.ش، 1998/10/20، ملف رقم: 204821، م.ق، 2001، عدد خاص، ص82.

[1] "مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"، م.ع، غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم: 296020، م.ق، 2004، ع1، ص289.

فيظهر من هذه القرارات الأخيرة أن المحكمة العليا وافقت رأي أبي حنيفة في وجه من المسألة؛ وهو تحديد الأجل، وخالفته في وجه آخر؛ وافقت فيه المالكية، وهو جواز نفي الحمل[1]، وبذلك كان اجتهادها ملفقا من رأيين؛ رأي أبي حنيفة، ورأي المالكية.

الفرع الثاني: دراسة وتحليل الاجتهادات القضائية.

كانت هذه عينة من اجتهادات المحكمة العليا المستندة إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م222 ق.أ.ج)، سقتها هنا -اجتزاء بها عن الاجتهادات الأخرى المثبتة في جداول اللحق رقم:4- لمحاولة تبين اتجاه المحكمة العليا في تفسير مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"، وقبل تقرير ذلك يحسن إيراد الملاحظات التالية:

1- إن المحكمة العليا استندت في اجتهاداتها قبل صدور قانون الأسرة إلى المادة الأولى من القانون المدني، وذلك مشعر باتحاد مدلولي المصطلحين عندها؛ أعني "مبادئ" و"أحكام الشريعة الإسلامية" (اللحق رقم:4، جدول هـ).

2- الغالب على اجتهادات المحكمة العليا قبل ميلاد قانون الأسرة هو الاعتماد على المذهب المالكي، وقد تخرج عنه أحيانا (اللحق رقم:4).

3- كثيرا ما تؤسس المحكمة العليا قراراتها -في هذا النطاق- على الاجتهاد القضائي السابق؛ "من المستقر عليه قضاء".

4- إن المحكمة العليا في بعض قراراتها لا تتحرى الدقة، من ذلك -مثلا- ما تصدر به قراراتها من حكاية الاتفاق الفقهي في مسألة ما؛ "من المتفق عليه فقها"، بالرغم من اشتهار الخلاف فيها (اللحق رقم:4، جدول د).

5- اضطراب المحكمة العليا في بعض اجتهاداتها، وعدم استقرارها على اجتهاد واحد (اللحق رقم:4، جدول ج).

6- تراجع المحكمة العليا عن بعض اجتهاداتها السابقة دون مراعاة الإجراءات القانونية اللازمة، مع ملاحظة أن الطاعن قد يستند إلى الأسس نفسها التي كانت المحكمة العليا استندت إليها في اجتهادها المهجور (اللحق رقم:4، جدول ج).

[1] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص ص559-560.

7- تبنت المحكمة العليا في طائفة من القرارات رأيا فقهيا، وقررت أن القضاء بخلافه مخالفة للشريعة الإسلامية(اللحق رقم:4، جدول أ، مسألة: 1، 2، 6).

8- نقضت المحكمة العليا بعض القرارات المطعون فيها لمخالفتها المشهور من مذهب المالكية بالرغم من استنادها إلى الشريعة الإسلامية (موافقة لاجتهادات فقهية أخرى: اللحق رقم:4، جدول أ، مسألة: 6).

9- استندت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى المذهب المالكي، ثم تغير اجتهادها، ولعلها رأت أن المسألة خارجة عن نطاق أحكام الشريعة الإسلامية، أو توسمت المصلحة في غير ذلك (اللحق رقم: 4، جدول ج).

10- يتبين أن المحكمة العليا تستمد -غالبا- حكم المسألة من الاجتهادات الفقهية المذهبية، واعتمادها المباشر على النصوص الشرعية قليل، واجتهادها نادر (الاستنباط المباشر من مصادر الشريعة الإسلامية)، ثم إن الاتجاه السائد عندها هو تبني المذهب المالكي مرجعا لقراراتها، لا سيما ما استقر فيه المذهب عند المتأخرين (المشهور)، وذلك إما تصريحا أو موافقة، فلم تخرج عن المذهب المالكي السائد إلا قليلا، ومن أهم المراجع الفقهية المعتمدة عندها؛ مختصر خليل وشروحه، والتحفة لابن عاصم وشروحها، ثم بدرجة أقل المدونة لسحنون، والرسالة لابن أبي زيد القيرواني.

في ضوء هذه الملاحظات يحق التساؤل عن دلالة مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في اجتهاد المحكمة العليا.. أثابتة ومستقرة؟.. تتسع دائرتها أم تضيق؟.

إذا نظر إلى أكثر قرارات المحكمة العليا واجتهاداتها أمكن القول أنها تجنح إلى تقييد مدلول المصطلح بالمذهب المالكي؛ لاسيما ما استقر عليه عند المتأخرين (اللحق رقم: 4، جدول أ، ب)، وإذا استحضرت طائفة أخرى من قراراتها واجتهاداتها؛ أشعرت بتبنيها الإطلاق؛ أعني اتساع دائرة الدلالة لمختلف الآراء والمذاهب الفقهية الإسلامية (اللحق رقم: 4، جدول ج، د).

وبين هذا وذاك يبقى التشوف إلى تفسير مستقر وثابت للمصطلح في اجتهاد المحكمة العليا قائما؛ ليتضح الأساس المعتمد في نقض الأحكام والقرارات في اختياراتها المستندة إلى المادة 222 ق.أ.ج.

بيان ذلك: إذا كان مدلول المصطلح مطلقا في اجتهاد المحكمة العليا، فإن هذا يقتضي عدم إبطالها لأي حكم أو قرار صادر عن قضاة الموضوع اختاروا فيه رأيا فقهيا طبقا للمادة 222 ق.أ.ج، لم يتبناه المذهب المالكي، بله القول المشهور فيه، بيد أن هذا منقوض بما صنعته في بعض قراراتها! (اللحق رقم: 4، جدول أ، مسألة: 6).

وإذا كان مدلوله –في اجتهادها– مقيدا بالمذهب السائد –المالكي– فهذا يلزم منه نقض، وإبطال الأحكام، والقرارات التي تحيد عنه، بله مخالفتها هي له، غير أن هذا منقوض كذلك بما سارت عليه في طائفة من قراراتها!(اللحق رقم:4، جدول ج، مسألة:4، جدول د).

وكأني بالمحكمة العليا تعارض عندها أصلان؛ الأول ما تقتضيه صياغة المادة 222 ق.أ.ج من أن المطلق يجرى على إطلاقه، والثاني ما استقر عليه الأمر في الجزائر من الاحتكام إلى المذهب المالكي، فتحاول إعمال الأصلين معا؛ في الغالب تراعي الأصل الثاني، وتهمل الأول، وتارة تلتفت إلى الأصل الأول وتعمله، وتغفل النظر إلى الأصل الثاني واعتباره.

وعليه يتعسر الوقوف على معالم واضحة للاجتهاد القضائي المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)، فهو يبدو مضطربا غير مستقر في اتجاه محدد، فلا ينضبط الأساس الذي بمقتضاه تبطل أحكام وقرارات محاكم الموضوع –المستندة إلى المادة 222 ق.أ.ج– من لدن محكمة القانون، مبلغ ما يمكن استخلاصه –في تقديري– أن سمة اجتهاد المحكمة العليا المؤسس على المادة 222 ق.أ.ج الاختيار؛ وفي الأغلب من المذهب المالكي.

وأمام هذا الوضع تبقى الأحكام والقرارات القضائية مشوبة بالاضطراب، ومهددة بخطر النقض والإبطال.

هذا ما تعلق باتجاه المحكمة العليا، أما عن المحاكم الدنيا، والمجالس القضائية؛ فلم يتيسر لي الحصول، أو الاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عنها[1]؛ لملاحظة مسار اجتهاداتها المستندة إلى المادة 222 ق.أ.ج، فاجتزأت بمقابلة طائفة من قضاة شؤون الأسرة؛

[1] توجهت بطلبين إلى النائب العام لدى مجلس قضاء تلمسان، وبمثليهما إلى النائب العام لدى مجلس قضاء وهران، ولم أحظ إلا برد سلبي من النائب العام لدى مجلس قضاء تلمسان: ينظر: اللحق رقم: 1.

ممن استجابوا للطلب، فتبين من تلك المقابلات[1] انسحاب الاختلافات الفقهية -المقررة في المطلب السابق- في مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" على تفسيراتهم له؛ إذ تفرعت إلى ثلاثة اتجاهات:

1- الأول: -وهو الغالب- يتبنى التقيد بالمذهب المالكي السائد.

2- الثاني: يجنح إلى الإطلاق، مع التوجه أولا إلى المذهب المالكي.

3- الثالث: يقرر الإطلاق، متدرجا في استمداده حكم المسألة من القرآن فالسنة، وصولا إلى المذاهب الأربعة، فالاجتهادات الفقهية الأخرى.

وفي خاتمة هذا المبحث؛ الذي خصص لطبيعة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يمكن التذكير بما يلي:

1- تباين مدلولي مصطلحي "مبادئ الشريعة الإسلامية" و"أحكامها" الواردين -على التوالي- في القانون المدني، وقانون الأسرة.

2- اختلاف فقهاء القانون في تحديد مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" الوارد في قانون الأسرة.

3- صعوبة استخلاص ضوابط تراعى وتحكم في الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة (222 ق.أ.ج) -لترسم مسارا محددا وواضحا له- في ظل اضطراب قرارات المحكمة العليا، وعدم استقرارها على اتجاه واحد في هذا المجال.

[1] تنظر في اللحقين رقم: 2، 3.

خلاصة الفصل:

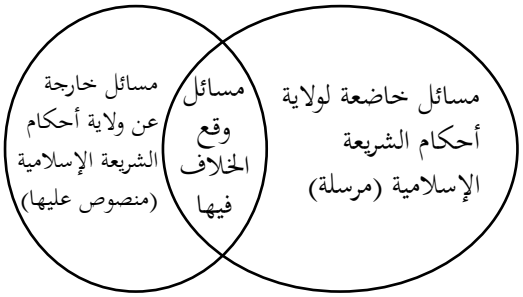
في خاتمة هذا الفصل؛ الذي حاول البحث فيه تفكيك نص المادة 222 ق.أ.ج؛ لرسم الدائرة الدلالية له، تساق النتائج التالية:

1- يشترط لاستمداد قاضي شؤون الأسرة حكم المسألة المعروضة عليه من أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة (222 ق.أ.ج)؛ انتفاء النص التشريعي على حكمها. وبالرغم من وضوح هذا الضابط في الظاهر، إلاّ أنّ تطبيقه على طائفة من المسائل -تحقيق المناط- تعتريه بعض الالتباسات.

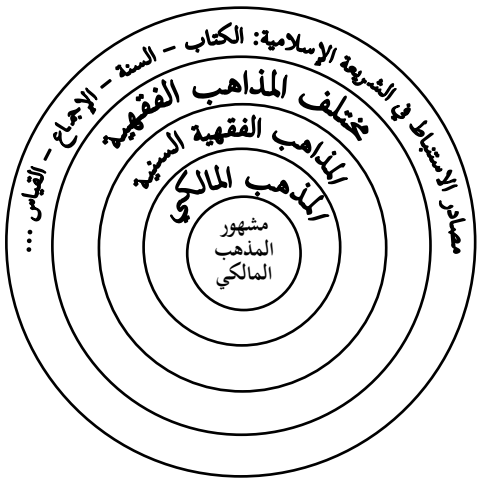
2- هذه الالتباسات مردّها إلى: منهج صياغة القواعد القانونية المتبنّى من لدن المشرع الأسري من جهة، وإلى إغفال استثمار قواعد تفسير النصوص من جهة ثانية، وإلى عدم مراعاة وملاحظة طبيعة قانون الأسرة وقواعده من جهة ثالثة.

3- الاختلاف واقع فقها وقضاء:

أ- في رسم الدائرة الدلالية لعبارة "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون"؛ على النحو التالي:



ب- في رسم الدائرة الدلالية لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"؛ ما بين موسع ومضيّق:



4- الاتفاق حاصل على عدم امتداد ولاية أحكام الشريعة الإسلامية إلى المسائل المتناولة في قانون الأسرة لفظا أو فحوى، وعلى اندراج المذهب المالكي في الدائرة الدلالية لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية".

5- الاجتهاد القضائي المؤسس على المادة (222 ق.أ.ج) لم يتسم بالاستقرار، ولم يكن نسقا؛ وإن استند في الأغلب إلى المذهب المالكي.

6- مراعاة بعض القواعد النظرية، أو الضوابط المشار إليها في ثنايا البحث؛ يساعد على تبيّن الحدود الفاصلة بين المنصوص عليه وغيره.

الفصل الثاني:
الحل والعقد في استنجاد قاضي شؤون الأسرة بالمادة (222 ق.أ.ج)

المبحث الأول: التباين في اعتماد موازين تقييم اختيار المشرع الأسري

المبحث الثاني: مدى إمكانية التخفيف من حدة مساوي الإطلاق.

لما كان التشريع لا يفي بالحلول لجميع الدعاوى والخصومات التي ترد القضاء لحسمها، كان من الضروري أن يضمّن –وهو المصدر الرسمي الأصلي للقاضي– مصادر احتياطية يفزع إليها القاضي إذا أعوز الحل فيه.. ذلك أن وظيفة المصادر الاحتياطية إسعاف القاضي بالقواعد القانونية، وتقريبها منه إذا لم يف بها التشريع.

ولتحقيق هذا المقصد وضع المشرع الأسري أمام قاضي شؤون الأسرة مصدرا احتياطيا وحيدا (م 222 ق.أ.ج)؛ يستنجد به إذا استنفد النصوص التشريعية ولم يظفر بحكم للخصومة المعروضة عليه.. فهل حقق مقصده؟؛ أعني إعانة قضاة شؤون الأسرة على درك الحلول للمسائل المرسلة.

الظاهر ألا وجه لمثل هذا السؤال؛ ذلك أن الأصل في المصادر الاحتياطية تمكين القاضي من القواعد القانونية عندما لا يسعفه المصدر الأصلي بها.

بيد أن الذي سوّغه –لاسيما في ظل وفرة المسائل المرسلة، إضافة إلى ضعف التكوين الشرعي للقضاة– هو شذوذ المشرع الأسري الجزائري عن نظرائه العرب في اختياره –نصا– "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي.

هذا الاختيار أورث تباينا في الآراء حول مدى سداده في ظل الآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول: التباين في اعتماد موازين تقييم اختيار المشرع الأسري.

لم يحدد المشرع الأسري -كما مر- للقاضي مذهبا فقهيا معينا يصير إليه طلبا للحكم إذا استنفد التشريع.. بل "ألقى حبله على غاربه"؛ إذ اتسم نص المادة (222 ق.أ.ج) بالعموم والإطلاق، فتباينت -في تقييم هذا الاختيار- مواقف الباحثين والقضاة (مطلب أوّل).. وإذا كان هذا التباين ناشئا عن تعدد زوايا النظر، فإن تقييم اختيار المشرع الأسري يتحتم أن تستدعى في تقريره جملة من الاعتبارات (مطلب ثان).

المطلب الأول: "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي بين الثناء والانتقاد.

انقسم الباحثون والقضاة إلى اتجاهين؛ اتجاه مستجيد اختيار المشرع الأسري، والآخر منتقده، ولكل منهما متعلقاته فيما جنح إليه.

الفرع الأول: مستحسنو اختيار المشرع الأسري.

استحسنت طائفة من الباحثين، والمختصين في قانون الأسرة جنوح المشرع الأسري الجزائري -في المادة 222 ق.أ.ج- إلى عدم تقييد القاضي بمذهب فقهي معين، فاسحا له المجال "ليستلهم أحكام الشريعة الإسلامية في كثير من الأقضية لسد الثغرات القانونية بأحكامها التفصيلية ونظرياتها العامة..."[1]، فهذا -في نظر العربي بلحاج- "اتجاه حسن على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل له"[2]، و"ميزة تحسب للقانون الجزائري حيث لم يقيد القاضي بمذهب معين بخلاف التشريعات العربية"[3] في رأي رشيد بن شويخ، ومن قبله عبد القادر بن داود[4].

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص23.

[2] المرجع نفسه، ص17.

[3] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص10.

[4] فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص ص178-179 "وحسنة التشريع الجزائري خلافا لتشريعات كثير من الدول العربية والإسلامية أنه لم يقيد القاضي عند عدم وجود نص قانوني بمذهب معين..."

وفي التلميح إلى استحسان هذا الاختيار، ينظر: تشوار جيلالي، عدم المذهبية، مرجع سابق، ص ص306-307 "...إذن بما أن المشرع لم يحدد المذهب المعتمد عليه عند انتفاء النص التشريعي، سيلعب في هذا المجال الاجتهاد الفقهي والسلطة التقديرية للقاضي دورا هاما جدا في تطوير القواعد القانونية..."

وقيد بعضهم[1] كون الإطلاق مزية بما لو كان عند غيرنا -كالمغرب الأقصى- لتمكن قضاتهم في الجانب الشرعي.

هذا عن الباحثين، أما القضاة -الذين تيسرت لي مقابلتهم- ففيهم[2] من أثنى على اختيار المشرع، واستحسنه.

وقد تعلق أنصار هذا الاتجاه بجملة من المبررات؛ منها:

1- "لمنع التقليد الأعمى والتعصب المذهبي ومحاربة الجمود على مذهب معين"[3].

2- يفتح آفاق الاجتهاد أمام القاضي، ويوسع دائرته، فيفضي إلى تطوير القواعد القانونية[4].

3- يحقق المصلحة ويرفع الحرج؛ بما يتيحه للقاضي من اختيار الحل الأيسر، والأنسب حسب ما تقتضيه كل قضية على استقلال في ضوء مراعاة مصالح الزمن، وروح الشريعة، ومقاصدها[5].

4- فكانت الإحالة (م 222 ق.أ.ج) بهذا الذي تقدم "مفتاحا لكثير من الإشكالات العملية نظرا لثراء الشريعة الإسلامية ومدارسها الفقهية"[6].

وبصيغة موجزة؛ فإن في عدم التقييد فسحة للقاضي وللمتقاضي[7].

الفرع الثاني: منتقدو اختيار المشرع الأسري.

وعلى خلاف هذا الفريق -مستجيد الإطلاق وعدم التقييد- فإن طائفة أخرى من الباحثين نظرت إلى هذه الإحالة (م 222 ق.أ.ج) من زاوية مغايرة؛ فانتقدت اختيار المشرع

---

[1] سرير، د. ميلود، في مقابلته بالمكتبة المركزية: جامعة البليدة، يوم 2011/05/08 في الساعة 14:00.

[2] رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان، مرجع سابق. -رئيسة ق.ش.أ بمحكمة الرمشي، في مقابلتها بمكتبها، يوم 2011/06/07 في الساعة 10سا و30د. -رئيسة ق.ش.أ بمحكمة تلمسان، في مقابلتها بمكتبها، يوم 2011/06/14 في الساعة 11:00سا. -رئيسة ق.ش.أ بمحكمة تندوف، استبانة موجهة إليها، نوفمبر 2011.

[3] العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص17.

[4] ينظر: -تشوار جيلالي، عدم المذهبية، مرجع سابق، ص ص306-307. - رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان، مرجع سابق.

[5] ينظر: -ماروك ناصر الدين، مرجع سابق، ص300. -العربي بلحاج، الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص17. -سرير ميلود، مرجع سابق. -رئيسة ق.ش.أ بمحكمة الرمشي، مرجع سابق.

[6] بن داود، فك الرابطة، مرجع سابق، ص ص249-250، وص ص251-252.

[7] رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان، مرجع سابق.

الأسري –تصريحا أو تلميحا– وقررت أنها –الإحالة– "لا تصلح للقضاء"[1]، إذ هي "تحيل إلى بحر من الأحكام لتنوع واتساع مجال ومصادر الشريعة الإسلامية، إنها مهمة تكاد تكون مستحيلة"[2].

وقد سلك هذا المسلك أيضا (الانتقاد) فريق من القضاة[3] ممن قابلتهم.

خصوم الإطلاق لاحظوا جملة من الاعتبارات:

1– "المحال إليه يفوق بكثير المخيلة أي قانون الأسرة الذي لم يحتوي سوى على 222 مادة".[4]

2– فتتعسر –بذلك– مهمة القاضي نظرا لتشعب الآراء الفقهية، وضعف التكوين الشرعي للقضاة[5].

3– وتتفاحش الأحكام القضائية المختلفة في المسائل المتماثلة من محكمة إلى أخرى، وربما في المحكمة الواحدة، تبعا لاختلاف وتعدد الآراء الفقهية، زيادة على الميولات المذهبية للقاضي؛ مما يؤثر في استقرار الاجتهاد القضائي وتوحيده[6].

---

[1] مبروك المصري، الطلاق وآثاره، مرجع سابق، ص218.

[2] دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة، مرجع سابق، ص491. وينظر أيضا في هذا الاتجاه: –جمعي ليلى، التطليق للضرر، مرجع سابق، ص5. –عوفي عياشي، أسباب انحلال، مرجع سابق، ص166. –دواس يمينة، أحكام زوجة الغائب، مرجع سابق، ص76 هامش1.

[3] وهم: –رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء وهران، مرجع سابق. –مستشار بـ غ.ش.أ بمجلس قضاء وهران، في مقابلته بمكتبه، يوم 2011/07/17 في الساعة 10:00. –مستشارة بـ غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان، في مقابلتها بمكتبها، يوم 2011/07/03 في الساعة 11 و30د. –رئيس محكمة بني صاف، في مقابلته بمكتبه، يوم 2011/07/18 في الساعة 11سا و30د. –رئيسة ق.ش.أ بمحكمة الغزوات، في مقابلتها بمكتبها، يوم 2011/07/06 في الساعة 13:00سا.

[4] دنوني هجيرة، مرجع سابق، ص491.

[5] جمعي ليلى، مرجع سابق، ص5.

[6] ينظر: –مبروك المصري، مرجع سابق، ص118، 134، 218، 263. –عوفي عياشي، مرجع سابق، ص166. –دواس يمينة، مرجع سابق، ص76 هامش 1. –رئيس غ.ش.أ بمجلس قضاء وهران. –مستشار بـ غ.ش.أ بمجلس قضاء وهران، –مستشارة بـ غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان. –رئيس محكمة بني صاف. –رئيسة ق.ش.أ بمحكمة الغزوات. (مراجع سابقة).

المطلب الثاني: مدى سداد اختيار المشرع الأسري.

بعد هذا العرض الموجز لآراء عينة ممن لهم صلة بقانون الأسرة -بحثا أو ممارسة- في شأن المصدر الاحتياطي لقاضي شؤون الأسرة المختار من لدن المشرع الجزائري.. يعرض للنظر السؤال التالي: هل أجاد المشرع الأسري في اختياره؟ -وبصيغة أخرى: هل الشريعة الإسلامية "بمجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية" تصلح لتكون مصدرا رسميا احتياطيا للقاعدة القانونية؟

الإجابة تستدعي استعراض "مغانم" الإطلاق، و"مغارمه" (فرع أول)، تعقبه الموازنة والتقييم (فرع ثان).

الفرع الأول: "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي بين المحاسن والمساوي.

إن عدم تقييد القاضي بمذهب معين، وإفساح المجال له للنهل من مختلف المذاهب الفقهية لا يخلو من محاسن، كما أنه في الوقت ذاته لا يسلم من المساوي.

الفقرة الأولى: محاسن الإطلاق.

لا شك في أن عدم تحديد مذهب فقهي بعينه يصار إليه عند انعدام النص التشريعي، وإفساح المجال أمام القاضي للاستمداد من أحكام الشريعة الإسلامية -دونما قيد-؛ له حظ من الصواب بالنظر إلى جملة من الاعتبارات، فهو:

1- يمكّن القضاة، بما يتيحه من الاطلاع على اجتهادات مختلف المدارس الفقهية، من استثمار، وتوظيف ثروتها الفقهية في استخلاص الحلول المثلى لما يعرض لهم في تطبيقاتهم القضائية من قضايا تخص الأسرة ومستقبلها، فقد يكون الحل الأنسب الحافظ لمصالح الأسرة في غير المذهب الفقهي المحدد، فيما لو حصل ذلك.

2- يدرأ عن القاضي "التطوح" بين جريمة إنكار العدالة، وبين الحكم بغير أساس، فيما لو كان مقيدا بمذهب فقهي معين -كمصدر احتياطي وحيد- وتعذر عليه العثور فيه على حكم للخصومة المعروضة عليه.

3- يحرر القاضي -بما يفتح له من آفاق واسعة؛ سعة الشريعة الإسلامية- من النظر الفقهي الضيق، الذي قد لا يمده بالحل الأرعى لمقاصد الشارع الحكيم في نظام الأسرة-في مسألة ما-،

فقد نظر أنصار الإطلاق[1] إلى التضييق، والحرج الذي أورثته بعض التطبيقات القضائية السائرة على مذهب فقهي معين في بعض البلاد العربية، اضطرت معه هذه البلاد –علاجا لذلك– إلى تبني أحكاما فقهية لقضائها من خارج المذهب السائد.

4– يتناسب مع التنوع المذهبي السائد في بعض الدول، فيراعي القاضي ذلك في حكمه، ولعل هذا ما لاحظه المشرع الجزائري.

الفقرة الثانية: مساوي الإطلاق.

وفي مقابل هذه المحاسن المعدودة للإطلاق، تتفرع عليه جملة من المساوي:

1– اختلاف الأحكام والقرارات القضائية، ذلك أن تشعب الآراء الفقهية وتعددها، إضافة إلى اختلاف ثقافة القضاة، وتنوع مشاربهم الفكرية؛ يفضي إلى اختلاف الأحكام القضائية في المسائل المتماثلة من محكمة إلى أخرى، وربما في المحكمة الواحدة، ففي الوقت الذي تتبنى محكمة ما رأيا فقهيا على أساس المادة (222 ق.أ.ج)، تنحاز محكمة أخرى عنه إلى اجتهاد فقهي آخر مخالف له استنادا إلى الأساس نفسه (م 222 ق.أ.ج). هذا الاختلاف وجدته عند من استفتيته من القضاة في عينة من المسائل المرسلة[2].

فبخصوص تأثير الخلع في حقوق الزوجة –نفقة الإهمال ونفقة العدة–؛ تنوعت إجاباتهم إلى ثلاث: 1– تسقط بالخلع، 2– لا تسقط، 3– تسقط نفقة الإهمال دون نفقة العدة.

وفي ميراث الزوجة غير المسلمة، قال بعضهم بميراثها على أساس عدم نص قانون الأسرة على اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث، ولم يورثها بعضهم استنادا إلى المادة 222 ق.أ.ج.

وبالنسبة إلى ميراث مطلقة الفارِّ؛ ترث في العدة عند بعضهم، وعند بعضهم ولو انقضت العدة وتزوجت.

بل إني توجهت بسؤال يتعلق بمصير الصداق في الطلاق قبل الدخول بسبب من الزوجة إلى مستشارين بغرفة واحدة، فقرر أحدهم عدم استحقاقها الصداق، وقضى الآخر بتشطيره.

---

[1] أشار إلى هذا بن شويخ رشيد في مقابلته، مرجع سابق.

[2] ينظر: اللحق رقم: 3، جدول ب.

ولم تسلم المحكمة العليا من هذا الاختلاف، فقد اضطربت قراراتها في طائفة من المسائل[1]، ولم تستقر –فيها– على اجتهاد ثابت.

هذا التضارب في الأحكام والقرارات القضائية يزعزع الثقة في القضاء، ويثير الريبة في نزاهته عند عامة الناس[2]، وهو ما نبّه عليه ابن المقفع في وقت مبكر كما سبقت الإيماءة إليه.

2– إرباك القاضي وتعسير عمله: فاعتبارا بضآلة المسائل المقننة ووفرة المرسلة، إضافة إلى تنوع الآراء الفقهية، وتفرقها في بطون المصنفات الفقهية، يتعذر على القاضي العثور على حكم المسألة، وقد يتحير إذا ظفر به، وكان مختلفا فيه؛ فيما يختاره لقضائه.

ويزداد هذا الأمر جلاء عند استحضار ما ذكر في دواعي ميلاد مجلة الأحكام العدلية، فعلى الرغم من سير المحاكم الشرعية في الدولة العثمانية على المذهب الحنفي، إلا أن القضاة وجدوا صعوبة في تطبيقاتهم؛ نظرا لاختلاف الآراء داخل المذهب الحنفي.. فكيف يكون الحال بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة الجزائري في إحالته إلى "البحر الذي زخر"!؟

هذه الصعوبة –وفي ظل ملاحظة جملة من الاعتبارات[3]– ربما أغرت بعض القضاة بعدم الرجوع أصلا إلى أحكام الشريعة الإسلامية –أو بررت لهم ذلك– فأهملوا نصّ المادة (222 ق.أ.ج).

أشار إلى هذا "التعطيل" أحد الباحثين[4]، وقد استغربته أول الأمر، ثمّ ظهرت لي تجلياته في إجابات عينة من القضاة عن سؤال يتعلق بمدى إعمالهم لنص المادة (222 ق.أ.ج)، إذ

---

[1] ينظر: اللحق رقم: 4، جدول ج.

[2] صاوي، د. أحمد السيد، **نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية**، ط.د، (القاهرة: دار النهضة العربية، ت.د) ص20.

[3] منها: عدم تخصص القضاة في الشريعة الإسلامية، كثرة القضايا المعروضة عليهم...

[4] بن داود عبد القادر، فك الرابطة، مرجع سابق، ص14، 36 "...معطلة (م 222ق.أ.ج) قضائيا في الاجتهاد القضائي الجزائري إلى حد بعيد..." وفي ص ص251–252 "...فإنها تبقى مادة معطلة تظلم القاضي الجزائري وتظلم حق المتقاضي بسبب نقص التكوين الشرعي".

ذكرت طائفة من العينة أنّ رجوعها إلى أحكام الشريعة الإسلامية نادر؛ لندرة ما يعرض عليها من قضايا تخضع لتلك الأحكام[1]، وهذا منتقد بالخلع –مثلا–، فإنه واقع بكثرة في المحاكم، وتأثيره في نفقة الإهمال ونفقة العدة –حفظا أو إسقاطا– غير منصوص عليه في قانون الأسرة، مما يوجب الرّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة (222 ق.أ.ج)، ولم يشر القضاة الذين قابلتهم إلى ذلك خلا واحدة منهم[2].

3– إعنات المتقاضي عند ممارسة حق الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا: فقد بينت المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجه الطعن بالنقض[3]، والتي منها؛ مخالفة القانون الداخلي، وكذا انعدام الأساس القانوني، فيحتاج من يروم الإقدام على الطعن المؤسس على هذين الوجهين إلى استقصاء الآراء الفقهية الواردة في قضيته؛ ليتسنى له تقرير مخالفة الحكم –أو القرار– الصادر على أساس المادة (222 ق.أ.ج) لأحكام الشريعة الإسلامية من عدمها، لا سيما مع وجود اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا يعفي قضاة الموضوع من ذكر النصوص القانونية التي اعتمدت في الأحكام والقرارات القضائية[4].

---

[1] ينظر: اللحق رقم: 3، جدول: أ.

[2] ينظر: اللحق رقم: 3، جدول: ب.

[3] القانون رقم: 08-09، مرجع سابق، المادة 358 من ق.إ.م.إ: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية..." وعددت ثمانية عشر وجها.

[4] ينظر: م.ع، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم: 473962، م.م.ع، 2009، ع2، ص264 "...إلا أن المستقر عليه قضاء أن قضاة الموضوع ليسوا ملزمين بذكر النصوص القانونية التي يكونون قد اعتمدوا عليها في الأحكام والقرارات التي يصدرونها بقدر ما هم ملزمون بعدم مخالفتها..."، وفي قرار سابق عليه: م.ع، غ.أ.ش، 08-05-2002، ملف رقم: 289545، م.م.ع، 2004، ع2، جاء في حيثياته: "عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، بدعوى أن قضاة المجلس لم يذكروا النصوص القانونية المعتمد عليها في قرارهم مما يجعل قرارهم منعدم الأساس القانوني.

لكن وحيث أن قضاة الموضوع غير ملزمين بذكر النصوص القانونية في أحكامهم بقدر ما هم ملزمون بعدم مخالفة هذه النصوص، ولما لم تثبت المخالفة فإن قضاءهم يعد صحيحا ومؤسسا" ص376.. وقارن بقرار آخر سابق عليهما، م.أ، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم: 32812، م.ق 1989، ع3، ص55 "متى كان من المقرر قانونا أن قرارات المجالس القضائية يجب أن يشار فيها إلى النصوص القانونية التي طبقت، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد مخالفة لإجراءات جوهرية".

وإثبات المخالفة بالاستقصاء من مريد الطعن لتأسيسه، ليس –هو وحده– بالأمر المتيسر، إضافة إلى ما قد يواجه به، إن هو أقدم على الطعن، من موافقة القرار المطعون فيه لرأي فقهي ندّ عن استقصائه[1].

هذا التوصيف يسلم مبتغي الطعن إلى "الترنح" بين الإقدام والإحجام؛ لعله يقدم فيرفض طعنه لعدم التأسيس، ويذهب ماله ووقته هدرا، وقد يحجم فتضيع الحقوق[2]، فأقل ما يقال في الطعن بالنقض على أساس مخالفة القانون في المسائل الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)؛ إنه يقوم على "رمال متحركة"، لا على قاعدة مستقرة.

---

[1] ينظر في هذا: قرار صادر عن: م.أ، غ.أ.ش، 1986/02/10، ملف رقم: 39394، م.ق 1989، ع1، جاء في حيثياته "...وحول السبب الثالث المأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية لقد أقام قضاة القرار المطعون فيه فيما إذا كانت الزوجة المصابة بداء الفرج مثل الرتق الموجب للخيار تستحق الصداق أم لا في حالة رد زوجها لها وتعرضوا الأقوال الفقهاء حول ذلك واختاروا منها الأقوال التي تقول... بالاستحقاق وهم غير مراقبين فيما فعلوا... وذلك أخذا مما أتى به القرار من أقوال فقهية وتأييدا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي أوجب بمثل هذه الزوجة صداقها إذا فالقرار سار مع الشرع والنعي عليه بما جاء في الوجه في غير محله" ص ص112-113.. وقد استند محامي الطاعن في طعنه على ثلاثة أسباب، منها السبب الثالث: "مأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية وذلك أن العيب الذي ظهر بفرج الزوجة هو عيب نشأة من العيوب التي يبطل الزواج بسببها ولا يترتب أي حق للزوجة المصابة به من جراء الطلاق تجاه زوجها المطلق لها الذي هو ضحية في هذه القضية نتيجة الخداع الذي أدى به إلى الزواج بالمطعون ضدها ومن ثم فالقرار إذا اعتبره مسؤولا وحمله تعويضا وفرض عليه نفقة من يوم الدخول فإنه خالف مبادئ الشريعة الإسلامية الأمر الذي يعرضه للنقض" ص ص111-112.. والقرار المطعون فيه أصدره المجلس القضائي بقسنطينة بتاريخ 1983/12/22 المؤيد مبدئيا للحكم الصادر عن محكمة المدينة نفسها يوم 1983/03/21 القاضي بالطلاق بين الطاعن والمطعون ضدها طلبا منها وعلى هذه الأخيرة أن تدفع لزوجها 10 آلاف دج تعويضا عن المبلغ الذي أنفقه على زواجه بها. وتعديلا له المجلس حذف هذا التعويض وأبقى لها صداقها وفرض لها نفقة شهرية... لمدة سنة..." ص111.

[2] ينظر في هذا قرار صادر عن: م.ع، غ.أ.ش، 2001/05/23، ملف رقم: 251656، م.ق 2002، ع1، جاء فيه: "...وإن القضاء برفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة للشرع" ص305 وهو نقض لقرار صادر من مجلس قضاء البليدة بتاريخ 1994/12/03 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة القليعة يوم 1994/02/09 القاضي برفض دعوى الطاعنة، إذ جاء في قرار المجلس المنتقد "أنه لا يوجد أي نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت" واعتبر عقد الزواج صحيحا لأن الشريعة لا تمنع ذلك، ص306.

4- إرهاق المحكمة العليا بكثرة الطعون، ذلك أنّ أغلب المسائل المرسلة يتجاذبها رأيان فقهيان فأكثر، فإذا حكم القاضي بأحدهما، تشبث الطرف الخاسر بالطعن سعيا إلى القضاء له بالرأي الذي في جانبه، لا سيما وأن المحكمة العليا لم تسلك مسلكا واحدا ثابتا في شأن المسائل الخاضعة لولاية أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)، مما يثير "شهية" الطعن لدى الخصوم، فتتراكم الملفات على أدراج المحكمة العليا.

5- في ظل الإطلاق يخشى على القضاة من تأثير ميولاتهم الشخصية، والعاطفية في أحكامهم تسترا خلف تعدد الآراء الفقهية في المسألة المنظورة، فينفتح بذلك باب تحكيم الهوى، والتلاعب بالأحكام القضائية[1].

6- يفضي الإطلاق -أيضا- إلى وغول الآراء الفقهية الضعيفة والشاذة في الاجتهاد القضائي، فقد يختار قاض ما في مسألة ما رأيا فقهيا شاذا، ويكون حكمه مؤسسا، وداخلا في أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة (222 ق.أ.ج)، إذ لم يضع المشرع الجزائري للقاضي ضوابط تحول دون وقوع ذلك، وحتى مع عدم انسياقه إلى ذلك عمدا، فإن تكوينه لا يساعده على التمييز بين الشاذ وغيره[2].

7- الإطلاق قد يغري القضاة بالتجاسر على الأخذ مباشرة من القرآن والسنة، متجاوزين اجتهادات الفقهاء، فيقعون في المحذور في ظل عدم توافرهم على أدوات الاجتهاد والنظر[3].

---

[1] جاء في خطاب لرئيس الجمهورية، السيد عبد العزيز بوتفليقة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1999-2000 "إن تكرار سوء تطبيق القانون، من طرف قاض أو تشكيلة من القضاة، هو تعبير عن أحد أمرين، إما أنه يعكس عدم الكفاءة، وإما أنه يعكس سوء النية..." المجلة القضائية، 1999، ع1، ص234، نقلا عن: أمقران، بوبشير محند، «تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق»، **المجلة الجزائرية، ع.ق.إ.س**، جامعة الجزائر: كلية الحقوق، ج41، ع2، (2004)، ص165 هامش17.

[2] ذكرت لي مستشارة بـ غ.ش.أ بمجلس قضاء تلمسان؛ أنها قضت مرة بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت.

[3] في قرار صادر عن م.أ، غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم: 45301، م.ق 1992، ع3، -بشأن مآل الصداق في وفاة الزوج قبل الدخول- جاء فيه: "ومثل هذا في ابن عاصم: ووجب جميعه بالدخول أو الموت" ص67، "وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضية بروع بنت واشق التي توفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها قضى لها بالصداق كله وجعل عليها العدة واعتبرها وارثة وهو ما أفتى به ابن مسعود -رضي الله عنه- هذه هي القواعد الشرعية" ص68.

الفرع الثاني: تقييم اختيار المشرع.

الآن، وقد تم عرض محاسن الإطلاق ومساويه؛ تتأتى الإجابة عن السؤال المعلق آنفا:

إن الحكم لاختيار المشرع الأسري -لا مذهبية المصدر الاحتياطي: م222 ق.أ.ج-، أو عليه لا يكفي في تقريره التعويل على اعتبارات نظرية تجريدية منبتة الصلة عن الجانب التطبيقي[1]، بل يتطلب استدعاء -تجنبا للشطط في الحكم- مقاصد التقنين، وفي ضوء تأثير الإطلاق في هذه المقاصد إيجابا، أو سلبا في ظل الممارسة القضائية؛ يقرر أيما أولى بالاعتبار؛ تحصيل مصالح الإطلاق أم درء مفاسده؟، ذلك أن المشرع ما تعلق بالتقنين إلا تشوفا إلى مزاياه ومقاصده، فيتعين أن تكون مراعاة في اختياراته، وتصرفاته، ولذلك لابد من استحضارها لتحكيمها في هذا الاختيار المتعلق بالمصدر الاحتياطي، حتى يتبين اطراد منهج المشرع هنا من عدمه (اطرد هنا أم شذ؟). ثم إن التصرف -أي تصرف- إنما يحظى بالاستحسان، ويوصف بالسداد؛ بالنظر إلى ما يثمره من مصالح حقيقية معتبرة.

إن من مقاصد التقنين -كما مر- تيسير عمل القاضي؛ بتقريب القواعد القانونية منه، وكفايته مشقة البحث عنها في مصادرها المتفرقة، من جانب، وإطلاع المتقاضي -سلفا- على القواعد المحكمة حتى يكون على بينة من أمره، من جانب آخر، إضافة إلى توحيد القواعد القانونية في محاكم الدولة تشوفا إلى توحيد الاجتهاد القضائي، وتحصين الأحكام والقرارات القضائية من الاختلاف والاضطراب في المسائل المتماثلة.. فهل الإطلاق خادم لهذه المقاصد ومحقق لها؟.

لا شك أن إحالة قاضي شؤون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية "بمجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية" لا يحقق هذه المقاصد التي راعتها الدول الحديثة في انتصارها لتقنين قواعدها القانونية.. فلا تقريب القاعدة القانونية من القاضي والمتقاضي، ولا توحيد الاجتهاد القضائي تحقق في ظل الإطلاق، بل السائد في التطبيق خلاف

[1] "إن الوجه الحقيقي والصورة الكاملة والواضحة لأي تشريع لا يظهر إلا في الجوانب التطبيقية والعملية من خلال القضايا التي تطرح أمام المحاكم، وعندها يمكن الحكم على هذا القانون بما له وما عليه"، بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص4.

ذلك، فالظاهر أنه –الإطلاق– مناقض لمقاصد التقنين، وعائد عليها بالإبطال، وقد ظهرت تجليات ذلك في اجتهادات المحكمة العليا[1]، وفي مقابلة عينة من القضاة[2].

فعلى هذا، يكون المعتبر هدر مصالح الإطلاق درءا لمفاسده؛ بتجاوزه، والبحث عما يخدم مقاصد التقنين.

نعم المصالح معتبرة شرعا وقانونا، بيد أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح باتفاق الحكماء[3]، لاسيما ومصالح الإطلاق يسيرة، ومغمورة في مفاسده، بل محتملة ووهمية –غالبا وبالنظر إلى جملة من الاعتبارات–[4] في جانب مفاسد محققة، ومشاهدة.

على أن هذه المصالح لا تهدر بالكلية، إذ يمكن تحصيلها من طريق آخر، وذلك بتدخل المشرع –إذا اقتضى الأمر– لاختيار الرأي الفقهي الأرعى لمصالح الأسرة، وتقنينه، وإذا أمكن هذا؛ تعين تجاوز الإطلاق –إلى بديل آخر– والمصير إلى هذا الطريق، فيتحصل بهذا النهج جلب المصالح ودرء المفاسد.

وبهذا ينتهي البحث إلى أن الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون التقيد بمذهب معين، ليست محمودة؛ باعتبارها –أحكام الشريعة الإسلامية...– مصدرا رسميا احتياطيا للقواعد القانونية يستقي منها القاضي الحل عند انتفاء النص التشريعي، بل هي كذلك –محمودة– بالنظر إلى كونها مصدرا ماديا للتشريع، يستمد منها المشرع الحلول التفصيلية المناسبة؛ بما يملكه من أدوات وخبرات لا يتوافر عليها القاضي[5].

---

[1] ينظر اللحق رقم: 4.

[2] ينظر اللحق رقم: 3.

[3] ابن عبد السلام، **القواعد الكبرى –قواعد الأحكام في مصالح الآنام–**، ط4، تحقيق: د. نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعة ضميرية، (دمشق: دار القلم، 1431هـ/2010م)، ج1، ص ص7–8.

[4] منها : 1– ما أخذ على قانون الأسرة الجزائري. 2– ملابسات الممارسة القضائية. 3– الشخصية العلمية للقاضي.

[5] "فالفقه الإسلامي يصلح كمصدر للتشريع، ولكن ليس كمصدر للقانون يستقي منه القاضي الحل؛ بسبب اتساع الفقه وشموله الكثير من الحلول التي يختلف حولها الفقهاء. وإذا أحال المشرع القاضي إلى مصدر للقانون فيجب أن يكون من شأن هذا المصدر إعطاء حل محدد لا حلولا متعددة مختلفا عليها يتخير القاضي من بينها الحل"، عصام أنور سليم، المدخل، مرجع سابق، ص261(هامش) محيلا على حسام الدين الأهواني، أصول القانون، ف221، ص ص187–188.

ويسند هذه النتيجة المتوصل إليها –إضافة إلى ما سبق–:

أ– ما انتهجته أغلب الدول العربية في قوانينها للأحوال الشخصية بشأن المصدر الاحتياطي، فقد قيدت القاضي –في حالة انتفاء النص التشريعي– بالمذهب الفقهي السائد في البلد[1]، على

[1] ينظر: –**م311 م.أ.ش الموريتانية**: "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك".

–**م400 م.أ. المغربية**: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

–**م343 ق.أ.ش الكويتي**: "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلا ، طبقت المبادئ العامة في المذهب.

–**م2 ق.أ.ش الإماراتي**: "1– يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون وتفسيرها، وتأويلها، إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده.

2– تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه.

3– وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة".

–**المادة الثالثة ق.أ.أ البحريني (قانون الإصدار)**: "فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه، وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية".

–**م305 ق.أ.ش السوري**: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي".

–**م325 ق.أ.ش الأردني**: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون".

–**المادة الثالثة من القانون رقم1 2000 المصري (قانون الإصدار)**:"تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة"

–**م3 ق.أ القطري**: "فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره، لأسباب تبينها في حكمها.

وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائما من آراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك، طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية".

–**م1 ق.أ.ش العراقي**: "2– إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

3– تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية".

–**م1/5 ق.أ.ش.م السوداني**: "يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون، ويصار في حالة المسائل التي يوجد لأصلها حكم، أو تحتاج إلى تفسير، أو تأويل إلى المصدر التاريخي الذي أخذ منه القانون".

الرغم من توافرها على قضاة متخصصين في الشريعة الإسلامية، إضافة إلى اتساع دائرة أحكام المسائل المقننة في تيك القوانين مقارنة بقانون الأسرة الجزائري[1].

ب- ثم إن في تصرفات مستجيدي الإطلاق ما "يخدش" فيما قرروه بشأن اختيار المشرع الأسري:

1- فهذا العربي بلحاج يفزع إلى المذهب المالكي -لا سيما المشهور[2]- طلبا للحكم عند عرضه جملة من المسائل المرسلة؛ مستعملا عبارات الوجوب[3]، ويصف قرار المحكمة العليا المستند إلى رأي خليل في فساد نكاح المريض (مرض الموت) -والقاضي بنقض قرار مجلس قضاء البليدة في صحة زواج المريض- بالاجتهاد السليم[4]، بل يقرر أن "الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تجعل مهمة القاضي عسيرة، كلما حاول الاجتهاد الفقهي وفق وقائع الدعوى الماثلة أمامه[5]".

2- ويشتكي عبد القادر بن داود من تعطيل مادة الإحالة (م222 ق.أ.ج) "بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية"[6]، ومن تناقض الاجتهاد القضائي في بعض المسائل الخلافية المرسلة، ويقترح على المشرع تقنينها درءا للتناقض في الأحكام والقرارات القضائية[7]، بل يصرح بأن "الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ليس بالأمر الهين"[8]، فكيف يكون الإطلاق "حسنة التشريع الجزائري"!؟

---

[1] تضمنت -مثلا- مدونة الأسرة المغربية؛ 400 مادة، ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ 314 مادة، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ 347 مادة، والإماراتي؛ 363 مادة...

[2] الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج2، ص299، 301.

[3] الوجيز، ط5، مرجع سابق، ج1، ص230، 248، 285، وج2 منه، ص252، 254.

[4] الوجيز، ط6، مرجع سابق، ج1، ص31.

[5] المرجع نفسه، ص32، وص163 في حديثه عن عيوب الإرادة: "...ولا نكتفي دائما هنا بالإشارة إلى المادة 222 ق.أ.ج، التي تدخل القاضي في جزئيات خيار العيب وخيار الشرط ومسائل الفسخ المتعلقة بهما، وغيرها من الأحكام والتفريعات المتناثرة هنا وهناك في بطون كتب الفقه الإسلامي المتشعبة؛ مما يصعب على القاضي القيام به في خضم مهامه القضائية والاجتهادية الصعبة".

[6] فك الرابطة، مرجع سابق، ص14، 36، 212.

[7] المرجع نفسه، ص71، 148.

[8] المرجع نفسه، ص194.

3- شكل صدور قانون الأسرة في نظر رشيد بن شويخ "أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية"[1]، فسهل على القاضي والمتقاضي، "ووفر على المشتغلين في الحقل القانوني" مشقة البحث في "كتب الفقه المتناثرة والتي لا حصر لها" عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق[2].. بيد أنه -في الوقت ذاته- يقرر "أن هذا القانون في حقيقة الأمر لم يأت بجديد من حيث المضمون، بل إنه أتى بأقل مما كان أو ما يجب أن يكون، لأن ما كان قبل صدور القانون هو النصوص الشرعية والكتب الفقهية، فهو أوسع نطاقا من تلك النصوص القانونية المحدودة العدد..."[3]، ومؤدّى هذا؛ أن القاضي لا مناص له من الرجوع إلى كتب الفقه المتناثرة طلبا لأحكام تلك المسائل المرسلة، والتي هي أوسع نطاقا من المقنن، فكيف يكون الإطلاق "ميزة تحسب للقانون الجزائري" في ظل صعوبة الترجيح بين المذاهب الفقهية، و"هذه الصعوبة يعترف بها حتى أهل التخصص، ناهيك عن غير المتخصص..."[4].

4- وإذا كان -في نظر جيلالي تشوار- "تحديد الطريقة التي يسير عليها القاضي في بحثه عن الحكم بصدد المسألة المطروحة عليه يعتبر نوعا من التقنية، لأنها تقيد حرية القاضي في اختيار الحكم الذي يريد تطبيقه، كما أنه يمكن للأشخاص معرفة الأحكام التي يخضعون لها، فينظمون معاملاتهم على أساسها..."[5]، فإن هذا لا يتحقق في ظل "الاتجاه اللامذهبي" المختار من قبل المشرع الأسري في المصدر الاحتياطي (م 222 ق.أ.ج).

5- أما عن القضاة الذين استحسنوا الإطلاق، فإن استحسانهم هذا مجرد دعوى نظرية لم يسندها التطبيق، فمنهم من صرح بعدم الرجوع أصلا إلى المراجع الفقهية، ومنهم من قرر الصعوبة الناشئة عن تعدد المذاهب الفقهية، واقترح تحديد مذهب معين[1].

---

[1] شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص3.

[2] المرجع نفسه، ص ص9-10.

[3] المرجع نفسه، ص9.

[4] المرجع نفسه، ص10.

[5] عدم المذهبية، مرجع سابق، ص303.

[1] ينظر اللحق رقم: 3، جدول أ، فرئيسة ق.ش.أ بمحكمة تلمسان -مثلا- ذكرت أنها -مادة الإحالة- تفيد القاضي معنويا، لأنه إذا لم يجد نصا في القانون أو في الاجتهاد القضائي يشعر بأن الحل موجود في الشريعة الإسلامية.

وبعد هذا البيان؛ فهل من حل (علاج) يقترح على المشرع الأسري لدرء مفاسد الإطلاق؟

اقترح بعض الباحثين على المشرع إلزام القاضي عند انتفاء النص التشريعي: 1- بمذهب معين[1]، أو 2- بتطبيق اليسير من كل مذهب[2]، أو3- مراعاة الأنسب من أحكام الفقه، والأقرب منها إلى تحقيق المصالح المشروعة للعباد، ودفع المفاسد عنهم[3].

أما عن الاقتراح الثالث فالظاهر أنه لا يحقق مقاصد التقنين، بل لا يختلف كثيرا -في مساويه- عن الإطلاق، ذلك أن مراعاة الأنسب قد يختلف من قاض إلى آخر، فلا تتحد الأحكام والقرارات القضائية، ثم هو لا يجنب القاضي مشقة البحث عن "الحكم الأنسب" في مدونات الفقه الإسلامي، زيادة على أن هذا يحتاج إلى ملكة فقهية، وامتلاك أدوات النظر والاجتهاد؛ يتقاصر عنها القاضي.

وما يتجه على هذا الاقتراح من النقد، يتجه أيضا على الاقتراح الثاني -تطبيق اليسير من كل مذهب- يضاف إليه أن هذا قد يفضي إلى تحكيم الهوى، وشيوع الآراء الشاذة التي لا دليل عليها، علاوة على أنه لا ينضبط؛ فما يكون يسيرا على أحد أطراف الخصومة ليس بالضرورة يكون يسيرا على الطرف الآخر.

يبقى الاقتراح الأول -تقييد القاضي بمذهب معين- أدنى الاقتراحات إلى تحقيق مقاصد التقنين؛ بما يثمره من مصالح:

1- يستبين القاضي الوجهة التي يسلكها للبحث عن الحل، ويتيسر له -عموما ومقارنة بالإطلاق- العثور على حكم المسألة، فلا يتشتت ذهنه بين الآراء الفقهية المختلفة، ولا يهدر وقته في البحث في بطون المصنفات الفقهية، واستعراض مختلف الآراء الواردة في المسألة؛ مترددا في اختيار رأي فقهي ما؛ إذ يتوجه مباشرة إلى مراجع المذهب المحدد له.

---

[1] ينظر: -مبروك المصري، الطلاق وآثاره، مرجع سابق، ص134. -عياشي عوفي، أسباب انحلال، مرجع سابق، ص166.

[2] ينظر: -المرجع نفسه، ص166. -دواس يمينة، أحكام زوجة الغائب، مرجع سابق، ص76 هامش1.

[3] المرجع نفسه، ص76 هامش 1.

2- يسهم في التخفيف من حدة اختلاف الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في المسائل المتشابهة، والسير نحو توحيد الاجتهاد القضائي المتفرع على وحدة التشريع، والمحلّي لمساواة المواطنين أمام القانون.

3- يتوقع الخصوم -إلى حد ما- الحكم القضائي الذي يصدر بشأن دعاواهم، فلا يتفاجؤوا بما لم يكونوا ينتظروه، ولعل هذا يخفف من إغراء الناس باللجوء إلى القضاء، لا سيما المذعن منهم لأحكام القانون[1].

4- ييسر على المتقاضي الوقوف على مخالفة الحكم القضائي للقانون، فيدرك متى يقدم على الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات المؤسسة على المصدر الاحتياطي، ومتى يحجم عن ذلك، فإذا جاء الحكم أو القرار مخالفا للمذهب الفقهي المحدد؛ أقدم على الطعن بثبات واطمئنان ولو كان موافقا لمذهب فقهي آخر، وإذا صدر الحكم أو القرار موافقا للمذهب المعين؛ أحجم عن الطعن ولو خالف سائر المذاهب الفقهية الأخرى.

5- يحصن القضاء والمجتمع من شيوع الآراء الشاذة والضعيفة التي قد تجد متنفسا لها في "لا مذهبية المصدر الاحتياطي".

6- يساعد على الارتقاء بالممارسة القضائية نحو العدل المنشود، والنأي بها عن المطاعن، بما يثمره -التقييد بمذهب معين- من استقرار الأحكام والقرارات القضائية، ومن سهولة وانضباط رقابة المحكمة العليا على المعيبة منها بعيب مخالفة القانون لتقويمها، فيورث ذلك أحكام القضاء هيبة واحتراما من لدن عامة الناس.

7- استثمار وتوظيف (تفعيل) المصدر الاحتياطي في درك أحكام المسائل المرسلة، لأن القاضي يدرك مصير حكمه المخالف للمذهب المقيد به.

نعم، التقييد بمذهب فقهي معين لا يخلو من مساوي، ففي ظله:

1- يخشى على القاضي ألا يسعفه المذهب المعتمد بحل لمسألة ما، لا سيما في حالة الاقتصار على مصدر احتياطي وحيد، فيقع في الحرج.

---

[1] الخصم المذعن لأحكام القانون في ظل الإطلاق -وفي المسائل المتعددة الآراء- قد يلجأ إلى القضاء طمعا في الحكم له بالرأي الذي في جانبه، بينما يعدل عن ذلك في ظل التقييد بمذهب معين إذا كان الحكم الفقهي ليس في صالحه، وكمثال على ذلك: ميراث المطلقة في مرض الموت.

2- تضيق الفسحة الممنوحة للقاضي (السلطة التقديرية) لاختيار الحل الملائم لمقاصد نظام الأسرة، والذي تراعى فيه ظروف وملابسات القضايا المعروضة من حيث الزمان والمكان والأشخاص، فقد يكون الحل الأصلح في غير المذهب المعتمد؛ فيقع أطراف الدعوى في الضيق والحرج.

3- فتهدر -بذلك- كثير من الاجتهادات الفقهية في المذاهب الأخرى، والتي يتوسم فيها رعاية مصالح الأسرة.

4- وما قيل في مساوي الإطلاق؛ من إعنات القضاة، وإرهاقهم في البحث عن الحكم في مصنفات الفقه، قد ينسحب على التقييد بمذهب معين أيضا؛ فلا تنقضي معه مشقة الرجوع إلى المراجع الفقهية.

بيد أن هذه المفاسد لا ترقى إلى درجة إهدار مصالح التقييد بمذهب معين لما يلي:

أ- يمكن إضافة مصادر احتياطية أخرى -المذاهب الأخرى- يرجع إليها القاضي إذا لم يجد حلا في المذهب المقيد به.

ب- ثم إنه يمكن التخفيف من حدة تلك المفاسد المتمثلة في إهدار كثير من الاجتهادات الفقهية النافعة للأسرة، والتي جادت بها المذاهب المتنوعة؛ بتدخل المشرع لتبنيها عن طريق التقنين إذا لزم الأمر، رعيا لمصالح الأسرة، وقد تقدم أن المشرع هو الأقدر على ذلك.

ج- إن مشقة البحث عن الحل في ظل التقييد بمذهب معين، ليست هي عينها في ظل الإطلاق، بل أقل بكثير، فالضرر الناشئ عن الإطلاق -بهذا الاعتبار- أخف من الضرر الناتج من التقييد، ومن المقرر في نظر العقلاء؛ ارتكاب أخف الضررين.

فظهر -بهذا- أن مفاسد التقييد مغمورة في مصالحه، ولذا يتحتم التعلق بهذا الاقتراح -على ما قد يشوبه من مفاسد ضئيلة مقارنة بالإطلاق- تحصيلا لمصالحه، "فالمصالح الخالصة عزيزة الوجود"[1].

[1] ابن عبد السلام، مرجع سابق، ج1، ص9. وينظر: ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، ط2، (تونس: دار سحنون، والقاهرة: دار السلام، 1428هـ/2007م)، ص64.

على أن هذا الاقتراح –تقييد القاضي بمذهب معين– لا يغني عن ضرورة تقنين المسائل الخلافية المتداولة في المحاكم حسما للخلاف، وسعيا إلى توحيد الاجتهاد القضائي من جانب، وتيسيرا على القاضي والمتقاضي من جانب آخر.

وهذا –أيضا– لا يغني عن وجوب السهر على إعداد القضاة، وتكوينهم تكوينا يثمر دربة على التعامل مع المراجع الفقهية، وعلى حسن استثمار قواعد تفسير النصوص القانونية.

وفي خاتمة هذا المبحث يستحسن التذكير بما يلي:

1- اختلاف زوايا النظر؛ أورث تباينا بين أهل الفقه والقضاء في تقييم اختيار المشرع الأسري.

2- الحكم لاختيار المشرع أو عليه، يجب أن تستدعى في تقريره جملة من الاعتبارات الموضوعية المتصلة بالممارسة القضائية.

3- عدم تقييد القاضي بمذهب فقهي معيّن؛ لا يخلو من المحاسن، ولا يسلم من المفاسد.

4- "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي تعود على مقاصد التقنين بالإبطال.

المبحث الثاني: مدى إمكانية التخفيف من حدة مفاسد الإطلاق.

انتهى البحث إلى أن المشرع الأسري لم يكن مجوادا في إحالته قاضي شؤون الأسرة -فيما لم يرد به نص تشريعي- إلى أحكام الشريعة الإسلامية "بمجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب معين"؛ لما يترتب عليها -الإحالة- من مفاسد محققة بالنظر إلى اعتبارات ذكرت في ثنايا البحث.

لهذا كان تدخل المشرع ضروريا لدرء هذه المفاسد -قدر الإمكان- بتبني الاقتراح الذي يفضي إلى ذلك.. وإلى غاية حصول المأمول؛ هل يمكن التخفيف من حدة مفاسد الإطلاق في ظل المنظومة القانونية السائدة في الجزائر؟.. لعل اعتبار المسلكين المواليين يساعد على ذلك.

المطلب الأول: تحكيم العرف.

تقرير أهمية هذا المسلك في الحد من بعض مفاسد الإطلاق يجلو بتحديد مفهوم العرف (فرع أول)، ثم بيان وجه تحقق ذلك بمراعاته (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم العرف.

يطلق العرف في اللغة ويراد به[1]: -المعروف: وهو خلاف النّكر. -ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم. -اسم من الاعتراف...

وفي اصطلاح الأصوليين هو:" ما اعتاده الناس، وساروا عليه، من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألف اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه"[2].

يؤخذ من هذا التعريف أن العرف قد يكون قوليا أو عمليا[3]؛ فالعرف القولي: هو ما شاع بين الناس في إطلاقاتهم اللّفظية من استعمال بعض الألفاظ في معان خاصة غير المدلولات التي وضعت لها، كإطلاق لفظ اللّحم على غير السمك، أما العرف العملي، فهو ما اعتاده الناس في تصرفاتهم الفعلية كالبيع بالتعاطي.

---

[1] مجمع اللغة العربية: القاهرة، المعجم الوسيط، مرجع سابق، مادة: عرف (العرف).

[2] الزحيلي، د. وهبة، **أصول الفقه الإسلامي**، ط2، (بيروت: دار الفكر المعاصر، ودمشق: دار الفكر، 1418هـ/1998م)، ج2، ص829.

[3] ينظر: -المرجع نفسه، ص833. -زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص252.

والعرف بنوعيه؛ العملي والقولي قد يكون عاما إذا شاع بين الناس في جميع البلاد أو أغلبها، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم، وقد يكون خاصا إذا اختص ببلدة معينة أو فئة من الناس[1].

والعرف لا يتحقق وجوده في أمر من الأمور إلا إذا كان مطردا أو غالبا؛ بأن يستمر العمل به في جميع الحوادث، أو أغلبها بين المتعاملين به[2].

والعرف عند فقهاء القانون هو: "مجموعة القواعد التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمنا طويلا مع اعتقادهم بإلزامها وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي"[3].

هذا التعريف يؤخذ منه أن العرف يقوم على ركنين؛ ركن مادي يتمثل في "الاعتياد المشهور المستمر طويل الأجل"[4] لاتباع سنة معينة، وركن معنوي يتلخص في قيام عقيدة الإلزام لدى الناس بخصوص اتباع هذه العادة[5].

والعرف -بشروطه- له سلطانه وحاكميته على النص تقييدا وتخصيصا في الفقه الإسلامي[6]، فقد يكون مصدرا لحكم مسألة لم يرد فيها نص، كما يكون مصدرا لحكم مسألة هي من مشمولات حكم عام، وهذا هو العرف المخصص.

وفي القانون الوضعي قد يكون العرف مصدرا ماديا للتشريع، وقد يكون مصدرا رسميا للقواعد القانونية[7].

وعلى الجملة "فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم..."[8].

---

[1] الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص834.

[2] ينظر: -المرجع نفسه، ص ص846-847. -الزرقاء، المدخل، مرجع سابق، ج1، ص131. -زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص256.

[3] فرج توفيق حسن، المدخل، مرجع سابق، ص251. وينظر: -تناغو، النظرية العامة، مرجع سابق، ص424. -بدوي، معجم المصطلحات، مرجع سابق، مادة: عرف.

[4] تناغو، مرجع سابق، ص427. وينظر: سليم عصام أنور، المدخل، مرجع سابق، ص ص208-210.

[5] ينظر: -كيره، المدخل، مرجع سابق، ص273. -الصده، أصول القانون، مرجع سابق، ص147.

[6] الدريني، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص450.

[7] سليم عصام أنور، المدخل، مرجع سابق، ص123، وص ص218-220.

[8] الغزالي، أبو حامد، **المستصفى من علم الأصول**، ط1، تحقيق وتعليق: د. محمد سليمان الأشقر، (دمشق-بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 1433هـ/2012م)، ج2، ص157.

الفرع الثاني : مراعاة العرف في فهم مراد المشرع.

إنّ اعتبار العرف ومراعاته يساعد على التقليل من مفاسد الإطلاق، بيان ذلك:

عبّر المشرع الأسري عن المصدر الاحتياطي بمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"، وهو لفظ عام يستغرق المذاهب، والاجتهادات الفقهية التي استمدت فقهها من مصادر الاستنباط في الشريعة الإسلامية، فهذه جملة من الأفراد تندرج تحته، منها المذهب المالكي، وقد جرى العمل في الجزائر -بخصوص تطبيق الشريعة الإسلامية- قبل صدور قانون الأسرة، ومن أمد بعيد على اتباع المذهب المالكي -غالبا-[1] في الفتوى والقضاء؛ فهو مذهب الدولة الرسمي في الفتوى، وهو مرجع القضاة في أحكامهم؛ يفزعون إلى مراجعه الفقهية طلبا للحكم، بل صرح المجلس الأعلى في أحد قراراته بأن الجزائر "تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي"[2]، وجلا ذلك في أغلب قرارات المحكمة العليا، فهذا العرف السائد في الفتوى والقضاء؛ يحكّم في فهم مراد المشرع في المادة 222 ق.أ.ج بمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"، لأن المشرع يخاطب الناس بما يفهمون، وقد جرى التعارف بينهم على الاحتكام إلى المذهب المالكي فقها وقضاء، فيكون هذا العرف مخصصا للّفظ العام بقصره على بعض ما يتناوله، ذلك أن مناط التخصيص[3] هو "ما يوجب تبادر الذهن إلى المعنى العرفي، وهو التعامل... فوجب اعتبار هذا المعنى العرفي المتبادر أنه المراد"[4]، ويكون قرينة على إرادة المشرع الأسري الخصوص من النص العام، أعني يكون مقصوده "بأحكام الشريعة الإسلامية"؛ المذهب المالكي السائد في الجزائر[5].

---

[1] باستثناء الإباضية في بني ميزاب، وما جرى عليه العمل في عهد الدولة العثمانية من إقرار المذهب الحنفي إلى جانب المذهب المالكي، وجعله المذهب الرسمي للدولة.

[2] تنظر: ص 99، هامش2.

[3] التخصيص بالعرف: "قصر العام على بعض ما يتناوله لجريان العادة بعدم إرادة بعض أفراده"، بدران، د. بدران أبو العينين، **بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه**، ط.د، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، 1982)، ص152.

[4] الدريني، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص450 هامش1.

[5] ولعل المشرع الأسري لم ينص صراحة على ذلك مراعاة لما جرى عليه العمل عند الميزابيين.

المطلب الثاني: استثمار (تفعيل) صلاحية المحكمة العليا.

تقرير أهمية هذا المسلك يتبدى بذكر مبررات وجود محكمة عليا على هرم التنظيم القضائي (فرع أول)، يعقبه بيان وجه مساهمة المحكمة العليا الجزائرية في التقليل من مفاسد الإطلاق (فرع ثان).

الفرع الأول: مبررات إنشاء "محكمة القانون".

لا يتأتى تطبيق النص القانوني من طرف القاضي إلا بعد تفسيره، فالتفسير[1] سابق على التطبيق، وهو عنصر جوهري في تطبيق القانون[2] -كما مر-، وبما أن التفسير القضائي "محصلة عملية ذهنية منطقية عناصرها الملكة والخبرة والثقافة"[3]؛ كان من المألوف، بل من الحتمي، أن تختلف المحاكم في فهم النصوص القانونية وتطبيقها؛ لطبيعة هذه النصوص من حيث دلالتها الظنية على الأحكام من وجه، ولتفاوت القضاة في العلم والخبرة من وجه آخر[4].

هذا الاختلاف بين المحاكم يقدح -بما يورثه من اضطراب الأحكام وعدم استقرارها- في مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون من ناحية، ويزعزع ثقة الناس في أحكام القضاء من ناحية أخرى[5]، فكان من الضروري أن توجد على قمة التدرج القضائي في الدولة "هيئة" تشرف على التطبيق السليم للقانون من لدن محاكم الموضوع؛ ضمانا لوحدة التطبيق القضائي استتباعا لوحدة القانون الوطني، مما يجعل للعدالة وجها واحدا يفضي في النهاية إلى تحقيق مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون[6].

---

[1] التفسير بالمعنى الواسع يشمل: 1- توضيح النص الغامض، 2- إزالة التعارض أو التوفيق بين النصوص المتعارضة إن وجدت. 3- تكميل النقص في التشريع بالاجتهاد في سد الفراغ في القواعد القانونية. ينظر: السعدي، تفسير النصوص، مرجع سابق، ص ص25-26. -الوالي، أصول القانون، مرجع سابق، ص107.

[2] ينظر: -بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد، مرجع سابق، ص634. -تناغو، النظرية، مرجع سابق، ص742.

[3] صاوي، نطاق رقابة، مرجع سابق، ص20.

[4] ينظر :-بن ملحة، أفكار حول، مرجع سابق، ص621. -هندي، د. أحمد، **أحكام محكمة النقض، آثارها وقوتها**، ط.د، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006)، ص7.

[5] ينظر: -صاوي، مرجع سابق، ص20. -تناغو، مرجع سابق، ص535.

[6] ينظر: -صاوي، مرجع سابق، ص7، 25. -هندي، مرجع سابق، ص ص07-09، وص297. -الشريف، طه، **نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية**، ط.د، (م.د، ن.د، ت.د)، ص9.

هذه الهيئة يطلق عليها "محكمة القانون"[1] في مقابل محاكم الموضوع، تتولى رقابة كافة المحاكم في تطبيقها للقانون، "فتجمع القضاء على تطبيق واحد وصحيح للقانون"[2]، فهي ليس درجة ثالثة من درجات التقاضي[3]، بل مقومة لأعمال المحاكم، مستهدفة -بما تملكه من صلاحيات- وحدة التطبيق القضائي عن طريق نقض الأحكام والقرارات التي اعتراها عيب مخالفة القانون، وتقرير الحكم السليم في المسألة القانونية التي أثيرت أمامها، فهي تخاصم الحكم النهائي الصادر عن محاكم الاستئناف -كأصل عام- بسبب ما وقع فيه من مخالفة القانون، أو من الخطأ في التطبيق أو التأويل[4].

وإذا كانت وحدة القضاء (توحيد الاجتهاد القضائي) هي الهدف المشترك بين محاكم القانون، فإن الأنظمة القانونية تباينت في شأن سلطة هذه المحاكم في التفسير، ومدى إلزامية اجتهاداتها لمحاكم الموضوع.

فمن الأنظمة من يعتبر محكمة القانون هيئة مكملة للسلطة التشريعية، تتولى التفسير الرسمي للقانون؛ بحيث يكون قرارها بالتفسير بمثابة قانون مفسر تلتزم به كافة المحاكم[5].

وذهبت أنظمة أخرى إلى عدم تصدي محكمة القانون للتفسير إلا بمناسبة طعن معين مطروح عليها، على أن يكون الحكم الصادر بالتفسير ملزما لكافة المحاكم، بل وللسلطة التنفيذية[6].

وأنظمة ثالثة لم تخول محكمة القانون سلطة تفسير القانون إلا بمناسبة خصومة مطروحة عليها، دون أن يكون لهذا التفسير قوة ملزمة في الخصومات المماثلة؛ أي أن التفسير لا تكون له حجية إلا بالنسبة إلى الخصومة التي صدر بمناسبتها[7].

---

[1] وقد اختلفت تسمياتها من دولة إلى أخرى، بين محكمة التمييز، أو محكمة النقض، أو المحكمة العليا، ينظر: هندي، مرجع سابق، ص ص7-8، هامش2.

[2] المرجع نفسه، ص297. وينظر: -الطويل، هشام، **شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية في ضوء آراء الفقه وأحكام النقض**، ط.د، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1987م)، ص5.

[3] هندي، مرجع سابق، ص10، في حين تعتبر المحكمة العليا في النظام القانوني الأنجلو أمريكي مجرد درجة أخيرة من درجات التقاضي، وتتحقق وحدة القضاء في هذه البلاد عن طريق نظام السابقة القضائية. ينظر: -المرجع نفسه، ص ص10-11، هامش5. -صاوي، مرجع سابق، ص6.

[4] ينظر: -صاوي، مرجع سابق، ص6. -هندي، مرجع سابق، ص8. -الشريف طه، مرجع سابق، ص9.

[5] "وتأخذ بهذا النظام بلغاريا...، و قد انتقد هذا النظام بكونه يخرج من عمل القضاء لأنه ليس من وظيفة القضاء إصدار تفسيرات عامة مجردة لنصوص القانون": صاوي، مرجع سابق، ص: 20-21.

[6] "وانتقد هذا النظام؛ في كونه يصطدم مع مبدأ استقلال القاضي الذي تحرص الأنظمة القانونية -على اختلافها- على تأكيده": المرجع نفسه، ص22.

[7] "وانتقد هذا النظام؛ بكون فكرة توحيد القضاء تلعب دورا أقل من غيره من النظم التي تجعل حكم المحكمة العليا بالتفسير ملزما". -المرجع نفسه، ص23.

الفرع الثاني: وجه مساهمة المحكمة العليا الجزائرية في الحد من مفاسد الإطلاق.

يطلق على محكمة القانون في الجزائر؛ المحكمة العليا[1]، وهي الهيئة القضائية العليا التي تشرف على التطبيق السليم للقانون، وضمان توحيد الاجتهاد القضائي[2]؛ "بجعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المسائل القانونية"[3].. فكيف تساهم في توحيد الاجتهاد القضائي المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج)؟.

إن مخالفة القانون لا تنحصر في النص التشريعي فحسب، بل تمتد إلى مصادر القاعدة القانونية الأخرى؛ كالعرف والشريعة الإسلامية، وعليه يخضع استمداد الحكم من أحكام الشريعة الإسلامية إلى رقابة المحكمة العليا، لأن رأي القاضي في هذه الحالة يكون اجتهادا في القانون الواجب التطبيق، ومعالجة الخطأ في هذا الاجتهاد من أخص وظائف المحكمة العليا[4].

فبإمكان المحكمة العليا، وهي تمارس صلاحيتها في توحيد الاجتهاد القضائي؛ أن تجمع القضاء على اجتهاد موحد في المسائل التي تخضع لولاية أحكام الشريعة الإسلامية (م222 ق.أ.ج)؛ بمراعاتها العرف الفقهي السائد في الجزائر؛ في اجتهاداتها المبنية على أساس المادة (م222 ق.أ.ج)، أو باستقرارها –على الأقل– على اجتهاد ثابت في المسائل الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1] القانون 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، وكانت قبل ذلك تعرف باسم "المجلس الأعلى"، الذي أنشئ بمقتضى القانون رقم 63-218 المؤرخ في 18 يونيو 1963. ينظر: تواتي، بطاهر، **المحكمة العليا والطعن بالنقض في الأحوال المدنية**، ط.د، (الجزائر: دار الفقه، ت.د)، ص22، 28.

[2] المادة 152 من الدستور الجزائري (1996) "تمثل المحكمة العليا، الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.
...تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون".. هذا ويلاحظ أن صلاحية المحكمة العليا؛ امتدت بموجب الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 374 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى البت –احتياطيا– في الموضوع؛ جوازيا بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، ووجوبيا عند النظر في طعن ثالث بالنقض. ينظر: تواتي ، مرجع سابق، ص63، وص ص86-87.

[3] أمقران، مرجع سابق، ص157.

[4] ينظر: –صاوي، مرجع سابق، ص80. –الشريف طه، مرجع سابق، ص79. –الطويل هشام، مرجع سابق، ص116.

غير أن هذا المقصد –جمع القضاة على اجتهاد موحد– يبدو بعيدا في ظل القول بعدم إلزامية اجتهاد المحكمة العليا لمحاكم الموضوع؛ ذلك أن الفقه الوضعي يكاد يجمع على أنه لا يوجد من الناحية القانونية –في الأنظمة القانونية اللاتينية– ما يلزم محاكم الموضوع بما تبنته المحكمة العليا من حلول[1]؛ حتى ولو استقرت على ذلك[2].. فكيف يتحقق –مع هذا– توحيد الاجتهاد القضائي!؟.. ألا يمسي مجرد وهم!؟.

يقرر هذا الفقه أن توحيد الاجتهاد القضائي يتحقق؛ بما للمحكمة العليا من هيبة واحترام عند المحاكم الأخرى؛ يجعلها تلتزم عمليا بقضاء المحكمة العليا –بفضل القوة الأدبية أو المعنوية لقراراتها–، خشية إبطال قراراتها المخالفة لهذا القضاء[3].

بيد أن هذا التوجيه منتقد بما يلي:

1. إن الاتكاء على الإلزام الأدبي فحسب في تحقيق وحدة القضاء يفضي إلى أمرين لا غير:

أ. إما ألا تلتزم كثير من المحاكم باجتهاد المحكمة العليا فلا تتحقق وحدة القضاء.

ب. وإما أن يتقرر توحيد الاجتهاد القضائي في التطبيق تبعا لالتزام المحاكم الدنيا أدبيا باجتهاد المحكمة العليا.. فما المانع إذا من إلزامها قانونا والأمر في التطبيق يؤول إلى الالتزام باجتهادها!؟

2. إن في القول بعدم وجود ما يلزم محاكم الموضوع قانونا باجتهاد المحكمة العليا نظر، بيان ذلك:

---

[1] باستثناء ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية (م2/374).

[2] ينظر: –هندي، مرجع سابق، ص242، 245. –همام. المبادئ الأساسية، مرجع سابق، ص164. –فرج توفيق حسن، المدخل، مرجع سابق، ص ص191-192. –الشريف طه، مرجع سابق، ص9. –تناغو، مرجع سابق، ص539. –كيره، المدخل، مرجع سابق، ص ص218-219، أبو الفتوح، تقنين الأحكام، مرجع سابق، ص101. –السعدي، تفسير النصوص، مرجع سابق، ص133. –الخليلي، المدخل، مرجع سابق، ص118. –الوالي، أصول القانون، مرجع سابق، ص ص110-111. –جعفور، مدخل، مرجع سابق، ص212. –قدادة، شرح، مرجع سابق، ص124.

[3] تنظر: المراجع السابقة، الصفحات نفسها.

يستفاد من الفقرة الثانية من نص المادة 152 من الدستور الجزائري (1996) من طريق الإشارة[1]؛ أن اجتهاد المحكمة العليا ملزم لمحاكم الموضوع، ذلك أنه لا يمكن ضمان توحيد الاجتهاد القضائي إذا لم تكن المحاكم الدنيا ملزمة باجتهاد المحكمة العليا، وما يستفاد من نص المادة (2/374) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] –من طريق المخالفة– من عدم إلزام اجتهادها لغير جهة الإحالة، لا يقوى على معارضة ما استفيد من النص الدستوري؛ لأن القاعد الأدنى مرتبة تخضع للقاعدة الأعلى منها مرتبة، إعمالا لمبدإ تدرج القواعد القانونية[3].. فكيف وقد انضم إلى ذلك قوة الدلالة –المنطوق[4] أقوى من المفهوم[5]–، فاجتمع في النص الدستوري قوة المرتبة، وقوة الدلالة، إضافة إلى أن النص القانوني (م 2/374 ق.إ.م.إ) سيق للحديث عن الإحالة.

3. ثم ما الغرض من تقرير الطعن بالنقض لصالح القانون (م 2/353 ق.إ.م.إ)!؟.

وعليه؛ فالذي يظهر لي: أن قضاء المحكمة العليا ملزم –بمقتضى دلالة الإشارة لنص المادة 2/152 من الدستور– لمحاكم الموضوع في القضايا التي تثير نقاطا قانونية مماثلة[6].

---

[1] إشارة النص هي: دلالة اللفظ على معنى أو حكم غير مقصود لا أصالة ولا تبعا، لكنه لازم ذاتي متأخر للمعنى الذي سيق النص من أجله. فالحكم الإشاري هو معنى خارج عن معنى النص لغة، ولكنه يستلزمه عقلا أو عرفا. الدريني، المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص225.

[2] قانون رقم 08-09 "يجب على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا".

[3] سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، مرجع سابق، ص17.

[4] "المنطوق" هو اصطلاح الجمهور غير الحنفية، ويشمل دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الحنفية. ينظر: –الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص360. –الحسن، د. خليفة بابكر، **مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام**، ط1، (القاهرة: مكتبة وهبة، 1409هـ/1989م)، ص59، 81.

[5] القرافي، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص262.

[6] وقد حام بعض الباحثين حول هذا الرأي، وإن لم يبين وجه الدلالة في النص الدستوري على الإلزام، ينظر: –العربي، د. بلحاج، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات**، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط4، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012)، ص5، 8. وله أيضا: «تفويت فرصة الزواج، تعليق على قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 372290»، **مجلة المحكمة العليا**، ع1، 2010، ص74. –صغير حسين، النظرية العامة، مرجع سابق، ص125. –جعفور سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص203، وص ص212-213. –وتساءل أمقران بوبشير محند: هل أصبحت الجزائر تأخذ بنظام السوابق القضائية...؟ مرجع سابق، ص157. –وفي الفقه المصري يرى الدكتور أحمد هندي؛ "أن أحكام محكمة النقض لا تتمتع بذات الحجية القضائية، فمنها ما هو ملزم لكافة المحاكم... وذلك إذا فصلت في مسألة قانونية"، أحكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص ص277-278.

هذا بوجه عام، أما ما يستتبع ذلك من الشروط والتفاصيل، فيرجع إلى القوانين التي تتولى ترجمة مقتضى النص الدستوري.

وليس في هذا التزام بالاجتهاد القضائي باعتباره منشئا لقواعد قانونية مجردة، بل باعتباره كاشفا عن المعنى السليم للقاعدة القانونية الموجودة، فهو التزام في الأصل بالقواعد القانونية التي قررها المشرع، وما المحكمة العليا إلا كاشفة عن التفسير الصحيح للقاعدة القانونية.

وفي ظل استثمار (تفعيل) هذه الصلاحية، يمكن للمحكمة العليا أن تساهم في التقليل من مفاسد الإطلاق.

على أن هذا الدور المنوط بها تعرض له بعض العقبات؛ منها:

1. تغير اجتهادها وعدم استقراره: فكثيرا ما تتجاوز المبادئ التي تقررها ولا تلتزم بها، وتعدل عن اجتهادها الذي استقرت عليه لفترة طويلة دون اتباع الإجراءات المشترطة قانونا لذلك، وهذا يطرح "إشكالا آخر في الواقع العملي وهو وجود اجتهادين متناقضين"[1]، فأيهما أحق بالاتباع!؟
2. ضعف النشر: فالعديد من قرارات المحكمة العليا تبقى محجوبة عن الأنظار، ومجهولة عند القضاة وغيرهم؛ "ذلك أن الوسيلة المستعملة حاليا والمتمثلة في المجلة القضائية رغم أهميتها وما تقدمه من خدمات عظيمة، إلا أنها لم تعد كافية وحدها لتجسيد التبليغ..."[2].
3. عدم تحريها –المحكمة العليا– الدقة في الاجتهاد أحيانا.

ولتجاوز هذه العقبات؛ يجب:

أ. نشر وتعميم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أوسع نطاق وسط الأسرة القضائية.

ب. اتباع الإجراءات المقررة بمقتضى القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا[3] في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي، إضافة إلى تبليغ ذلك والإعلان عنه[1].

ج. التثبت وتحري الدقة قبل إقرار الرأي في المسائل القانونية.

---

[1] ماروك ناصر الدين، مرجع سابق، ص311. وينظر: أمقران، مرجع سابق، ص161، 168، 172.

[2] من كلمة الرئيس الأول للمحكمة العليا نيابة عن وزير العدل، م.ق، 1992، ع4، ص251.

[3] القانون 89-22، المواد: 7، 22، 23، 24.

[1] ينظر: أمقران، مرجع سابق، ص165، 185.. ويذكر تواتي بطاهر أن: "المسار القضائي للمحكمة العليا، قد أفرز منذ تواجد هذه الجهة القضائية، انعقاد الغرف المجتمعة في جلستين؛ الأولى في 18 فيفري 1997...، والثانية في 27 مارس 2001..."، مرجع سابق، ص77.

وفي خاتمة هذا المبحث يمكن التذكير بما يلي :

1- تحكيم العرف المذهبي -السائد في الجزائر فقها وقضاء- في فهم مراد المشرع بمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"؛ يساعد على التخفيف من حدّة مفاسد الإطلاق.

2- استثمار (تفعيل) صلاحية المحكمة العليا المقررة لها دستورا؛ والمتمثلة في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي؛ يسهم في الحدّ من مفاسد الإطلاق.

3- مسلك المحكمة العليا نحو توحيد الاجتهاد القضائي؛ تعرض له بعض العقبات.

خلاصة الفصل:

في خاتمة هذا الفصل الذي حاول الإجابة عن إشكالية البحث، تستحضر النتائج التالية:

1- الأصل في المصدر الاحتياطي إسعاف القاضي بقواعد قانونية لفصل الخصومات المرفوعة إليه عند انعدام النص التشريعي، لا أن يسلمه إلى قواعد متعددة ومتعارضة.

2- كلّ فريق -من أهل الفقه والقضاء- نظر إلى الإطلاق من زاوية معينة، فجاء تقييمه لاختيار المشرع تبعا لتلك الزاوية التي لاحظه من خلالها.

3- الاختيار السديد هو الذي يراعى فيه تقريب القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من القاضي، من جهة، وتحقيق وحدة التطبيق القضائي، من جهة ثانية.

4- للإطلاق محاسن ومساوي، بيد أنّ مساويه محققة ومشاهدة، على خلاف محاسنه التي لا تجاوز دائرة التصورات النظرية -في الغالب- بالنظر إلى جملة من الاعتبارات، زيادة على أنه يمكن تحصيلها من وجه آخر.

5- وعلى هذا؛ فإن عدم التقييد بمذهب فقهي معين، لا يصلح -بالنظر إلى جملة من الاعتبارات- لإقراره مصدرا رسميا احتياطيا للقواعد القانونية، بل يصلح لاعتماده مصدرا ماديا للتشريع.

6- وعليه؛ يتعين على المشرع الأسري التدخل لتحديد مذهب فقهي معيّن، يرجع إليه القاضي عند انعدام النص التشريعي، إضافة إلى تقنين المسائل الخلافية لحسم الخلاف.

7- وإلى أن يحصل ذلك؛ ينبغي لقضاة شؤون الأسرة أن يراعوا -في استنادهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية- العرف المذهبي السائد، كما يجب استثمار صلاحية المحكمة العليا؛ تشوّفا إلى التخفيف من حدّة مفاسد الإطلاق.

الخاتمة

تلمّست المدّة المخصّصة للبحث فإذا هي "قد آذنت بصَرْم وولّت حَذّاء فلم يبق منها إلاّ صُبابة كصُبابة الإناء"، فيمّمت السّاحل متمثلا -هنا- قول الأعرابي في الحديث "... لا أزيد على هذا ولا أنْقص"، ومتزجيا بغيض من فيض، مشرئبا إلى نفائس وأعلاق من أبعد في الغوص وانتجف ما في الغور.

يأيّها المائحُ دلوي دُونكا إنّي رأيت النّاس يحمدونكا

الحاصل أني توقفت للتّعريس بعد أن استنفدت وُسْعي، وما اكتمل البحث، بل أراه "استهل صارخا" متشوفا إلى من ينمّيه وينضجه.

انطلقت من ملاحظة الفرق بين قانون الأسرة الجزائري وقوانين الأحوال الشخصية العربية في اختيار المصدر الاحتياطي للقواعد القانونية، فهمّت بي الرغبة في ملامسة أثر الاختيار في التطبيق القضائي.

انطلقت من هاجس اختلاف الاجتهاد القضائي واضطرابه، المترتب على الإطلاق، فإذا هي هواجس أخرى وحقائق تتبدّى.

انطلقت من النظر في الإشكالات المتفرعة على الإطلاق، فإذا هي التباسات أخراة تعتري ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

والآن وقد بلغت -بفضل الله تعالى وتوفيقه- هذا الموضع الذي يتطلب -فيه- الكشف عن البضاعة العلمية المحصّلة؛ فها هي ذي -معتذرا- مزجاة:

أ. **النتائج:**

1. التقنين إرث مأثور عن الحضارات الموغلة في القدم، تدرّج إلى النضج والاكتمال، حتى استقر في صورته الحاضرة.
2. الفزع إلى تقنين القواعد القانونية فرضته مبررات ودوافع مختلفة، أهمها -قديما وحديثا-:
   أ- حتمية توحيد القانون في أجزاء الدولة الواحدة.
   ب- الرغبة في تقريب القواعد القانونية من القاضي والمتقاضي.

3. تهيّب العنصر الموضوعي للتقنين (الإلزام) حال دون تقنين الفقه الإسلامي، فلم تفلح تلك الدعوات والمحاولات الهادفة إلى تقنينه، بالرّغم من قدامتها، ولم تتحقق طموحات روّادها إلا في العصر الحديث بصدور مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

4. بعد صدور المجلّة توالت الجهود –تأثرا بها– لتقنين الفقه الإسلامي في شتى المجالات، غير أنّها لم تثمر إلا في دائرة الأحوال الشخصية لبقائها –وحدها في أغلب البلاد العربية– خاضعة لولاية أحكام الشريعة الإسلامية، ونفوذ القوانين الأجنبية في المجالات الأخرى.

5. مرجع القضاء في الجزائر في قضايا شؤون الأسرة (مصادر القاعدة القانونية) اتسم بالتطور والتنوع قبل صدور قانون الأسرة، فمن اعتماد المذهب المالكي –إضافة إلى المذهب الإباضي في المناطق التي تتمذهب به– إلى إقرار المذهب الحنفي رسميا إلى جانبه مع مجيء العثمانيين، إلى تقنين بعض الأحكام في الحقبة الاستعمارية.

6. حدّدت أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية –التي تيسّر لي الاطلاع عليها– المذهب الفقهي الذي يئل إليه القاضي طلبا لحكم المسألة عند انعدام النصّ التشريعي.

7. الاختلاف واقع فقها وقضاء في رسم الدائرة الدلالية "للمنصوص عليه"، ويرجع ذلك إلى:

أ- الالتباس الناشئ عن منهج الصياغة الفنية المتبع من لدن المشرع الأسري.

ب- عدم استثمار قواعد تفسير النصوص على الوجه المطلوب.

ج- إغفال ملاحظة ومراعاة طبيعة قانون الأسرة.

8. المسائل الموضوعية (غير الإجرائية) التي تندرج في دائرة "العلاقات بين أفراد الأسرة"، ولم يحل فيها قانون الأسرة إلى غيره من القوانين الأخرى، تخضع لولاية أحكام الشريعة الإسلامية (م 222 ق.أ.ج).

9. لم تفرق طائفة من فقهاء القانون –ومعها الاجتهاد القضائي– بين مصطلحي "مبادئ الشريعة الإسلامية" و"أحكام الشريعة الإسلامية"، فهما –في اجتهادها– مبنيان لمعنى واحد. والظاهر أنهما مختلفان في المدلول.

10. لم يتفق أهل الفقه والقضاء على تفسير واحد لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" (م.222 ق.أ.ج)، فتنوّعت تفسيراتهم، ما بين مضيق وموسع.

11. الاجتهاد القضائي المؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية (م.222 ق.أ.ج) غير مستقرّ في اتّجاه واحد وإن كان الغالب عليه اعتماد المذهب المالكي، وعليه يتعسر استخلاص ضوابط محددة تحكمه (يتقيد بها).

12. إعمال نص المادة 222 ق.أ.ج تعتريه طائفة من الإشكالات والصعوبات، نشأت عن جملة من الأسباب منها-إضافة إلى ما تمت الإشارة إليه في النتيجة السابعة-:

أ- وفرة المسائل المرسلة (غير المقننة).

ب- عدم تحديد مذهب فقهي معين يُيَمِّمه القاضي في ظل تنوع الآراء الفقهية في المسائل الخلافية.

ج- قلة بضاعة القضاة -عموما- من العلم الشرعي لعدم كفاية ما يتلقّونه من علوم الشريعة في المقررات الدراسية.

د- تزايد عدد القضايا المجدولة المترتب على شيوع ظاهرة اللجوء إلى القضاء.

13. من أهم الآثار المتفرعة على الإطلاق:

أ- اختلاف الأحكام والقرارات القضائية في المسائل المتماثلة وعدم استقرارها.

ب- ضعف توظيف واستثمار المصدر الاحتياطي.

14. لم يوفق المشرع الأسري الجزائري إلى اختيار المصدر الاحتياطي المناسب للتطبيق القضائي، لأن الإطلاق يعود على مقاصد التقنين بالإبطال.

15. لم تضطلع المحكمة العليا بدورها المتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي على الوجه المأمول.

16. مراعاة العرف الفقهي في الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 ق.أ.ج، إضافة إلى استثمار (تفعيل) صلاحية المحكمة العليا؛ يساهمان في التخفيف من حدّة مفاسد الإطلاق.

ب. التوصيات:

1. حتمية تدخل المشرع الأسري لبيان مراده "بالإلغاء"، ولرفع اللّبس عن بعض المسائل، مثل: التقويم المعتمد في حساب الآجال الواردة في قانون الأسرة (السنوات والأشهر)، موانع الإرث (اختلاف الدين)، تفسير لفظ "الدخول".

2. معاودة النظر في الصياغة الفنية للنصوص القانونية، فيراعى في ذلك؛ توحيد المصطلحات، البعد عن التعميم والتعتيم، وإيراد التفاصيل اللازمة المتعلقة ببعض المسائل، مثل: أسباب التطليق (م. 53 ق.أ.ج).

3. معالجة الإشكالات ورفعها عن النصوص القانونية بمراجعات دورية تستضيء بالدراسات الاستقرائية الميدانية، ولا يوطؤ ذلك إلا بهدم الحدود بين الفقه (البحوث العلمية) والتشريع والقضاء.

4. العناية بتكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا شرعيا وتدريبهم على حسن توظيف واستثمار قواعد تفسير النصوص القانونية.

5. ضرورة إرفاق قانون الأسرة بمذكرة إيضاحية تجلو ملابسات الاختيارات التشريعية، وتكون عونا للقاضي والباحث على فهم النص القانوني ومقاصده.

6. رفع الحجب عن الاجتهادات القضائية، وتيسير الاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية؛ بإنشاء مجلة قضائية في كل مجلس قضائي، وتمكين الباحثين من الأرشيف حتى تكون الأحكام والقرارات القضائية قريبة المأخذ سهلة التناول، "فمن المعروف أن الاجتهاد القضائي الذي لا ينشر ولا ينتقد تنعدم فيه حوافز الجودة"[1].

7. تقييد الإطلاق بالقول المشهور في المذهب المالكي، فيكون النص (م 222 ق.أ.ج) هكذا: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى القول المشهور في المذهب المالكي..."، أو بصياغة أخرى –تراعي المذهب الإباضي عند أتباعه، وتستشرف احتمال انعدام حكم المسألة في المذهب– "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه القاضي

[1] مجحودة، أحمد، «رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون»، **المجلة القضائية**، ع1، 1989، ص18.

إلى أحكام الشريعة الإسلامية مراعيا العرف الفقهي السائد في المجتمع إلا إذا لم يظفر فيه بحكم للمسألة فيطلبه من غيره".

8. إضافة فقرة أخرى للمادة 222 ق.أ.ج: "يرجع في تفسير النص القانوني إلى المذهب الفقهي الذي أخذ منه".

9. تقنين المسائل المرسلة المختلف فيها، التي تشيع في المحاكم، لحسم الخلاف وتحقيق مقاصد التقنين، مثل: حكم النكاح في مرض الموت، شروط الشاهدين في عقد الزواج، أثر إخفاء عيوب الزوجة (التدليس) في عقد الزواج، طلاق المريض وأثره في توريث الزوجة المطلقة، أثر الخلع في الحقوق المالية للزوجة، هبة الأموال المستقبلة.

وهذه بعض المقترحات قد تفتح آفاقا جديدة لبحوث أخراة تتفرع من أصل الموضوع:

1. إثراء الموضوع وإنضاجه باستقراء الأحكام والقرارات القضائية للمحاكم والمجالس القضائية، وتوسيع دائرة المقابلات الشخصية، واستطلاع آراء الإباضية في الموضوع.

2. توسيع دائرة البحث ليمتد إلى المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والقوانين العربية الأخرى التي اختارت التقييد في أضواء التطبيق القضائي لملامسة مزايا ومآخذ الاختيارين.

3. مرجع القضاة في القضايا المستجدة التي لم يبحثها الفقهاء السابقون، والإشكالات المتفرعة على ذلك، من خلال استقراء الأحكام والقرارات القضائية المتصلة بالموضوع.

4. تتبع المسائل المرسلة المتداولة في المحاكم ودراستها فقهيا.

وفي الختام أحمد الله تعالى على فيض نعمه وواسع كرمه، وتوفيقه وتسديده، وأعتذر إلى لجنة المناقشة عن التأخير الذي فرضته ملاحظة بعض الأسقاط فانشغلت بإصلاحها، إذ كيف أجرؤ على القول "هاؤم اقرءوا كتابيه" وأنا أراها رأي العين!؟.

والله الواحد الأحد أسأل أن يعفو عن الزلاّت، وأن ينفع بهذا البحث، ويجعله خالصا لوجهه الكريم، ويكتب لي به عنده أجرا، ما انتفع به منتفع، إنّه سميع قريب، وصلى الله على سيدنا محمد النبيّ الأمي وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

ألحاق البحث

اللحق رقم: 1

رد النائب العام لدى مجلس قضاء تلمسان على طلب الاطلاع على الأرشيف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العـــــــــدل

مجلس قضاء تلمسان
النيابـــة العـــامة
رقم : 11/6840

النـــائب العـــام لدى مجلس قضاء تلمسان
إلى السيد : اسماعيل شيخ
الساكن برقم 15 شارع عياشي الزهراء
الرمشي ولاية تلمسان

الموضوع: بخصوص طلب الاطلاع على الأرشيف

تبعا لطلبكم الرامي إلى الاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية في مجال شؤون الاسرة قصد تحضير شهادة الماجستير ، يؤسفني أن أخبركم بان طلبكم لم يحظ بالموافقة

تلمسان في : 12 JUIL 2011

النـــائب العـــام

اللحق رقم: 2

نموذج الاستبانة الموجهة إلى قضاة شؤون الأسرة.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
قسم: العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون (أحوال شخصية)

الطالب: إسماعيل شيخ
عنوان البحث: الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"
الأستاذة المشرفة: د. ليلى جمعي

استبانة حول: موقف قضاة شؤون الأسرة من تفسير وتطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

1- القانون المدني أحال القاضي –عند انعدام النص التشريعي- إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، على حين أحاله قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية: هل مدلولي المصطلحين متحد؟

نعم ☐ لا ☐

(نعم) ما هو؟

.....

(لا) ما الفرق بينهما؟

.....

.....

2- كيف يفسر قاضي شؤون الأسرة نص المادة 222 من حيث الإطلاق والتقييد (هل النص مطلق أم مقيد؟)

مطلق ☐ مقيد ☐

(مقيد) مقيد بماذا؟

.....

.....

3- هل الإطلاق الوارد في نص المادة 222 ق.أ.ج مزية من مزاياه؟

نعم ☐ لا ☐

بأي اعتبار؟ (لماذا؟)

.....

.....

4- هل عرضت عليك قضايا وفصلت فيها طبقا لنص المادة 222.

نعم ☐ لا ☐

(نعم) ما هو حجمها مقارنة بالمسائل المنصوص عليها في ق.أ.ج؟

نادرة ☐ قليلة ☐ متوسطة ☐ كثيرة ☐

5- ما هي المعايير (أو الضوابط) التي يعتمدها قاضي شؤون الأسرة عند تطبيقه لنص المادة 222 ق.أ.ج، مثلا:

التقيد بالمذهب المالكي ☐ الترجيح بين الأقوال ☐ اختيار الأيسر منها ☐

التقيد بمذهب آخر ☐ استنباط الحكم من مصادر التشريع ☐

تطبيق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي(السوابق القضائية) ☐ الاستفتاء ☐

اختيار ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية ☐ مراعاة الاتفاقيات الدولية(ما يتوافق معها) ☐

الأخذ بما ينسجم مع مقصد وفلسفة المشرع ☐ الأخذ بما لا يتعارض مع القوانين الأخرى ☐

هل يمكن ذكر نموذج؟ : .....

.....

معايير أخرى: .....

.....

6- في حالة التقيد بالمذهب السائد (المالكي) فما هي أسس اختيار رأي فقهي في ظل تعدد الآراء داخل المذهب؟

الترجيح ☐ العمل بالمشهور ☐

7- هل عرضت عليك قضية واخترت للقضاء فيها قولا خارج المذهب؟

نعم ☐ لا ☐

(نعم) ما هي الدوافع؟

.....

8- هل يرجع قاضي شؤون الأسرة إلى المراجع الفقهية؟

نعم ☐ لا ☐

(لا) لماذا؟

.....

9- ما هي طبيعة المراجع الفقهية التي يعود إليها قاضي شؤون الأسرة؟

قديمة ☐ كتب المتأخرين ☐ معاصرة ☐

مثال: .....

ما هي أسس الاختيار؟

.....

10- كيف يفسر قاضي شؤون الأسرة النصوص المجملة في ق.أ.ج (مثل التفاصيل الخاصة بحالات التطليق)، مثلا:

بالرجوع إلى المصدر التاريخي للنص(المذهب الذي أخذ منه) ☐

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون قيد ☐

الالتزام بتفسير المحكمة العليا للنص(السوابق القضائية) ☐

11- ما هي الصعوبات التي تعرض لقاضي شؤون الأسرة عند إعماله لنص المادة 222؟

.....

.....

.....

12- هل تتسم اجتهادات قاضي شؤون الأسرة المستندة إلى نص المادة 222 بالثبات أم بالتغير في المسائل المتماثلة؟

الثبات ☐ التغير ☐

لماذا؟.....

13- كيف ينظر قاضي شؤون الأسرة إلى السوابق القضائية (ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا استنادا إلى نص المادة 222) من حيث الإلزام وعدمه؟

ملزمة ☐ غير ملزمة ☐

لماذا؟.....

14- هل الإلزام بالتفسير القضائي للمحكمة العليا يتعارض مع مبدأ استقلال القاضي؟

نعم ☐ لا ☐

لماذا؟.....

15- هل سبق لك وأن خالفت في اجتهادك المستند إلى نص المادة 222 ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا؟

نعم ☐ لا ☐

الأسباب: .....

16- ما هو موقف قاضي شؤون الأسرة في حالة وجود اجتهادين متعارضين للمحكمة العليا؟

يختار بينهما ☐ يأخذ بالمتأخر منهما ☐ يطرحهما ويجتهد ☐

17- ما هي ضوابط الاختيار بين الاجتهادات المتعارضة؟

.....

.....

18- هل تعرض اجتهادك -في بعض الحالات- المستند إلى نص المادة 222 إلى الطعن بالاستئناف فألغي؟

نعم ☐ لا ☐

ما هي الأسس؟.....

19- هل تعرض اجتهادك المستند إلى نص المادة 222 إلى الطعن بالنقض فنقض؟

نعم ☐ لا ☐

ما هي الأسس التي اعتمدت؟ .....

20- كيف يتصرف قاضي شؤون الأسرة إذا لم يعثر على حكم المسألة في المذاهب الفقهية (قضايا مستجدة)؟

يتوقف ☐ يستفتي ☐ يجتهد طبقا لقواعد الاستنباط ☐

يطبق نص المادة الأولى من ق.م.ج ☐

21- هل واجهتك مثل هذه الحالات؟

نعم ☐ لا ☐

.....

22- الإطلاق في نص المادة 222، ألا يفضي إلى اختلاف الأحكام والقرارات القضائية في المسائل المتماثلة، فيعود ذلك على مقصد توحيد الاجتهاد القضائي بالإبطال؟

نعم ☐ لا ☐

.....

.....

23- يرى بعض الباحثين أن المادة 222 هي مادة معطلة قضائيا (بسبب عدم الإلمام بأحكام الاستنباط ونقص التكوين العلمي والشرعي للقضاة). ما هو موقف قاضي شؤون الأسرة من هذا الطرح، باعتباره العنصر الأخبر بالممارسة القضائية (الميدانية).

.....

.....

.....

24- ماهي اقتراحاتك –من منطلق تجربتك وممارستك القضائية- المتعلقة بنص المادة 222 ق.أ.ج؟

.....

.....

.....

لكم مني أسمى عبارات الشكر والثناء على المساعدة الكريمة.

اللحق رقم: 3

ملخص أهم ما جاء في الاستبانات والمقابلات الشخصية

جدول –أ–:

الشخصية / الأسئلة	رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان	مستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان
1. مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" (م222 ق.أ.ج).	مطلق: القرآن الكريم ثم السنة ثم المذاهب الأربعة ثم الاجتهادات الأخرى.	مقيد: بالمذهب المالكي السائد في الجزائر.
2. عدم النص على مذهب معين يعد مزية للقانون الجزائري.	نعم، لأنه يسمح للقاضي بالتوسع في الاجتهاد وحل المشاكل حسب ما تقتضيه كل قضية على حدة، ففيه توسعة على القاضي وعلى الخصوم.	لا؛ لأنه يؤدي إلى اختلاف الاجتهاد القضائي.
3. عدد القضايا التي عرضت عليك (الخاضعة لنص المادة 222 ق.أ.ج).	قليلة.	قليلة.
4. الرجوع إلى المراجع الفقهية	نعم، كتب المتقدمين والمتأخرين والمعاصرين.	نعم، معاصرة.
5. المادة 222 ق.أ.ج معطلة قضائيا	ممكن بالنسبة إلى بعض القضاة.	صحيح.
6. اجتهاد المحكمة العليا ملزم.	ملزم إذا صدر عن الغرف المجتمعة.	غير ملزم، لكن تأخذ به لتكون محمية.
7. إذا لم يجد القاضي حلا للمسألة في المذاهب الفقهية.	يرجع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني.	
8. الصعوبات.	لا توجد لندرة القضايا.	كثرة الأحكام الفقهية وتنوعها، زيادة على عدم تخصص القضاة في الشريعة وكثرة الملفات يثير صعوبة في تطبيق المادة 222 ق.أ.ج
9. الاقتراحات.	– توضيح بعض المسائل في قانون الأسرة (مثلا: طبيعة الضرر المعتبر شرعا). – وضع ضوابط للاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222.	– تقنين المسائل المغفلة لحسم الخلاف. – تقييد القاضي بالمذهب السائد لتوحيد الاجتهاد القضائي. – تكوين قضاة متخصصين.

الشخصية / الأسئلة	رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران.	مستشار بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران.	رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة تندوف(بواسطة استبانة: نوفمبر 2011).
1. مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية"	مقيد: بالمذهب السائد (المالكي).	مقيد بالمذهب المالكي.	مطلق، إلا أن المذهب المعتمد في الجزائر هو المذهب المالكي.
2. عدم النص على مذهب معين يعد مزية للقانون الجزائري.	لا؛ لأنه يؤدي إلى اختلاف الأحكام والقرارات.	لا؛ لأنه يؤدي إلى اختلاف الأحكام والقرارات.	نعم؛ يمكن القاضي من الاطلاع على عدة مذاهب في آن واحد.
3. عدد القضايا التي عرضت عليك (الخاضعة لنص المادة 222 ق.أ.ج).	لم تعرض.	لم تعرض.	
4. الرجوع إلى المراجع الفقهية.	لا.	نعم؛ كتب المتأخرين.	نعم؛ عمليا القاضي لا يرجع إلى المراجع الفقهية إلا في حالات نادرة جدا؛ لأن مرجعه الأساسي هو القانون ثم العرف والقضاء ثم الفقه.
5. المادة 222 ق.أ.ج معطلة قضائيا.	غير صحيح.	غير صحيح.	
6. اجتهاد المحكمة العليا ملزم.	ملزم إذا صدر عن الغرف المجتمعة.	ملزم عند اجتماع الغرف.	
7. إذا لم يجد القاضي حلا للمسألة في المذاهب الفقهية.	الرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني.	الرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني.	
8. الصعوبات.			وجود عدد كبير من المذاهب المختلفة، ناهيك عن الاختلاف بين فقهاء المذهب الواحد في نفس المسألة.
9. الاقتراحات.	تقييد المادة 222 –نصا– بالمذهب المالكي نظرا لوحدة المرجعية الفقهية في الجزائر.	تقنين المسائل المسكوت عنها التي تطرح إشكالات في التطبيق.	تقييد المادة 222 ق.أ.ج وذلك بتحديد مذهب معين، يرجع إليه في الضرورة، وعمليا يكون المذهب المالكي لأنه المطبق في الجزائر.

الشخصية / الأسئلة	رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة تلمسان	رئيس محكمة بني صاف.
1. مدلول مصطلح" أحكام الشريعة الإسلامية".	نظريا مطلق: القرآن ثم السنة ثم المذاهب. في التطبيق مقيد بالمذهب المالكي عند القضاة.	مطلق: ويتجه في التطبيق أولا إلى المذهب المالكي.
2. عدم النص على مذهب معين يعد مزية للقانون الجزائري.	مزية؛ لأنه في حالة عدم وجود اجتهاد في المذهب المالكي يلجأ القاضي إلى المذاهب الأخرى. الإطلاق لا يساهم في اختلاف الأحكام لأن أغلب القضاة يتقيدون بالمذهب المالكي.	الإطلاق يساهم في اختلاف الأحكام والقرارات القضائية.
3. عدد القضايا التي عرضت عليك (الخاضعة لنص المادة 222 ق.أ.ج).	كثيرة.	
4. الرجوع إلى المراجع الفقهية.	لا ترجع.	نعم، كتب القدماء والمتأخرين والمعاصرين.
5. المادة 222 ق.أ.ج معطلة قضائيا.	غير معطلة، وتفيد معنويا، لأن القاضي إذا لم يجد نصا في القانون أو في الاجتهاد القضائي يشعر بأن الحل موجود في الشريعة الإسلامية.	
6. اجتهاد المحكمة العليا ملزم.	ملزم إذا صدر عن الغرف المجتمعة أو إذا لم يصدر قرار مخالف من الغرف المجتمعة، لأن اجتهاد المحكمة العليا مصدر من مصادر القانون.	ملزم إذا صدر عن الغرف المجتمعة (اجتهاد قضائي).
7. الصعوبات.	- تنوع واختلاف الأحكام الفقهية يؤثر في سرعة الفصل في القضايا. - بالنسبة إلينا في التطبيق الأمور واضحة وسهلة.	
8. الاقتراحات.	- تقنين المسائل الشائعة لحسم الخلاف. - النصوص القانونية كافية مع اجتهادات المحكمة العليا.	- تقنين المسائل المسكوت عنها والتي يكثر وقوعها في الميدان العملي لحسم الخلاف. - مع إبقاء هذه المادة 222 ق.أ.ج مطلقة للبحث عن الحل المناسب في الشريعة الإسلامية مع إعطاء الأولوية للقانون ومذهب الدولة، والخروج عنه إلى مذهب آخر إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

الشخصية / الأسئلة	رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة الرمشي.	رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة الغزوات.
1. مدلول مصطلح" أحكام الشريعة الإسلامية".	مقيد بالمذهب المالكي.	مقيد بالمذهب السائد (المالكي) وفي حالة عدم وجود حكم فيه تلجأ إلى المذاهب الأخرى.
2. عدم النص على مذهب معين يعد مزية للقانون الجزائري.	- مزية، لاختيار الحل الأنسب حسب وقائع كل قضية، إذا لم يوجد حل في المذهب المالكي. - يساهم الإطلاق في اختلاف الأحكام.	لا؛ لأنه يؤدي إلى اختلاف الأحكام والقرارات القضائية.
3. عدد القضايا التي عرضت عليك (الخاضعة لنص المادة 222 ق.أ.ج).	مرة واحدة.	قضية واحدة (الوكالة الخاصة في الطلاق).
4. الرجوع إلى المراجع الفقهية.	ترجع.	نعم؛ كتب معاصرة.
5. المادة 222 ق.أ.ج معطلة قضائيا.	ليست معطلة.	غير معطلة.
6. اجتهاد المحكمة العليا ملزم.	غير ملزم (الأخذ بالسوابق القضائية إذا كانت متوافقة مع الشريعة الإسلامية).	غير ملزم.
7. إذا لم يجد القاضي حلا للمسألة في المذاهب الفقهية.	- يستفتي. - يجتهد طبقا لقواعد الاستنباط. - الرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني.	الرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني.
8. الصعوبات.	عدم الإلمام بأحكام الشريعة الإسلامية (ضعف التكوين في هذا المجال).	لا توجد صعوبات لحد الآن.
9. الاقتراحات.	الاهتمام بتكوين القضاة في الشريعة الإسلامية.	تقنين المسائل الخلافية المغفلة والتي يكثر وقوعها في المحاكم لحسم الخلاف.

جدول –ب–:

عينة من المسائل / القضاة	أثر الخلع في الحقوق الزوجية (نفقة الإهمال، نفقة العدة).	توريث الزوجة غير المسلمة.	توريث زوجة الفارّ.	مصير الصداق في الطلاق قبل الدخول بسبب من الزوجة.	الوكالة الخاصة في الطلاق (الصلح بين الزوجين).
1. رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان.	الخلع لا يسقط الحقوق الزوجية، لا نفقة العدة ولا نفقة الإهمال.	ترث الزوجة غير المسلمة، لأن قانون الأسرة لم يذكر اختلاف الدين في موانع الإرث. والقضاة يغلبون الجانب الديني (العاطفي) فلا يورثونها طبقا للمادة 222 ق.أ.ج.			
2. مستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان.	تسقط نفقة الإهمال دون نفقة العدة.				– وكالة خاصة إذا كان الزوج في بلد أجنبي مثلا. – بعض القضاة يقبلون الوكالة الخاصة.
3. رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران.	الخلع لا يسقط النفقة الثابتة قبل رفع دعوى الخلع.	الزوجة غير المسلمة لا ترث زوجها (م 222 ق.أ.ج).		يسقط الصداق (لا تأخذ الزوجة شيئا).	مقبولة في الطلاق (الصلح).
4. مستشار بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران.	النفقة الثابتة قبل رفع دعوى الخلع لا تسقط بالخلع.		ترث في العدة.	للزوجة نصف الصداق (عموم الآية الكريمة).	
5. رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة الغزوات.	نفقة العدة بالنسبة للمختلعة تسقط دون اشتراط (نفقة العدة هي نفقة إهمال وتعد متنازلة ضمنيا).				وجوب الحضور الشخصي للطرفين (اجتهاد المحكمة العليا).
6. رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة ندرومة.	لا يسقط الخلع الحقوق الزوجية، لا نفقة الإهمال ولا نفقة العدة، استنادا إلى المذهب المالكي (م222ق.أ.ج).				
7. رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة تندوف.	آثار الخلع: تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي خاصة نفقة العدة فهي واجبة في جميع الحالات (قرار المحكمة العليا).	لا ترث(شرط وحدة الدين بين الوارث والمورث).	ترث ولو انقضت العدة ولو تزوجت برجل آخر (الطلاق في مرض الموت لا يقع).		

جدول –ج–:

الشخصية / الأسئلة	الدكتور: رشيد بن شويخ عميد كلية الحقوق – جامعة البليدة.	الدكتور: ميلود سرير أستاذ بكلية الحقوق ومدير المكتبة الجامعية المركزية – جامعة البليدة.
1. مدلول مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية (م222 ق.أ.ج).	يجتهد القاضي طبقا لنص المادة 222 ق.أ.ج، فيأخذ من القرآن ثم من السنة ... وصولا إلى اجتهادات المذاهب الفقهية.	– القاضي غير مقيد بمذهب معين. – يراعي القاضي العرف (البيئة).
2. عدم النص في المصدر الاحتياطي (م222 ق.أ.ج) على مذهب فقهي معين بين الثناء والانتقاد.	– مزية.. ويستشهد بأن القوانين العربية التي كانت تقيد القاضي بالرّاجح في المذهب السائد، اضطرت إلى الأخذ من المذاهب الأخرى.	– مزية باعتبار أنه يحقق المصلحة (الحل المناسب). – وقال أيضا: مزية لو كان عند غيرنا، مثل المغرب، لتمكن القضاة في الشريعة الإسلامية.
3. اجتهاد المحكمة العليا بين الإلزام وعدمه.	إذا اجتهد القاضي طبقا للمادة 222 ق.أ.ج، واختار رأيا فقهيا فلا تملك المحكمة العليا سلطة نقض اختياره؛ لأنه مؤسس إلا إذا خالف ما استقر عليه اجتهادها الذي يعتبر شبه ملزم عند البعض، على حين يرى آخرون أنه غير ملزم، بدليل أن المحكمة العليا نفسها تخالف ما استقرت عليه.	غير ملزم
4. دلالة الإلغاء (ما ألغي بالتعديل الجديد).	ما كان جائزا في قانون الأسرة ثم ألغي ولم ينص المشرع على منعه؛ يبقى جائزا؛ إعمالا للمادة 222 ق.أ.ج، مثل الوكالة.	

اللحق رقم: 4

جداول مضمنة أهمّ الاجتهادات التي استندت فيها المحكمة العليا إلى أحكام الشريعة الإسلامية

جدول –أ–: يظهر المسائل التي أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا

المسألة	مضمون القرار	المرجع الفقهي	تاريخ القرار ومرجعه	ملاحظات
1. الأجل الذي تنتظره الزوجة لاستعمال حق طلب التطليق لعدم الإنفاق.	عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبرّرا لطلبها التطليق... القضاء بخلاف ذلك خرق لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.	قول الفقيه ابن عاصم في التحفة	1984/11/19 ملف رقم 34791 م.ق، 1989، ع3، ص 76	لم يقل ابن عاصم بأنّ الأجل محتم.
2. ادّعاء الزوج أنّه لم يجد زوجته بكرا وإنكار الزوجة ذلك.	تصدق الزوجة فيما قالته مع يمينها ولا تنظرها النساء. "القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للشريعة الإسلامية"	قول خليل في المختصر + ما جاء في شرح التحفة	1989/10/02 ملف رقم 55116، م.ق 1991، ع1، ص 33 فما بعد.	أخذت بالقول المشهور في المذهب.
3. حق الزوجة في السكن المنفرد.	من المقرّر شرعا (من المستقر عليه قضاء) أنّ للزوجة الحق في السكن المستقلّ عن أهل الزوج.	قول خليل في المختصر	- 1986/01/13 ملف رقم 39390، م.ق 1990، ع2، ص62-63. - 1997/05/13 قرار رقم 159732 م.ق، 1997، ع2، ص100. - 1998/05/19 ملف رقم 189339 و1999/02/06 ملف رقم 213669 و1999/02/16 ملف رقم 218754 م.ق 2001 عدد خاص بالاجتهاد القضائي، ص216، 219، 222 على التوالي.	اعتبرت القضاء بخلاف ذلك مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد اعتبرت الطاعنة أنّ قضاة الموضوع قد خالفوا قول خليل وقرّرت المحكمة العليا أنّ الوجه مؤسس.

4. شروط الحاضن	من شروط الحضانة القدرة والأمانة في الدين	قول خليل في المختصر وابن عاصم في التحفة	- 1984/07/09 ملف رقم 33921 م.ق 1989، ع4، ص77-78. - 1989/05/22 ملف رقم 53578 م.ق 1991، ع4، ص101.	(أمّ فاسدة) م. 62 ق.س.
5. اختلاف الدين في الإرث	اختلاف الدين مانع من موانع الإرث.	الحديث الشريف وقول مالك في المدونة.	- 1995/07/25 ملف رقم 123051 م.ق 1996، ع1، ص113 فما بعد. - 2001/06/20 ملف رقم 244899 م.ق 2003، ع1، ص345.	اعتبر الطاعن أنّ اختلاف الدين ليس مانعا من الإرث لأنّه لم يذكر في موانع الإرث، وقرّرت المحكمة العليا خلاف ذلك استنادا إلى م. 222 ق.أ.ج.
6. النكاح في مرض الموت (من حيث الصحة والإرث)	النكاح الواقع في مرض الموت لا إرث فيه (القضاء برفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة للشرع).	قول خليل في المختصر	2001/05/23 ملف رقم 251656 م.ق 2002، ع1، ص305 فما بعد.	قضاة الموضوع اعتبروا عقد الزواج صحيحا لأنّه لا يوجد نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت.
7. هل حكم الحكمين ملزم؟	جاء في الحيثيات: يحكم القاضي بنتيجة اقتراح الحكمين (بقرارهما).	الآية الكريمة + قول ابن عاصم + م56 ق.أ.	1989/12/25 ملف رقم 57812 م.ق، 1991، ع3، ص73.	جاء في الحيثيات: م56 المأخوذة من الآية.
8. إثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين.	شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شاهد ويمين.	قول خليل في المختصر.	1998/09/22 ملف رقم 204254، م.ق 2000، ع2، ص 173 فما بعد.	تصبح الدعوى قضية مدنية في خصوص الإرث والصداق.
9. تقدير نفقة الزوجة	تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان.	المذهب المالكي ولم تذكر مرجعا.	1987/02/09 ملف رقم 446630، م.ق، 1990، ع3، ص55 فما بعد.	أحكام الشريعة الإسلامية (من المقرر فقها وقضاء). القرار المطعون فيه صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1983/03/23 بخصوص مطلقة (نفقة العدة والمتعة ونفقة الإهمال).
10. إثبات النسب بالإقرار	من المقرّر شرعا أن يثبت النسب بالإقرار	قول خليل في المختصر باب بيان أحكام الإقرار "ولزم الإقرار لحمل في بطن امرأة.."	1998/12/15 ملف رقم 202430 م.ق 2001، عدد خاص، ص77.	هذا منصوص عليه في ق.أ.ج (م.40) وكأنّ المحكمة العليا فسرت الإقرار بالرجوع إلى الفقه المالكي.

11. الوصية للزوجة	- اعتبار عقد الهبة وصية، وهذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية. - اشترط الواهب بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرّفه إلى ما بعد مماته (إبطال التصرّف: وصية لوارث، م777 ق.م)	- قول الشيخ خليل في المختصر "لا يجوز وصية الزوج لزوجته". - جاء في الحيثيات، أحكام الشريعة الإسلامية حسب م1 ق.م (الوصية لوارث لا تتمّ إلا إذا أجازها الورثة).	- 1987/04/20 ملف رقم 45371 (غير منشور) ينظر: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد، ص166. - 1990/03/05 ملف رقم 59240 م.ق 1992، ع3، ص57 فما بعد.	- هذه المسألة منصوص عليها في ق.أ.ج (م189). - حكم محكمة غرداية: 25 جوان 1985. قرار مجلس قضاء الأغواط: 10 مارس 1987، عقد الهبة مؤرخ في 10 نوفمبر 1983، ذكر المجلس الأعلى في الحيثيات: "... هي المطبقة (يقصد الشريعة) حتى صدور هذا التصرّف الذي تشترط في صحته الحيازة الفعلية.
12. أركان الزواج	من المقرّر شرعا أنّ الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح.	قول ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة "لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل".	1984/09/24 ملف رقم 34438 م.ق 1990 ع1، ص64.	هذه المسألة منصوص عليها في قانون الأسرة، وجاء في القرار نفسه: "وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول..."
13. مصير الصداق في وفاة الزوج قبل الدخول	تستحقه الزوجة كاملا	(أحكام الشريعة الإسلامية) قول ابن عاصم في التحفة، "ووجب جميعه بالدخول أو الموت".	1987/03/09 ملف رقم 45301 م.ق 1992، ع3، ص66 فما بعد.	يلاحظ أنّ المجلس الأعلى بعد أن ذكر قول ابن عاصم، ذكر قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضية بروع بنت واشق (قضى لها بالصداق كله...) وهو ما أفتى به ابن مسعود –رضي الله عنه–. (الصحيح أنه قضى لها بمثل صداق نسائها).

جدول –ب–: يبيّن المسائل التي وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي.

المسألة	مضمون القرار	تاريخ القرار ومرجعه	ملاحظات
1. الطلاق في مرض الموت: هل يوجب الإرث؟	يقع الطلاق في مرض الموت وترث المطلقة ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها.	1998/03/17 ملف رقم 179696، م.ق 2001 عدد خاص بالاجتهاد القضائي، ص98 فما بعد.	عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود (لم تذكر مرجعا فقهيا).
2. الاختلاف بين الزوجين في حصول المسيس (ادّعاء الزوجة المسيس وإنكار الزوج)	القول: قول الزوجة مع يمينها	1984/11/19 ملف رقم 34262، م.ق 1990، ع1، ص75 فما بعد.	موافق لقول خليل في المختصر، وهو القول المشهور في المذهب.
3. تاريخ سريان الفقدان (متى يبدأ احتساب مدة الفقدان في الحروب والحالات الاستثنائية)	"إنّ احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم... هو خطأ في تطبيق القانون"، "يبدأ حساب مهلة أربع سنوات من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ النطق بالحكم، أي ليس من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان" (خطأ في تطبيق المادة 113 ق.أ).	2002/04/10 ملف رقم 290808، م.ق 2003، ع1، ص372 فما بعد.	وافق المشهور عند الحنفية والمالكية (يعتبر ميتا من تاريخ فقدانه وعند الشافعية والحنابلة من تاريخ الحكم بوفاته)، القرار يفسر نص المادة 113، ينظر: العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808، م. م.ع 2006، ع01، ص111 فما بعد. يظهر أنّ المحكمة العليا نقضت القرار الذي وافق المذهبين الآخرين.
4. عجز الزوج من مباشرة زوجته	يضرب له أجل سنة من أجل العلاج، لعله يتحصل على البرء، (يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها).	1984/11/19 ملف رقم 34784، م.ق 1989، ع3، ص73 فما بعد.	استندت إلى أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي (الفقه الإسلامي) جاء في الحيثيات أنّ هذا الداء لم يوصف حتى يتبيّن هل يرجى شفاؤه أم لا.
5. الحيازة في هبة الزوجين لبعضهما.	"من المقرر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتمّ الحوز حتى حصول المانع ومات الواهب، فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها، (الهبة صحيحة إذا أشهد عليها ولو لم تحز)	1990/02/19 ملف رقم 58700، م.ق، 1991، ع4، ص113 فما بعد.	استندت إلى أحكام الشريعة الإسلامية. (استند محامي الطاعن إلى ثلاثة أسباب من بينها: مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الداخلي وانتهاك المادة 206 ق.س.. وقد رفض الطعن). - لم يرد في جواب المحكمة أنّ الهبة –مثلا– كانت قبل صدور قانون 84.

6. تطليق الزوجة لعدم الإنفاق	الحكم لها به دون يمين يعدّ مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية	1989/11/27 ملف رقم 56249، م.ق، 1992، ع1، ص51 فما بعد.	غياب الزوج (أداء اليمين فيما يخص النفقة). - قرار مجلس قضاء الجزائر: 1986/03/02. - حكم محكمة باب الواد: 1985/04/02 القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن لغيبته عنها ما يزيد على سنة.

جدول–ج–: يظهر المسائل التي استندت فيها المحكمة العليا إلى المذهب المالكي أو وافقته فيها ولم تستقر على ذلك.

المسألة	مضمون الاجتهاد الأول	التاريخ والمرجع	مضمون الاجتهاد الثاني	التاريخ والمرجع	ملاحظات
1. مكان تأدية اليمين	اليمين الشرعية مكانها المسجد وجوبا	- 1986/10/06 ملف رقم 41752 م.ق 1989، ع2، ص91 فما بعد. - 1990/03/19 ملف رقم 58797 م.ق 1993، ع1، ص55.	الخصم يؤدي اليمين بالجلسة أو أمام القاضي.	1991/06/18 ملف رقم 73515 م.ق 1992، ع4، ص70.	استندت في الاجتهاد الأول إلى أحكام الشريعة الإسلامية (قول ابن عاصم في التحفة). واستندت في الاجتهاد الثاني إلى م. 433 و434 ق.إ.م بالرغم من أنّ الطاعن أثار مخالفة المطعون ضدّها لقول ابن عاصم.
2. الشهادة في الزواج	الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين (لا تقبل شهادة النساء ولا شهادة رجل مع امرأتين)	- 1986/12/15 ملف رقم 43889 م.ق 1993، ع2، ص37 فما بعد - 1989/01/02 ملف رقم 52440 (غير منشور): العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، ص31.	يثبت الزواج العرفي بشهادة امرأتين ورجل (مقبولة شرعا وقانونا)	2007/02/14 ملف رقم 381880 م.م.ع 2007، ع2، ص483 فما بعد.	استندت في الاجتهاد الأول إلى أحكام الشريعة الإسلامية (قول خليل وابن عاصم في التحفة). واستندت في الاجتهاد الثاني إلى م. 2/64 ق.إ.م.
3. شهادة الأقارب في إثبات الزواج	لا تقبل شهادة والد الزوج لابنه	1988/02/29 ملف رقم 48184، م.ق 1991، ع1، ص50.	يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب (مقبولة شرعا وقانونا)	2007/02/14 ملف رقم 381880 م.م.ع 2007، ع2، ص483 فما بعد	استندت في الاجتهاد الأول إلى قول ابن عاصم في التحفة، بالرغم من أنّ محامي الطاعنة أثار خرق المادتين 61 و64 ق.إ.م. واستندت في الاجتهاد الثاني إلى م. 2/64 ق.إ.م.

4. الأجل المحدّد في دعوى اللّعان	لا تقبل دعوى اللّعان إذا أخرّت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع، إلا لظروف خاصة.	- 1985/02/25 ملف رقم 35934 م.ق 1989، ع1، ص83 فما بعد. - 1990/07/16 ملف رقم 76343 م.ق 1991، ع3، ص75 فما بعد.	- "حددت مدتها (دعوى اللّعان) في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل". - وفي قرار "لا تتجاوز أسبوع".	- 1993/11/23 ملف رقم 99000 م.ق 2001 عدد خاص، ص64 و1998/10/20 ملف رقم 204821 م.ق 2001 عدد خاص، ص82. - 2002/12/25 ملف رقم 296020 م.ق 2004، ع1، ص289.	استندت في الاجتهاد الأول إلى المذهب المالكي (شرح الدردير). واستندت في الاجتهاد الثاني إلى الشريعة والاجتهاد (المستقر عليه قضاء). وفي الثالث: استقرار اجتهاد المحكمة العليا.
5. النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت ولا بينة لأحدهما.	متاع البيت المشترك بينهما (المخصص للاستعمال الثنائي) – يتقاسمانه بعد حلف كلّ واحد منهما.	1984/11/05 ملف رقم 32131 م.ق 1990، ع2، ص78 فما بعد.	- يعتبر ملكا للزوج مع يمينه. - ثم تغيّر في اجتهاد آخر "يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين".	- 1989/01/16 ملف رقم 52212 م.ق 1991، ع3، ص55 فما بعد. - 2002/03/13 ملف رقم 277411 م.م.ع 2004، ع2، ص359	استندت إلى أحكام الشريعة الإسلامية (وافقت في الاجتهاد الأول قول مالك في المدونة وأشارت إلى رواية خليل في المختصر). واستندت في الاجتهاد الثاني إلى "المستقر عليه قضاء وشرعا" وهذا موافق لقول خليل في المختصر، ويلاحظ أنّ المحكمة العليا خالفت م. 73 ق.أ بالرغم من تصديرها القرار بها وصدور الحكم من محكمة الموضوع بعد صدور قانون الأسرة. والاجتهاد الثالث موافق للمادة 73 ق.أ.

6. الشروط في عقد الزواج (الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه مثل: اشتراط الزوجة ألا يخرجها من بلدها).	جواز اشتراط الزوجة ذلك في العقد، والإخلال به من الزوج يرتب فك العصمة.	م.ع، غ.ق.خ 1971/03/03 ن.ق 1972، ع2، ص39. ينظر: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد، ص24	هذه الشروط التي تدخل في باب الكراهة لا تلزم الزوج لما فيها من التحجير.	1988/06/20 ملف رقم 49575 م.ق 1991، ع2، ص54 فما بعد.	استندت في الاجتهاد الأول إلى "المقرر فقها وقضاء" وهذا موافق للمذهب الحنبلي (قبل صدور قانون 1984). واستندت في الاجتهاد الثاني إلى الشريعة الإسلامية (المقرر شرعا) وأشارت إلى حاشية الإمام الدسوقي على شرح الدردير.
7. المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة والرقابة (الولي).	- بعد المسافة أكثر من ستة برد (120كلم) يمنع إسناد الحضانة إلى الأم. - تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر.	- 25 سبتمبر 1968 م.أ. مجموعة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء الأول، ص91 فما بعد. و1986/09/22 ملف رقم 43594 م.ق 1992، ع4، ص41 فما بعد. - 2001/12/26 ملف رقم 273526 م.ق 2004، ع01، ص264 فما بعد (أحكام الشريعة والمادة 69 ق.أ).	يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم.	2008/03/12 ملف رقم 426431 م.م.ع، 2008، ع1، ص271 فما بعد. وأيضا،2008/09/10 ملف رقم 457038 م.م.ع، 2008، ع2، ص313 فما بعد.	استندت في الاجتهاد الأول إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واستندت في الاجتهاد الثاني إلى م. 64 ق.أ (مصلحة المحضون).

جدول –د–: يبيّن المسائل التي خالفت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي.

المسألة	مضمون القرار	تاريخ القرار	ملاحظات
1. مؤكدات الصداق	- من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى. - الخلوة الصحيحة (خلوة الاهتداء) توجب كمال المهر. "الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تمّ شرعا".	- 1984/11/19 ملف رقم 35107 م.ق 1990، ع2، ص55. - 2002/05/08 ملف رقم 289545 م.م.ع، 2004، ع2، ص373.	وافقت المذهبين الحنفي والحنبلي والمسألة كما تقرر سابقا خارجة عن نطاق أحكام الشريعة الإسلامية.
2. مصير الصداق في التفريق لعيب في الزوجة.	... واختاروا (قضاة القرار) منها (أقوال الفقهاء) الأقوال التي تقول... بالاستحقاق وهم غير مراقبين فيما فعلوا.	1986/02/10 ملف رقم 39394 م.ق، 1989، ع1، ص ص112-113.	أثار الطاعن مخالفة القرار لأحكام الشريعة الإسلامية (لا تستحق الصداق بسبب الخداع).

جدول –هـ–: يظهر استناد المحكمة العليا إلى المادة الأولى من القانون المدني (مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها) في القضايا الواقعة قبل صدور قانون الأسرة.

المسألة	مضمون القرار	تاريخه ومرجعه	ملاحظات
1. توريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قانون الأسرة.	يعدّ مخالفة للقانون لأنّ قضية الحال لا ينطبق عليها قانون الأسرة بل أحكام الشريعة الإسلامية التي كان القضاء الجزائري يطبقها. وجاء في الحيثيات: "...وعليه فالنزاع في قضية الحال تطبق عليها مبادئ الشريعة الإسلامية... وخاصة المذهب المالكي.."	2001/11/14 ملف رقم 273177 م.ق، 2002، ع2، ص448، 450.	جاء في الحيثيات كذلك: "... والجدير بالذكر أنّ الأصل في الوصايا أنّها اختيارية والوصية الواجبة لا تقل بها المذاهب الإسلامية المشهورة، ص451.
2. هبة اشترط فيها الواهب بقاء الأموال الموهوبة تحت تصرّفه إلى ما بعد مماته (هبة للزوجة).	جاء في الحيثيات (عن الوجهين معا): "... واعتبارا لأحكام الشريعة وما تنص عليه المادة الأولى من ق.م التي تحيل فيما يخص هذا النوع من العلاقات إلى أحكام الشريعة الإسلامية... ولكونها هي المطبقة حتى صدور هذا التصرّف الذي تشترط في صحته الحيازة الفعلية"	1990/03/05 ملف رقم 59240 م.ق، 1992، ع3، ص59.	- حكم محكمة غرداية: 25 جوان 1985. - قرار مجلس قضاء الأغواط 10 مارس 1987. - عقد الهبة مؤرخ في 10 نوفمبر 1983، ص58.
	جاء في الحيثيات (عن الوجه الخاص مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بقانون الأسرة، حيث أنّ قانون الأسرة قد صدر بعد الحكم في القضية من محكمة الدرجة الأولى ممّا يتعيّن إذا القول باستبعاد الاعتماد على هذا النص والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت هي القواعد الواجبة التطبيق بالرغم من عدم وجود تناقض هذه وتلك ولكن طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون المدني نعني اعتماد قواعد الشريعة الإسلامية وحدها من الأحوال الشخصية قبل صدور قانون 09 جوان 1984.	1987/06/01 ملف رقم 45867 م.ق، 1992، ع4، ص55.	يستخلص من هذه القرارات الثلاثة: - استناد المحكمة العليا إلى المادة الأولى من القانون المدني قبل صدور قانون الأسرة. - اتحاد مدلولي المصطلحين "مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية" في اجتهاد المحكمة العليا.

مصادر ومراجع البحث

بعد القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

الفئة الأولى: الكتب.

أولا: تفسير القرآن الكريم:

1- ابن العربي، أبو بكر. **أحكام القرآن**. ط3. راجع أصوله وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. 1424هـ/2003م.

2- الطبري، ابن جرير. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. ط.د. حققه وعلق على حواشيه: محمود محمد شاكر. راجعه وخرّج أحاديثه: أحمد محمد شاكر. القاهرة: مكتبة ابن تيمية. ت.د.

ثانيا: الحديث الشريف وعلومه:

3- ابن أبي حاتم، عبد الرحمن. **تقدمة المعرفة لكتاب الجرح والتعديل لأبي حاتم الرازي**. ط1. تحقيق: عبد الرحمن المعلمي. حيدر آباد الدكن -الهند-: مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية. وبيروت: دار إحياء التراث العربي. ت.د.

4- ابن حجر العسقلاني. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**. ط.د. قرأ أصله تصحيحا وتحقيقا وأشرف على مقابلة نسخه 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. بيروت: دار المعرفة. ت.د.

5- البخاري. **الجامع الصحيح**. ط01. تحقيق: محب الدين الخطيب. ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي. مراجعة: قصي محب الدين الخطيب. القاهرة: المكتبة السلفية. 1400هـ.

6- العجلوني، إسماعيل. **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**. ط1. تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي. صيدا: المكتبة العصرية. 1420هـ/2000م.

7- مالك. **موطأ الإمام مالك** -رواية يحي بن يحي الليثي- ط12. إعداد: أحمد راتب عرموش. بيروت: دار النفائس. 1414هـ/1994م.

8- مسلم. **صحيح مسلم**. ط.د. تحقيق وتعليق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي. م.د: دار إحياء الكتب العربية. وبيروت: دار الكتب العلمية. ت.د.

ثالثا: الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الحنفي:

9- ابن الهمام، كمال الدين. **شرح فتح القدير**. ط01. علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي. بيروت: دار الكتب العلمية. 1424هـ/2003م.

10- المرغيناني. **الهداية شرح بداية المبتدي**. ط.د. ضبط وتعليق وتخريج: محمد عدنان درويش. بيروت: دار الأرقم. ت.د.

11- الموصلي، عبد الله بن مودود. **الاختيار لتعليل المختار**. ط01. تحقيق وتخريج وتعليق: علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهبي سليمان. دمشق - بيروت: دار الخير. 1419هـ/1998م.

12- الميداني، عبد الغني الغنيمي. **اللباب في شرح الكتاب**. ط03. تخريج وتعليق: عبد الرزاق المهدي. بيروت: دار الكتاب العربي. 1418هـ/1997م.

ب- الفقه المالكي:

13- ابن جزي، أبو القاسم محمد. **القوانين الفقهية**. ط.د. اعتناء وضبط: د. ناجي السويد. بيروت: دار الأرقم. ت.د.

14- ابن رشد الحفيد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط02. تحقيق وتعليق ودراسة: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. 1420هـ/2000م.

15- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف. **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار**. ط01. توثيق وتخريج وترقيم: د. عبد المعطي أمين قلعجي. دمشق - بيروت: دار قتيبة. وحلب - القاهرة: دار الوعي. 1414هـ/1993م.

16- ابن فرحون، أبو الوفاء إبراهيم. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**. ط02. تخريج وتعليق: جمال مرعشلي. بيروت: دار الكتب العلمية. 1428هـ/2007م.

17- التسولي، أبوالحسن علي. **البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي**. وبحاشيته: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم. ط01. صيدا: المكتبة العصرية. 1425هـ/2005م.

18- الحطاب، أبو عبد الله محمد. **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**. ط01. تحقيق: أحمد جاد. القاهرة: شركة القدس. 1429هـ/2008م.

19- خليل بن إسحاق الجندي. **مختصر خليل في الفقه المالكي**. ط01. ومعه التيسير لمعاني مختصر خليل. كتبه: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي. القاهرة: دار الفضيلة. 2011م.

20- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي. **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**. ط.د. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. القاهرة: دار الحديث. والجزائر: دار البصائر. 1427هـ/2006م.

21- سحنون، بن سعيد التنوخي. **المدونة الكبرى** - رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم -. ط01. بيروت: دار الكتب العلمية. 1415هـ/1994م.

22- الفندلاوي، أبو الحجاج يوسف. **تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك**. ط02. تحقيق: د. يحي مراد. القاهرة: مؤسسة المختار. 1431هـ/2010م.

23- عبد الوهاب البغدادي، القاضي. **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**. ط01. قارن بين نسخه وخرّج أحاديثه وقدم له: الحبيب بن طاهر. بيروت: دار ابن حزم. 1420هـ/1999م.

24- عليش، محمد. **منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل**. ط.د. بيروت: دار الفكر. ت.د.

25- المنوفي، علي بن خلف. **كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**. ط01. القاهرة: شركة القدس. 1430هـ/2009م.

26- ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد. **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي**. ط01. ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. بيروت: دار الكتب العلمية. 1420هـ/2000م.

ج- الفقه الشافعي:

27- ابن دقيق العيد. **تحفة اللبيب في شرح التقريب**. ط01. دراسة وتحقيق: د. عبد الستار عايش الكبيسي. الرياض: دار أطلس الخضراء. وبيروت: دار ابن حزم. 1429هـ/2008م.

28- الأنصاري، زكريا. **أسنى المطالب شرح روض الطالب**. ط01. ضبط وتخريج وتعليق: د. محمد محمد تامر. بيروت: دار الكتب العلمية. 1422هـ/2001م.

29- الحصني، تقي الدين الحسيني. **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**. ط01. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1421هـ/2000م.

30- الشربيني، الخطيب. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**. ط03. اعتنى به: محمد خليل عيتاني. بيروت: دار المعرفة. 1428هـ/2007م.

31- العمراني، يحي بن أبي الخير. **البيان في فقه الإمام الشافعي**. ط01. تحقيق: د.أحمد حجازي أحمد السقا. بيروت: دار الكتب العلمية. 1423هـ/2002م.

د- الفقه الحنبلي:

32- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد. **منار السبيل في شرح الدليل** ط01. بيروت: المكتب الإسلامي. 1421هـ/2000م.

33- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين. **المغني شرح مختصر الخرقي**. ط03. تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو. الرياض: دار عالم الكتب. 1417هـ/1997م.

34- ابن قيم الجوزية. **زاد المعاد في هدي خير العباد**. ط01. تحقيق وتخريج وتعليق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق - بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. 1428هـ/2007م.

35- بهاء الدين المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم. **العدة في شرح العمدة**. ط01. تحقيق: د. يحي مراد. القاهرة: مؤسسة المختار. 1426هـ/2005م.

36- البهوتي، منصور بن يونس. **الروض المربع شرح زاد المستقنع**. ط.د. حققه وعلق عليه: محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم. بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم. ت.د.

37- البهوتي، منصور بن يونس. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. ط01. حققه: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418هـ/1997م.

38- المرداوي، علاء الدين. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**. ط01. تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418هـ/1997م.

هـ- الفقه الظاهري:

39- ابن حزم، أبو محمد علي. **المحلّى**. ط.د. تحقيق: أحمد محمد شاكر. القاهرة: دار التراث. ت.د.

و- الفقه الإباضي:

40- أطفيش، محمد بن يوسف. **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**. ط03. جدّة: مكتبة الإرشاد. 1405هـ/1985م.

ز- الفقه الزيدي:

41- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى. **البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**. ط01. ضبط نصه ووثق تخريجاته وعلق عليه: د. محمد محمد تامر. بيروت: دار الكتب العلمية. 1422هـ/2001م.

42- الشوكاني، محمد بن علي. **السيل الجرّار المتدفق على حدائق الأزهار**. ط01. بيروت: دار ابن حزم. 1425هـ/2004م.

ح- الفقه الإمامي الجعفري :

43- ابن بابوية القُمي، أبو جعفر الصدوق محمد. **من لا يحضره الفقيه**. ط04. أشرف على تحقيقه والتعليق عليه: السيد حسن الموسوي الخرسان. النجف: دار الكتب الإسلامية ومطبعة النجف. 1378هـ.

44- الحلي، أبو القاسم. **المختصر النافع في فقه الإمامية**. ط3. بيروت: دار الأضواء. 1405هـ/1985م.

45- الطوسي، أبو جعفر محمد. **تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد**. ط02.حققه وعلق عليه: السيد حسن الموسوي الخرسان. النجف: مطبعة النعمان ودار اليقظة العربية. 1380هـ/1961م.

46- مهدي، صادق الحسيني الشيرازي. **شرح تبصرة المتعلمين في أحكام الدين للحلّي**. ط.د. كربلاء: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات. والنجف الأشرف: مطبعة الآداب. 1382ه/1962م.

ط- الفقه العام:

47- ابن تيمية، تقي الدين أحمد. **مجموعة الفتاوى**. ط03. اعتنى بها وخرج أحاديثها: عامر الجزار وأنور الباز. المنصورة: دار الوفاء. 1426ه/2005م.

48- ابن حزم، أبو محمد علي. **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**. ط01. بعناية: حسن أحمد إسبر. بيروت: دار ابن حزم. 1419ه/1998م.

49- الزحيلي، د. وهبة. **الفقه الإسلامي وأدلته**. ط02. دمشق: دار الفكر. 1405ه/1985م.

50- زيدان، د. عبد الكريم. **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**. ط03. دمشق-بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. 1430ه/2009م.

51- عوامة، محمد. **أدب الاختلاف في مسائل العلم والدين**. ط4. المدينة المنورة: دار اليسر. وجدة: دار المنهاج. 1430ه/2009م.

رابعا: الأصول والمقاصد والقواعد:

52- ابن عاشور، محمد الطاهر. **مقاصد الشريعة الإسلامية**. ط02. تونس: دار سحنون. والقاهرة: دار السلام. 1428ه/2007م.

53- ابن عبد السلام، عزّ الدين. **القواعد الكبرى -قواعد الأحكام في إصلاح الأنام-** ط04. تحقيق: د. نزيه كمال حمّاد ود. عثمان جمعة ضميرية. دمشق: دار القلم. 1431ه/2010م.

54- بدران، د. بدران أبو العينين. **بيان النصوص التشريعية، طرقه وأنواعه**. ط.د. الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة. 1982.

55- الحسن، د. خليفة بابكر. **مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام**. ط01. القاهرة: مكتبة وهبة. 1409ه/1989م.

56- الدريني، د. فتحي. **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرّأي في التشريع الإسلامي**. ط03. دمشق - بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. 1429هـ/2008م.

57- الزحيلي، د. وهبة. **أصول الفقه الإسلامي**. ط02. بيروت: دار الفكر المعاصر. ودمشق: دار الفكر. 1418هـ/1998م.

58- زيدان، د. عبد الكريم. **الوجيز في أصول الفقه**. ط06. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1417هـ/1997م.

59- الشوكاني، محمد بن علي. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**. ط2. تحقيق وتعليق: أبي حفص بن العربي الأثري. القاهرة: الفاروق الحديثة. 1430هـ/2009م.

60- الغزالي، أبوحامد. **المستصفى من علم الأصول**. ط1. تحقيق: د. محمد سليمان الأشقر. دمشق – بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. 1433هـ/2012م.

61- القرافي، شهاب الدين. **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**. ط01. بيروت: دار الفكر. 1418هـ/1997م.

62- لخضاري، د. لخضر. **تعارض القياس مع خبر الواحد وأثره في الفقه الإسلامي**. ط01. بيروت: دار ابن حزم. 1427هـ/2006م.

خامسا: الأحوال الشخصية:

63- آث ملويا، لحسين بن الشيخ. **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**. ط02. الجزائر: دار هومة. 2006.

64- بلباقي، عبد المؤمن. **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**. ط.د. عين مليلة: دار الهدى. ت.د.

65- بن شويخ، د. رشيد. **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**. ط01. الجزائر: دار الخلدونية. 1429هـ/2008م.

66- بن شويخ، د. رشيد. **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري**. ط01. الجزائر: دار الخلدونية. 1429هـ/2008م.

67- بن ملحة، د. الغوثي. **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**. ط02. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2008م.

68– تشوار، د. جيلالي. **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**. ط.د. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2001.

69– تشوار، د. جيلالي. «حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي». منشور ضمن كتاب: **قانون الأسرة والتطورات العلمية**. نصوص جمعها وقدمها: عبد الحفيظ أوسوكين. جامعة وهران: كلية الحقوق. مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة. 2007.

70– تقية، د. عبد الفتاح. **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء**. ط.د. الجزائر: منشورات ثالة. 2011.

71– تقية، د. محمد. **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**. ط01. الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية. 2003. – أصل الكتاب: رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الجزائر: 1997.

72– داودي، د. عبد القادر. **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**. ط01. الجزائر: دار البصائر. 2007.

73– دغيش، د. أحمد. **التنزيل في قانون الأسرة الجزائري**. ط.د. الجزائر: دار هومة. 2009.

74– سعد، عبد العزيز. **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**. ط03. الجزائر: دار هومة. 1996.

75– سعد، عبد العزيز. **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**. ط04.الجزائر: دار هومة. 2010.

76– الصابوني، د. عبد الرحمن. **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**. ج2: الطلاق وآثاره. ط05. دمشق: المطبعة الجديدة. 1398-1399هـ/1978-1979م.

77– الصابوني، د. عبد الرحمن. **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**. ط09. القاهرة: مكتبة وهبة. 1403هـ/1983م.

78– العربي، د. بلحاج. **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**. ج1 وج2. ط05. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2007.

79- العربي، د. بلحاج. **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات**. ج1: أحكام الزواج. ط06. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2010.

80- العربي، د. بلحاج. **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات**، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010. ط04. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2012.

81- العيش، فضيل. **قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا**. ط02. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 2007.

82- مبروك، د. المصري. **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**. ط.د. الجزائر: دار هومة. 2010. - أصل الكتاب: رسالة ماجستير. كلية دار العلوم. جامعة القاهرة. 1990.

83- منصوري، نورة. **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**. ط.د. عين مليلة: دار الهدى. 2010.

84- ولد خسال، د. سليمان. **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**. ط01. الجزائر: دار طليطلة. 2010.

سادسا: الدراسات المقارنة:

85- زيدان، د. عبد الكريم. **نظرات في الشريعة الإسلامية**. ط01. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1421هـ/2000م.

86- السعدي، د. محمد صبري. **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**. ط.د. وهران: ديوان المطبوعات الجامعية. 1984م.

87- عالية، د. سمير. **المدخل لدراسة القانون والشريعة – نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية**. ط01. المؤسسة الجامعية للدراسات -مجد-. 1422هـ/2002م.

88- عبد الجواد، د. محمد محمد. **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون – أصول القانون مقارنة بأصول الفقه –**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1411هـ/1991م.

89- عبد الجواد، د. محمد محمد. **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون – تقنين الشريعة الإسلامية –**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1411هـ/1991م.

90- العربي، د. بلحاج. **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**. ط.د. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1996م.

91- وزاني، د. خالد. **مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون**. ط.د. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2008م.

سابعا: الدراسات القانونية:

92- تناغو، د. سمير. **النظرية العامة للقانون**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. ت.د.

93- تواتي، بطاهر. **المحكمة العليا والطعن بالنقض في الأحوال المدنية**. ط.د. الجزائر: دار الفقه. ت.د.

94- جعفور، د. محمد سعيد. **مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون –**. ط16. الجزائر: دار هومة. 2008

95- جمال الدين، د. سامي. **تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. ت.د.

96- حسن، د. أحمد إبراهيم. **غاية القانون**. ط.د. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2000-2001.

97- حسنين، د. محمد. **الوجيز في نظرية القانون – في القانون الوضعي الجزائري –** ط.د. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب. 1986.

98- الخليلي، د. حبيب إبراهيم. **المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون –** ط03. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1992.

99- سلطان، د. أنور. **المبادئ القانونية العامة**. ط4. بيروت: دار النهضة العربية. 1983.

100- سليم، د. عصام أنور. **المدخل للعلوم القانونية –في القانونين اللبناني والمصري–**. ط.د. بيروت: الدار الجامعية. 1997.

101- الشريف، طه. **نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية**. ط.د. م.د. ن.د. ت.د.

102- صاوي، د. أحمد السيد. **نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية**. ط.د. القاهرة: دار النهضة العربية. ت.د.

103- الصده، د. عبد المنعم فرج. **أصول القانون**. ط.د. بيروت: دار النهضة العربية. 1978.

104- الصده، د. عبد المنعم فرج. **مبادئ القانون**. ط.د. بيروت: دار النهضة العربية. 1982.

105- صغير، حسين. **النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي**. ط02. الجزائر: دار المحمدية العامة. 1421هـ/2001م.

106- الطويل، هشام. **شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية في ضوء آراء الفقه وأحكام النقض**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1987.

107- العطار، د. عبد الناصر توفيق. **مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية**. ط2. م.د. ن.د. ت.د.

108- فرج، د. توفيق حسن. **المدخل للعلوم القانونية**. ط.د. بيروت: الدار الجامعية. 1993.

109- قدادة، د. خليل أحمد حسن. **شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري**. ط.د. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1994.

110- كيره، د. حسن. **المدخل إلى القانون**. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2000.

111- محمود، د. همام محمد. **المبادئ الأساسية في القانون**. الكتاب الأول: المدخل للقانون. ط.د. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996.

112- مرقس، د. سليمان. **الوافي في شرح القانون المدني -1- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني**. ط6. أسهم في تنقيحها وفي تزويدها بأحدث الآراء والأحكام: د. حبيب إبراهيم الخليلي. شبرا: إيرني للطباعة. ومطبعة السلام. 1987.

113- نجيب، د. علي حسين. **مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر**. ط.د. القاهرة: دار النهضة العربية. 1990.

114- هندي، د. أحمد. **أحكام محكمة النقض، آثارها وقوتها**. ط.د. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2006.

115- الوالي، د. محمود إبراهيم. **أصول القانون الوضعي الجزائري**. ط02. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1988.

ثامنا: تاريخ الفقه والقانون:

116- أبرباش - أرزقي العربي. **مختصر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**. ط.د. الجزائر: دار الخلدونية. ت.د.

117- الأشقر، د. عمر سليمان. **تاريخ الفقه الإسلامي**. ط03. عمان: دار النفائس. 1430ه/2010م.

118- إمام، د. محمد كمال الدين. **مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي**. ط1. بيروت: المؤسسة الجامعية. 1416ه/1996م.

119- إمام، د. محمد كمال الدين. **الفقه الإسلامي: تاريخ العقل الفقهي**. ط.د. الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة. 2004.

120- جعفر، د. علي محمد. **تاريخ القوانين**. ط01. بيروت: المؤسسة الجامعية. 1418ه/1998م.

121- حسين، د. أحمد فرّاج. **المدخل للفقه الإسلامي**. ط.د. بيروت: الدار الجامعية. 2001.

122- الحفناوي، د. عبد المجيد. ود. أحمد إبراهيم حسن. **تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية**. ط.د. بيروت: الدار الجامعية. 1992.

123- الدواليبي، د. محمد معروف. **المدخل إلى التاريخ العام للقانون**. ط02. دمشق: مطابع دار الفكر. 1382ه/1963م.

124- الرافعي، د. مصطفى. **تاريخ التشريع والقواعد القانونية والشرعية**. ط01. بيروت: الشركة العالمية للكتاب. 1993.

125- الزرقاء، مصطفى أحمد. **المدخل الفقهي العام**. ط09. دمشق: مطابع ألف باء - الأديب. 1967-1968. تصوير: م.د: دار الفكر.

126- زيدان، د. عبد الكريم. **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**. ط01. دمشق-بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. 1431هـ/2010م.

127- سراج، د. محمد أحمد. **الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**. ط.د. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 1997.

128- الصابوني، د. عبد الرحمن. ود. خليفة بابكر. ود. محمود محمد طنطاوي. **المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي**. ط02. القاهرة: مكتبة وهبة. 1405هـ/1985م.

129- كولسون، ن.ج، N.J.Coulson. **في تاريخ التشريع الإسلامي**. ط01. ترجمة وتعليق: د. محمد أحمد سراج. مراجعة: د. حسن محمود عبد اللطيف الشافعي. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات -مجد-. 1412هـ/1992م.

130- معوض، علي محمد. وعادل أحمد عبد الموجود. **تاريخ التشريع الإسلامي**. ط01. قرأه وراجعه: د. إبراهيم علي أبو الخشب. ود. عبد العزيز عزّت. بيروت: دار الكتب العلمية. 1420هـ/2000م.

تاسعا: التاريخ والسير والتراجم:

131- ابن خلدون، عبد الرحمن. **المقدمة**. ط.د. ضبط وشرح وتقديم: د. محمد الإسكندراني. بيروت: دار الكتاب العربي. 1425هـ/2004م.

132- أبو زرعة الدمشقي، الحافظ عبد الرحمن بن عمرو. **تاريخ أبي زرعة الدمشقي -رواية أبي الميمون بن راشد-**. ط01. وضع حواشيه: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. 1417هـ/1996م.

133- أبو زهرة، محمد. **مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه**. ط04. القاهرة: دار الفكر العربي. 2002.

134- الجيلالي، عبد الرحمن. **تاريخ المدن الثلاث -الجزائر، المدية، مليانة-**. ط01. الجزائر: دار الأمة. 2007.

135- الذهبي، شمس الدين. **سير أعلام النبلاء**. ط2. أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط. وحقق الجزء الرابع: مأمون الصاغرجي. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1402هـ/1982م.

136- سعد الله د. أبو القاسم. **محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث -بداية الاحتلال-**. ط03. الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع. 1982م.

137- سعد الله د. أبو القاسم. **تاريخ الجزائر الثقافي**. طبعة خاصة. الجزائر: دار البصائر. 2007م.

138- عياض، القاضي. **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**. ط1. ضبطه وصححه: محمد سالم هاشم. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418هـ/1998م.

139- فركوس، د. صالح. **المختصر في تاريخ الجزائر**. ط.د. عنابة: دار العلوم. ت.د.

عاشرا: اللغة والأدب والمعاجم:

140- أبو البقاء الكفوي، أيوب. **الكليات -معجم في المصطلحات والفروق اللغوية-**. ط02. قابله على نسخة خطية: د. عدنان درويش ومحمد المصري. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1419هـ/1998م.

141- أحمد، العايد. وعمر، د. أحمد مختار. وابن الحاج يحي، الجيلاني. وعبده، د. داود. وطعمه، د. صالح جواد. ومرعشلي، نديم. **المعجم العربي الأساسي(لاروس)**. ط.د. م.د: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. 1989.

142- إدريس، د. سهيل. **المنهل - قاموس: فرنسي-عربي -**. ط37. بيروت: دار الآداب. 2007.

143- بدوي، د. أحمد زكي. **معجم المصطلحات القانونية**. ط01. القاهرة: دار الكتاب المصري. وبيروت: دار الكتاب اللبناني. 1410هـ/1989م.

144- التهانوي، محمد علي. **موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**. ط1. تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم. تحقيق: د. علي دحروج. نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي. بيروت: مكتبة لبنان ناشرون. 1996.

145- الجرجاني، علي بن محمد. **كتاب التعريفات**. ط02. تحقيق وزيادة: د. محمد عبد الرحمن المرعشلي. بيروت: دار النفائس. 1428ه/2007م.

146- جيرار، كورنو. **معجم المصطلحات القانونية أ-ش**. ط01. ترجمة: منصور القاضي. م.د: المؤسسة الجامعية للدراسات -مجد-. 1418ه/1998م.

147- الزبيدي، محمد مرتضى. **تاج العروس من جواهر القاموس**. التراث العربي -16- ج28. تحقيق: د. محمود محمد الطناحي. مراجعة: عبد السلام محمد هارون. الكويت: وزارة الإعلام. 1413ه/1993م.

148- صفوت، أحمد زكي. **جمهرة رسائل العرب في عصور العربية الزاهرة**. ج3 -العصر العباسي الأول- ط.د. بيروت: المكتبة العلمية. ت.د.

149- عباس، د. فضل حسن. **البلاغة، فنونها وأفنانها -علم المعاني-**. ط12. عمان: دار النفائس. 1429ه/2009م.

150- قلعه جي، د. محمد رواس. وحامد صادق قنيبي. وقطب مصطفى سانو. **معجم لغة الفقهاء**. ط03. بيروت: دار النفائس. 1431ه/2010م.

151- مجمع اللغة العربية: القاهرة. **المعجم الوسيط**. ط04. القاهرة: مكتبة الشروق الدولية. 1425ه/2004م.

الفئة الثانية: النصوص القانونية والاجتهاد القضائي:

أولا: النصوص القانونية:

أ. الجزائرية:

152- الأمر رقم: 66-154. المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق 08 يونيو 1966. **يتضمن قانون الإجراءات المدنية**. ج.ر، ج.ج. ع 47. المؤرخ في 19 صفر 1386ه الموافق 09 يونيو 1966.

153- الأمر رقم: 66-156. المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق 08 يونيو 1966. **يتضمن قانون العقوبات**. ج.ر، ج.ج. ع 49. مؤرخ في 21 صفر 1386ه الموافق 11 يونيو 1966.

154– الأمر رقم: 70-20. المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق 19 فبراير 1970. **يتعلق بالحالة المدنية.** ج.ر، ج.ج. ع 21. مؤرخ في 21 ذي الحجة 1389هـ الموافق 27 فبراير 1970.

155– الأمر رقم: 75-58. المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975. **يتضمن القانون المدني.** ج.ر، ج.ج. ع 78. مؤرخ في 24 رمضان 1395هـ الموافق 30 سبتمبر 1975.

156– القانون رقم: 84-11. المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984. **يتضمن قانون الأسرة.** ج.ر، ج.ج. ع 24. مؤرخ في 12 رمضان 1404هـ الموافق 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02. المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005. ج.ر، ج.ج. ع 15. مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005.

157– القانون رقم: 89-22. المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1410 الموافق 12 ديسمبر 1989. **يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.** ج.ر، ج.ج. ع 53. مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1410هـ الموافق 13 ديسمبر 1989. المعدل والمتمم بالأمر رقم: 96-25. المؤرخ في 27 ربيع الأول 1417هـ الموافق 12 غشت 1996. ج.ر، ج.ج. ع 48. مؤرخ في 29 ربيع الأول 1417هـ الموافق 14 غشت 1996.

158– المرسوم الرئاسي رقم: 96-438. المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق 07 ديسمبر 1996. **يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 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.

159– القانون رقم: 08-09. المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008. **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.** ج.ر، ج.ج. ع 21. مؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق 23 أبريل 2008.

ب. العربية:

160– قانون الأحوال الشخصية السوري. الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07. الموقع: www.chamtimes.com. الشام تايم. تاريخ آخر زيارة: 2013/06/13.

161– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية المنقحة، الموقع : www.e-justice.tn/index.php?id=36. بوابة العدل في تونس. تاريخ آخر زيارة: 2013/05/11.

162– قانون الأحوال الشخصية العراقي. رقم: 188. 1959/12/19. الموقع: www.iraq-ild.org/LoadLawBook.aspx?SP=ALL&SC=151220056661242&PageNum=5. قاعدة التشريعات العراقية. تاريخ آخر زيارة: 2013/05/11.

163– قانون مؤقت رقم: 36 لسنة 2010 (قانون الأحوال الشخصية الأردني). الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردنية. ع 5061 مؤرخ في 2010/10/17.

164– قانون الأحوال الشخصية الكويتي. رقم : 51 لسنة 1984. الموقع: www.gcc-legal.org. شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي. تاريخ آخر زيارة: 2013/06/13.

165– قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني. لسنة 1991. الموقع: www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=7909. دار العدالة والقانون العربي. تاريخ آخر زيارة: 2013/06/13.

166– قانون رقم: 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية. العدد 4(مكرر). 29 يناير 2000.

167– قانون رقم: 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية. العدد 1004. 15 أغسطس 2001.

168– ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. العدد 5184. المؤرخ في 14 ذي الحجة 1424هـ (5 فبراير 2004م).

169– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: (2005/28). موقع: www.gcc-legal.org. تاريخ آخر زيارة: 2013/05/11.

170– قانون رقم: 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، الموقع: www.scfa.gov.qa/legislations/. المجلس الأعلى لشؤون الأسرة. تاريخ آخر زيارة 2013/05/11.

171– قانون رقم 19 لسنة 2009 بإصدار قانون أحكام الأسرة (القسم الأول). الجريدة الرسمية لمملكة البحرين. العدد 2898. 4 يونيو 2009.

ثانيا: الاجتهاد القضائي:

172– شحط عبد القادر، د. العربي. ود. قدور إبراهيم عمار المهاجي. **قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا**. ط.د. م.د: دار الأديب. 1427هـ/2006م.

173– العربي، د. بلحاج. **قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا**. ط.د. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1994.

174– المحكمة العليا (الجزائر). الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص. 2001.

175– 227 المحكمة العليا (الجزائر). المجلة القضائية: من العدد الأول. 1989 إلى العدد الأول. 2010. 53 عددا. من العدد الثاني. 2004 إلى العدد الأول. 2010. صدرت باسم: مجلة المحكمة العليا.

228– وزارة العدل (الجزائر). الاجتهاد القضائي: قرارات المجلس الأعلى. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية. 1987.

229– وزارة العدل (الجزائر). مجموعة الأحكام. المجموعة الأولى. الجزء الأول.

230– وزارة العدل (الجزائر). **نشرة القضاة**. من 01/01/ إلى 1983/06/30.

231– وزارة العدل (الجزائر). **نشرة القضاة**. ع2. أفريل. 1985

232– وزارة العدل (الجزائر). **نشرة القضاة**. ع03 جويلية. 1985.

233– وزارة العدل (الجزائر). **نشرة القضاة**. ع65.

الفئة الثالثة: المقالات والأبحاث في الدوريات:

234– أبو الفتوح، د. أبو المعاطي. «تقنين الأحكام الشرعية». **مجلة العلوم الإسلامية**. جامعة الأمير عبد القادر: قسنطينة. ع3. جمادى الثانية 1412هـ/ جانفي 1992م.

235– إلغات، ربيحة. «الطلاق بالخلع». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع4. 2009م.

236– أمقران، بوبشير محمد. «تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ج41. ع02. 2004.

237– آيت حمودي، حليمة. «مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية. ج39. رقم03. 2001.

238– بن ملحة، د. غوثي. «أفكار حول الاجتهاد القضائي». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية. ج35. رقم03. 1997.

239– بن ملحة، د. غوثي. «حول المقالة بعنوان: التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة». **مجلة الشرطة**. المديرية العامة للأمن الوطني (الجزائر). ع47. ديسمبر 1991.

240– بناسي، شوقي. «الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع04. 2008.

241– تشوار، د. جيلالي. «حق الأشخاص في اختيار ديانتهم وموقف الدساتير والقوانين المغاربية للأسرة منه». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع03. 2010.

242– تشوار، د. جيلالي. «عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع03. 2009.

243– تشوار حميدو، د. زكية. «التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع03. 2008.

244– تشوار حميدو، د. زكية. «مدى حماية الطفل في اختيار عقيدته الدينية في ضوء الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية والشرعية». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع02. 2007.

245– تشوار حميدو، د. زكية. «موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع3. 2009م. وع4. 2009م.

246– تقية، د. عبد الفتاح. «الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي» –عرض حال عن مناقشة رسالة دكتوراه– **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع02. 2007م.

247– تقية، د. عبد الفتاح. «عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع02. 2009م.

248– تقية، محمد. «تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية خلال عشرين سنة من استرجاع السيادة الوطنية». **مجلة الفكر القانوني.** اتحاد الحقوقيين الجزائريين. ع01. نوفمبر 1984م.

249– جعفور، محمد سعيد. «نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية. ج39. رقم 03. 2001م.

250- حسني، عبد اللّطيف. «حركة تجديد الشريعة الإسلامية بالمغرب في أخريات القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين». **مجلة الاجتهاد**. بيروت: دار الاجتهاد. ع9. س03. خريف 1990م/1411هـ.

251- حسنين، محمد. «عقد الهبة في التشريع الجزائري». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: معهد الحقوق. ع2. جوان 1987.

252- حمليل، د. صالح. «قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري». **مجلة الحقيقة**. جامعة أدرار. ع6. ماي 2005م.

253- دنوني، د. هجيرة. «إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة». **مجلة المجلس الإسلامي الأعلى**. الجزائر: ع03. 1420هـ/2000م.

254- ريتشارد، رب -Richard C.Repp-. «الشريعة والقانون في العصر العثماني». ترجمة: رضوان السيد. **مجلة الاجتهاد**. بيروت: دار الاجتهاد. ع02. شتاء 1989م.

255- زواوي، د. فريدة محمدي. «نفاذ حق السكن الممنوح للحاضنة». **مجلة المحكمة العليا**. ع02. 2007م.

256- سليمان، د. علي علي. «التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة». **مجلة الشرطة**. المديرية العامة للأمن الوطني (الجزائر). ع45. ديسمبر 1990م.

257- سليمان، د. علي علي. «التعارض بين القانون المدني وبين قانون الأسرة». رد على مقال الأستاذ: الغوثي بن ملحة. **مجلة الشرطة**. المديرية العامة للأمن الوطني (الجزائر). ع49. أكتوبر 1992م.

258- سليمان، د. علي علي. «حول قانون الأسرة». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س.** جامعة الجزائر: معهد العلوم القانونية والإدارية. ع2. جوان 1986م.

259- سليمان، د. علي علي. «الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري». **مجلة الفكر القانوني**. اتحاد الحقوقيين الجزائريين. ع01. نوفمبر 1984م.

260- السيد، رضوان. «التدوين والفقه والدولة -نظرات في نشوء الفقه الإسلامي-». **مجلة الاجتهاد**. بيروت: دار الاجتهاد. ع02. شتاء 1989م.

261– شيخ، سناء. «إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة –الوصية والوقف–». **مجلة المحكمة العليا**. ع01. 2009م.

262– العربي، د. بلحاج. «المفقود في الأحوال الاستثنائية: تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم:290808». **مجلة المحكمة العليا**. ع01. 2006م.

263– العربي، د. بلحاج. «تفويت فرصة الزواج، تعليق على قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 372290». **مجلة المحكمة العليا**. ع01. 2010م.

264– فاضلي، د. إدريس. «قانون الأسرة بين الثابت والمتغير». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية. ج34. رقم04 - 1996.

265– فيلالي، د. علي. «الدين والقانون». **المجلة الجزائرية ع.ق.إ.س**. جامعة الجزائر: كلية الحقوق. ع04. 2008.

266– القاسم، د. عبد الرحمن بن عبد العزيز. «فكرة تدوين الأحكام». **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة**. ع12. س03. رجب شعبان رمضان 1412هـ/ يناير. فبراير. مارس 1992م.

267– لدرع، كمال. «الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي». **مجلة العلوم الإسلامية**. جامعة الأمير عبد القادر: قسنطينة. ع12. رجب 1423هـ/ سبتمبر 2002.

268– لدرع، كمال. «نظرة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي». **مجلة المعيار**. جامعة الأمير عبد القادر: قسنطينة. كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. ع01. رمضان 1422هـ/ نوفمبر 2001.

269– ماروك، د. ناصر الدين. «قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق». **مجلة المجلس الإسلامي الأعلى**. الجزائر: ع03. 1420هـ/2000م.

270– محمودة، أحمد. «رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون». **المجلة القضائية**. ع1. 1989م.

271– النبهان، محمد فاروق. «القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية». **مجلة الأكاديمية**. المملكة المغربية. ع07. جمادى الأولى 1411هـ/ دجنبر 1990.

الفئة الرابعة: الرسائل الجامعية:

272– براهيمي، آسيا. **مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق**. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية. رسالة ماجستير في الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. 2007-2008م.

273– بلعباسي شريف، مريم. **حقوق المرأة المالية وآثارها أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها**. رسالة ماجستير في القانون الخاص. جامعة وهران: كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2007-2008م.

274– بن داود، عبد القادر. **فك الرابطة الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**. رسالة ماجستير في القانون الخاص. جامعة وهران: كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2002-2003م.

275– بوسطلة، شهرزاد. **تقنين الفقه الإسلامي**. رسالة ماجستير. جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. 2001.

276– جمعي، ليلى. **التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**. رسالة ماجستير. جامعة وهران: معهد الحقوق والعلوم الإدارية. 1994.

277– دواس، يمينة. **أحكام زوجة الغائب**. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. رسالة ماجستير في الفقه وأصوله. جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. 2003-2004م.

278– راجع، عكاشة. **القواعد الفقهية والقانونية**. رسالة ماجستير. جامعة وهران: كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية. 1427-1428هـ.

279– رواق، آمال. **الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله 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.

280– رواق، فتيحة. **تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام**. رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية. جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية. 1994-1995م.

281– صالحي، سمية. **الخلع فقها وقانونا وقضاء**. رسالة ماجستير في الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر: كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية. 2008م.

282– عبد المالك، رابح. **الصداق في قانون الأسرة الجزائري**. رسالة ماجستير في العلوم القانونية. جامعة الجزائر: كلية الحقوق والعلوم الإدارية. 1996م.

283– عمراني، أحمد. **أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي**. رسالة ماجستير في القانون الخاص. جامعة وهران: كلية الحقوق. 1999-2000م.

284– عوفي، عياش. **أسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري**. رسالة ماجستير. جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية. 1989.

الفئة الخامسة: مراجع بالفرنسية:

285- **Encyclopædia universalis**. C6. Paris : 1990.

286- Gouvernement général de l'Algérie : direction des affaires indigènes. **Projet de codification du droit musulman. IV texte de l'avant-projet concernant les successions**. (Alger : imprimerie orientale pierre fontana, 1909).

287- Gouvernement général de l'Algérie : direction des affaires indigènes. **Projet de codification du droit musulman. VII texte de l'avant-projet concernant les preuves**. (Alger : imprimerie orientale fontana frères. 1912).

288- Jean-Robert, Henry. et François Balique. **la doctrine coloniale du droit musulman algérien**. bibliographie systématique et introduction critique. (Paris : édition du Centre National de la Recherche Scientifique. 1979).

289- Larousse. Grand Larousse encyclopédique. T3. paris : librairie Larousse. 1961.

290- Mahieddin, Nahas M. « Bibliographie relative au droit de la famille ». dans un livre : **droit de la famille regards croisés**. textes réunis et présentés par : Abdelhafid OSSOUKINE. Laboratoire de Droit et des Nouvelles Technologies. faculté de droit. université d'ORAN. 2007.

291- Robert, Paul. dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Paul Dupont. 1966.

الفئة السادسة: المقابلات الشخصية:

292– مقابلة الدكتور: رشيد بن شويخ. عميد كلية الحقوق. جامعة البليدة. بمكتبه. يوم 2011/05/08 في الساعة: 11سا و30د.

293– مقابلة الدكتور: ميلود سرير. أستاذ بكلية الحقوق. ومدير المكتبة الجامعية المركزية. جامعة البليدة. يوم 2011/05/08 في الساعة: 14سا.

294– مقابلة رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة الرمشي. يوم الثلاثاء 2011/06/07 في الساعة: 10سا و30د.

295– مقابلة رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة تلمسان. يوم الثلاثاء 2011/06/14 في الساعة: 11سا.

296– مقابلة رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان. يوم الأحد 2011/07/03 في الساعة: 08سا و50د. ثم 10سا و30د. ويوم الأحد 2011/07/10 في الساعة: 11سا.

297– مقابلة مستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء تلمسان. يوم الأحد 2011/07/03 في الساعة: 11سا و30د.

298– مقابلة رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة ندرومة. يوم الإثنين 2011/07/04 في الساعة: 11سا و30د.

299– مقابلة رئيسة قسم شؤون الأسرة بمحكمة الغزوات. يوم الأربعاء 2011/07/06 في الساعة: 13سا.

300– مقابلة رئيس غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران. يوم الأحد 2011/07/17 في الساعة: 10سا.

301– مقابلة مستشار بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران. يوم الأحد 2011/07/17 في الساعة: 10سا. (في جلسة واحدة مع رئيس الغرفة).

302– مقابلة رئيس محكمة بني صاف. يوم الإثنين 2011/07/18 في الساعة: 11سا و30د.

فهرس الموضوعات:

الإهداء: 4

بطاقة شكر: 5

قائمة الرموز المستعملة: 6

المقدمة: 7

الفصل التمهيدي

التقنين في النظم القانونية: تَنَائي المصادر.. وتداني المقاصد.

المبحث الأول: تقنين القواعد الوضعية: حتمية التوحيد والتقريب.. وهواجس الجمود والتقديس. 17

المطلب الأول: بوادر التقنين قبل عصر نابليون. 17

الفرع الأول: الجذور التاريخية للتقنين. 18

الفقرة الأولى: ماهية التقنين. 18

الفقرة الثانية: نشأة التقنين أو تدوين القواعد. 20

الفرع الثاني: مبررات ميلاد عملية التقنين. 22

المطلب الثاني: استواء عملية التقنين على سوقها منذ عصر نابليون. 23

الفرع الأول: ميلاد تقنين نابليون. 24

الفرع الثاني: صدى تقنين نابليون. 25

المبحث الثاني: تقنين الفقه الإسلامي: من الطموح المعلق.. إلى التنفيذ المضيق. ... 27

المطلب الأول: فكرة تقنين الفقه الإسلامي قبل مجلة الأحكام العدلية. 28

الفرع الأول: إرهاصات تقنين الفقه الإسلامي. 28

الفرع الثاني: مبررات طروء فكرة تقنين الفقه الإسلامي. 30

المطلب الثاني: نحو تنفيذ الفكرة منذ مجلة الأحكام العدلية. 31

الفرع الأول: ميلاد المجلة، وصداه في العالم الإسلامي. 31
الفقرة الأولى: ميلاد المجلة وبواعثه. 31
البند الأول: ميلاد المجلة. 32
البند الثاني: بواعث ظهور المجلة. 33
الفقرة الثانية: تأثير المجلة في العالم الإسلامي. 34
البند الأول: معارضو تقنين الفقه الإسلامي ومتكآتهم. 34
البند الثاني: مؤيّدو تقنين الفقه الإسلامي ومستنداتهم. 35
الفرع الثاني: انحصار تقنين الفقه الإسلامي في دائرة الأحوال الشخصية. 36
الفقرة الأولى: ميلاد تقنينات الأحوال الشخصية. 36
البند الأول: نشأة تقنينات الأحوال الشخصية. 37
البند الثاني: منهجية التقنين المعتمدة. 38
الفقرة الثانية: النظام القانوني لقضايا الأحوال الشخصية في الجزائر. 39
البند الأول: مصادر القاعدة القانونية قبل قانون 1984.. من الوحدة إلى التنوع. . 39
البند الثاني: نحو اجتهاد قضائي موّحد في قضايا شؤون الأسرة بميلاد قانون 1984. 43
خلاصة الفصل: 46

الفصل الأول

التضييق والتوسيع في رسم الدائرة الدلالية لنص "المادة 222 ق.أ.ج"

المبحث الأول: نطاق الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية..... 49
المطلب الأول: انعدام النص على حكم المسألة المنظورة. 49
الفرع الأول: المنصوص عليه في عرف المشرّع الجزائري. 50
الفقرة الأولى: البيان باللفظ والفحوى (تطبيق النص في لفظه وفي فحواه). 50
الفقرة الثانية: البيان بالإلغاء، وبإيراد بعض أفراد المسألة. 54
البند الأول: الإلغاء ودلالته. 54
البند الثاني: إيراد بعض أفراد المسألة دون بعض. 56

الفرع الثاني: تطبيقات حول الشطر الأول من ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. 60
الفقرة الأولى: تطبيقات حول مسائل تندرج في المنصوص عليه. 60
المسألة الأولى: طبيعة التفريق القضائي. 60
المسألة الثانية: طلاق الثلاث بلفظ واحد. 63
المسألة الثالثة: هل الخلوة الصحيحة توجب كمال المهر؟ 65
الفقرة الثانية: تطبيقات حول مسائل لا تندرج في المنصوص عليه. 70
المسألة الأولى: التفريق بين الزوجين للردة. 70
المسألة الثانية: الإرث مع اختلاف الدين. 72
المطلب الثاني: "هذا القانون" في عرف المشرع الجزائري. 74
الفرع الأول: تحديد مدلول "هذا القانون" في عرف المشرع الجزائري. 74
الفقرة الأولى: ما أحال فيه قانون الأسرة إلى غيره. 75
الفقرة الثانية: ما لم يحل فيه قانون الأسرة إلى غيره. 76
1- قانون 63-224: 76
2- قانون الحالة المدنية: 77
3- القانون المدني: 77
الفرع الثاني: تطبيقات حول الشطر الثاني من ضابط الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. 80
المسألة الأولى: مكان تأدية اليمين. 80
المسألة الثانية: هبة الأموال المستقبلة. 83
المسألة الثالثة: شروط الشاهدين في عقد الزواج. 84
المبحث الثاني: طبيعة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية 89
المطلب الأول: مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" عند فقهاء قانون الأسرة بين الإطلاق والتقييد. 89

الفرع الأول: الاختلاف في تحديد مدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" الوارد في القانون المدني. 90
الفقرة الأولى: المفهوم المفكك لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" (باعتباره مركبا إضافيا وصفيا). 90
الفقرة الثانية: مفهوم مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" باعتباره علما ولقبا. 92
الفرع الثاني: تضارب الآراء الفقهية في رسم الدائرة الدلالية لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية". 95
الفقرة الأولى: مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" عند فقهاء قانون الأسرة. 95
البند الأول: المفهوم المفكك (باعتباره مركبا إضافيا وصفيا). 95
البند الثاني: مفهوم مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" باعتباره علما ولقبا. 95
الفقرة الثانية: بين "مبادئ الشريعة الإسلامية"، و"أحكامها".. تباين في الدلالة أم تطابق؟..... 97
المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي المستند إلى المادة 222 ق.أ.ج بين الاستقرار والاضطراب..... 98
الفرع الأول: تطبيقات قضائية..... 99
المسألة الأولى: ميراث الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت. 100
المسألة الثانية: الأجل في التطليق لعدم الإنفاق. 102
المسألة الثالثة: الاختلاف بين الزوجين في عيوب الفرج. 104
المسألة الرابعة: الأجل المحدد لقبول دعوى اللعان. 105
الفرع الثاني: دراسة وتحليل الاجتهادات القضائية..... 107
خلاصة الفصل: 111

الفصل الثاني

الحل والعقد في استنجاد قاضي شؤون الأسرة بالمادة (222 ق.أ.ج)

المبحث الأول: التباين في اعتماد موازين تقييم اختيار المشرع الأسري. 115

المطلب الأول: "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي بين الثناء والانتقاد. 115

الفرع الأول: مستحسنو اختيار المشرع الأسري. 115

الفرع الثاني: منتقدو اختيار المشرع الأسري. 116

المطلب الثاني: مدى سداد اختيار المشرع الأسري. 118

الفرع الأول: "لا مذهبية" المصدر الاحتياطي بين المحاسن والمساوي. 118

الفقرة الأولى: محاسن الإطلاق. 118

الفقرة الثانية: مساوي الإطلاق. 119

الفرع الثاني: تقييم اختيار المشرع. 124

المبحث الثاني: مدى إمكانية التخفيف من حدة مفاسد الإطلاق. 133

المطلب الأول: تحكيم العرف. 133

الفرع الأول: مفهوم العرف. 133

الفرع الثاني : مراعاة العرف في فهم مراد المشرع. 135

المطلب الثاني: استثمار (تفعيل) صلاحية المحكمة العليا. 136

الفرع الأول: مبررات إنشاء "محكمة القانون". 136

الفرع الثاني: وجه مساهمة المحكمة العليا الجزائرية في الحد من مفاسد الإطلاق. ... 138

خلاصة الفصل: 143

الخاتمة: 144

ألحاق البحث: 150

اللحق رقم: 1: رد النائب العام لدى مجلس قضاء تلمسان على طلب الاطلاع على الأرشيف. 151

اللحق رقم: 2: نموذج الاستبانة الموجهة إلى قضاة شؤون الأسرة. 152

اللحق رقم: 3: ملخص أهم ما جاء في الاستبانات والمقابلات الشخصية..... 157
اللحق رقم: 4: جداول مضمنة أهمّ الاجتهادات التي استندت فيها المحكمة العليا إلى أحكام الشريعة الإسلامية. 163
مصادر ومراجع البحث: 173
فهرس الموضوعات:..... 199

ملخص

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على المصطفى. أما بعد، فإن قانون الأسرة الجزائري باين سائر القوانين العربية في أمرين: 1-منهج الصياغة القانونية في عرض القواعد، هذا المنهج يتسم بالإجمال والإبهام، زيادة على إغفال كثير من المسائل المهمة 2- إحالة القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية دونما تحديد مذهب فقهي معين (م222: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)، خلافا لأغلب القوانين العربية التي قيدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد.

تطبيق هذا النص التشريعي- في ظل جملة من الاعتبارات- تعتريه بعض الإشكالات تتعلق بأوان رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية (متى يقرر الفراغ التشريعي؟)، وبكيفية الرجوع؛ مجتهدا، أم متخيرا، أم مقيدا؟.. فالبحث يحاول أن يقرأ النص القانوني (م222 ق.أ.ج) في أضواء الممارسة القضائية- فهي المرآة الكاشفة عن محاسن أو عيوب الاختيارات التشريعية -، لمحاولة رسم دائرته الدلالية من وجه، ولملامسة الإشكالات التي تعتري إعماله من وجه آخر.

الكلمات المفتاحية:

المادة 222 ق.أ.ج؛ الإطلاق؛ لا مذهبية المصدر الاحتياطي؛ تقييد القاضي؛ الشريعة الإسلامية؛ الأحوال الشخصية؛ القانون المدني؛ المسائل المرسلة؛ اجتهاد المحكمة العليا؛ المذاهب الفقهية.

نوقشت يوم 30 جانفي 2014